

TUTELA ANTICIPADA

Por Federico Gigena Basombrio

Hace unos días escuchábamos de las lecturas bíblicas (el libro de los reyes) lo que el gran rey Salomón había solicitado a Dios como dones para ejercer el gobierno del pueblo judío: la prudencia y la sabiduría.

Y si se piensa y reflexiona sobre el contenido de dicha petición -y sobre todo si uno tiene en cuenta el juicio histórico de dicho reinado-, uno no puede menos que admirarse (en el sentido que la filosofía aristotélica ha dado a dicha actitud) acerca de la importancia del contenido de la petición.

La prudencia, tal como lo sostiene Pieper en su obra “Las virtudes fundamentales” es la reina de las virtudes, ya que, si bien se asienta en la inteligencia opera en la voluntad. Y recordemos que inteligencia y voluntad son las dos facultades por las cuales el hombre es lo que es y no otra cosa.

Nos recuerda Aristóteles que “pertenece al prudente la capacidad de deliberar de una manera correcta sobre lo conveniente para que una vida sea buena, no de un modo parcial sino total” (Ética a Nicómaco, 1440). De dicha definición nos interesa, aquí, el deliberar que se refiere a los actos libres del hombre tomados en su singularidad y concreción. Un acto deliberado es un acto premeditado.

El diccionario de la Real Academia Española define el deliberar como “considerar atenta y detenidamente el pro y el contra de los motivos de una decisión, antes de ser adoptada y la razón o sinrazón de los votos antes de emitirlos” y aquí el vocablo “detenidamente” expresa la integridad de la atención a todos los pormenores de los que pueda resultar un pro o un contra al valorar la decisión de que se trata, en considerar las ventajas y los inconvenientes de un posible acto humano, pero no de una manera general, sino en función de unas concretas circunstancias, hasta las cuales no llegan los meros saberes técnicos, ni nuestras ciencias especulativas.

Cabe señalar que ningún hombre nace prudente ya que, como toda virtud, la prudencia se inscribe en el carácter y no en el temperamento. Mientras que el carácter se moldea o fragua a lo largo del curso de la vida y supone la libertad, el temperamento es cosa innata: ese “genio y figura” del cual suele decirse que permanece “hasta la sepultura”. La virtud de la prudencia, para los clásicos, supone la libertad y se construye día a día.

Como partes de la prudencia se suelen enumerar las siguientes: la memoria (en cuanto experiencia de la vida), el entendimiento (de lo particular y lo contingente), la docilidad (en el sentido de buscar el consejo de otros hombres, sin fiarse exclusivamente de la propia opinión), la solercia (agilidad mental repentinamente o inventiva, necesaria porque no siempre hay ocasión de contrastar nuestro propio juicio con el de otra persona, pero que no debe caer en el extremo de lo que se llama ligereza), la razón (no como la innata facultad que recibe este nombre, sino como la destreza o buena maña de usarla correctamente), la providencia (un saber anticiparse a los hechos), la circunspección (atención a las circunstancias) y la cautela (como visión de lo que extrínsecamente pudiera llegar a impedir lo que se quiere, sobre todo contando con el hecho de que a veces las apariencias engañan).

Pero además de la prudencia, Salomón pidió sabiduría.

La sabiduría, siempre dentro de la perspectiva de los clásicos, puede identificarse con la filosofía ya que filosofía significa “el amor a la sabiduría”: el deseo y la búsqueda del saber.

Se ha atribuido a Pitágoras la invención del término para expresar su propia idea de sí mismo, no tanto como poseedor de algún saber cuanto como alguien que desea y que busca la sabiduría en general. Según una tradición inicialmente documentada por Diógenes Laercio, esa fue la respuesta que habría logrado Leontes, soberano de los filisios, al preguntarle a Pitágoras cual era el tipo de saber que éste tenía, si bien algunos lo adjudican a Sócrates.

