

Urgencia, verosimilitud y episteme¹.

Por: José María Salgado.

Planteo.

¿De qué hablamos cuando nos referimos al humo de buen derecho (*fumus bonis iuris*) o a la verosimilitud como presupuesto necesario de toda petición cautelar? ¿Es lo mismo hablar de proceso urgente que de medida cautelar? La intención de este trabajo es poner en crisis los conceptos citados y, especialmente, la progenie doctrinaria que se ha generado a raíz de su enunciación que, entiendo, los presenta como peldaños que permiten escalar a la verdad de los hechos. Sostengo, en cambio, que no se trata de una cuestión que pueda definirse por proximidad, lejanía o como un lugar al cual puede llegarse, sino por la circularidad de los relatos que la justifican.

Verdad, proceso y verosimilitud.

Lo verosímil es la creencia que tiene quien decide que las cosas sucedieron de un modo determinado. Dicha noción presupone, dado que la hipótesis atravesará un proceso de validación, que el proceso judicial es un medio apto para conocer e investigar. Entiendo que, de modo previo a abordar la tarea propuesta, resulta necesario expresar la concepción que tengo sobre el proceso civil como instrumento epistémico. Ello es relevante, cuando no dirimente, dado que las medidas cautelares son apéndices de aquél y por ello tendrán –en el mejor de los casos- los mismos límites en el conocimiento de las circunstancias fácticas que motivarán las decisiones que allí se tomen.

¹ El presente trabajo fue elaborado sobre la base de la presentación efectuada en la V Jornada de Profesores celebrada en la Ciudad de La Plata en el mes de abril de 2013, en el Panel 1: Incógnitas y respuestas provisionales en materia cautelar. ¿Qué y cuánta verosimilitud y urgencia justifican peticionarlas y concederlas?

Iré, sin rodeos, directamente al núcleo de la idea: la averiguación de la verdad no es un fin prioritario del proceso². Ella tampoco puede ser concebida como la contraposición monolítica de lo enunciado con algo externo e inmutable, es imposible hacerlo. Resulta más razonable, y realista, hablar de mejores o peores justificaciones de los enunciados como fundamento de las decisiones.

El proceso es un sistema ideado para resolver los conflictos sociales de manera pacífica. Es cierto que hacerlo en base a una versión comprobada de los hechos es un presupuesto de la toma de decisiones, aunque la noción está equiparada en su importancia, dentro de ese sistema, a otros valores: a la celeridad, a la protección de los derechos fundamentales, a la protección de secretos de Estado y el secreto de las relaciones abogado-cliente. Nótese que existe una evidente tensión entre la averiguación acabada de un suceso y los plazos que poseen los jueces para dirimir las contiendas; en las dificultades materiales para seguir todas las líneas de investigación posibles a efectos de determinar cuál es la que debe prevalecer; o en las reglas procesales de exclusión de determinados medios de prueba, así como las sustanciales que determinan su ilicitud en algunos casos.

La averiguación de la verdad tampoco es un objetivo institucional³. La validez de la decisión judicial no se sostiene por el grado de verdad alcanzado, sino por haber brindado una respuesta útil respetando el debido proceso y las posibilidades de ataque y defensa de las partes.

El juez no plantea su esquema de trabajo enfocándose en la búsqueda de la verdad de los hechos, en tanto se tenga por aquella a la correspondencia de lo enunciado con lo acontecido en el pasado. Es más, las herramientas que el Estado le provee para hacerlo están plagadas de reglas contrarias a esa pretendida

² Ferrer Beltrán no participa en forma explícita de nuestra afirmación. Señala, en el punto que nos ocupa, que el objetivo institucional del proceso es la averiguación de la verdad, puesto que ello es necesario para que funcione el propio derecho como mecanismo de motivación de la conducta. Concluye que debe distinguirse entre la validez y la verdad de la decisión; sólo si aquella se basa en la verdad de los hechos del mundo podrá hablarse del segundo tipo. Ferrer Beltrán, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 77; del mismo autor, *Prueba y verdad en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 96 a 101. Taruffo, a quien sigue Ferrer Beltrán, también critica la postura que asumimos en este trabajo. Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2005, p. 33.

³ Hemos sido más extensos en la explicación en Salgado, José María y Trionfetti, Víctor, "Colalillo" a contraluz. La "verdad jurídica objetiva" como aporía, JA 2012-III-1115.

finalidad. La motivación de la conducta de los justiciables, dentro del mundo del derecho, tampoco se basa en alcanzar ese objetivo, sino en obtener los beneficios que les irrogará que la jurisdicción convalide el relato de los hechos más favorable a su postura.

Pienso que es necesario hacer un replanteo del contenido del concepto “verdad”, no sólo para evitar inconsistencias, sino también para no caer en la inevitable frustración de no hallar nunca lo que buscamos. Es más realista plantear la verdad como justificación del aserto y no como correspondencia o adecuación con la realidad⁴. Sostengo, yendo un poco más lejos, que no es posible otro tipo de comprobación –dentro o fuera del proceso- pues toda apreciación del mundo está –necesariamente- teñida de la subjetividad del observador.

Adoptar esta postura no importa situar al derecho en general, y al proceso en particular, en un nivel de inferioridad epistémico. La tendencia a abandonar una concepción rígida sobre el contenido del concepto es válida tanto para el derecho procesal, como para las ciencias en general. El mundo de las ciencias hace tiempo ha abandonado una idea pretenciosa de verdad. En el pensamiento científico moderno se tendía a identificar el saber o la idea de conocimiento con todo aquello que era comprobable empíricamente. Esa concepción, sumamente ambiciosa, dejaba fuera de su espectro innumerable cantidad de fenómenos que no podían ser objeto de una explicación palpable. En tanto se fue tomando conciencia de sus límites, dificultades y contradicciones, el término comenzó a ser problematizado y fue puesto en crisis. Mediante un fuerte proceso de racionalización de las ciencias se adoptó un sentido en apariencia más débil del concepto, pero que resulta mucho más potente en la medida en que no se simplifica artificialmente el problema del método científico, sino que se trata de comprenderlo dentro de la complejidad de la trama socio histórica⁵.

