

TUTELAS DE URGENCIA Y DEBIDO PROCESO. HACIA LA RECONSTRUCCIÓN DEL PROCESO DE COGNICIÓN Y SU ARTICULACIÓN CON LAS TUTELAS DE URGENCIA

Dr. ROBERTO OMAR BERIZONCE

Fecha de recepción: 29 de abril de 2011 - Fecha de aceptación: 3 de junio de 2011

Resumen

Se analiza el fenómeno que ilustra el análisis comparativo de la creciente proliferación, en la mayoría de las legislaciones, de los procesos urgentes, las medidas anticipatorias y satisfactivas, que ha traído consigo el paulatino “vaciamiento” del proceso de cognición. Se postula aquí la necesaria reconstrucción del proceso común “sumario” y su articulación con tales medidas con la finalidad principal de salvaguardar adecuadamente la garantía del debido proceso.

Palabras Clave: *Debido proceso, Urgencia, Sumariedad, Cognición abreviada.*

Abstrac

It is analyzes a phenomenon which illustrates a comparative analysis of the increasing proliferation, in a wide variety of legislations, of urgent processes, anticipatory and satisfactory measures, that It has brought a gradually "emptiness" of cognition process. It is propose a necessary reconstruction of the common process "summary" and their coordination with such measures which their main aim is to safeguard the due process guarantee.

Key Words: *Due process, Urgency, Summary, Abbreviated Cognition*

“...[el tribunal] también se adapta a las nuevas realidades, económicas, sociales y técnicas jurídicas tendientes a evitar que el derecho, y el proceso que le sirve, lleguen tarde o se conviertan en una respuesta vacía. Es que si la jurisdicción deja de atender ese “ahora y aquí”, frustra lo mejor y necesario de ella y desnuda una modalidad de la privación de justicia, al no dar lo que correspondía brindar”.

Augusto M. Morello, *Claves procesales*,
Lajouane, 2007, p. 360.

I. TUTELAS URGENTES VS. PROCESO DE COGNICIÓN.

Dos décadas atrás, se debatía arduamente en Italia sobre la necesidad de arbitrar nuevas técnicas para la aceleración de los procedimientos, y cobraba cuerpo la idea de las tutelas anticipatorias, interinales y aún satisfactivas; sin embargo se señalaban certeros reproches que hacían centro en la preocupación que generaban tales tutelas diferenciadas por el menoscabo que suponían respecto de principios esenciales del contradictorio y el debido proceso. No estaba en discusión la premisa, en la que todos coincidían, que el factor tiempo, por la desmesurada e irrazonable duración del proceso común, constituye un presupuesto sustantivo de la efectiva prestación de justicia que aseguran las constituciones modernas, las convenciones internacionales y la propia jurisprudencia de los tribunales.

En ese marco resalta la certera y premonitoria advertencia del siempre recordado profesor de Milán, Giuseppe Tarzia, cuando afirmaba que la proliferación de las tutelas especiales, cualesquiera fueren sus circunstanciales justificaciones, constituye un factor concurrente de crisis de los valores sujetos a la tutela común ordinaria, como protección debida a todos los ciudadanos. Porque un régimen extendido de tutelas privilegiadas supone la necesaria "deformación" y consiguiente deflación y debilitamiento del sistema genérico de garantías. Sólo la recuperación de la funcionalidad del proceso común de cognición podrá reconducir las providencias cautelares en el cauce de aquella función, instrumental, subsidiaria e integradora -y no sustitutiva de la jurisdicción ordinaria-, que les corresponde en el diseño legislativo. El sistema de justicia asienta en la lógica del garantismo y de la eficiencia, que se logra al cabo de un proceso pleno, de ahí que el legislador debe sopesar sesudamente los riesgos inherentes a la amplificación de las soluciones provisorias y coyunturales *vis a vis* el imperativo de seguridad, aún concebida como una seguridad dinámica, y la paralela garantía constitucional del debido proceso¹.

Lo acaecido ulteriormente, sin embargo, a través de las sucesivas intervenciones legislativas hasta el presente, lo ilustra otro insigne maestro, Federico Carpi: el mal es contagioso, la tendencia hacia la multiplicación de los modelos especiales alternativos se ha extendido sin fin. Es cierto que el pluralismo de la oferta es positivo, si está encaminado a garantizar las posiciones de los débiles, la realización de los derechos fundamentales y de la persona, por la urgencia en las situaciones particulares, cuando el proceso ordinario se revela inútil. Pero todo tiene un límite. El

¹ TARZIA G., *Il nuovo processo cautelare, a cura di Giuseppe Tarzia*, Cedam, Padova, 1993, pp. XXXII-XXXIII.

propio código, y numerosas leyes especiales, han creado procedimientos anticipatorios de los más diversos, tanto que es difícil, si no imposible, individualizar un tratamiento común a todos ellos, salvo el generalísimo aspecto de la técnica de la anticipación². Por otro lado, está madurando la idea de la simplificación del modelo común de cognición, con el mismo objetivo de obtener un proceso más eficiente y una tutela más efectiva. La reciente Ley n° 69/2009 abre grandes expectativas, por la decisión delegada al gobierno en materia de reducción y simplificación del procedimiento civil de cognición³, cuya clave viene dada por los nuevos arts. 702-*bis*, 702-*ter* y 702-*quater*, que establecen un juicio a cognición simplificada, pero plena y exhaustiva, que desemboca en una sentencia con autoridad de cosa juzgada material⁴.

La experiencia italiana muestra una línea de tendencia “virtuosa”, en buena medida recorrida también por otras legislaciones contemporáneas, como la inglesa de 1999, en tanto sin despreciar el desarrollo de las tutelas especiales de urgencia en general, vuelve a reivindicar la necesidad de perfeccionar el proceso de cognición, bien que ahora (una vez más) con el acento en la simplificación y la celeridad, y aún cabalgando sobre una todavía mayor autoridad del juez para conducir el proceso. Tanto como la rehabilitación de la cosa juzgada que cierra definitivamente el debate. Tales líneas principales de sentido se avizoran igualmente, total o parcialmente en otras legislaciones que hemos de anotar (*Infra* § III).

Interesa, antes, detenernos a analizar el sentido y las razones del retorno al proceso de cognición madre, en desmedro de la “balcanización” que supone la no querida proliferación indefinida de las tutelas urgentes.

II. El proceso justo constitucional entre efectividad y verdad de la tutela jurisdiccional

- a. El modelo de “proceso justo”, es sabido, ha sido el producto de una larga elaboración –aún no concluída-, nutrida en la doctrina autoral y los avances jurisprudenciales, a partir de las declaraciones estampadas en la letra de las constituciones y pactos internacionales⁵. Su esquema de referencia se enuncia en fórmulas sintéticas abarcativas –debido proceso legal, *due process of law*, *giusto processo*- cuyo contenido es dinámico, cambiante, siempre abierto a

² CARPI F., *La semplificazione dei modelli di cognizione ordinaria e l'oralità per un processo civile efficiente*, relación sintetizada al Seminario en homenaje a Ada Pellegrini Grinover, São Paulo, agosto 2009, en RePro, n° 178, 2009, pp. 281 y ss., especialmente pp. 290-294.