Pero sea uno u otro, lo más trascendente o decisivo de esta idea, es la simultaneidad que en ella hay, de una cierta ignorancia y de un cierto conocimiento. Para buscar el saber, es menester que falte su posesión, aunque

no hasta tal punto que ni siquiera se sepa que no está siendo tenido, ni tampoco de forma que a su vez no se tenga ni la más mínima idea de lo buscado. El hecho de saber que no se sabe, aunque sin duda difiere del saber absoluto o perfecto, es también diferente de la ignorancia cabal. Esta mutua tensión del saber y del no-saber, resulta de la idea que de él expone Platón en uno de sus mitos mas profundos: el del nacimiento del amor (banquete, discurso de Sócrates). Para él el amor es el hijo del dios de la abundancia y de una pobre mujer que simboliza la escasez o penuria. Como fruto de ambos, participa de las cualidades de los dos. No vive por completo en la opulencia, ni en la indigencia tampoco, sino que consiste, esencialmente, en la articulación de esas dos cosas.

A esta altura uno se preguntará a que viene esta larga introducción, legítima pregunta por cierto ya que más parece una conversación sobre filosofía que sobre derecho.

Pero si uno analiza detenidamente los componentes de la prudencia y la sabiduría verá, según entiendo desde mi punto de vista, que la vinculación con el accionar propio del juez aparece claro, ya que éste necesita de ambas para poder emitir su juicio.

En efecto, ya desde antiguo se señaló que el acto propio de la justicia es el juicio y ello se deduce del origen de los términos: *Iudicium* viene de *iudex*, a su vez compuesto de *ius-dicens*, el que pronuncia el derecho, por lo que el juicio significa la sentencia del juez que profiere el derecho, sentido que Santo Tomás precisa diciendo: “*el juicio implica la definición o determinación de lo justo o el derecho*”.

Pero, como acto, el juicio es propio de la razón práctica informada por la prudencia y no de la razón especulativa ya que no se trata de un juicio universal y teórico propio de las ciencias, sino con relación a un caso concreto. Entonces, como es algo propio de la razón práctica, requiere esencialmente de la intervención de la prudencia.

A su vez, como lo que se trata es de decir el derecho (ya decía Aristóteles que los hombres “acuden al juez como a cierta justicia animada”) ello supone un

mínimo de conocimiento previo sobre dicha materia y un esfuerzo intelectual para conocer mas profundamente, dicha materia (aquí se presenta la sabiduría).

El problema actual, a mi modo de ver, es que los jueces hemos perdido de vista o, directamente, no aplicamos a nuestras sentencias ni la prudencia ni la sabiduría.

Digo que no aplicamos la prudencia, por cuanto no deliberamos adecuadamente sobre los pro y los contras de los hechos y el derecho invocados en un proceso. En cuanto a la sabiduría, esa falta de prudencia nos impide ver la esencia de lo que se desarrolla ante nuestros estrados y, en algunos casos, olvidamos los componentes que hacen que un proceso sea lo que es y no otra cosa.

Y esto viene a cuento de la proliferación de la tutela anticipada o bien de las llamadas medidas autosatisfactivas.

En un artículo publicado en el libro Medidas Autosatisfactivas, editado por Rubinzal Culzoni, dice el Dr. Peyrano en “La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución” que comienza con una cita de Rudolf Ihering que dice: “todo derecho a sido disputado, cada regla jurídica importante debió ser arrancada a aquellos que se oponían, y todo derecho tanto el de un pueblo, como el de un individuo, se fundamenta en la permanente disposición a afirmarlo”.