Entiéndase bien, sostener lo dicho no importa desconocer que el presupuesto del sistema jurídico es que el juez falle considerando los hechos que ha tenido por

⁴ Entre otras formas que se han buscado para definir el concepto. Nicolás, Juan Antonio y Frápoli, María José, *Teorías de la verdad en el siglo XX*, Técnos, Madrid, 1997.

⁵ Palma, Héctor A. y Rubén, H. Pardo, *Epistemología de las ciencias sociales. Perspectivas y problemas de las representaciones científicas de lo social*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2012, p. 12/13.

probados o que la mejor explicación posible sobre los hechos es algo deseable⁶. Sólo implica afirmar que, entre la contraposición existente entre seguir incorporando elementos para justificar la decisión y la necesidad de que aquella recaiga prontamente, los sistemas procesales optan por la segunda propuesta. Lo expuesto tampoco conlleva a enrolarnos en una tesis formalista o que postule la existencia de una “verdad del proceso” diferente a la versión que puede obtenerse fuera de él o que puedan existir buenas sentencias basadas en la determinación imaginaria, falsa, inaceptable o parcial de los hechos. Como vimos, la problemática sobre la averiguación de la verdad trasciende al derecho procesal.

Lo dicho, mirado no desde el proceso, sino de las ciencias en general, impone que dejemos de lado la idea de verdad como correspondencia. Es que para conocer algo, y su relación con el contexto, siguiendo los postulados antiesencialistas que atacan la idea de que las cosas tengan algo intrínseco y algo extrínseco, asumimos que no hay nada que no sea un rasgo no relacional con su contexto. No puede haber una descripción única que indique cómo una determinada cosa es. Sólo en tanto se establezcan relaciones del objeto de estudio con las necesidades humanas, con la conciencia o con el lenguaje este puede comprenderse. Con esto desaparece la dicotomía entre apariencia y realidad, y la barrera entre nosotros y el mundo⁷.

Toda creencia será “verdadera” en tanto sea suficientemente justificada. Si tengo dudas concretas y específicas respecto de alguna de mis creencias, sólo puedo resolverlas preguntando si están adecuadamente justificadas, buscando y sopesando razones suplementarias en pro y en contra⁸. En tal sentido, siguiendo estos postulados, concluyo y afirmo que no hay diferencia entre verdad y justificación.

El conocimiento que tenemos de las cosas, responde a una descripción contextualizada del mundo; o si se quiere mirándolo por el camino inverso, nada puede ser conocido sino en contraposición o en asimilación a otra cosa. Las cosas

⁶ Ver Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2005, p. 43/44.

⁷ Rorty, Richard, *¿Esperanza o conocimiento? Una introducción al pragmatismo*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 44. Señala Rorty que existen numerosos filósofos –muy distintos entre sí– que se enrolan en esta línea de pensamiento que trata de desplazar el conocimiento como una imagen del mundo reconstruida por la imagen de un flujo de relaciones continuamente cambiantes, entre ellos destaca a Nietzsche, Dewey y Foucault.

⁸ Rorty, Richard, *Verdad y progreso*, Paidós, Barcelona, 2000, p. 14.

son lo que son en la medida que ellas pueden ser relacionadas con otras cosas: el contexto.

El proceso judicial, que no está fuera de las posibilidades epistémicas de la humanidad, se ve sometido a los mismos condicionamientos. Mi postura trata de sincerar las posibilidades de trabajo fundadas en los límites propios de la actividad. También de reconocer que, aun cuando el sistema procesal careciera de reglas probatorias –todas contra epistémicas- tampoco sería factible alcanzar la “verdad de los hechos”. Es que, si el conocimiento científico ha asumido un concepto de verdad menos ambicioso, postulando que aquella responde a un contexto de justificación, lo que debemos interrogarnos es cuáles son los mecanismos que nutrirán el discurso del juez. Lo que es igual a deconstruir cuál será el contexto de justificación en que deberá pronunciarse la sentencia que debe contener la “verdad de los hechos”. Es que, en esta tesis, no hay verdad o falsedad de los hechos, hay buenas o malas justificaciones que los explican⁹.

Repasemos el contexto de justificación en el cual debe pronunciarse la sentencia. En el proceso civil rige el sistema dispositivo por lo que el objeto de estudio está limitado al relato de los hechos aportado por los litigantes –salvando cuestiones indisponibles donde el juez tiene la obligación de incorporarlos-. Es decir que la judicatura limita su actividad probatoria a la comprobación de la base fáctica que se ha aportado como fundamento de la pretensión o de la defensa, sin que aquella deba ser necesariamente la explicación más fiel –si es que hubiera alguna con ese carácter- sobre lo acontecido. El objeto de comprobación se centra en aquellos hechos invocados, negados y que se consideren conducentes para cada proceso. Las partes, lógicamente, brindarán la versión de los sucesos que les resulte más conveniente a sus aspiraciones en ese proceso e incluso intentarán controlar la prueba –sesgando u omitiendo fuentes de prueba inconvenientes a su posición- para que los resultados se alineen con sus intereses. Tanto el actor como el demandado tienen un incentivo bien distinto a la averiguación de la verdad de los

⁹ Salgado, José María y Trionfetti, Víctor, “Colalillo” a contraluz. La “verdad jurídica objetiva” como aporía, JA 2012-III-1115.

hechos, ambos pretenden que el juez valide su propuesta para tomar las consecuentes ventajas que ello les irrogará¹⁰.

