

## **La medida autosatisfactiva: una fundamental vía hacia la tutela jurisdiccional(\*)**

*Por José Reviriego(\*\*), Pamela Díaz(\*\*\*) y Matías Fisoló(\*\*\*\*)*

**SUMARIO: 1.- Tutela Judicial Diferenciada. 2.- Principio de Igualdad por Compensación. 3.- El Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.- 4.- Los principios procesales y las medidas autosatisfactivas. 4.1. Plazo razonable. 4.2. El principio de bilateralidad. 5.- Ventajas derivadas de la incorporación legislativa de las medidas autosatisfactivas. 6.- Conclusiones. Propuesta Legislativa.-**

### **SÍNTESIS DE LA PROPUESTA:**

Consideramos que las medidas autosatisfactivas son una vía procesal adecuada para el ejercicio del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, y además realizan una nueva forma de aplicar y entender el proceso en concordancia con los tiempos actuales. Los conceptos de amplia defensa y de contradictorio deben ser construidos a partir de los valores imperantes en nuestra época: la tutela efectiva de los derechos fundamentales. Por este motivo propiciamos la incorporación en los Códigos procesales de una norma general a favor de las facultades oficiosas del tribunal, que le permita aplicar esta medida, y otra norma específica referida a las medidas autosatisfactivas.-

#### **1.- Tutela Judicial Diferenciada.-**

En la actualidad se presenta un fenómeno inimaginable hasta hace tan solo unas décadas atrás: la tutela procesal diferenciada, la cual viene a romper el “inquebrantable” esquema del contradictorio tradicional. Este fenómeno de la tutela procesal diferenciada ya venía perfilándose en la práctica tribunalicia desde la incorporación y habitual utilización de mecanismos procesales expeditos, concentrados, rápidos, de urgencia, de mayor celeridad.-

Citando al Dr. Carbone, queremos expresar que la tutela procesal diferenciada es la satisfacción efectiva de los fines del derecho, la realización de la paz social mediante la vigencia de las normas jurídicas. Y es diferenciada, porque necesita un marco distinto al clásico proceso de conocimiento, sobre todo el ordinario.-

Hoy en día en la provincia de Entre Ríos se ha consagrado la tutela judicial efectiva a través del Art. 65 de la Carta Magna provincial: *“La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia... Los actos de autoridad, las sentencias judiciales y los actos administrativos serán fundados suficientemente y decididos en tiempo razonable. El retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas, cuando sean reiteradas, constituyen falta grave”*; a nuestro juicio: un triunfo de los constituyentes, un claro ejemplo a imitar por el resto de las provincias y un avance innegable ante el nuevo panorama social que le plantea la realidad al derecho. Hoy se aclama como base fundante y esencial del proceso civil moderno la flexibilidad y efectividad del principio de economía procesal frente a la adorada y estricta bilateralidad tradicional.-

Se trata de procesos basados en la urgencia y/o la evidencia del derecho esgrimido en la demanda.-

## **2.- Principio de Igualdad por Compensación.-**

Que el ordenamiento jurídico deba establecer una suerte de “discriminación positiva o inversa” no es cuestión nueva: constituye uno de los pilares fundamentales de varias ramas del Derecho: Laboral, Seguridad Social, Defensa del Consumidor, Ambiental, Familia, Penal. Nuestra propia Constitución Nacional ya hace mención de la misma – no como discriminación sino como acción positiva - en el Art. 75 inc. 23.-

La jurisprudencia y hasta la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación han tratado el tema en los casos “Freddo[1]” y “Camacho Acosta”, entre otros.-

Para no entrar en confusiones ni discusiones, sumado al sentido negativo con el cual carga el término “discriminación” en la sociedad, nos parece correcto emplear el término Igualdad por Compensación, pues el principio de igualdad reza que ella es exigible y debe darse entre iguales, y cuando esa igualdad no es posible, corresponde que la propia ley establezca una igualdad por compensación, en pos de proteger a los más débiles.-

## **3.- El Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.-**

El ciudadano o la ciudadana entienden que la solución a los conflictos judicializados “*debería*” llegar mucho antes de lo que normalmente llega, observándose una fractura entre el tiempo y el costo que consume el litigar y la adecuada, oportuna y útil prestación en que el servicio judicial requerido “*debía*” haberse prestado.[2][3] No solo consideramos los costos estrictamente económicos sino también los emocionales y espirituales que se extienden, conjuntamente con el proceso, en el tiempo[4].-