En base a ello afirma que la lucha por el derecho nunca ha sido sencilla y descansada, a veces cansa, otras disgusta, el esfuerzo desplegado en defender lo obvio. Sin embargo, continúa, la perspectiva de poder contribuir a edificar una “jurisdicción oportuna” nos ha estimulado para no abandonar el empeño. Barruntamos, afirma, que desde siempre lo que hoy se llaman “tutelas diferenciadas” han suscitado iniciales enjuiciamientos adversos y la colocación de vallas a su vigencia. Y concluye: “la opción es de hierro: o la “quietud de las tumbas” auspiciada por quienes no logran despegarse –con el debido respeto y aprovechando todo lo que fuera posible lo anterior- de las enseñanzas de sus

maestros o atreverse a internarse en líneas de investigaciones nuevas que sean aptas para concretar el perfil del Poder Judicial que las postrimerías del segundo milenio exige. Por supuesto que no aplaudimos embates entusiastas carentes de fundamentación ni negamos el homenaje que merece la procesalística clásica. Sí en cambio, pensamos que a partir de lo que tenemos debemos pararnos sobre los hombros de quienes nos precedieron para así mirar “más lejos”, porque el mundo de hoy no es el de ayer”.

Comparto gran parte de dichos conceptos. Sin embargo, no adscribo a la conclusión a que arriba a favor de la tutela anticipada.

Pero bueno es ver, brevemente, los argumentos que sustentan dicha postura.

En primer lugar -y para ello me baso en la publicación antes aludida-, cabe destacar que dicho requerimiento (así lo denomina Peyrano) nace ante lo que consideran como una debilidad de la teoría cautelar ortodoxa: la falta de respuestas adecuadas a los justiciables en determinadas materias y, de allí, la imposibilidad de aplicarles las normas legales vigentes.

Si se habla de que “no es posible aplicar las normas vigentes” es fácil deducir que, salvo algunas excepciones, esta medida no tiene fundamento legal positivo. Y esto es más patente aún, cuando el autor antes citado indica que “su introducción expresa en los textos legales deviene impostergable para otorgarle nuevo impulso”.

En realidad, desde mi punto de vista, el hecho que no tenga recepción legal expresa no constituye un obstáculo insalvable para la adopción del requerimiento.

Ello por cuanto todos los Tribunales no nos limitamos a decidir una cuestión exclusivamente sobre la base de los términos literales de una norma, sino que tenemos en cuenta los valores y principios receptados tanto en la Constitución Nacional como, también ahora, en los Pactos Internacionales que ha firmado nuestro país.

Pensemos, por ejemplo, en el amparo que fue una creación pretoriana de la Corte en los famosos casos Siri y Kot y que ya fuera esbozada en algunos precedentes del Dr. Tomás Casáres cuando integraba la Corte (el caso San

Miguel, Fallos 216:607). O bien en la recepción del derecho de réplica o incluso en la jurisprudencia que aceptó la actualización de las deudas en pasadas épocas inflacionarias o algunos plenarios de la Cámara Comercial que dieron fuerza legal a la ejecución de pagarés que no eran tales por ausencia de algunos de sus requisitos esenciales y que hoy nadie discute no obstante la a la postre minoritaria del Dr. Williams quien sostenía la falta de apoyatura jurídica de la postura mayoritaria. O, para señalar otro ámbito, la extensión de la responsabilidad objetiva a cualquier supuesto, sobre todo si se trata del Estado ya que ahora hasta es responsable de que caiga granizo o como leía hace poco una sentencia en la cual se responsabilizaba totalmente a la concesionaria de la ruta por cuanto una persona irresponsable había arrojado una piedra a un automotor. Es que como dicen algunos: los jueces somos muy generosos . . . con el dinero ajeno. . . y agregaría con los “requerimientos” en los cuales no somos demandados.

De manera tal que la falta de una norma legal expresa no me parece argumento suficiente como para desestimar lo que se conoce como tutela anticipada.