³ *Op. cit.*, pp. 295 y ss..

⁴ BIAVATI P., *Apuntes introductorios sobre el nuevo proceso de cognición simplificada*, en esta revista.

⁵ MORELLO A.M., *El proceso justo*, Lexis Nexis. Abeledo Perrot/LEP, Bs. As., 2ª. ed., 2005, *passim*.

nuevos o renovados alcances. Uno de esos capítulos –como señala TARUFFO⁶- se enfoca en la conexión funcional entre proceso y decisión, para afirmar que el proceso justo –el debido proceso- es tan solo aquel que está estructurado de manera que se orienta hacia la obtención de decisiones justas. No es suficiente que en el proceso se respete la garantía de la defensa de las partes; es necesario, además, que la sentencia que constituye su resultado, pueda ser justa⁷. Para ello se requiere que la decisión se funde en una determinación verdadera de los hechos de la causa⁸; el debido proceso presupone, entonces, la posibilidad de la búsqueda y reconstrucción de la verdad fáctica⁹.

Por razones diversas bien conocidas, vienen proliferando como hemos resaltado las denominadas tutelas urgentes, bajo las diversas modalidades de medidas cautelares, anticipatorias y satisfactivas. Sin embargo, en la forma en que están reguladas y que se actúan en la práctica, pueden entrar en colisión con el modelo teórico -y la garantía- del proceso justo, de raíz constitucional y convencional. No puede negarse la necesidad ética y social de consagrar ciertas tutelas diferenciadas o preferentes, que se valen de diversas técnicas orgánico-funcionales y procesales tendientes, en general, a brindar protección efectiva a ciertas situaciones o derechos fundamentales. Entre tales técnicas procesales adquieren particular relevancia y operatividad las medidas anticipatorias, satisfactivas y urgentes¹⁰. Se trata de técnicas específicas que, junto con otras diversas –procedimientos monitorios, la decisión temprana de la litis y aledaños- pueden reducirse a la categoría general de *tutela sumaria*, de antigua prosapia y que se remonta cuanto menos a la decretal *Saepe contingit*, de 1306¹¹. Los denominados procesos sumarios propiamente dichos -diversos del tipo sumario de nuestros códigos, en realidad plenario abreviado- se caracterizan, como es sabido por la simplicidad de las formas que se halla determinada por la *fragmentariedad* o por la *superficialidad* del conocimiento judicial.

⁶ TARUFFO M., *Determinación de los hechos y contradictorio en Páginas sobre justicia civil*, M. Pons, Madrid-Barcelona, 2009, trad. M. Aramburo Calle, pp. 270 y ss.. Asimismo en *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 7 y ss., 35 y ss..

⁷ *Op. cit.*, pp. 282-283.

⁸ MORELLO A.M., *El proceso justo*, ob. cit., pp. 67 y ss., 202 y ss.. Asimismo: BERIZONCE R.O., *El proceso civil en transformación*, LEP, La Plata, 2008, pp. 542-543. Como afirma PARRA QUIJANO, no es posible defender la justicia de una decisión, si ella no se basa en una determinación real de los hechos, ni desde el punto de vista ideológico y mucho menos frente al sentido común (*Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*, Temis, Bogotá, 2004, p. 7).

⁹ Al juez no puede resultarle indiferente el resultado del juicio, porque su “neutralidad” no le impide que su sentencia sea justa, que la victoria sonría al litigante que la merezca (BARBOSA MOREIRA J.C., *Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba en Temas de Direito Processual, Terceira Série*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1984, pp. 80-81).

¹⁰ BERIZONCE R.O., *Tutelas procesales diferenciadas*, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2009, *passim* y especialmente, pp. 18 y ss., 49 y ss..

¹¹ TARUFFO M., *Determinación de los hechos y contradictorio*, *Op. cit.*, pp. 271 y ss..

- b. La cuestión central consiste en determinar en qué condiciones puede considerarse que las mentadas tutelas sumarias no cautelares son compatibles con los principios que definen el modelo del proceso justo. Está claro que los procesos de estructura monitoria no son cuestionables bajo este aspecto, desde que por un lado existe prueba escrita acreditativa del derecho y, además, la posibilidad que se concede al vencido obligado de tomar ulteriormente la iniciativa para proponer la revisión en un proceso de cognición amplio, supera cualquier objeción.

En realidad el problema se plantea en los mecanismos anticipatorios y satisfactivos, cuando se deciden sin el contradictorio de las partes, o aún con bilateralidad pero sin que haya una verdadera fase instructoria. No hay en estos casos la posibilidad de una determinación efectiva de los hechos de la causa, y por ello la decisión judicial se funda tan solo en la “verosimilitud” de los hechos alegados por el actor. La intervención del juez en muchos casos se limita a poco más que a la verificación formal de la regularidad de la petición formulada por el acreedor, porque la finalidad de la ley consiste en la concesión de una tutela rápida e informal para cierto tipo de acreedores o de situaciones jurídicas, lo que se considera razón suficiente para sacrificar el contradictorio, o la determinación verdadera de los hechos, o ambas cosas¹². Claro que tales finalidades pueden ser valoradas positivamente cuando se trata de sujetos o situaciones jurídicas particulares con necesidad efectiva de una tutela especialmente rápida, que el procedimiento ordinario no está en capacidad de suministrar. Existe un fundamento objetivo para conceder, por razones de política jurídica, un tratamiento preferencial diferenciado -vgr., genéricamente entre nosotros en relación a las personas mencionadas en el art. 75 inc. 22., CN, niños, ancianos, mujeres, personas con discapacidad, y a condición que se demuestre que se encuentran en especiales dificultades para ejercitar sus derechos-. Se trata de derogaciones excepcionales al modelo constitucional del proceso justo y, como tales, deberían reducirse al mínimo, configurarse en términos limitados y restrictivos, y su introducción debe fundarse en razones particularmente fuertes. Lo cual conduce a la cuestión de los límites, las fronteras y confines de las tutelas sumarias diferenciadas¹³.

- c. En definitiva y recapitulando lo hasta aquí razonado, el debido proceso constitucional –el proceso justo- requiere indefectiblemente para su configuración como tal la observancia irrestricta del principio del contradictorio, la posibilidad concreta de acceder a la determinación probatoria de la verdad de los hechos relevantes que se logra a través del modelo de cognición amplio. Solo por excepción y de modo restringido,

¹² TARUFFO M., *Op. cit.*, pp. 276-279. Son tutelas “diferentes” porque carecen de las garantías esenciales de la tutela jurisdiccional (p. 278).