La óptica del operador se va centrando en la necesidad de responder en un tiempo “razonable” aquéllas pretensiones que requiere de una tutela efectiva, no siempre provisoria, atento a que en algunos casos repercute en la decisión del mérito. Cabe aclarar que no sostenemos que la tutela urgente deba reemplazar al proceso ordinario, como tradicionalmente ha sido entendido, sino que en algunos casos la primera es la única vía idónea para consagrar una verdadera tutela judicial[5].-

Cuando nos referimos a la tutela judicial efectiva pensamos en las siguientes cuestiones: la vorágine de las circunstancias en que suceden los hechos, los problemas y conflictos; la rapidez con que demandan ser satisfechas las necesidades de los litigantes y personas afectadas; la acumulación de causas en la justicia que ha tenido como consecuencia directa la falta de celeridad y efectividad de la misma; la importancia de que no se pierda el sentido del establecimiento de un debido proceso y que es la efectiva aplicación de justicia, en tiempo y forma, punto que constantemente están poniendo de relieve las convenciones y tratados internacionales (cuya jerarquía e importancia en nuestro ordenamiento no puede ser discutida en virtud del Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional ) y que dejan en claro aquel realista axioma que reza que “la justicia lenta no es verdadera justicia”; lo desvirtuados que resultan los fines propuestos por las herramientas procesales en manos de los más débiles, que no pueden disponer de ellas con iguales garantías que otros sujetos de mayor poder económico e incidencia social.-

Es así como pensamos que la “*tutela judicial efectiva no es solo un derecho fundamental sino uno de los mas trascendentes, por constituir el derecho a hacer valer los propios derechos*”[6]. En este sentido, el derecho a la tutela judicial efectiva, genuina expresión del derecho a la jurisdicción contiene dos elementos: uno formal, consistente en un proceso constitucional que tutele

determinados derechos y garantías; y otro sustancial, que procura que la cobertura jurisdiccional tenga la suficiente celeridad, para que la pretensión esgrimida, no se torne ilusoria o de imposible cumplimiento, dejando al justiciable en un total estado de indefensión[7].-

Las medidas autosatisfactivas, se enlazan con uno de los principios procesales, “la tutela judicial efectiva”. Autores como Berizonce consideran el principio esencial, sin el cual “*no hay proceso, y sin proceso no tenemos escenario donde situar a la tutela efectiva*”[8]. Esta postura puede vincularse con lo sostenido por Dimianovich, Adalberto A. en “El derecho a la jurisdicción en la óptica del jusrealismo crítico”, según el cual la tutela jurisdiccional (como la llaman en España) es un derecho fundamental, que posee raigambre supra positiva y su soporte se encuentra en el mismo derecho natural. La dignidad del ser humano constituye un fin en sí mismo y no un medio, la persona es titular de derechos que le son innatos, anteriores al propio Estado y por ende inalienables. La Corte Suprema de la Nación afirmó, “*el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de la naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye el valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental*”[9].-

De todas maneras, aunque la tutela efectiva se encuentre en la cúspide de la pirámide de los principios procesales, deberá hermanarse con aquellos para que se realice un debido proceso, en el que pueda concretarse la magnánima satisfacción efectiva de tutela.-

El principio de la tutela judicial efectiva fue captado por el Pacto San José de Costa Rica en su artículo 25, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el Artículo 8[10], entre otros instrumentos internacionales referidos a los derechos fundamentales de las personas.-

La tutela judicial continúa y efectiva no solo es un derecho fundamental sino uno de los más trascendentes, teniendo fundamento emanado de la propia constitucional nacional e, incluso, como previo a la organización social. [11]

Entendemos que los términos del debate por utilizar las medidas autosatisfactivas como vía procesal para cumplir con la tutela efectiva puede expresarse en lo siguiente: “*...no vislumbro cómo pueda disertar respecto de la efectividad, sin considerar también la seguridad que el proceso debe proporcionar al litigante. No hay noche sin día, verano sin invierno, o cielo sin infierno. No adelanto si considero la efectividad el cielo, o la seguridad el infierno, o al contrario. Solo resalto ahora que ambos conceptos son indisociables, aunque la moda actual sea considerar apenas la efectividad, a la que se prestan todos los homenajes*”. [12]

Es decir, la pregunta que parece girar en torno de la aplicación de nuevos “procesos” - los cuales suelen encasillarse dentro de la idea de “urgencia” y “anticipo de tutela” - (autosatisfactivas, monitorios, sentencias anticipadas, etc.) se traduce en una desconfianza hacia lo que en realidad es un “nuevo modo de ver el proceso”[13], a la luz de las normas constitucionales y del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y continua. La igualdad formal heredada de otras épocas se traduce en un poder judicial que se manifiesta en forma independiente de la particular posición social o de la necesidad económica del ciudadano, atento a la idea de considerar a todos como iguales. De ahí la uniformidad procedimental para atender a todo y a todos[14].-