En el proceso, generalmente, se investigan hechos sucedidos en el pasado¹¹. Su reconstrucción se realiza a través de la incorporación de los registros que aquellos dejaron en el mundo. Dicha afirmación, por definición, asume que el trabajo de averiguación parte de una precariedad de elementos, los rastros recuperados que indican la ocurrencia del hecho. Estos, a su vez, antes de llegar a conocimiento del juez pasan por un tamiz subjetivo (quienes los toman) y temporal, que necesariamente los deteriora en su fidelidad. El juez, devenido en investigador, recibe ese sustrato y en base a él debe establecer cómo pasaron las cosas.

En materia penal la validación de la versión fáctica para obtener una condena debe llegar a la “ausencia de toda duda razonable”; en el ámbito civil opera el estándar la prueba prevaleciente, es decir que existe una hipótesis con mayor grado de confirmación que su contraria, justificando el motivo de sus elecciones en cada una de las inferencias y valoración de posibilidades. La exigencia de certeza es distinta en virtud de los valores en juego¹², pero siempre nos encontraremos en el

¹⁰ Las reglas del debate, por su parte, sea cual fuere el sistema que se escoja para efectuar la comparación, poseen un fuerte componente contra epistémico. Ocurre muchas veces que descubrimientos relevantes en el ámbito de las ciencias provienen del análisis de elementos antes no considerados por otros investigadores por la normal selección del campo de estudio y la exclusión de aquellas cuestiones que no se consideran útiles. La libertad del investigador, no pautada por plazos fatales, permite que incorpore en su trabajo todo elemento sobre el cual pretenda profundizar sus relaciones con el objeto de su pesquisa. En el ámbito judicial existe una fuerte tensión entre el tiempo que puede demandar una investigación exhaustiva de un suceso y la celeridad exigida a los jueces para la toma de decisiones. Ello motiva que los sistemas procesales se estructuren mediante la clausura de etapas que no pueden ser reabiertas -preclusión- y que se sancionen las demoras de los litigantes en la producción de sus pruebas. De tal modo, los medios de prueba deben ser ofrecidos en un momento exacto, las pruebas, dejando a salvo excepciones, sólo pueden ser producidas en un tiempo limitado, se prevén institutos como la caducidad y la negligencia que tienden a su supresión, existen reglas sobre el funcionamiento de cada medio de prueba en particular y sobre la actividad a llevarse a cabo; hay otra prueba que está vedada y otra considerada ilícita, los recursos limitan la incorporación de nuevos elementos en la revisión, etc. El juez carece de recursos técnicos y materiales suficientes para seguir todas las hipótesis posibles en cada caso y se limita a aplicar en forma exponencial preconceptos obtenidos en la resolución de precedentes similares al que se le presenta. Finalmente, el juicio termina con la sentencia y los hechos se tienen por sucedidos de una determinada manera y esa versión, merced al instituto de la cosa juzgada, no podrá ser -en principio- nunca más reabierta en su análisis. Ferrer Beltrán, Jordi, La valoración racional de la prueba, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 41.

¹¹ Algunas veces los magistrados deben establecer cómo sucederán o como hubieran sucedido las cosas en el futuro a efectos de establecer determinadas partidas indemnizatorias o su cuantificación.

¹² Ferrer Beltrán, Jordi, La valoración racional de la prueba, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 47; Taruffo, Michele, Probabilidad y prueba judicial, Páginas sobre la justicia civil, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 436.

campo de lo probable. La sentencia es, en si misma, una probabilidad de ocurrencia de determinados hechos.

El presupuesto elemental del proceso civil es la posibilidad de contraponer discursos. La versión de los hechos que se encuentre mejor justificada será la prevaleciente, generará las consecuencias jurídicas previstas en las normas y fundará la decisión. Hay proceso si hay pretensión, posibilidad de defensa, contraposición de versiones y fundamentación de la decisión.

Una primera conclusión con la que finalizaré este apartado es la siguiente: cuando se dicta una sentencia en el proceso judicial se lo hace en base a la versión mejor justificada de los hechos alegados. Obtener la verdad o la certeza absoluta es una aporía. Ello presupone que todo conocimiento se basa en una probabilidad, más alta o más baja, de que la secuencia reconstruida sea la mejor explicación sobre los hechos¹³. Las medidas cautelares no podrán escapar a dicha definición; es más, siempre quedarán un escalón por debajo.

Verosimilitud, urgencia y taxonomía procesal.

Otro paso que debe darse en la tarea es ubicar los conceptos de urgencia y verosimilitud en el mapa del derecho procesal civil. La cuestión no es sencilla pues la evolución posterior a Calamandrei los ha situado tanto en los sistemas cautelares como en los procesos rápidos.

Dentro del esquema de mayor rapidez en la búsqueda de respuestas la doctrina se centró en la diferenciación de los procesos urgentes, como aquellos que, conforme lo explica Falcón, superan el estándar de celeridad y se internan en la búsqueda de soluciones más o menos inmediatas¹⁴. Peyrano refería, 'La "fuerte probabilidad" exigida por la autosatisfactiva y la "certeza suficiente" reclamada por la tutela anticipada, son buenos ejemplos de lo que venimos diciendo. Casi huelga recordar que ambas instituciones revisten en la categoría de los "procesos

¹³ "La sentencia es una solución discursiva, verosímil, que el Juez elabora confrontando, previamente, las enunciaciones y pruebas que han aportado las partes. No hay construcción verosímil fuera de esa dimensión dialéctica." Verdaguer, Alejandro, ¿Certeza o verosimilitud en el proceso?, RDP, 2010-1, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 37.

¹⁴ Falcón, Enrique M., Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, T° IV, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 802.

urgentes".¹⁵ Y antes de ello, en el mismo texto, refiriéndose a las medidas cautelares, "Su razón convalidante es la apariencia de buen derecho en cuanto a la pretensión de fondo que exhibe el peticionante. Tal *fumus boni iuris* implica una verosimilitud de baja intensidad."