Otro argumento que se utiliza para sustentar dicha postura es que debemos ser jueces con responsabilidad social. Personalmente ignoro que implicancias tiene ser ese tipo de juez. Pero, lo que sí tengo claro, es que en mis sentencias no creo, ni quiero serlo,... ya que entiendo que mi función es decir el derecho en un caso concreto, con prudencia y sabiduría en la medida de mis posibilidades, sin pretender legislar dando aumentos de sueldos, ni ejercer funciones de gobierno ni mucho menos salir a reparar el medio ambiente cual caballero medieval y con sustento en la inconstitucional ley de medio ambiente... menos si pretenden con ello que pague el impuesto a las ganancias... Lo que se pretende de un juez es que aplique el derecho de conformidad con las normas y principios constitucionales y la legislación vigente en la medida que se adecue a dichos principios jurídicos. O, como antes señalaba citando a Santo Tomás, la determinación de lo justo, del derecho, al caso concreto.

Y recuerdo aquí que ya en el Antiguo Testamento se vierte una dura crítica con relación a los jueces proclives a ser generosos con el dinero ajeno, con lo que puede deducirse que ya en esa época había jueces con “responsabilidad social”.

Por otra parte y si bien no en todos sus sostenedores, puede deducirse que, inicialmente, se sustentó la tutela anticipada en las medidas cautelares, al menos un sector considera que mas allá de la praxis judicial y doctrinal, ambos institutos no pueden asimilarse.

En efecto, como se reconoce, y bajo el apotegma “todo lo cautelar es urgente pero no todo lo urgente es cautelar”, se afirma que las medidas cautelares: 1) se ordenan sin oír previamente a la parte contraria ya que el juez funda su decisión en los hechos afirmados y acreditados sumariamente por el peticionante y se exige contracautela, 2) son provisionales ya que pueden ser modificadas si varían las circunstancias, pueden ser revocadas o apeladas y 3) son accesorias a un proceso principal ya en trámite o que debe iniciarse dentro de un corto período de tiempo y 4) están ordenadas en función del posible cumplimiento de la sentencia que se dicte en un proceso, lo cual demuestra su naturaleza instrumental ya que no existen por sí mismas.

En cambio las medidas autosatisfactivas, al decir de Peyrano, son un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota –de ahí lo de autosatisfactiva- con su despacho favorable, no siendo necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento y reitera, más adelante, que son procesos urgentes en los que el factor tiempo juega un papel fundamental.

En la misma línea, el Dr. Vargas en un artículo en el libro citado, precisa que las medidas autosatisfactivas corresponden a un proceso autónomo que no es ni provisorio ni accesorio.

Se comparta o no el llamado requerimiento, hay algo que comparto con sus sostenedores: considero que la distinción resulta adecuada toda vez que, por su distinta naturaleza, las medidas autosatisfactivas no tienen la misma naturaleza que las medidas cautelares.

Y la precisión de sus doctrinarias resulta importante toda vez que de esa forma podemos saber de que estamos hablando, esto es, de un requerimiento que se agota en sí mismo o, mejor dicho, con la decisión del juez dictada en forma instantánea; con ello se resuelve la solicitud que formula el presentante sin que sea necesario un juicio posterior.

Esto es, la justicia instantánea al modo de la popular raspadita que reparte premios en el acto; que ahora ha llegado a la justicia, siendo el premio la decisión de un juez, cuya función es nada menos, que la de decir el derecho. En otras palabras, la utopía realizada ya que supongo, si bien no encontré nada al respecto, que la decisión de este juez con responsabilidad social se dictará en el acto, esto es, sin que siquiera pueda alegar a su favor el plazo de tres días para despachar un escrito: no podría ser de otra manera ya que el código procesal no resulta de aplicación al “requerimiento”.

Por otra parte la “justicia instantánea” se deduce de la propia urgencia del caso que no admite la mas mínima dilación ya que no hace a su esencia que sea oído el contrario.

Otro de los argumentos esgrimidos para sustentar el llamado, por decirlo así, “requerimiento” es la apelación a la tutela judicial efectiva con especial referencia al factor tiempo.