Por lo dicho, entendemos que la pregunta respecto a ¿si el despacho favorable a una medida autosatisfactiva dictada inaudita parte afecta el derecho de defensa?[15] debe ser reemplazada por las siguientes: ¿La admisión de una medida autosatisfactiva implica una tutela judicial adecuada en

el caso concreto? ¿Debe incluirse en los Código Procesales la regulación de estas medidas o establecerse una pauta o principio general sujeto al arbitrio del juzgador, o ambas cosas a la vez?

Por lo dicho, comprendemos que el conjunto de derechos nada valen, si no se garantizara la tutela judicial efectiva, adecuada y continua; que debemos entender a la medida autosatisfactiva como una herramienta que busca concretizar aquel principio de la tutela jurisdiccional, dando una solución urgente no cautelar, despachable in extremis, que procura adoptar una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial[16], o “el requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional que se agota con su despacho favorable, por la fuerte probabilidad de que lo pretendido sea atendible, sin que sea necesario iniciar una acción principal posterior para evitar su caducidad”[17][18]. Y, cuando nos referimos a la urgencia, estamos haciendo hincapié en las siguientes cuestiones: 1º) Prevalencia del principio de celeridad procesal, 2º) Reducción de la cognición y postergación de la bilateralidad, 3º) Otorgamiento de una tutela rápida y eficaz a los derechos reclamados.[19] Igualmente, creemos que la bilateralidad puede no ser diferida, y darse una sustanciación breve sin que se afecte la celeridad del proceso ni la urgencia en la solución final, salvo que la demora frustrara indefectiblemente el derecho del pretensor [20].-

Necesitamos también despejar toda vacilación en relación al uso “distorsionado” de la tutela cautelar para la tutela satisfactiva, y por ello entendemos que su uso fue producto de la urgencia de una tutela inmediata para dar cuenta de las nuevas necesidades. Se ha expresado que *“confundir las dos tutelas puede tener como consecuencia la desastrosa conclusión por la cual la tutela fundada en cognición sumaria siempre debe limitarse al mero instrumento de la tutela final. Éste es el verdadero problema de la distinción entre tales tutelas”.*[21]

No tenemos dudas que deberían darse las medidas autosatisfactivas cuando se trate de la protección a derechos personalísimos como la vida, salud e integridad física, la propia imagen y la intimidad e incluso en los casos de violencia familiar[22]. O sea que, a nuestro juicio, la cuestión no pasa solo por un problema de verosimilitud o fuerte probabilidad sino también por la naturaleza del derecho afectado, sumado a una situación de gravedad y urgencia, y el peligro en la demora. Pensemos en la utilidad que podría tener una medida autosatisfactiva en procesos de familia, ambientales, de consumidores y usuarios, laborales, previsionales, entre otros[23]. La medida autosatisfactiva es una situación procesal que en definitiva permite concretar el derecho de fondo sin que sea necesario concluir todo el procedimiento judicial pues se advierte que el derecho del peticionante está en grave peligro y no se lo puede obligar a sustanciar el juicio.[24] Esta claro que la utilidad de estas medidas es amplia y extensa, y mucho dependerá de la urgencia en la tutela judicial para no convertir en una “estructura estática e ineficiente” al sistema procesal[25].-

Asimismo, debemos considerar el trascendente rol que le corresponde al tribunal, y no solo ante la falta de previsiones normativas, porque la tutela de derechos fundamentales no admiten como justificativo de la ineficiencia o deficiencia de su protección la “excusa legal”, y menos ante la existencia de reglas o principios, incluso constitucionales, que le permita adecuar y subsumir la solución que requiere el derecho en un proceso idóneo y útil a tal fin. No podemos pensar más al derecho de acción como la simple posibilidad de concurrir al tribunal, obteniendo – en los mejores de los casos – una sentencia. Debemos considerar esa concurrencia como el logro efectivo de la tutela buscada. No podemos convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan a favor de alguna de las partes en meras declaraciones de intenciones[26].-

#### **4.- Los principios procesales y las medidas autosatisfactivas.-**

Antes de abordar nuestra temática, vamos a plantear el siguiente interrogante: ¿por qué sería bueno incorporar algunos principios procesales en los Códigos de procedimiento?