¿Es análogo hablar de proceso urgente y de medida cautelar? En términos generales hay que puntualizar que no existe un proceso cautelar, sino una providencia¹⁶ o medida cautelar. Entre otras razones, porque en el ámbito de la petición cautelar la actuación de la ley procesal se dirige a establecer la paridad de armas de los contrincantes en el tiempo que dure el proceso y/o en la aseguración de una eventual sentencia¹⁷. En cambio, el concepto de proceso se encuentra ligado a la satisfacción, positiva o negativa, de una pretensión fundada en leyes sustanciales, la que –en principio¹⁸– no está en discusión en forma directa dentro del marco incidental de lo cautelar.

Calamandrei definía a las medidas cautelares como *la anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podrá derivar del retardo de la misma*¹⁹. En su planteo no está en juego la satisfacción de la pretensión o su viabilidad y, aunque conocer acerca de aquella sirve como parámetro para saber si la petición interinal es adecuada, útil y necesaria, siempre nos encontramos en el plano de la accesoriedad y la instrumentalidad, propias de un esquema cuyo fin primordial es asegurativo. Si utilizamos una visión sistémica para situar el instituto, podremos concluir que podrá

¹⁵El autor citaba el XIX Congreso Argentino de Derecho Procesal (Corrientes 1997): "Resulta imperioso reformular la teoría cautelar ortodoxa dándose así cabida legal a los procesos urgentes y a la llamada medida autosatisfactiva. La medida autosatisfactiva es una solución urgente no cautelar, despachable in extremis, que da una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial. Posee la característica de que su vigencia y mantenimiento no depende de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal. Su dictado está sujeto a los siguientes requisitos: concurrencia de una situación de urgencia, fuerte probabilidad de que el derecho material del postulante sea atendible; quedando la exigibilidad de la contracautela sujeta al prudente arbitrio judicial" Peyrano, Jorge W., Procesos cautelares, urgentes y tuitivos de la ley. Tendencias sistémicas, 2009-C, 1061.

¹⁶ Calamandrei, Piero, Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, ob. cit., p. 33.

¹⁷ Rojas explica otras diferencias para cuya profundización remitimos al lector. A saber: i) trámite "in audita parte"; ii) carencia de autonomía; iii) mutabilidad y caducidad; iv) campo más restringido que el proceso de conocimiento. Rojas, Jorge A., Sistemas cautelares atípicos, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 40.

¹⁸ Digo en principio porque el mal uso del sistema cautelar puede acarrear la pérdida de los derechos sustanciales.

¹⁹ Calamandrei, Piero, Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, ob. cit., p. 45.

adosarse a todo proceso que requiera su apoyatura para garantizar que el tiempo no atentará contra su efectividad.

Lo propio cabe afirmar cuando nos referimos a la bilateralidad, pilar de nuestro sistema. El presupuesto de la existencia de todo proceso es dar la oportunidad de que la parte contraria ejerza su defensa. Sabemos que las providencias cautelares poseen bilateralidad, sea diferida o previa, más ella se limita al debate de la cautela y no de la pretensión en sí misma, o la defensa que pueda ejercerse contra aquella.

Del mismo modo, si nos referimos a la taxonomía de los procesos, en tanto institutos en los que se juega el destino de una pretensión, podremos agruparlos por el grado de conocimiento que admite cada sistema, así como por la celeridad en su trámite y, consecuentemente, por la prontitud en el arribo a la decisión. El legislador ha dispuesto que se prescinda de alguna etapa, que se acote el conocimiento de las cuestiones o que se difiera la defensa o la amplitud del debate, incluso para un pleito posterior²⁰. Hay procesos lentos y estructuras más rápidas, donde lo urgente es la decisión definitiva. Dicha urgencia, de modo diverso a la requerida en las medidas cautelares, no es asegurativa sino resolutive.

La diferencia entre ambas es el criterio con el que se asumirá una y otra, pues para definir el destino de la pretensión urgente, necesariamente, debe garantizarse la bilateralidad previa a efectos de incorporar una de las variables más relevantes en la formación de la convicción del juez –es decir en el conocimiento de los hechos-, sin que tenga incidencia la mejor o peor apariencia del derecho. También será necesario que la cuestión material sea susceptible de ser abordada de esa forma. En el ámbito cautelar, por su parte, el juez es más osado en la toma de decisiones porque la urgencia se evalúa de consuno con la verosimilitud y a sabiendas de que se trata de una decisión provisoria, asegurativa, que no fija el destino de los derechos.

El conocimiento del juez para decidir es sustancialmente distinto. En el proceso urgente necesitará la certeza necesaria para tener por válida la versión de los hechos relatada, en condiciones de prevalecer –tal como lo analizamos en el

²⁰ Ver la explicación de Falcón, E., ob. cit., p. 799/811.

acápites previos- sobre otras hipótesis de trabajo. En las medidas cautelares se moverá dentro de la apariencia, valorando también la urgencia en la cautela y sabiendo que habrá una oportunidad posterior para sumar nuevos relatos al análisis a efectos de poder definir la cuestión.

Concluiré esta secuencia con el siguiente pensamiento: Lo que vincula lo urgente y lo cautelar es la búsqueda de una respuesta inmediata de la jurisdicción; lo que lo diferencia, conforme lo hemos enunciado, es que en un caso no está en juego la pretensión, mientras que en el “proceso” urgente aquella es dirimida. Sin embargo, de ningún modo puede admitirse, por evidente que el requerimiento parezca, que la urgencia nos haga prescindir de la bilateralidad. Sencillamente porque, como señalamos, tal certeza no existe en el proceso. Lo relevante es determinar la mayor o menor justificación del relato. La bilateralidad es una de las variables que, una vez producida o garantizada con su oportunidad, aumentará o reducirá las probabilidades de que la propuesta del reclamante sea la versión que mejor explique lo sucedido. En base a ese sustrato el juez determinará las consecuencias jurídicas del proceso sobre las personas o los bienes. En las medidas cautelares la urgencia es asegurativa y la verosimilitud se analiza sin contrastes relevantes, sólo se juzga la apariencia y las posibilidades que tiene el relato, monopolizado por una de las partes, de ser validado.