¹³ Hemos tratado detenidamente esta álgida cuestión en *Tutelas procesales diferenciadas*, ob. cit., pp. 97 y ss., por lo que nos excusamos aquí de volver sobre el punto.

resulta admisible la recurrencia a las estructuras sumarias que se sustentan en la necesidad de acordar tutela rápida y efectiva que el procedimiento común no puede dispensar, en casos particulares de derechos o situaciones que las normas fundamentales encarecen y consagran como necesitadas de tutelas preferentes¹⁴. Únicamente en tales acotados supuestos resulta legítimo flexibilizar, postergar y aún excepcionalmente, prescindir de aquellos principios que configuran el proceso justo constitucional.

- d. Nos queda ahora recorrer, siquiera en trazos gruesos la legislación comparada para tomar nota de cómo se ha afrontado en los distintos países la regulación de las tutelas sumarias de urgencia, particularmente las técnicas de la anticipación de los efectos de la sentencia y otras similares. Al cabo, y para rematar, se abordará la necesaria articulación del proceso de cognición plena y las tutelas sumarias urgentes.

III. TENDENCIAS QUE MUESTRA EL DERECHO COMPARADO

En las legislaciones contemporáneas resulta notoria una tendencia general a la adopción de técnicas diversas de agilización del proceso y, dentro de ellas, ocupan un lugar preferente los proveimientos de urgencia, y entre ellos, la anticipación de la tutela¹⁵. Si bien habitualmente y en modo paralelo, las tradicionales medidas cautelares han conservado sus típicos efectos conservativos, que las diferencian de aquellas, en la evolución de los sistemas, en algunos países se ha terminado por admitir la fungibilidad con las anticipatorias. Así, en el derecho brasileño, a partir de las reformas de la Ley 10.444, de 2002, donde se considera que se trata de dos modalidades bajo criterio común, desde que unas y otras son provisorias y dependen del proceso principal para ser mantenidas (art. 273 § 7, CPC). En la reseña que sigue focalizamos la atención solo en algunas legislaciones; sin dejar de señalar que en Francia y Bélgica el *référé* funciona como una tutela general alternativa de la ordinaria, y que algo similar acaece en Alemania y Austria con las denominadas “disposiciones provisorias”.

¹⁴ El legislador procesal ordinario, como señala TARUFFO, no goza de una discrecionalidad ilimitada en la creación de los métodos de solución de controversias, porque no puede escoger técnicas de tutela que contraríen los principios fundamentales que garantizan la corrección del proceso (*Op. cit.*, p. 281).

¹⁵ BIAVATI P., *Tutela cautelar, anticipatoria y sumaria en al reforma italiana*, RDP, 2009-2, pp. 493 y ss. THEODORO JUNIOR H., *Tutela anticipada. Evolução. Visão comparatística...* Rev. de Processo, RePro, 2008, nº 157, pp. 130 y ss., 145. RICCI E. F., *Tutela de conhecimento sem coisa julgada e tutela antecipada...* en *Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao Prof. E. D. Moniz de Aragão*, coord. L.G. MARINONI, Rev. Ed. dos Trib., São Paulo, 2005, pp. 259 y ss.

- a. El Código General del Proceso uruguayo de 1989 –siguiendo la matriz del Código Modelo iberoamericano-, incluye dentro del proceso cautelar las medidas provisionales y anticipativas, que podrán ser adoptadas por el juez para evitar que se cause a la parte, antes de la sentencia, una lesión grave o de difícil reparación o para asegurar provisionalmente los efectos del pronunciamiento sobre el fondo (art. 317)¹⁶. La decisión provisional tiende a la inmediata satisfacción de la propia pretensión en razón de la gravedad de que la insatisfacción se extienda por más tiempo, dada la especial naturaleza del derecho violado. Constituye presupuesto para su otorgamiento la justificación sumaria de la “existencia del derecho” (art. 312 *in fine*); la petición debe necesariamente sustanciarse con la contraria y la decisión provisional hace cosa juzgada –*rebus sic stantibus*–¹⁷.
- b. En Brasil, cuya legislación y doctrina han sido las influyentes entre nosotros, la anticipación de la tutela representó una verdadera revolución en el sistema procesal¹⁸, a partir de la reforma de 1994. Una amplísima elaboración doctrinaria¹⁹, no siempre concordante, ha iluminado en los últimos tres lustros

¹⁶ TARIGO E.J., *Lecciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, F.C.U., Montevideo, 1994, v. II, p. 350. ABAL OLIU A., *Proceso cautelar y proceso provisional en Curso sobre el Código General del Proceso*, F.C.U., Montevideo, 1989, p. 77; id., *Sobre las medidas cautelares atípicas (medidas provisionales)*, Anales del Foro, Montevideo, 1992, p. 221; id., *Medidas urgentes y medios para asegurar la efectividad de las sentencias en el Código Tipo Procesal Civil Iberoamericano*, Rev. Urug. Der. Proc., Montevideo, 1994, p. 57; id., *Medidas provisionales anticipadas (art. 317 C.G.P.)*, en *VIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, ed. Universidad, Montevideo, 1995, p. 23.

¹⁷ ABAL OLIU A., *Medidas provisionales y anticipadas (art. 317 C.G.P.)*, ob. cit., pp. 28-29. BARRIOS DE ANGELIS D., en cambio, ha sostenido la naturaleza cautelar de dichas medidas (*El proceso civil*, ed. Idea, Montevideo, 1990, v. II, p.89).

¹⁸ ALVIM E.A., *Antecipação da tutela*, Jurúa, Curitiba, 2007, 1ª ed., p. 411.

¹⁹ Destacamos tan solo algunas de las obras más significantes: MARINONI G.L., *Tutela cautelar e tutela antecipatoria*, ed. R.T., São Paulo, 1992; id., *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*, Malheiros ed., 2ª ed., São Paulo, 1996; id., *Novas linhas do processo civil*, Malheiros, São Paulo, 1996, 2ª ed., p. 75 y ss.. DINAMARCO C.R., *A reforma do Código de Processo Civil*, Malheiros ed., São Paulo, 1995, pp. 138-148, 270-272. NERY JUNIOR N., *Atualidades sobre o processo civil*, ed. Rev.dos Tribunais, São Paulo, 1995, pp. 45-59, 122-123. ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil*, ed. Rev. dos Trib., São Paulo, 2008, 12ª ed., pp. 389 y ss.. ALVIM E.A., *Antecipação da tutela*, ob. cit.. BARBOSA MOREIRA J.C., *Antecipação da tutela...* en *Temas de Direito Processual. Oitava Serie*, Saraiva, São Paulo, 2004, pp. 77 y ss. BEDAQUE J.R., dos S., *Tutela cautelar e tutela antecipada*, Malheiros, São Paulo, 2006, 4ª ed., *passim*. CARNEIRO A.G., *Da antecipação da tutela*, Forense, R. de Janeiro, 5ª ed., 2004, *passim*. Una síntesis de las distintas posturas doctrinarias en torno a la interpretación del art. 273, puede verse en