El concepto de "igualdad formal" proclamada por la ley puede no traducirse en la práctica de la vida social en "igualdad real". Ante este panorama es lícito que el Estado adopte ciertas medidas, llamadas "acciones positivas" o "igualdad por compensación", que favorezcan a un sector en desmedro de otro, para lograr la igualdad real, lo cual no violenta el principio de igualdad ante la ley, porque lo que se busca es lograr la igualdad declarada en la ley pero que no existe en los hechos.-

Bien lo dice la popular frase "lo que abunda no daña". Así como la Constitución Nacional contiene en su preámbulo las directrices y valores fundamentales a tener en cuenta en el mundo jurídico para la realización de cualquier acto y que, a la hora de verse el jurista desconcertado en el complejo entramado de normas que nos presenta la realidad jurídica actual, sirven como recuerdo o repaso del punto de partida a tomar en cuenta y del camino a seguir y el marco a respetar en cada decisión, así también es conveniente y práctico que una ley - mas allá de su inferior jerarquía -, como nuestro Código Procesal Civil y Comercial, no solo recuerde dichas directrices sino que las refuerce a través de la mención de los principios propios y específicos de la materia en un plexo o enumeración claramente enunciativo. Es decir, que no se agote en el texto de la norma, sino que permita la constante incorporación de otros o de nuevos principios procesales.-

Además hay una realidad que no podemos pasar por alto: el olvido y en muchos casos el desconocimiento de los propios operadores del derecho acerca de la existencia y funcionalidad de estos principios a la hora de tomar decisiones y actuar en el caso concreto. Como se ha dicho tantas veces: la proliferación de tantas explicaciones y especificaciones suele tener el efecto contrario: perder de vista el objetivo principal. Y es lo que sucede asiduamente en nuestro ordenamiento jurídico, causado en mayor medida por la tamaña inflación legislativa con la que debemos manejarnos. No olvidamos - específicamente - a los abogados quienes, con sus postulaciones, "suelen ser la punta de lanza en las novedades jurídicas..." para estimular el diseño de soluciones pretorianas razonables.[27] En muchos casos son quienes impulsan al magistrado a encontrar la razonable solución del caso, haciendo del valor justicia una solución concreta.-

El derecho constitucional a la defensa se eleva por el ordenamiento como principio general indeclinable en todos los ámbitos del derecho, iluminando sus ramas[28], y particularmente concretándose en el derecho procesal. Dentro de los procesos urgentes, y específicamente en relación a las medidas autosatisfactivas, la pregunta esta en sí ¿es necesario que el derecho de defensa se ejerza de acuerdo a la estructura tradicional del proceso: es decir, inmediatamente luego de ejercida la pretensión? o ¿basta con que el mismo pueda ejercerse en otro "momento" procesal? Entendemos que la respuesta esta en permitir el "día ante el tribunal" o "derecho a ser oído", sin que ello conlleve la necesidad de que sea al principio, pudiendo entonces darse en forma diferida o postergada, atento a que el derecho puede requerir de una solución judicial inmediata. Si lo entendiéramos de otra forma nos encontraríamos con numerosos supuestos concretos en donde la simple titularidad del derecho de defensa a contradecir inicialmente la pretensión tornaría ilusoria la satisfacción del derecho reclamado. Somos de la idea de incluir en los procesos especiales un contradictorio, dependiendo de las circunstancias, y salvo necesidad de solución inmediata que no permita mayor dilación.-

Los conceptos de amplia defensa y de contradictorio deben ser construidos a partir de los valores imperantes en nuestra época: la tutela efectiva de los derechos fundamentales. No podemos continuar en el error de aplicar un "proceso civil insensible" no sólo por el hecho que determinados bienes no pueden ser tutelados de manera adecuada a través del procedimiento ordinario, sino

también por la obviedad de que el tiempo del proceso debe ser distribuido de forma isométrica entre los litigantes[29]. Por eso debemos sintetizar que la vía adecuada para tutelar efectivamente el derecho no solo debe pensarse considerando la situación del demandado, sino también las necesidades del derecho y la situación concreta. Esto último nos dará, por ejemplo, la opción de una sustanciación breve o no, o de un dictado inaudita parte, en relación a una medida autosatisfactiva[30].-

#### **4.1. Plazo razonable.-**

Esta garantía conlleva la necesidad de que cada uno de los sujetos cumpla con los deberes a su cargo: que el Estado suministre los recursos económicos y humanos para que pueda cumplirse, los jueces velar por el avance de los procedimientos y las partes instar el proceso, debatiendo con lealtad y buena fe.-