Reconversión de lo cautelar en definitivo.

La división entre procesos y trámites cautelares no excluye la posibilidad de dar sustento o estabilidad a ciertas decisiones tomadas inicialmente con carácter provisorio. El pensamiento sistémico logra fácilmente esa consecuencia pues parte de la idea que nada puede ser mirado en forma aislada o fragmentada, sino a partir de su funcionamiento e interacción con los restantes dispositivos que conforman el todo. Brindar la opción que titula este acápite dentro del sistema denominado derecho procesal, importa evitar que las partes se vean constreñidas a litigar por una imposición de la ley cuando no tienen más reclamos que hacerse y no priva de la utilidad y la rapidez a la actuación jurisdiccional. A su vez, en nuestro entender, cobija tanto las inquietudes que han llevado a crear institutos como las medidas

autosatisfactivas²¹, como a las fundadas críticas que en su contra se han expresado en lo tocante a la falta de bilateralidad²².

En efecto, nada impide que se estructure un subsistema en el cual, de no mediar objeción del afectado -en un plazo determinado- sobre la decisión cautelar, o el reclamo del cautelado tendiente a que se plasme la pretensión y se lo emplace a contestarla, se le asignen efectos definitivos. Esto es posible en tanto no sea necesaria una declaración de derechos posterior que apunte la decisión; si estas circunstancias se presentan, puede reconvertirse la medida cautelar en decisión de mérito.

Un caso de mucha actualidad puede servir de ejemplo de lo expuesto. Abundan los planteos en los cuales personas –públicas o no- reclaman la eliminación de ciertos vínculos en los buscadores de Internet con páginas determinadas. Ocurre, muchas veces, que ese es su único interés y su necesidad en el proceso queda satisfecha con tal anulación, sin que pretendan algún otro agravio o un resarcimiento económico. En esos supuestos, si los afectados por la cautela, en conocimiento de tal prescripción legal, no reclaman en un plazo determinado que se interponga la demanda, no veo impedimentos para reconvertir lo cautelar en definitivo. Se ha garantizado la bilateralidad con su oportunidad y no hay asuntos ulteriores que tratar, más no se ha clausurado desde un comienzo la posibilidad de que una mejor versión de lo sucedido modifique el planteo inicial. Es un modo de constitucionalizar este tipo de actuación.

Verosimilitud o probabilidad.

Taruffo señala que el concepto de verosimilitud se funda en un equívoco introducido por Calamandrei y que no ha sido eliminado hasta el presente. El error es terminológico y, por ello, conceptual. El vocablo alemán *Wahrscheinlichkeit* fue

²¹ Peyrano, Jorge W., Una especie destacable del proceso urgente: la medida autosatisfactiva, JA, 1999-III, 829; Peyrano, Jorge W., La medida autosatisfactiva, forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución en Peyrano (dir), Medidas autosatisfactivas, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 13; De los Santos, Mabel, Medida autosatisfactiva y medida cautelar (semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales), RDP n° 1, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 31.

²² Falcón, luego de efectuar la crítica, efectúa una propuesta de una futura legislación, similar a la que aquí se enuncia. Falcón, Enrique M., Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, T° IV, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 885 y p. 904/906.

traducido como verosimilitud, sin embargo esa es la acepción menos utilizada de su significado. La utilización más difundida, en cambio, es la de probabilidad²³.

Verosimilitud y probabilidad son significados distintos, continúa explicando el autor citado, que no pueden ser usados de modo conjunto o alternativo, pues producen resultados disímiles. La verosimilitud de una aserción no puede ser reconducida a su probabilidad. La verosimilitud es la medida en que lo expresado alcanza a representar la realidad que quiere expresar. Se trata de una noción de fidelidad entre el objeto y su descripción. Verosimilitud, entonces, es capacidad representativa. El grado de verosimilitud sólo puede conocerse cuando se establece cómo es el elemento con el cual debe efectuarse la comparación de la aserción.

En la línea de la verificación, en cambio, es donde debe ubicarse el concepto de probabilidad; dentro de los grados de certeza del enunciado, en los cuales entran a jugar las posibilidades. Existen muchos usos del concepto de probabilidad en el lenguaje común. En el ámbito de filosofía han surgido históricamente dos concepciones distintas: i) la lógica o baconiana y ii) la pascaliana o cuantitativa. En el contexto del proceso sólo excepcionalmente puede recurrirse válidamente a la probabilidad cuantitativa puesto que, en la mayor parte de los casos, el juez carece de una cuantificación exacta de las *prior probabilities* referidas al enunciado en investigación que serían necesarias conocer para poder determinar en qué medida una prueba determina el incremento de las probabilidades referibles al enunciado fáctico.] La probabilidad lógica se basa en el grado de confirmación que un enunciado recibe de las inferencias basadas en las premisas que lo justifican. Es decir, las pruebas adquiridas en el proceso servirán de mecanismo confirmatorio o refutatorio de la proposición. Las pruebas pueden acreditar en forma directa o indirecta el enunciado y, a la vez, tener mayor o menor grado de credibilidad según cual fuere el medio de que se trate; esto cobra relevancia cuando existen resultados divergentes o contradictorios entre las distintas pruebas. La perspectiva analítica es la única que permite configurar racionalmente el pensamiento del juez en torno a los hechos de la causa sobre la base exclusiva de las pruebas disponibles²⁴.