la interpretación de sus reglas, acompañando la no menos fructífera tarea de los tribunales. Se trata de una *tutela jurídica diferenciada* que tiene por objeto alcanzar la efectividad del proceso, que se otorga mediante cognición sumaria, debiendo el juez convencerse apenas de la probabilidad de existencia del derecho afirmado en juicio. Sistemáticamente, el precepto del art. 273 se incorpora en el Libro I, que tiene por objeto el proceso de conocimiento; ello ha permitido sostener que no es una tutela cautelar, sino una "tutela primaria satisfactiva", en la que la decisión judicial equivale, *mutatis mutandi*, a la procedencia de la demanda inicial -con la diferencia fundamental representada por la provisoriedad-²⁰. La discrecionalidad del juez en su concesión se refleja en el poder legal de otorgar la tutela en cualquier tiempo, revocarla o modificarla; la provisoriedad le es inherente desde que la anticipación se funda en cognición sumaria. La ley no especifica el modo de concederla, por lo que corresponde al juez determinarlo en cada caso, en atención al derecho de que se trata, pudiendo exteriorizarse en resolución de declaración, constitución, condena, determinación, mandatos y en general, actos de satisfacción. En cuanto al presupuesto de verosimilitud del derecho alegado, uno de los conceptos más polémicos, ha sido interpretado como "probabilidad" -que es más que el *fumus boni juris*-; y debe ser apreciado prudentemente por el juez, en correspondencia con la medida a conceder, al cabo de una instrucción sumaria suficiente -aún *in audita parte*, en hipótesis excepcionales- y atendiendo a las consecuencias que derivarían de la anticipación²¹.

Como la anticipación es provisoria, no cabe admitirla cuando existiere peligro de irreversibilidad del pronunciamiento (art. 273, II, 2º), por la imposibilidad de volver las cosas al estado anterior. La Ley 10.444, de 2002, agregó el § 6 estableciendo que la tutela anticipada también podrá ser concedida cuando uno o más pedidos acumulados, o parte de ellos, no fueren controvertidos. La falta de oposición dispensa el requisito del *periculum in mora*.

Finalmente, la ley 10.444, de 2002, incorporó el § 7 del art. 273, estableciendo que si el actor, a título de anticipación de tutela, requiriere providencia de naturaleza cautelar, podrá el juez cuando concurran los respectivos presupuestos, conceder la

FIDÉLIS DOS SANTOS E. y FIDÉLIS SILVEIRA I., *Anticipação da tutela...*, en RePro, n° 166, 2008, pp. 300 y ss.

²⁰ DINAMARCO C.R., *Op. cit.*, pp. 139-140. Sobre los antecedentes en el derecho brasileño: NERY JUNIOR N., *Op. cit.*, p. 50.

²¹ MARINONI L.G., *Novas linhas...*, cit., p.78-81. Debe respetarse el principio de bilateralidad; de ahí que ha de concederse al demandado oportunidad suficiente para demostrar el defecto de los presupuestos para su concesión (ARRUDA ALVIM, *Op. cit.*, pp. 408-409).

medida cautelar en carácter incidental del proceso²². Se dispensa la formación del proceso cautelar, pero no la obligatoriedad del contradictorio propia de la anticipación. De ese modo queda consagrada la *fungibilidad* de la tutela de los derechos, en homenaje al principio de instrumentalidad de las formas.

El art. 273 contempla dos situaciones indeseables, a ser combatidas mediante la anticipación de la tutela: a) que existe "temor fundado de daño irreparable o de difícil reparación", que tiende a atender las necesidades del litigante, privado del bien al que probablemente tiene derecho y que está impedido de obtenerlo; y b) el "abuso del derecho de defensa" o el "manifiesto propósito dilatorio del demandado", que configura un comportamiento procesal desleal, el litigante de mala fe²³. El legislador utilizó conceptos vagos o indeterminados, "prueba inequívoca" y "verosimilitud", "fundado recelo", "daño irreparable", "daño de difícil reparación", "abuso de derecho", "peligro de irreversibilidad", lo que deja amplio margen de interpretación. Pero el juez no puede aplicar tales conceptos de modo discrecional o arbitrario, sino que debe determinar racionalmente la delimitación correcta de su campo de atinencia²⁴. Por las normas generales del derecho común, si se generaren perjuicios a consecuencia de la anticipación, deberá responderse por quien se valió sin derecho de esa prerrogativa²⁵. El instituto creado en la legislación de 1994 y sus sucesivas ampliaciones es, en definitiva, singular, difiriendo en la extensión y profundidad de los antecedentes comparados.

No se trata del anticipo de los efectos normativos de la sentencia (declarar y constituir), sino de los efectos ejecutivos y mandamentales. La tutela anticipatoria viene a exceptuar el principio de la *nulla executio sine titulo*, fundamento de la distinción chiovendiana entre conocimiento y ejecución, basada en la idea que un derecho solo puede ser realizado después de la obtención de la "certeza jurídica" o de haber sido "declarado". Esa idea –se ha sostenido–, fruto del mito de la "búsqueda de la verdad", queda desnaturalizada por el uso de la tutela cautelar en la realización anticipada de los derechos²⁶.

²² La solución se justifica en atención a las dificultades dogmáticas y prácticas en el trazado de líneas divisorias entre los dos terrenos. Desde que no se altere la sustancia del pedido, no se vislumbra obstáculo insalvable a la admisión de un requerimiento por el otro (BARBOSA MOREIRA J.C., *As reformas ao Código de Processo Civil...* en Génesis, Rev.Dir.Proc.Civil, Curitiba, 1996, Nº 2, pp. 342-343).

²³ La tutela concedida por el art. 273 es mucho más amplia que la prevista en el texto de los otros ordenamientos que analizamos, que sólo la acuerdan en supuestos de peligro en la demora. NERY JUNIOR N., *Op.cit.*, p. 52 y n. 88, p.53.

²⁴ ARRUDA ALVIM, *Op. cit.*, pp. 418-420.

²⁵ DINAMARCO C.R., *Op. cit.*, pp. 141-147.

²⁶ MARINONI L.G., *Novas linhas do processo civil, Op. cit.*, p. 75.

En realidad –se ha señalado–²⁷ el art. 273, junto con los arts. 461 y 461-A integran un núcleo de técnicas procesales que tiene por finalidad preponderante sumarizar el *iter* procedimental, posibilitando la prestación de la tutela jurisdiccional en caso de urgencia o de evidencia, recurriendo para su efectivización a medidas de apoyo de carácter coercitivo, ordenatorio y restrictivo de derechos, que van desde la fijación de *astreintes*, por otras medidas de ejecución, y llegando inclusive para caracterizada doctrina (MARINONI), hasta la posibilidad de dictar orden de prisión para vencer la resistencia del deudor de obligación específica. Al punto de afirmarse que varios de los procedimientos especiales (vgr., tutelas posesorias típicas, *mandado de segurança*), puede ser considerados superados frente a aquel núcleo de técnicas procesales.