El plazo razonable dependerá de las situaciones concretas y también de la urgencia en la solución judicial. En este sentido se ha dicho que: *“valoramos la racionalidad del tiempo transcurrido entre el principio y el final del procedimiento del que derivan restricciones a derechos o que desembocará, en el otro extremo, en goce y ejercicio efectivos de éstos. En estas circunstancias adoptamos, para guiar nuestra apreciación, determinados elementos tomados de la experiencia judicial, a los que se ha referido la jurisprudencia europea: complejidad del caso, conducta de las partes, comportamiento de las autoridades, puntos, todos ellos, sujetos a consideración casuística en función de su razonabilidad y pertinencia. Estos criterios se ven naturalmente influidos por las circunstancias en las que cada caso se desenvuelve...he sugerido agregar un dato a la estimación acerca del plazo razonable: la mayor o menor – afectación actual que el procedimiento implica para los derechos y deberes – es decir, la situación jurídica – del individuo-, como manifesté en mi voto razonado sobre el caso López Alvarez vs. Honduras, con sentencia del 1 de febrero del 2006. Estimo procedente asociar este elemento a los otros que generalmente consideramos. En la materia que ahora interesa, es preciso estimar la razonabilidad de un plazo también pero no exclusivamente, desde la perspectiva del gravemente.- desde leve hasta insoportable – que el paso del tiempo impone al sujeto que aguarda la solución al conflicto que le atañe”.***[31]**

La razonabilidad en el plazo del proceso se traducirá entonces en la necesidad de aplicar al caso concreto la tutela autosatisfactiva, con o sin previa sustanciación.-

#### **4.2. El principio de bilateralidad.-**

Cabe referir a tan valioso principio en los siguientes términos: *“Puesto que cada una de las partes tiene interés en la justicia del resultado del proceso sólo en los límites en que éste le favorece, se entiende que una garantía principal de dicha justicia debe consistir en la colaboración de ambas, la cual, dada la oposición de sus intereses, se desarrolla mediante el contradictorio. El contradictorio es la regla del proceso contencioso tanto cognitivo como ejecutivo, si bien en este último sea menos importante ... pero también el proceso voluntario, en sus más graves especies, puesto que el asunto atañe siempre a un conflicto de intereses, usa de él...”.***[32]**

Nunca podremos, a la luz de las normas constitucionales, neutralizar o eliminar dicho principio – lo que por supuesto no es nuestra intención de ningún modo - aunque si, podrá desplazarse o diferirse la oportunidad del contradictorio.-

Con la utilización de las medidas autosatisfactivas surge una regla distinta: pido – resuelvo, como si no hubiese más que disponer, como si fuera un proceso no contencioso, del modelo de los voluntarios.[33] En realidad, consideramos que esta idea no debe orientarse únicamente a la situación jurídica del demandado, sino también debe comprender la tutela que se petitiona en forma concreta y el derecho material que fundamenta la misma. Sólo desde esta visión integral podrá entenderse la necesidad, para no afectar el derecho a la tutela judicial efectiva, de desplazar la bilateralidad, lo que no significa eliminar a la misma.-

Por lo general, nuestro máximo tribunal de garantías ha sido mas reticente al otorgamiento “inaudita parte” de las medidas autosatisfactivas, exigiendo un traslado o sustanciación.[34] Sin embargo, insistimos en que puede darse una situación de urgencia en donde la única solución que se requiere es inmediata; caso contrario, el derecho fundamental a la tutela judicial se vería vulnerado; mientras que, tomando la decisión correcta, el derecho de defensa y el principio de bilateralidad mantienen su vigencia con un simple desplazamiento a una etapa posterior.-

### **5.- Ventajas derivadas de la incorporación legislativa de las medidas autosatisfactivas.-**

Vemos en la actualidad que los operadores del derecho se ocupan por revertir el estado de las cosas, un proceso civil deficiente, lento, burocrático, que muchas veces llega tarde, “poco eficaz”. Esto puede advertirse con la incorporación a los códigos procesales de herramientas, como las medidas autosatisfactivas entre otras, que agilizan el proceso, tutelando derechos en casos excepcionales, en los cuales la urgencia es característica esencial del caso. La jurisprudencia aplica pretorianamente medidas urgentes autosatisfactivas[35], en casos particulares. Esta tendencia pone en crisis las estructuras procesales ortodoxas, apuntando la mira hacia la tutela efectiva de los derechos.[36]