²³Taruffo, Michele, La prueba de los hechos, Trotta, Madrid, 2005, p. 183.

²⁴ Taruffo, Michele, Probabilidad y prueba judicial, Páginas sobre la justicia civil, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 427/438.

Retengamos, entonces, que una afirmación es más o menos verosímil de acuerdo al nivel de representatividad de aquella realidad que enuncia y que la probabilidad se vincula con los grados de justificación del enunciado. El examen cautelar no se adentra, ni puede hacerlo, en estos meandros, puesto que para ello es necesario que el juez, a partir de la valoración de las pruebas, fundamente las elecciones que lo conducen a tener por probada una versión determinada.

Verosimilitud cautelar: ¿probabilidad o grados de conocimiento?

¿Es cuantificable la verosimilitud?, ¿Es un grado previo a la verdad?, ¿es un conocimiento a mitad de camino? El debate sobre esta temática arranca con un sinnúmero de clasificaciones: medida cautelar, cautela material, tutela anticipada cautelar, jurisdicción anticipatoria interinal, etc. La doctrina ha elaborado diversas interpretaciones a partir del avance de la tutela jurisdiccional²⁵. Más allá de las denominaciones, cuestión que ya hemos aclarado y sobre la que no volveremos, debe señalarse que nos encontramos dentro del campo cautelar, lo que importa referirnos a lo instrumental, provisorio, accesorio, asegurativo, etc. La cuestión en esta materia fue haciéndose más compleja en tanto se trabajó sobre medidas que coincidieran total o parcialmente con la pretensión de fondo. Fundamentalmente las diferencias con la visión tradicional, tal como la postulara Calamandrei, se presentó en los recaudos exigidos para su procedencia.

A partir de las conclusiones obtenidas en el "X Congreso Nacional de Derecho Procesal", realizado en la ciudad de Salta, la doctrina agregó a los presupuestos generales de las medidas cautelares (verosimilitud del derecho, peligro en la demora, contracautela), la irreparabilidad de la situación de hecho o de derecho que se pretende innovar.

Luego se postuló, afirmando la existencia de un instituto procesal diferenciado en su comparación con las medidas cautelares, que sus presupuestos son distintos; en lugar de peligro en la demora habrá un perjuicio irreparable, en vez de

²⁵ La jurisprudencia de la Corte fue una fuente de inspiración en esta temática. C.S.J.N., 07/08/1997, "Camacho Acosta, Maximino c. Grafi Graf S. R. L. y otros.", Fallos 320:1633.

verosimilitud en el derecho habrá una certeza provisional²⁶. La doctrina, impulsada fundamentalmente por los aportes de Peyrano, trabajó mucho en ese sendero. Se hizo referencia a la “fuerte probabilidad” como un nuevo concepto en la materia²⁷.

Falcón, dentro del acápite “Tutela anticipada cautelar”, hace una síntesis de los distintos grados de conocimiento que debe poseer el juez para acceder a diversos tipos de tutelas. Primer grado de conocimiento: verosimilitud del derecho (probabilidad de que el derecho exista, pero no incontrastable realidad); segundo grado: la certeza, esta se forma en base a un sistema de probabilidades, aunque no se calculan de modo matemático en la generalidad de los casos, sino que consisten –cita a Taruffo- en una serie de elementos que crean en el ánimo del juez la satisfacción del conocimiento alcanzado. “La certeza tiene como base que el convencimiento se produzca sin que el ánimo sea asaltado por temores a errar en la justicia de la decisión o de que sea engañado. Porque cuando el juez no tiene la convicción o la certeza formada sobre el particular aparece la duda”; tercer grado de conocimiento: es la evidencia, no existe la más mínima duda de que los hechos y el derecho son los que deben aplicarse; siempre en el ámbito de las posibilidades actuales –señala el autor—de quien toma la decisión²⁸.

Arazi y Kaminker indican como quedaría conformado un cuadro tentativo en el que se vincula el tipo de medida, el grado de conocimiento del juez y la urgencia en el dictado:

1. Medida cautelar clásica: verosimilitud en el derecho y peligro en la demora.
2. Medida innovativa: verosimilitud en el derecho e irreparabilidad del perjuicio.
3. Anticipación de tutela: certeza suficiente y peligro de la frustración del derecho.

²⁶ De los Santos, Mabel, “Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas”, JA 1997-IV-800.

²⁷ Peyrano señaló que, “Medie "prima facie" una fuerte probabilidad (no meramente una verosimilitud, lo que lo distingue del proceso precautorio) de que los planteos del peticionante sean atendibles” Peyrano, Jorge W., Informe sobre las medidas autosatisfactivas, LL, 1996-A, 999; Carbone, Carlos, Consideraciones sobre el nuevo concepto de “Fuerte probabilidad”, en Peyrano (dir), Medidas autosatisfactivas, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 176; “Fuerte probabilidad de que sean atendibles las pretensiones del peticionante”, Esperanza de Aquino, Silvia, Las medidas autosatisfactivas: presente y porvenir, LLLitoral 2000-7, 2000.

²⁸ Falcón, E., ob. cit., p. 853/857.

4. Autosatisfactiva o de satisfacción inmediata: evidencia y peligro de frustración del derecho²⁹.

Mi posición, fundada en el contexto en que son ordenadas las medidas cautelares y en la función que están preordenadas a cumplir, es que todos los presupuestos enunciados se encuentran sobradamente contemplados en la extensa gama de daños que se deben prever en la apreciación del peligro en la demora, en consonancia con el grado de verosimilitud provisional que cada juez tendrá, en cada caso concreto, a la hora de decidir la procedencia de cualquier medida cautelar. Creo que no cabe la adopción de nuevos recaudos como la cuarta rueda de un triciclo, recordando las palabras del maestro Lino Palacio³⁰.