Según se ha expresado en un balance al cabo de quince años de su vigencia²⁸, lo que efectivamente caracterizó el instituto, bajo el aspecto de su aplicación práctica, no han sido, en verdad, las características propias de sus elementos definitorios legales, sino principalmente, la forma elástica y flexible de la *discrecionalidad* del juez en su concesión. Por lo demás, la anticipación pasó a constituirse en la verdadera disputa incidental del proceso de conocimiento²⁹.

Por último, interesa señalar que con la sanción de la nueva ley de *mandado de segurança*, de 2009, se ha reaccionado, finalmente, contra la discrecionalidad en el otorgamiento de las liminares y anticipatorias. En efecto, la Ley 12.016, sustitutiva de la anterior normativa (Ley 1533/51 y modif.) entre sus principales innovaciones ha introducido³⁰, y en lo que aquí interesa, ciertas restricciones a las tradicionales medidas *liminares*, que no serán concedidas cuando tengan por objeto la compensación de créditos tributarios, la entrega de mercaderías o bienes provenientes

²⁷ GUMERATO RAMOS G., *Proceso jurisdiccional civil...* en VI Congreso Panameño de Derecho Procesal, Panamá, 2009, pp. 584-585.

²⁸ FIDÉLIS DOS SANTOS E. y FIDÉLIS SILVEIRA I., *Op. cit.*, pp. 305-306. El uso desenfrenado, por así decir, de la nueva potestad, obligó en la práctica, no ha teorizar sobre conceptos de suyo controvertidos en doctrina, sino a resolver caso por caso los sentidos definitorios de los requisitos legales, a partir de situaciones subjetivas basadas en realidad práctica y teleológica justificativa. O sea, evitar el retardo del goce de los derechos, aunque ello pudiese importar el sacrificio de la seguridad de las partes. La anticipación de la tutela se desenvuelve en Brasil –afirman– suplantando todos los conceptos técnicos y jurídicos que provienen del legislador. En ese contexto, *prueba inequívoca* y *verosimilitud* pasaron en conjunto a significar estado de convencimiento, solo que no definitivo.

²⁹ *Op. cit.*, p. 306. Ello principalmente a partir del reconocimiento de la potestad judicial, acordada al relator, de conferir efecto suspensivo al recurso contra la resolución que la concede. La recurrencia sistemática a la medida ha provocado la desvirtuación del instituto y el abarrotamiento de los tribunales (pp. 307-308). Todo hoy se resuelve con el poder general de cautela (ARRUDA ALVIM WAMBIER T., *Sobre a subsistência das ações cautelares típicas*, RePro, 175, 2009, p. 320).

³⁰ THEODORO JUNIOR H., *O mandado de segurança segundo a Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009*, ed. Forense, R. de Janeiro, 2009, pp. 60 y ss.

del exterior, así como para pago de cualquier naturaleza (art. 7, III, § 2); prohibición que se extiende a los casos de anticipación de tutela (§ 5)³¹. Igualmente destacable resulta la reglamentación del mandato de seguridad colectivo (art. 21 y 22).

La medida *liminar* se dispone siempre *inaudita parte* en el proveimiento inicial, salvo en el mandato colectivo donde solo puede otorgarse después de la audiencia de la persona jurídica de derecho público (art. 22, § 2º). El poder del juez no está limitado a la suspensión del acto impugnado; puede dictar medidas activas, de anticipación de la tutela, siempre que resulte indispensable para la efectividad del derecho que se invoca. Como se ha señalado³², lo que autoriza el art. 7º, III es un proveimiento de amplio espectro, que tanto puede configurar una medida cautelar, como también una satisfactiva, capaz de agotar incluso el objeto de la pretensión, como p.e. excepcionalmente la orden de provisión de medicamentos.

La *liminar* implica, casi siempre, una anticipación de tutela de carácter provisorio y temporario, pues sus efectos no van más allá de la sentencia (art. 7, § 3). Sin embargo, está sujeta a extinción por decaimiento decretable de oficio o a requerimiento del ministerio público, siempre que después de concedida el propio solicitante creara obstáculo a la marcha normal del proceso, o dejara de instar, por más de tres días útiles, los actos y diligencias que le correspondieren (art. 8º). Además, la *liminar* puede ser suspendida en sus efectos, “para evitar grave lesión al orden, a la salud, a la seguridad y a la economía pública”, cuando fuere requerido por la persona jurídica de derecho público interesada (art. 15).

En el *mandado de segurança* colectivo, la *liminar* solo puede decretarse previa audiencia de la persona de derecho público interesada, a cuyo efecto se despacha, en la primera providencia, intimación para que se manifieste al respecto en plazo perentorio (art. 22, § 2)³³. Bien que la jurisprudencia ha flexibilizado tal exigencia, ya antes de la Ley 12.016, posibilitando en supuestos de excepción, su expedición *in audita parte* cuando fuere necesario para salvaguardar la efectividad de la tutela jurisdiccional³⁴.

³¹ Tales restricciones no son inconstitucionales, pues si bien condicionan su otorgamiento en determinados supuestos, de todos modos no afectan la sustancia de la garantía del acceso a la jurisdicción (GUSMÃO CARNEIRO A., *Anotações sobre o mandado de segurança coletivo, nos termos da Ley 12.016/2009*, en RePro, N° 178, 2009, pp. 41 y ss.).

³² THEODORO JUNIOR H., *Op. cit.*, pp. 24-25.

³³ GUSMÃO CARNEIRO A., *Op. cit.*, p. 33. Las medidas liminares son concedidas, o denegadas, no al “prudente arbitrario del juez”, sino cuando claramente se verifican los presupuestos legales (p. 34).

³⁴ THEODORO JUNIOR H., *Op. cit.*, pp. 56-57.

- c. En la legislación portuguesa, los proveimientos de urgencia, sean conservatorios o satisfactivos, se incluyen en el marco de la tutela cautelar³⁵. Recientemente se instituyó un régimen procesal experimental, dec. Ley 108/2006³⁶, que tiende a la sumarización de las formas del proceso, con incidencia especial en los clásicos sumarios determinados, donde se reduce la cognición judicial y cuyo ámbito ha terminado extendiéndose a los procedimientos cautelares y a los procesos de *injuntion*. Si bien se discute en general si tiene sentido mantener la relación de instrumentalidad entre las providencias cautelares y la acción principal, de todos modos el dec. Ley 108/2006 establece que cuando han sido traídos al procedimiento cautelar los elementos necesarios para la resolución definitiva del caso, el tribunal puede, previa audiencia de las partes, anticipar el juzgamiento de la causa principal (art. 16, dec.-Ley. cit.)³⁷.

Lo más significativo en punto al proceso de cognición sumario que se crea, es que se establece un procedimiento simple, abierto y flexible encomendando al juez amplias funciones de dirección y ordenación de las causas, con el objetivo de acelerar y simplificar sus desarrollos, en atención a la materia singular en disputa. Con ese fin, crea incentivos para premiar la colaboración de las partes entre sí y con el tribunal³⁸.