En efecto, sus propulsores, señalan constantemente que el “requerimiento autosatisfactivo” se sustenta en la necesidad de la tutela judicial efectiva, principio que le adjudican sustento constitucional y en los tratados internacionales.

Así Arazi y Kaminker señalan que “la realidad habitual es que existen tiempos que deben necesariamente transcurrir entre el planteamiento de los conflictos y la obtención de su satisfacción por obra y gracia de las actividades procesales judiciales. Tales tiempos, de la justicia, son, al presente y como figura repetida en diversos países y realidades, de tal extensión, que se constituyen en intolerables para los que de ella esperan la solución para sus problemas. Aún la solución justa, equitativa, conforme a derecho, deja de ser tal cuando el tiempo que ha llevado su obtención determina la frustración de los intereses

que a tal arbitrio han sido confiados”. Y siguen afirmando que “el tiempo, dimensión enaltecedora de lo humano, obra en estas materias como frustrador de ilusiones, posibilidades y derechos. El proceso justo, cargado de garantías imprescindibles, en este momento histórico ha dejado de serlo –si es que alguna vez lo fue- por imperio de la tardanza que impide la satisfacción en tiempos racionales y tolerables de los requerimientos de los justiciables” y concluyen afirmando que el acceso a la justicia requiere adecuar los tiempos de lo procesal, para evitar su frustración.

Con la apelación entonces a la tutela judicial efectiva y su relación con el factor tiempo, es que se justifica la existencia de las tutelas anticipadas.

Así otro autor, Vargas en “Teoría general de los procesos urgentes” dice que “cuando se refieren a los procesos urgentes, todos los autores aluden, sin ambages a que aquí se produce una “anticipación de la tutela” –Morello-, o se brinda una “tutela anticipada y definitiva” –Berizonce- o una tutela procesal diferenciada –Peyrano, Gil Preli, etc.

Sigue diciendo dicho autor que se ha producido un renacimiento de dicho término –la tutela- ya que las modernas constituciones consagran el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Por lo tanto entiendo que no hay dudas que la tutela judicial es un derecho constitucional aplicable a todos.

Pero, a continuación, añade que ese derecho a la tutela debe ser efectivo y para explicar dicho término recurre a Peyrano al señalar que ya desde el año 1980 se preocupaba por los alcances del valor eficacia en el proceso civil contemporáneo y el cual tiene un valor instrumental respecto del valor justicia.

De manera tal, resumidamente, y a riesgo de que como toda síntesis sea incompleta, dicho autor señala que las situaciones urgentes son dignas de tutela por ser éste un derecho constitucional y que se agotan con su despacho favorable ya que su derecho tiene una fuerte probabilidad de ser receptado en sentencia de mérito que, vaya paradoja, se brinda en lo que vendría a ser una suerte de “respuesta inmediata” sentencial.

Coincido con la preocupación y la valoración de la tutela judicial efectiva pero no con que, de ello se siga, que la sentencia deba ser inmediata o, en otras palabras, que esto justifique a las medidas autosatisfactivas.

En efecto, siguiendo en este punto a Fernando Toller en su obra “el derecho a la tutela judicial efectiva”, puede decirse que, en el derecho actual es comúnmente aceptado que toda persona tiene un derecho a acceder a los tribunales para obtener la tutela de sus derechos legítimos.

Este derecho a la jurisdicción o a la tutela judicial, es la positivación y concreción de un derecho básico de la persona, el derecho a la defensa jurídica. Es que el derecho a la jurisdicción existe con independencia de su reconocimiento positivo. Es un derecho que le corresponde a todo hombre por el sólo hecho de serlo; que es inherente a su personalidad y, además, **inalienable e irrenunciable**. Es, por lo tanto, un derecho natural básico o de primer grado dentro de la concepción tomista del derecho natural.