No es que siga a Palacio como un argumento de autoridad; más allá de que el querido Maestro lo era. Es que cruzar la línea de la apariencia, para referirse a la certeza o a la evidencia, es equivalente a una incontrovertible fundamentación del aserto postulado y nos lleva a la condición necesaria para dirimir la contienda, lo cual no sólo es innecesario para el dictado de una medida cautelar, sino que presupone desinteresarse de las otras versiones que pueden ser incorporadas al precario esquema epistémico del proceso judicial.

La verosimilitud del derecho es apariencia; es creer en un relato único y asegurar que, si llega a tornarse certero, lo suficientemente fundamentado para tenerlo por la explicación que mejor se adecua a los elementos disponibles, la hipótesis prevaleciente, el derecho en juego no se frustrará. Por eso el presupuesto "verosimilitud" nunca queda desvinculado de la urgencia y sólo si ambos están presentes resulta razonable adoptar la medida cautelar³¹.

²⁹ Arazi, Roland y Kaminker, Mario, Algunas reflexiones sobre la anticipación de la tutela y las medidas de satisfacción inmediata, en Peyrano, Jorge W., ob. cit., p. 44.

³⁰ Al decir de Palacio, a los fines de la admisión de la medida cautelar innovativa, los jueces no se deben ceñir a pautas rígidas, y a través de una afinada valoración jurídica de paz (como justicia), preservar del modo más apropiado la eventual utilidad y eficacia práctica del pronunciamiento final. Palacio, Lino E., La venerable antigüedad de la llamada medida cautelar innovativa y su alcance actual, en Medidas Cautelares 1, "Revista de Derecho Procesal", Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 1998, p. 112.

³¹ Verdaguer, en la misma línea de pensamiento, puntualizó, "... cuando se le exige al actor, para el otorgamiento de una medida cautelar (cualquiera, signifique o no un adelanto de lo solicitado como pretensión de fondo), que acredite que su derecho es "verosímil" en realidad lo que se le está pidiendo es que demuestre que su pretensión tiene posibilidades ciertas de ser acogida en la sentencia. Nada más." Verdaguer, Alejandro, Anticipo de tutela y verosimilitud, Sup. Doctrina Judicial Procesal 2012 (abril), 9.

La propuesta no es nueva, no obstante la disquisición respecto de su sentido señalada por Taruffo, ya se encontraba presente en el pensamiento de Calamandrei. El autor florentino señalaba, “Para poder llenar su función de prevención urgente las providencias cautelares deben, pues, contentarse, en lugar de con la certeza, que solamente podría lograrse a través de largas investigaciones, con la *apariencia del derecho*, que puede resultar a través de una cognición mucho más expedita y superficial que la ordinaria (*summaria cognitio*). Diremos, pues, que los extremos para obtener la providencia cautelar (condiciones de la acción cautelar) son estos dos: 1° *apariencia de un derecho*; 2° *peligro de que este derecho aparente no sea satisfecho*. (...) Por lo que se refiere a la investigación sobre el derecho, la cognición cautelar se limita en todos los casos a un *juicio de probabilidad* y de *verosimilitud*. Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal: en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea, para decirlo con mayor claridad, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar. El resultado de esta cognición sumaria sobre la existencia del derecho tiene pues, en todos los casos, valor no de declaración de certeza sino de hipótesis: solamente cuando se dicte la providencia principal se podrá ver si la hipótesis corresponde a la realidad.”³² Más adelante señala, “Téngase presente que la acción cautelar tiene como condición no la existencia del derecho, sino la *apariencia del derecho*: y que, aun cuando el juicio sobre la acción cautelar se desarrolla con la garantía de la cognición ordinaria (...), esta cognición, aunque sea plena y a fondo, no va más allá, por lo que se refiere al derecho principal, de la simple hipotética apariencia”³³, y concluye que, “Todo lo que hemos dicho hasta ahora nos permite confirmar que, en sustancia, en todas las providencias cautelares se encuentra un *anticipo hipotético de los efectos de la providencia principal*”³⁴.

En concreto, ¿a qué se refería Calamandrei cuando hablaba de “hipótesis”? ¿en base a qué conocimiento el juez debe decidir el pedido? En su obra explica, “En todos estos casos el peligro se valora necesariamente en previsión y en función de

³² Calamandrei, Piero, Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, Trad. Marino Ayerra Merin, El Foro, Bueno Aires, 1996, p. 77.

³³ Calamandrei, Piero, ob. cit., p. 83.

³⁴ Calamandrei, Piero, ob. cit., p. 96.

una providencia principal de contenido determinado: si toda providencia cautelar puede considerarse como la anticipación de ciertos efectos de la futura providencia principal, es evidente que el juez llamado a disponer en sede cautelar estos efectos anticipados, debe prever cuáles podrán ser los efectos definitivos de la providencia principal, de la que la medida cautelar constituye casi un anuncio y una vanguardia”³⁵.

Por ello Taruffo, siempre más preocupado por delimitar la noción de verdad, desestima la posibilidad de hacer juicios de comprobación o validación en el marco cautelar. Así concluye que “... verosimilitud no puede ser sinónimo de “baja probabilidad”, ni de “alta probabilidad”, ni mucho menos de ambas cosas simultáneamente. Pero la verosimilitud no es tampoco el sustituto procesal de la verdad como menciona Calamandrei, ya que incluso ese sustituto está referido a aserciones dotadas, de hecho, de un cierto grado de aceptabilidad, mientras que la verosimilitud prescinde, como ya se ha visto, de los grados de certeza que se atribuyen a las aserciones fácticas. En consecuencia, mucho menos se puede pensar razonablemente en una verosimilitud objetiva distinta de una verosimilitud subjetiva” (...) “todo lo que respecta a la verdad o a la probabilidad de una proposición fáctica, es decir, a su grado de fundamentación, de credibilidad y de aceptabilidad sobre la base de los elementos de prueba disponibles en un contexto dado, nada tiene que ver con el concepto de verosimilitud. Sólo en términos de las teorías de la verdad o de las teorías de la probabilidad se pueden afrontar correctamente los respectivos problemas, ya que sólo estas teorías pueden ofrecer las bases epistemológicas y los modelos racionales necesarios para analizar los fenómenos de la prueba y de la determinación del hecho”³⁶.