- d. Resulta particularmente interesante la evolución que en esta materia se ha dado en el régimen procesal civil italiano. La tutela anticipatoria se introdujo originalmente por preceptos especiales, como la *ordenanza provvisoria di pagamento* en el proceso del trabajo (art. 423 CPC); o en el proceso contra la aseguradora de responsabilidad civil por riesgo de automotores (art. 24, Ley 990, de 1969). La ulterior reforma de 1990 fue cautelosa, pues introdujo solo dos proveimientos específicos: una *ordenanza per il pagamento di somme non contestate* y una *ordenanza di ingiunzione* (art. 633, CPC), al lado de la tradicional tutela general asegurada por el art. 700, encasillada como

³⁵ FERREIRA DA SILVA C.M., *Providencias anticipatorias no processo civil português*, conferencia pronunciada en las XVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Brasilia, 1998, n° 25.

³⁶ TEIXEIRA DE SOUSA M., *Um novo processo civil português: a la recherche du temps perdu?* en Rev. de Processo, RePro, 2008, n° 161, p. 216-217. Sobre el régimen procesal experimental (dec-Ley 108/2006), de flexibilización de las formas: CORREIA DE MENDONÇA L., *Processo civil líquido e garantías...* en Rev. de Processo RePro, n° 170, 2009, pp. 215 y ss.

³⁷ CORREIA DE MENDONÇA L., *Op. cit.*, p. 235.

³⁸ CORREIA DE MENDONÇA L., *Op. cit.*, pp. 239-240. Se ha señalado críticamente que se trata de un proceso "líquido", en el sentido de un modelo de enjuiciamiento en que las formas se desintegran, completamente modelado por el juez y que deja abierta la posibilidad de la arbitrariedad (pp. 249-250).

proveimiento cautelar³⁹. Con posterioridad, el art. 186 *quater* CPC traído por la reforma de la Ley 21-6-95, posibilitó al juez instructor el dictado de una ordenanza de condena provisional, inserta en el momento de la clausura de la instrucción con base en la valoración anticipada de la prueba y que constituye título ejecutivo⁴⁰.

En ese camino, no siempre lineal, un significativo punto de inflexión se denota cuando se adopta una técnica procesal diferente a partir de la reforma de 2005 (art. 669 *octies* CPC y correlativos), que abandonó el carácter accesorio que caracterizaba tradicionalmente el procedimiento de la tutela de urgencia y acogió un sistema similar al del *référé* francés, donde prevalece la autonomía y sumariedad de las acciones cautelares satisfactivas. Se trata de atender tan sólo ciertas situaciones que suponen la irreparabilidad del perjuicio sufrido; y en ese esquema, las medidas anticipatorias constituyen una forma generalizada, rápida y sumaria de tutela jurisdiccional, alternativa al proceso ordinario de cognición, que si bien se concreta en pronunciamientos tan solo provisionales, que no producen cosa juzgada, son directamente ejecutables. Sin perjuicio de que puedan ser revocadas en juicio declarativo posterior⁴¹.

Se ha flexibilizado, en definitiva, la clásica regla de la instrumentalidad, lo que viene a posibilitar la pervivencia del pronunciamiento cautelar, con independencia y sin necesidad de promover el juicio de cognición; la clásica tutela cautelar conservativa asume así típicos perfiles anticipatorios y aún satisfactivos. En ciertas situaciones que presuponen *derechos de tutela preferente* –a la vida, a la salud, a la integridad física, etc.- por la irreparabilidad del perjuicio que se deriva, se habilita el dictado de decisiones provisionales pero que devienen directamente ejecutables (art. 669 *octies*), cuyos efectos perduran y se tornan definitivos, a menos que se instaure por cualquiera de las partes el proceso de cognición plena. De ahí que –como se ha observado⁴²- haya perdido virtualidad la tradicional distinción entre medidas conservatorias y

³⁹ De la nutrida opinión autorial, puede verse una síntesis en: DITTRICH L., *Natura e presupposti del provvedimento d'urgenza*; en *Il nuovo processo cautelare, a cura di Giuseppe TARZIA*, Cedam, Padova, 1993, pp. 190 y ss. CONTE R., *Tutela d'urgenza tra diritto di difesa, anticipazione del provvedimento ed irreparabilità del pregiudizio*, Riv. Dir. Proc., 1995, pp. 213 y ss.

⁴⁰ LAPERTOSA F., *L'art 186 quater C.P.C. una rivoluzionaria novità nella giustizia civile*, Riv. Dir. Proc., 1996, p.54. DIDONE A., *Per la difesa dell'ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione*, Riv. Dir. Proc., 1996, p. 71.

⁴¹ Sobre las reformas del art. 669 *octies*, inc. 6º del CPC italiano: DITTRICH L., *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 CPC*, en TARZIA G., *Il processo cautelare*, 2a. ed., Padova, 2004, p. 227. SALETTI A., *Le misure cautelare a strumentalita attenuata*, en *Il processo cautelare* a cura di G. Tarzia y A. Saletti, 3a. ed., Cedam, 2008, pp. 289 y ss.; *id*, *El nuevo régimen de las medidas cautelares y posesorias* en Rev. Peruana de Der. Proc., Lima, 2008, XI, pp. 387 y ss. BIAVATI P., *Tutela cautelar, anticipatoria y sumaria...*, ob. cit., pp. 497 y ss.

⁴² SALETTI A., *La misure cautelare*, *Op. cit.*, pp. 303 y ss.

anticipatorias, sustituido por lo que se ha denominado como régimen de “instrumentalidad atenuada”.

En su más reciente evolución se ha introducido un procedimiento sumario de cognición –Ley n. 69/2009–, regulado en los arts. 702-*bis*, 702-*ter* y 702-*quater* del CPC, que instituye un procedimiento análogo al regulado en el art. 669-*sexies* y siguientes de las tutelas anticipatorias. Se trata de un mecanismo procesal de cognición simplificada idóneo para el dictado de un pronunciamiento que produce cosa juzgada y resulta inmediatamente ejecutivo, aplicable a todas las situaciones –y no solo a aquellas de resguardo diferenciado regidas por el estatuto de las medidas anticipatorias–. En un marco más amplio, el legislador italiano se propone reconducir el sistema vigente a tres tipos o modelos de procesos: el tipo ordinario de cognición plena, el tipo especial de las controversias del trabajo y, finalmente, el tipo especial sumario –en el que se insertan la tutela cautelar y anticipatoria–⁴³.

- e. En la tradición del *common law*, de su lado, las *Rules of Civil Procedure* (RCP) inglesas de 1999 instituyen bajo la denominación genérica de *interim remedies* un conjunto de medidas cautelares conservativas y de otras que encajan en la moldura de la tutela anticipada –las *interim injunctions*, que posibilitan el dictado de órdenes judiciales de hacer o no hacer alguna cosa, *rule 25.1(1)(a)*–, que pueden otorgarse en cualquier tiempo, incluso antes de la instauración del proceso, cuando medien razones de urgencia o cuando el interés de la justicia lo haga deseable, fórmula flexible que abre al juez un considerable margen de apreciación⁴⁴.