Así Toller señala que al menos cuatro derechos pueden reclamar su condición de fundamentales: el derecho de acceder al proceso –derecho de titularidad general e indiscriminada-, dentro del proceso el denominado derecho al debido proceso o a la defensa en juicio –del que también gozan todos los litigantes y no sólo el actor, el derecho a una sentencia justa o conforme a derecho, y el derecho del justiciable que tiene la razón, sea el actor o el demandado, a una concreta tutela jurisdiccional.

El derecho al proceso se deriva claramente del artículo 18 de la Constitución Nacional que reconoce que “es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos” y dentro de esta fórmula se engloba tanto el derecho a la jurisdicción como el derecho a un debido proceso.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en dos opiniones consultivas del año 1.987 que “en una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”.

Y remarca el autor que estoy siguiendo que la “garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio, consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional va mucho mas allá de, por ejemplo, la asistencia letrada, ya que prohíbe colocar a la persona en estado de indefensión y protege todo lo que permite a los justiciables participar e intervenir en la causa” y recordemos que la Corte ha señalado que el Poder Judicial tiene como atribución y obligación inalienable el hacer respetar la Constitución y en particular, las garantías personales que la misma reconoce.

Y podemos agregar que la Corte Interamericana de Derecho Humanos en una sentencia del 26 de junio de 1987 señaló que los recursos judiciales efectivos que deben proveer los Estados Parte, deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal, reconocido en el artículo 8.1, que implica todo lo que asegure la adecuada defensa de las personas cuyos derechos y obligaciones están bajo consideración judicial, y que debe cumplirse aun bajo suspensión de derechos.

Por lo tanto estoy completamente de acuerdo con que existe un derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. También de la importancia de la efectividad y del factor tiempo. Pero, recurriendo a la prudencia y la sabiduría, entiendo que el derecho aludido debe ser aplicado en su integridad. Esto es: todos tienen derecho al acceso a la jurisdicción y a partir de ello, a un proceso legal que también garantice el derecho de defensa antes del pronunciamiento del juez.

No puede desconocerse que los propulsores del requerimiento no han ignorado la cuestión que se está examinando. Pero conviene hacer algunas puntualizaciones.

En primer término afirman, al menos algunos, que no hace a la esencia de las medidas autosatisfactivas que se dicten sin oír a la contraria.

Esto es, algunos requerimientos son más urgentes que otros. En los urgentes al cuadrado, no hay contradictorio, ya que la sentencia se dicta sin que el condenado pueda ejercer, no ya digamos su derecho de defensa, ni siquiera es oído.

En los restantes se admite su participación al solo efecto de ser oído.

Así Rivas dice que: “la sentencia anticipatorio ha de ser resultante de la sustanciación previa como principio general, sin perjuicio de situaciones especiales en las que la ley pueda autorizarla sin contradictorios”. Y Arazi destaca: “estas medidas provisionales, a diferencia de las cautelares, no necesariamente se dictan sin audiencia de la contraria y tampoco persiguen asegurar el cumplimiento de una futura sentencia a dictarse, sino la satisfacción total o parcial de la pretensión, en decisión anticipada por razones de urgencia.

Pareciera entonces que, al menos para algunos de sus propulsores, es necesario, en los casos urgentes pero no tanto, que se de un contradictorio. El problema que persiste es que esa participación de la contraria queda limitada a ser escuchado.

Pues bien, a mi entender, en los supuestos doblemente urgentes, las medidas autosatisfactivas son claramente inconstitucionales por cuanto la prudencia y la sabiduría nos muestran que la decisión de un juez, por aquello de la deliberación, supone necesariamente que se ejercite el derecho de defensa y que por lo tanto ambas partes puedan alegar y probar, tal como lo requiere el derecho a una tutela judicial efectiva.