Diversas son las razones que justifican la necesidad de la medida autosatisfactiva como instituto autónomo, incorporado al elenco de procesos, a saber: 1) Consagran el acceso a la "jurisdicción oportuna"; 2) Instrumentan la garantía de la "tutela judicial efectiva en tiempo útil"; 3) Constituyen un remedio mediante el cual los jueces podrán efectivizar la denominada "función preventiva" de la jurisdicción; 4) Dinamizan al Poder Judicial, proveedor de tutela judicial adaptada a la celeridad que los ciudadanos hoy requieren, consagrando una verdadera "justicia de urgencia"; 5) Afianzan el principio de economía procesal mediante la simplicidad de las formas y la prescindencia del "proceso inoportuno"; 6) Plasman una suerte de *favor debilis* en beneficio del urgido, compensando la debilidad del justiciable en situación de urgencia; 7) Efectivizan la garantía del plazo razonable; 8) Operativizan la protección de los derechos ya reconocidos en el derecho de fondo (vgr., la tutela inhibitoria), evitando que se conviertan en una ilusoria expresión de deseos; 9) Las medidas autosatisfactivas remiten a un derecho procesal de urgencia, que también es pasible de ser mirado desde la perspectiva de la equidad. Un derecho procesal de equidad da cabida a la ponderación del conjunto de circunstancias que habilitan una flexibilidad del proceso y que permiten redefinirlo para alcanzar "lo justo concreto"[37]. Por ello, se ha sostenido la existencia de un “vacío legal” en el derecho procesal para atender las especiales circunstancias de urgencia[38].-

### **6.- Conclusiones. Propuesta Legislativa.-**

Considerando el estudio realizado sobre el tema que nos convoca en el presente trabajo, entendemos como premisas básicas las siguientes:

- El derecho a la tutela judicial efectiva y continúa es un derecho fundamental y primario que motiva “un nuevo modo de ver el proceso”;

- Se impone la necesidad de implementar una organización, técnicas y medios procesales adecuados;
- No debe afectarse el equilibrio de las partes en el proceso;
- Las medidas autosatisfactivas permiten, en numerosos supuestos de hecho, dar una respuesta en consonancia con el derecho esencial a la tutela judicial efectiva;
- Los jueces deben contar con el respaldo legal y el marco necesario para aplicar o disponer medidas tendientes a garantizar la tutela judicial efectiva;
- Finalmente, y a modo de conclusión, propiciamos la incorporación en los Códigos procesales de las siguientes normas: una disposición general a favor de las facultades oficiosas del tribunal, en su deber ineludible de impartir justicia, y otra norma específica en alusión directa a las medidas autosatisfactivas.-

**Norma general:** *“El juez o tribunal podrá dictar medidas, a petición de parte o de oficio, cuando atendiendo a la urgencia y necesidad de solución inmediata, sea la vía idónea para garantizar la tutela judicial efectiva en el caso concreto. Se garantizará a la parte afectada por la aplicación de la medida el derecho de defensa y el cumplimiento de las reglas del debido proceso”.-*

**Norma específica.** *“Medidas autosatisfactivas. Podrá el juez o tribunal ante petición fundada de parte, de la que surja la fuerte probabilidad del derecho alegado y la urgencia en la solución judicial, ordenar una medida autosatisfactiva, previa sustanciación por el plazo que se estime razonable, según las circunstancias concretas. En caso de extrema urgencia, podrá dictarse la medida inaudita parte. El juez o tribunal determinará la necesidad o no de contracautela y, en su caso, la forma de la misma.”-*

(\*) Ponencia ganadora del Segundo Puesto del **Concurso “Jóvenes Ponentes”** organizado por la Asociación Argentina de Derecho Procesal y elDial.com en el marco del XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en la Ciudad de Santa Fe el 8, 9 y 10 de junio del 2011. Comisión: Derecho Procesal Civil

(\*\*) Abogado – Docente de la Pontificia Universidad Católica Argentina - Facultad "Teresa de Ávila".

(\*\*\*) Alumna de la Pontificia Universidad Católica Argentina - Facultad "Teresa de Ávila".

(\*\*\*\*) Abogado – Egresado, Docente de la Pontificia Universidad Católica Argentina - Facultad "Teresa de Ávila".

[1] En determinadas ocasiones es menester adoptar medidas tendientes a equiparar las oportunidades de quienes, por su raza, sexo, religión, condición social, etc., se encuentran en una condición desigual. Es lo que se conoce por discriminación inversa y que nuestra Constitución admite en forma expresa, al igual que en diversas convenciones internacionales con rango constitucional. Es sumamente razonable que el legislador intente corregir una desigualdad de la realidad a través de una diferenciación jurídica. Existen casos en los que es menester discriminar para igualar, aunque suene contradictorio, cuando han existido patrones o constantes históricas de trato desigual. Se deja atrás el viejo concepto de igualdad formal y se avanza hacia una igualdad real, hacia una igualdad de oportunidades.