No menos importante para nuestro análisis es advertir que las RCP regulan varios tipos procesales: un *small claim track*, un *fast track* y un *multi track*, confiriendo al juez el poder de escoger de entre ellas, y para cada caso, el trámite adecuado en atención al valor de la causa, la complejidad de los hechos, la naturaleza de la providencia que se pretende, el número de las partes, la importancia del pleito

⁴³ BIAVATI P., *Tutela cautelar, anticipatoria y sumaria...*, *Op. cit.*, pp. 514-516. En Italia el legislador en el convencimiento de la imposibilidad de asegurar a todos los ciudadanos una decisión en tiempo razonable, pone el énfasis sobre la tutela cautelar y anticipatoria con un adecuado control de las medidas y, al mismo tiempo, favorece todas las situaciones que puedan conducir a la estabilidad del proveimiento provisorio. Se acerca de ese modo a la transformación de la cautela en una tutela común. Al mismo tiempo, se trata de auspiciar todas las vías alternativas, tanto el arbitraje como la mediación o conciliación; además, se apuesta a la consulta preventiva por finalidades conciliatorias, siquiera como efecto eventual de la formación de prueba temprana para el proceso. El resultado final es que la tutela actuada mediante el proceso ordinario resulta ahora un fenómeno en retroceso (*Op. cit.*, pp. 519-520).

⁴⁴ BARBOSA MOREIRA J.C., *Uma novidade: o Código de Processo Civil inglês*, en *Temas de Direito Processual*, Sétima Série, ed., Saraiva, São Paulo, 2001, pp. 179 y ss. ZUCKERMAN A.A.S., *Court control and party compliance...* en *The reforms of Civil Procedure in comparative perspective*, ed. N. TROCKER and V. VARANO, G. Giappichelli ed., Torino, 2005, p. 143 y ss.

para terceros (*rule* 26.1, 26.4, 26.6, 26.7, 26.8). Se consagra, así, una considerable flexibilidad en la elección del procedimiento, que ha de fijarse mediante resolución expresa susceptible de impugnación⁴⁵.

- f. En cambio, la LEC española N° 1/2000 ha traído consigo innovaciones muy modestas. A la simplificación del proceso en general apuntan, entre otras técnicas, la nueva regulación del juicio verbal, el proceso monitorio⁴⁶, la sistematización de las medidas cautelares. Sin embargo, solo se legisla específicamente sobre tutelas anticipatorias en los procesos familiares – alimentos provisionales (art. 768.2)–. A su vez, el art. 762.2 autoriza medidas satisfactivas, si bien con carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento, y no habrán de prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte⁴⁷. En realidad la aceleración de los desarrollos litigiosos encuentra su principal escenario en los denominados juicios verbales (arts. 437 a 447), cuya materia se regula en el art. 250, comprensiva de la tutela sumaria de la posesión, de los derechos reales inscriptos, pretensiones relacionadas con la compraventa a plazos de bienes muebles y otros, además de las demandas de menor cuantía que no excedan el tope legal. Se trata de un tipo procesal abreviado de cognición fragmentada que culmina con sentencia que, cuando resuelve sobre tutela sumaria, no produce cosa juzgada material (art. 447.2, 3 y 4), lo que posibilita un proceso posterior⁴⁸. Ello ha llevado a afirmar que tal regulación ha implicado un verdadero retroceso, al estar ausente ahora la tutela jurídica mediante procesos de cognición sumaria o limitada⁴⁹.

⁴⁵ BARBOSA MOREIRA J.C., *La revolución procesal inglesa*, en RDP, 2009-II, pp. 552-553.

⁴⁶ CORREA DEL CASO J., *El proceso monitorio de la nueva LEC*, Marcial Pons, Madrid, 2000, *passim*. Sobre el éxito de su aplicación práctica: PICO I JUNOY J., *El proceso monitorio...* en XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, UBA-AADP, Bs. As., 2009, pp. 1090 y ss.

⁴⁷ ORTELLS RAMOS M., *Derecho Procesal Civil*, Aranzadi, 3ª. ed., Navarra, 2002, pp. 995-996.

⁴⁸ ORTELLS RAMOS M., *ob. cit.*, pp. 654 y ss.; 605-606. Para una severa crítica del art. 447: FAIREN GUILLEN V., *Lo “sumario” y lo “plenario” en los procesos civiles...*, Centro de Estudios, Madrid, 2006, pp. 721 y ss.; 785 y ss., para quien los procesos sumarios han pasado a ser simples medidas precautorias, confundidas casi con las cautelares (p. 730).

⁴⁹ VAZQUEZ SOTELO J.L., *El nuevo Código Procesal Civil español...* en *Studi di Diritto Processuale Civile in onere di Giuseppe Tarzia*, Giuffrè ed., Milano, 2005, v. I, pp. 775-777.

IV. LA NECESARIA RECONSTRUCCIÓN DEL PROCESO DE COGNICIÓN PLENA Y SU ARTICULACIÓN CON LAS TUTELAS DE URGENCIA

- a. Si algo pone en evidencia la somera revista pasada a la legislación de los diversos países en óptica, es lo que ANDOLINA ha señalado recientemente⁵⁰: la creciente fermentación de lo que denomina la *tutela provisorio de mérito*, dentro de una tendencia más general a abrir el proceso a los hechos sobrevenidos *in itinere* y, mejor, externos a los desarrollos procedimentales, para asegurar una más estricta “soldadura” entre procesos y derecho, (que es como decir) una mayor coherencia del proceso a la realidad extraprocesal. Fenómeno que se exterioriza en la introducción de nuevas, y siempre más numerosas figuras de tutelas provisorias de mérito, connotadas por la *sumariedad* de la cognición, condicionadas a la cláusula *rebus sic stantibus*, inidóneas a la formación de la cosa juzgada, aunque de todos modos dotadas de elevada *efectividad*, en cuanto provistas de inmediata fuerza ejecutiva y de efecto *ultraactivos*, desde que sobreviven a la extinción del juicio de mérito. Se va delineando de esta forma, expresa el maestro italiano en lúcida síntesis, un *modelo alternativo* de tutela jurisdiccional ya no más focalizado sobre la cosa juzgada, y la cognición plena; no más encaminado a la comprobación incontrovertible de los hechos deducidos en juicio. Un *proceso sumario* que no ambiciona la comprobación de la verdad, sino que se contenta con un juicio de *verosimilitud*; y de todos modos capaz de arribar, en tiempos breves, a un resultado judicial *efectivo*, idóneo a incidir con su fuerza ejecutiva sobre la afirmación de los intereses en conflicto.