Nada nuevo por otra parte. Santo Tomás en la cuestión 67 de la Suma Teológica (dejando de lado el problema del derecho natural y las leyes que a él se le oponen) reafirma el principio de legalidad ya que, para él, el juez es intérprete de la ley y representante de la autoridad que ejerce las funciones de persona pública, razón por la cual debe conocer la causa y dar la sentencia conformándose estrictamente a las leyes y según las pruebas e instrumentos públicos del proceso, no según sus conocimientos como persona privada.

Esto es que, además de la ley, el juez debe atender, para la cuestión de hecho, a las pruebas y testimonios alegados en la causa, no a los datos habidos como persona privada, y sentenciar “iuxta allegata et probata”. Este deber de atender sólo a las pruebas legales es cierto cuando no se prueba con certeza la culpabilidad del reo. El juez debe entonces absolverle y el magistrado que

condena al acusado conociendo su culpabilidad cierta sólo por datos extrajudiciales, falta gravemente a su conciencia. Se aclara además que para Santo Tomás tampoco puede condenar cuando la prueba jurídica del delito se ha obtenido por medios ilegítimos contra el acusado.

Es mas, señala que en las causas criminales el principio de la presunción favorece al reo y debe el juez absolver a quien jurídicamente no fue convicto de su crimen y en las causas civiles la duda, dice, puede ser de hecho ya que no ha sido probado suficientemente y en ese supuesto vale la regla todo hecho debe ser probado y el juez debe fallar a favor de aquel cuyo hecho imputado no ha sido objeto de prueba legal suficiente, aunque le constara privadamente su existencia.

Y con relación a la forma del juicio destaca que, esencialmente, el proceso debe desarrollarse entre un acusador y un acusado y que el juez no puede condenar a nadie si no hay un acusador que lo querelle o establezca acción jurídica contra él. Es que el juez es un intérprete y arbitro de la justicia que debe fallar entre dos partes en litigio. No puede pues hacer las veces de acusador estableciendo parcialidad por alguna de las partes. Y agrega que esta necesidad de la acusación para instruir la causa, parece clara prescripción del derecho natural y además es una garantía para el acusado que tiene derecho natural e imprescriptible a la defensa, ya que nadie puede ser condenado sin antes haber sido oído.

Por lo tanto, desde el plano filosófico como desde el jurídico y por el derecho, sea que se lo considere como un derecho natural o positivo, ello importa que si bien cualquiera tiene derecho a accionar, nadie puede ser condenado sin antes haber podido ejercer su derecho de defensa mediante un proceso que determine, previamente, las garantías necesarias para ejercer ese derecho.

Es que, la función del juez, consiste en emitir un juicio y para ello resulta necesario que delibere, tal como lo requiere la prudencia, sobre los pro y los contra de lo que se le presenta y la sabiduría nos indica que, para que ello sea posible, requiere que las partes le presenten el caso y que por lo tanto exista

un debate entre ellas en el que aleguen el derecho y prueben los hechos que sustentan sus pretensiones.

Sin esa deliberación no hay juicio y sin juicio no hay sentencia válida de manera tal que el derecho a la tutela exige, por su propia naturaleza y sea que se lo considere desde el punto de vista del derecho natural o del derecho positivo, tanto que la justicia sea rápida y eficaz, como que cualquiera pueda accionar y que el acusado, sea civilmente o penalmente, pueda defenderse en forma previa a la decisión del tercero imparcial.

En cuanto a la segunda postura, la que admite una cierta participación del demandado, puede decirse que, en realidad, lo que propician sus sostenedores es una simple escucha del accionado de manera tal que si bien, ya no tan evidente, el derecho de defensa no se encuentra resguardado, no solamente por la limitación que ello supone, sino por no respetarse la igualdad de las partes en el proceso.

En efecto, debe tenerse presente que el llamado requerimiento, supone un juicio (algo más que un prejuicio por la verosimilitud requerida por sus propulsores) previo por parte del juez acerca de su procedencia, ya que de lo contrario debió ser rechazado.