[2] Morello, Augusto M., “La tutela judicial provisoria durante el desarrollo del proceso”, LL, T.1994-E, Sec. Doctrina.

[3] Algunos autores se refieren a la jurisdicción oportuna, es decir, prestada en tiempo útil. Por

ejemplo, Peyrano, Jorge W., "Breve informe sobre la medida autosatisfactiva", material entregado durante el cursado del posgrado de Derecho procesal civil y comercial, UNL, 2007/8.

[4] Podríamos referirnos a un daño psicológico en los siguientes términos: "*perturbación permanente del equilibrio espiritual preexistente, de carácter patológica, que genera en el sujeto que lo padece la posibilidad de reclamar el resarcimiento*"; y el daño moral como "*...afección emotiva espiritual, el padecer de los sentimientos...*" (Taraborelli, José N., "Daño Psicológico", JA 1997-II,777).

[5] Cuando hacemos referencia a la tutela judicial efectiva tenemos presente el fundamento normativo dado por la Constitución de la Provincia de Entre Ríos, en su art.65, incorporación de la reforma del año 2.008, el cual tiene un contenido de muchísimo valor para el derecho procesal constitucional. Sin embargo, no olvidamos que la provincia de Buenos Aires fue pionera al incorporarlo en el art. 15 de su Carta Magna, desde el año 1994.

[6] BERIZONCE, Roberto O. – "Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas" en Revista de Derecho Procesal, año 2008-II, Editorial Rubinzal Culzoni, página 39.

[7] Figueruelo Burrieza, Angela, "El Derecho a la Tutela Efectiva", Ed. Tecnos, 1990, España

[8] BARBEIRO, Sergio J. y CONSTANTINO, Juan A. - Ponencia General, Comisión de Procesal Civil - 15 "Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/Ministerio de Salud y Acción Social –Secretaría de programas de salud y banco de drogas neoplásicas" – CSJN, *causa C 823 XXXV RH – 24/10/2000 – consid.15 y 16.*

[10] "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución, o por la ley".

[11] En la discusión actual sobre derechos fundamentales se habla de la conexión entre estos con la organización y el procedimiento (Alexi, R., "Teoría de los Derechos Fundamentales", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, 3ra. reimpression, Traducción E. Garzón Valdés, pp.454-459). Entendemos que la pregunta sería: ¿Qué derecho fundamental es tal sin una organización y un proceso idóneo para salvaguardarlo?. Incluso, algunos autores hablan de un "neoprocesalismo" que tiende a crear un emplazamiento renovado para la disciplina procesal (Gozaini, "El neoprocesalismo", La Ley, 2005-E, p.1328).

[12] Álvaro de Oliveira, Carlos Alberto, "El Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales", XXI jornadas Iberoamericanas, Lima, 2008, Universidad de Lima, Fondo Editorial.

[13] Morello clasifica modernamente los procesos y dentro de la misma ubica los que denomina como "de respuesta inmediata" en donde incluye los procesos urgentes (Morello, Augusto M., "las nuevas dimensiones del proceso civil (espacios ganados y trayectorias)", JA, 2/11/94.

[14] Marinoni, Luiz Guilherme, "Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva", Palestra Editores, Lima, 2007, Traducción de Aldo Zela Villegas, p.50. El autor llega a la conclusión de que: "*No puede haber duda, en ese sentido, que el procedimiento ordinario traduce la idea contenida en el mito de la igualdad formal, conservando en sí los fundamentos de la ideología liberal*".

[15] Comprendemos que la discusión sobre la "afectación" de la bilateralidad no se da si existe sustanciación o traslado de la petición autosatisfactiva, al menos en los términos en que se viene dando el debate en doctrina.

[16] Peyrano, Jorge W., "Breve informe sobre la medida autosatisfactiva", material ya citado.

[17] Peyrano, Jorge W. y Vitantonio, Nicolás J.R., "medidas autosatisfactivas con especial aplicación al derecho del trabajo".

[18] XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, Corrientes, Agosto de 1997.

[19] Santos, Mabel, "Medida autosatisfactiva y medida cautelar", Revista de derecho procesal 1, medidas cautelares, Rubinzal Culzoni, p.33 y sigs.