³⁵ Repasamos algunos ejemplos que el autor provee en su obra. “Para conceder el secuestro conservativo, el juez debe considerar verosímil que el crédito alegado por el solicitante subsista (*fumus boni iuris*) y que, por lo tanto, sea probable la emanación de un título ejecutivo a su favor; (...) (si se) asigna al hijo a la madre en lugar de asignarlo al padre, lo hace porque un cálculo preventivo de probabilidades lo lleva a considerar que en la sentencia definitiva de separación también el tribunal decidirá en ese sentido; el pretor, conociendo de la denuncia de obra nueva, no ordenaría en vía provisoria la suspensión inmediata de la obra iniciada si se inclinase a creer en la existencia de mayores probabilidades de que el nuevo pronunciamiento definitivo reconociese la legitimidad de proseguirla. Calamandrei, Piero, ob. cit., p. 74.

³⁶Taruffo, Michele, La prueba de los hechos, Trotta, Madrid, 2005, p. 187.

Afirmar que algo es verosímil, en términos de derecho procesal, implica creer en un relato autorreferencial³⁷. Si bien es posible diferenciar propuestas cautelares más o menos verosímiles, de acuerdo al contexto que las circunde, sólo la contraposición con la defensa del accionado, la variedad de hipótesis que él pueda aportar, los elementos que quiera incorporar con su excepción, defensa o versión de los hechos y la circularidad de los discursos, nutridos con aportes de testigos, expertos, *amicus curiae*, etc., luego recortados por las reglas de la prueba, nos permitirá pasar a la episteme o conocimiento válido –en términos constitucionales– de los hechos. Antes de ello, nos situamos en el campo de la apariencia³⁸.

Sostener que un enunciado es certero, veraz o que es evidente –remitiendo a las clasificaciones citadas a lo largo de este ensayo–, es partir de la premisa que aquel ha sido contrapuesto con otras hipótesis posibles de ocurrencia de esa misma secuencia de cosas, peor fundamentadas o que no gozan de la apoyatura de otras pruebas.

Las afirmaciones o los relatos recibidos de modo unidireccional, en solitario y sin la posibilidad de otorgar al demandado la oportunidad de rebatirlas, confirmarlas, ampliarlas, aclararlas o contextualizarlas, nunca pueden ser apreciadas en grados de verificabilidad, puesto que carecen de un punto de comparación y de un contexto garantizado para hacerlo.

Encorsertar un pedido cautelar en nociones propias de la decisión definitiva tales como la certeza, la fuerte probabilidad o la evidencia, traslada la discusión a la comprobación de presupuestos inalcanzables sin el cumplimiento del contradictorio. Esta forma de razonar, por el contrario, abre más el camino de la desestimación del pedido cautelar por la insatisfacción de un pósito irrealizable, que el resguardo

³⁷ La verosimilitud es una hipótesis que suele verificarse con el andar usual y normal de las cosas. Es una calificación del enunciado propuesto que se hace a priori. Por ello las hipótesis inverosímiles, pero posibles, no descartan los medios de prueba tendientes a comprobarlas.

Taruffo es contundente “La verosimilitud, pues, no expresa conocimientos o grados de conocimiento, ya que éstos son suministrados por los elementos de prueba de la aserción sobre el hecho, mientras que la verosimilitud prescinde de los elementos de prueba y –en el proceso– es relevante en momentos anteriores a la adquisición de las pruebas.” Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2005, p. 188.

³⁸ En las V Jornadas de Profesores me tocó compartir el panel con Leandro J. Giannini, quien sostuvo la postura contraria en este aspecto, postulando la exclusión de la apariencia del examen cautelar y proponiendo un juicio de probabilidad en la materia. Ver Giannini, Leandro J., *Verosimilitud, apariencia y probabilidad*. (Los estándares atenuados de prueba en ámbito de las medidas cautelares).

efectivo de los derechos en juego. En esta etapa, en cambio, lo que es realmente relevante es convencer al juez sobre la credibilidad del planteo, sus posibilidades de validación y la urgencia en la adopción de medidas que resguarden el derecho.

¿Cuánta verosimilitud y cuánta urgencia son necesarias? La petición cautelar, mirada desde la posición del juez, se basa en una hipótesis, en una propuesta provisional que predice un resultado determinado, pero que –obviamente– resta que atraviese un proceso de verificación. El nivel de veracidad de dicho enunciado dependerá de la apoyatura que logre en su proceso de validación. Los interrogantes, entonces, sólo pueden responderse en concreto, vinculándolos a un contexto de aplicación. Desde ese lugar, será necesario convencer al juez que lo postulado es creíble y que su intervención es necesaria para que el tiempo no haga mella en el derecho postulado. Además de los elementos circunstanciales, seguramente incidirá el acervo experimental y analítico de cada juez en cada caso. Complementariamente a dichas variables que quedan fuera del dominio del justiciable, su tarea, en la fase liminar del pleito, es cimentar la apariencia. Ese convencimiento se logra mediante la presentación de una versión aquilatada de los hechos, refrendada con las inferencias analíticas que la parte tenga a su alcance – directas o derivadas– para que el pedido se presente como urgente y verosímil, sin olvidar la ventaja que otorga un escenario predispuesto por un único narrador.