Si el juez lo admite es por cuanto se reúnen los requisitos que postulan sus defensores, esto es, que se trata de algo urgente, y fundamentalmente, de la procedencia del planteo, con lo cual ante la presentación del requirente el juez debe examinar el derecho y los hechos invocados y llegar a la conclusión de que el mismo no solamente puede ser atendido, sino que el mismo debe ser atendido, ya que la doctrina exige que exista una fuerte certeza, o sea el grado más alto de la disposición del espíritu o la inteligencia con respecto a un planteo, y por ende un grado bastante más elevado al de la duda.

Frente a esa decisión que no desestima inmediatamente el requerimiento, el demandado no está en condiciones de ejercer adecuadamente su derecho de defensa, ya que el juez tiene la certeza del derecho invocado por el requirente y él va a ser solamente oído, no escuchado. Prácticamente no se le va a

prestar atención y en todo caso solamente podrá alegar, pero no podrá probar, ya que en ese caso se desnaturaliza el requerimiento urgente.

De manera tal que aún esta postura, un poco mas respetuosa del derecho de defensa, tampoco puede ser admitida por ser violatoria del derecho inherente a la defensa con anterioridad al pronunciamiento del juez. Por no existir deliberación en el sentido preciso del término, con lo cual el juez comete un acto imprudente por falta de análisis de las posturas de ambas partes en un pie de igualdad. Y tampoco tiene en cuenta la sabiduría, en el sentido de que no aplica los conocimientos fundamentales que hacen a su función como tal de garante del derecho de accionar y del derecho de defensa.

Otro argumento que se esgrime para obviar el derecho de defensa es que admiten que la decisión puede ser apelada, obviamente que con efecto devolutivo.

Sin embargo seguimos desnaturalizando el derecho constitucional del debido proceso ya que una persona ha sido condenada sin habersele dado la posibilidad de ejercer su derecho de defensa. Y a ello se le agrega que no es lo mismo apelar que contestar la demanda, y no creo que sea necesario señalar la diferencia que tienen ambos.

Una última cuestión. Cuando nace la autosatisfactiva se presenta como algo excepcional, un remedio para solucionar los casos realmente urgentes, que los hay –acoto- pero, si uno examina aunque mas no sea el índice del libro sobre medidas autosatisfactivas dirigido por el Dr. Peyrano y publicado por Rubinzal Culzoni, advierte que, a poco andar, la excepción se transformó en regla ya que advertimos que se dan en todos los ámbitos. Así, vemos que existen, según sus propulsores, en el derecho penal, comercial, civil, laboral, administrativo, ambiental, etc.

A punto tal que, estoy personalmente convencido, esta proliferación del requerimiento al que hoy estamos asistiendo obedece, no tanto a sus propulsores originarios, sino a sus seguidores y fundamentalmente a los jueces que, sin deliberación ni prudencia, han adoptado dicha postura. Recuerdo haber conversado con el Dr. Peyrano sobre el tema y que me señalara que

solamente había dictado dos sentencias anticipadas en su larga trayectoria judicial. Por cierto, observo azorado, que sus seguidores han superado ampliamente dicho número y en un menor plazo.

Para concluir. Si los jueces carecemos de prudencia y sabiduría en el sentido expresado al comienzo, sino deliberamos sobre las materias sometidas a nuestra consideración y aplicamos las distintas partes que componen dicha virtud, que debemos adquirir; si no reflexionamos y profundizamos nuestro conocimiento, no solamente sobre la técnica jurídica, sino sobre la esencia del cargo que ocupamos y como debemos ejercer nuestra función, seguiremos sin respetar el derecho natural y positivo a una tutela judicial efectiva.

Que por cierto tiene en cuenta que los procesos duran demasiado, que debemos ser eficaces, que hay casos urgentes. Pero que, deliberando prudente y sabiamente sobre dichos conceptos, no pueden llevarnos a concluir que alguien puede ser condenado sin que antes pueda ejercer su derecho de defensa.