[20] Sin pretender abundar en las características de las medidas autosatisfactivas, expresamos que: no es instrumental (se trata de una diligencia no cautelar), tampoco es provisional (ni mutable ni flexible), no debe necesariamente disponerse inaudita parte, el grado de conocimiento requerido para dictarlas es la existencia de una fuerte probabilidad, y no es necesario en todos los casos el dictado de una contracautela (De los Santos, Mabel A., "La medida cautelar genérica o innominada", material entregado durante el cursado del posgrado de Derecho procesal civil y comercial, UNL, 2007/8).

[21] Marinoni, Luiz Guilherme, "Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva", Palestra Editores, Lima, 2007, Traducción de Aldo Zela Villegas, p.125 y sigs.

[22] El Dr. Alejandro David Luna ha planteado la posibilidad de utilizar las medidas autosatisfactivas en el ámbito de la discapacidad (Tesina presentada en el posgrado de Derecho Procesal Civil y Comercial, UNL, Santa Fe, 2007/8).

[23] También podría ser en un proceso de daños de accidentes de tránsito para el cobro de una prótesis o medicamentos, por ejemplo. Existen casos en donde se ha admitido la autosatisfactiva como vía idónea para reclamar el derecho de la víctima si no se cumple con el pago inmediato impuesto para las aseguradoras con relación a los gastos de sanatorio y sepelio (CJSanJuan, "Paredes s/medida autosatisfactiva"; CJTucuman, "Maldonado c/ La Caja de Seguros S.A."; entre otros fallos).

[24] Más si consideramos que los derechos "amenazados" son los que se denominan como personalísimos.

[25] Incluso se sostiene la necesidad de que concurra "urgencia" para que proceda el despacho (De los Santos, Mabel, "resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas", J.A., 1997-IV,p.800).

[26] Vallespín Perez, David, "El modelo constitucional del juicio justo en el ámbito del proceso civil", Barcelona, Atelier, 2002, p.142/3.

[27] Peyrano, Jorge W. En "Nuevas Tácticas Procesales", Edit- Nova Tesis, Junio 2010, pag. 49.

[28] La limitación racional humana genera la "especialización" cada vez mayor del derecho.

[29] Marinoni, Luiz Guilherme, "Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva", Palestra Editores, Lima, 2007, Traducción de Aldo Zela Villegas, p.34 y sigs.

[30] Estas ideas generarán una facultad judicial de apreciación de las circunstancias concretas ab initio – no con la decisión final – a los fines de determinar la adecuación de la vía procesal idónea a la tutela judicial efectiva del derecho material introducido en juicio.

[31] Cancado Trindade, citado por Gozaíni, Osvaldo A., "Tratado de Derecho Procesal Civil", Tomo II, La Ley, 2009, p.327/8.

[32] Carnelutti, Francesco, "Instituciones del Proceso Civil", Volumen I, Ejea, Buenos Aires, 1973, p.184.

[33] Incluso se refiere a una "bilateralidad inexistente", opinión que no compartimos, en Gozaíni, Osvaldo A., "Tratado de Derecho Procesal Civil", Tomo II, La Ley, 2009, p.601.

[34] CSJN, "Mendoza, Mario Raúl s/nulidad de mesas" – Frente por la Paz y la Justicia ", 23/04/2008; CSJN, "Ente tripartito de obras y servicios c/COA construcciones y servicios S.A.", 18/12/2007, Fallos, 330:5251; CSJN, "Amodio, Héctor Luís s/causa N° 5530", 12/06/2007, Fallos, 330:2658.

[35]"Beninca Sonia Beatriz por si y en rep. de su hija, y otra c/ Instituto Autarquico Prov. del Seguro de Entre Ríos s/ medida autosatisfactiva", Juz.1<sup>ra</sup> Laboral, C. del Uruguay, E. Ríos. 04/05/2010

[36] BARBEIRO, Sergio J. y CONSTANTINO, Juan A. - Ponencia General, Comisión de Procesal Civil

[37]La batalla por la entronización legal de la medida autosatisfactiva - Jorge W. Peyrano y María C. Eguren.

[38] Peyrano, Jorge W. y Eguren, María Carolina, "La batalla por la entronización legal de la medida autosatisfactiva", material entregado en el posgrado de derecho procesal civil y comercial, Santa Fe, 2007/8. *"Las especiales circunstancias de urgencia y evidencia del derecho configuran en el presente contexto cultural un vacío legal del Derecho Procesal y reclaman un salto evolutivo: la provisión de una tutela satisfactiva que auspicie su acceso a la jurisdicción y resuelva en los hechos los desalentadores inconvenientes derivadas de la exuberancia – económica y temporal– que los restantes procesos representan a la hora de hacer valer derechos líquidos negados o amenazados"*