- b. Es lo cierto que en la mayoría de los sistemas nacionales, sea por mandato del legislador o ya por creación pretoriana, se delinean dos modelos diferenciados de enjuiciamiento civil: a) el proceso común de cognición, con las características típicas derivadas de los principios del debido proceso, el proceso justo, a cognición exhaustiva y que dirime la litis en su totalidad, de una vez y para siempre. Aunque con diferencias de grado en cuanto tan solo su estructura y formalidades, existen a su vez el *plenario mayor* u ordinario; el *plenario abreviado* –nuestro proceso sumario todavía operable en la mayoría de las legislaciones provinciales- y el *plenario “abreviadísimo”* –el sumarísimo de las mismas legislaciones y, al menos, en su literalidad, el regulado por el art. 498 CPCN vigente); y b) el propio de las medidas urgentes, anticipatorias y satisfactivas en general, preordenado a la producción inmediata y provisional de efectos prácticos, con todas las demás

⁵⁰ ANDOLINA I., *Il tempo e il processo*, en la obra del mismo título, *Scritti scelti di Italo Andolina*, a cura di G. Raiti, Università di Catania, G. Giappichelli ed., Torino, 2009, v. I, pp. 31 y ss., especialmente p. 43.

características que hemos visto. Lúcidamente, se ha aludido⁵¹, en relación a la actual legislación italiana –pero vale por extensión a la mayoría de los esquemas- a un sistema de “doble binario” de la justicia civil, uno de velocidad reducida, que privilegia el “hacer bien” y el otro de alta velocidad que persigue “hacer pronto”. Sistema que, puede agregarse siguiendo la metáfora, que está definitivamente instalado, que no podrá ser removido en adelante; solo tolerará el ajuste de algunas de sus piezas. Y de eso se trata ahora: encausar mejor y perfeccionar las tutelas de urgencia y, por otro lado, reconstruir (¿una vez más?) el proceso madre de cognición, para tornarlo más adecuado para el efectivo cumplimiento de sus fines.

- c. La “reingeniería” del proceso de cognición debería comenzar, en nuestro sistema, por ajustar el proceso plenario abreviado. Es bien sabido que el proceso sumario constituyó uno de los más significativos avances que trajo consigo el CPCN de 1968⁵², como también su triste destino que comenzó con su desnaturalización, sobremanera por la inoperancia por la práctica de los operadores que convirtió en “letra muerta” el mecanismo de la audiencia de vista de la causa del originario art. 489, y remató finalmente en la retrógrada supresión que consagrara la ley 25.488, de 2001. Se trata, entonces, de remodelar ese tipo procesal, reconvirtiéndolo como un proceso ágil, desformalizado, que recoja los mejores aportes que exhibe, p.e., la reciente reforma italiana de la ley 69/2009 –arts. 702 *bis*, 702 *ter* y 702 *quater*-; los de la LEC española N° 1/2000, que regula los juicios verbales, arts. 437 a 447; y aún, los traídos por el régimen procesal experimental portugués –dec. Ley 108/2006-.

Una tutela sumaria “buena”, en la expresión de Taruffo⁵³, cumple con la exigencia de llegar a emitir rápida y eficazmente un pronunciamiento de mérito, sin menoscabo de las garantías fundamentales del proceso, porque opera sobre las formas del procedimiento simplificándolo fuertemente. El juez procede “omitiendo toda formalidad no esencial para el contradictorio”, lo que implica, no obstante que el contradictorio efectivamente se lleve a cabo; y fundar la decisión sobre los hechos en

⁵¹ ANDOLINA I., *Op. cit.*, pp. 43-44. El modelo de “alta velocidad”, organizado en función de la producción de proveimientos inmediatos y provisorios de mérito, está coherentemente asentado sobre la bisagra del *rebus sic stantibus* y, por consiguiente, necesariamente abierto a los *nova*, al sobrevenir de los hechos, a la confrontación constante con la realidad externa en perenne devenir (p. 45).

⁵² PALACIO L.E., *Derecho Procesal Civil*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1967, v. I, pp. 319 y ss.; v. VI, pp. 213 y ss. MORELLO A.M., SOSA G.L. y BERIZONCE R.O., *Códigos Procesales...*, Abeledo-Perrot/LEP, Bs. As., 2ª. ed., 1989, v. IV-A, pp. 314-319.

⁵³ *Determinación de los hechos...*, *Op. cit.*, pp. 282 y 283.

la “información sumaria” supone, de todas maneras, que el juez debe determinar, aunque de manera simplificada e informal, la verdad de los hechos.

- d. En verdad, no se trata de contraponer o enfrentar dos modelos opuestos, los del “doble binario” a que aludía Andolina. En todo caso, la fórmula constitucional del debido proceso, o la del proceso justo si se prefiere, alberga las dos vías y, entonces, resulta necesaria su articulación de modo que, respetando la natural individualidad de una y otra, pueden ser ensambladas para que ganen todas operatividad y, en definitiva, se asegure el mejor y más efectivo rendimiento de la tutela jurisdiccional.

El proceso madre de cognición sumaria aunque acabada y plena, en la versión procedimentalmente simplificada, ágil, desformalizada y adecuada al caso concreto, bajo la batuta ordenadora del juez⁵⁴, no rechaza la mixtura que deriva de la necesaria e imprescindible –por razones funcionales y de efectividad– inserción en su propio curso, *in itinere*, de medidas anticipatorias y de urgencia, provisorias aunque inmediatamente operativas. La conjugación armoniosa del “hacer pronto” y del “hacer bien” garantiza la oportuna composición de los diferentes intereses en conflicto, pues mientras la parte urgida puede recibir, concurriendo los requisitos que establece la ley, una tutela presurosa aunque de todos modos provisional, igualmente queda salvaguardada la garantía plena del contradictorio, para la contraria, sustentada en la comprobación plena y definitiva de la que deriva la cosa juzgada. La tutela provisorio de urgencia viene, de ese modo, a correlacionarse y ensamblarse con la tutela definitiva asentada en el conocimiento pleno y acabado de la litis, como único modo de asegurar el proceso justo constitucional⁵⁵.

Queda por delante para nosotros la improba, aunque apasionante tarea de concretar en la ley procesal la remodelación del plenario abreviado y, al mismo tiempo, articular en consonancia las tutelas provisorias de urgencia, de modo que una y otra tributen en definitiva al debido y justo proceso constitucional y convencional.

⁵⁴ Sobre el principio de *adecuación judicial de las formas*, o de flexibilidad, por todos: CALAMANDREI P., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, EJEA, Bs. As., 1943, trad. S. Sentis Melendo, pp. 247 y ss. Aplicación concreta de dicho principio lo constituye el art. 702-ter, CPC italiano, texto ley n. 69/2009, ya aludido. En el derecho inglés, el *case management* acuerda al juez la potestad de optar entre distintos tipos procesales –*fast track*, *small track* y otros– en atención a las particularidades de cada caso, como se explicó *supra*.

⁵⁵ TARUFFO M., *Determinación de los hechos...*, *Op. cit.*, pp. 271 y ss., 276 y ss.