

TUTELA ANTICIPATORIA

Hacia un “Juicio Justo” en La Pampa

“Para que el debate judicial tenga sentido, las respuestas de la justicia no pueden llegar tarde ni mal. La cuña de la eficacia, que representa la anticipación de la tutela, es una de las contribuciones de nuestro tiempo a que ella se haga realidad, o esté más cerca de concretarse. Lo que no es poco.”

Augusto Mario Morello

AUTOR: DIEGO JOSÉ MAYORDOMO

PROFESOR ENCARGADO: ANA ANDREA AUDISIO

Gracias a la Dra. Ana Andrea Audisio por toda su colaboración...

Gracias a mi familia por estar siempre conmigo...

INDICE GENERAL:

Objetivos.....	pág. 4
Introducción.....	pág. 5
Capítulo I: Problemas que engendra el proceso ordinario y nuevas directrices del Derecho Procesal.....	pág. 6
Capítulo II: Tutela Anticipatoria. Concepto. Explicaciones.....	pág. 8
Capítulo III: Fuentes.....	pág. 11
Capítulo IV: Fundamento Constitucional.....	pág. 12
Capítulo V: Diferenciación con las Medidas Cautelares.....	pág. 13
Capítulo VI: Diferenciación con las Medidas Autosatisfactivas.....	pág. 15
Capítulo VII: Requisitos de procedencia de la Tutela Anticipatoria.....	pág. 19
Capítulo VIII: Efectos y contenido de la medida anticipatoria.....	pág. 26
Capítulo IX: Régimen de cumplimiento, recursos, modificaciones y otros.....	pág. 28
Capítulo X: Recepción en el Código Procesal Civil y Comercial de La Pampa.....	pág. 30
Capítulo XI: Recepción Legal en otros Países y Provincias.....	pág. 32
Capítulo XII: Recepción Jurisprudencial.....	pág. 36
Capítulo XIII: Jurisprudencia Pampeana.....	pág. 57
Capítulo XIV: Opiniones de Profesionales del Ámbito Judicial Pampeano y de la Facultad de Derecho de la UNLPAM.....	pág. 64
Capítulo XV: Conclusiones.....	pág. 66
Bibliografía.....	pág. 69

OBJETIVOS:

En la opinión de Séneca "*Hay cosas que para saberlas no basta haberlas aprendido*", afortunada frase, señala Mabel De Los Santos¹, que alude a la importancia de la experiencia para llegar al verdadero conocimiento de las cosas. Este trabajo tiene como objetivo lograr una delimitación lo más precisa posible, ante la disparidad de opiniones en el mundo jurídico actual, del instituto innovador "TUTELA ANTICIPATORIA", poniendo en tela de juicio la opinión de diferentes doctrinarios, diferenciándola de otros institutos que en la práctica y en el estudio, acarrearán confusión. Con el aporte de jurisprudencia (internacional, nacional y provincial), doctrina y derecho comparado trataré de demostrar la importancia judicial, social y constitucional de incorporación de este instituto en todos los Códigos de Rito ante el contexto actual del mundo en que vivimos, destacando nuestra Provincia como pionera en el país con su incorporación en el moderno Código Procesal Civil y Comercial, el cual la regula conforme indican los últimos avances en la materia. Asimismo, anhelo demostrar a lo largo del trabajo, que los cambios de paradigmas que vive el Derecho Procesal Civil, implican una innovación para abogados, legisladores, doctrinarios y sobre todo para el juez, siendo necesario, según Amalia Fernández Balbis², contar con un perfil de juez a la altura de los cambios de la palpitante realidad que experimentamos.

¹ De Los Santos, Mabel A. "La medida cautelar innovativa y el anticipo de la sentencia: su ubicación entre los llamados procesos urgentes". JA 1996-I-633. (Pág. 633)

² Fernández Balbis, Amalia "Medidas autosatisfactivas: El juez ante la novedad procesal". DJ/Doctrina 2004-2. (Pág. 1)

INTRODUCCION:

Actualmente uno de los problemas que más convoca a los juristas es el de los "Procesos Urgentes". Con esta denominación se ha buscado identificar a aquellos procedimientos en los cuales el factor "TIEMPO" posee una importancia fundamental; quedando incluidos, entre otros institutos, la tutela anticipada, las propias medidas cautelares y las medidas autosatisfactivas.

"La pasividad y la parálisis del proceso tiene su precio en términos de sufrimiento humano."

Cueto Rúa³.

CAPITULO I: PROBLEMAS QUE ENGENDRA EL PROCESO ORDINARIO Y NUEVAS

DIRECTRICES DEL DERECHO PROCESAL

Siguiendo las palabras de Lino Enrique Palacio *"Dado que la satisfacción instantánea de una pretensión de conocimiento o de ejecución resulta materialmente irrealizable"*; no siempre es posible acceder a las necesidades imperiosas e impostergables del justiciable sin transitar previamente el duro y largo trayecto del proceso judicial.

Podríamos preguntarnos a qué se debe y la respuesta casi no se hace esperar. Es así que no podemos ignorar que las leyes y los códigos se corresponden a una época, son la obra de su tiempo; sin embargo las circunstancias y las necesidades de la sociedad cambian pero las normas permanecen. Cuanto más pasa el tiempo, la distancia entre ellos se va ahondando, llegando al momento en que las leyes pierden su efectividad y resultan insuficientes dado que no cubren las necesidades prácticas que se

³ Remisión del artículo de Amalia Fernández Balvis "Medidas Autosatisfactivas: El juez ante la novedad procesal". DJ/Doctrina 2004-2 (Pág. 2).

requieren en un marco de celeridad y efectividad en pos de la protección de los derechos sustanciales.

En este contexto nace la necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia para asegurar la tutela efectiva en la oportunidad adecuada. Ello condujo a la búsqueda de nuevas y diversificadas técnicas adaptadas a las características y exigencias particulares de ciertas situaciones para las cuales el proceso de cognición común resulta estructural y funcionalmente inadecuado. Aparecen así tanto en el ámbito nacional como en el derecho comparado, las tutelas de urgencia, o como se las denomina "procesos urgentes".

Así las cosas, en el mundo se computa un desarrollo tecnológico sin precedentes a la par de movimientos sociales, políticos y económicos que hacen que la "urgencia" en las respuestas así como la "efectividad" de las mismas pasen a ocupar el centro de la escena. Es por ello que en muchos países avanzados del mundo la preocupación de los procesalistas gira hacia el estudio de las técnicas de anticipación de la tutela.

Julio Rodolfo Comadira⁴, comenta *"el Estado tiene la obligación de administrar justicia y no puede desentenderse de las consecuencias dañosas que la lentitud de un proceso pueda provocar. Recuerda – evocando a Lino*

⁴ Comadira, Julio Rodolfo. "Las medidas cautelares en el proceso administrativo". Pub. La Ley, 1994-c, Sec. Doctrina (Pág. 699 y ss.)

Palacio- que la ley debe prever que durante el tiempo que corre entre la interposición de la demanda y la emisión del fallo final, pueden acaecer hechos u observarse conductas que generan la imposibilidad de cumplimiento de la sentencia o la vuelvan inoperante.”.

“El retardo es el principal demonio que debe enfrentar el sistema procesal moderno.”

George Bermann⁵

CAPITULO II: TUTELA ANTICIPATORIA. CONCEPTO. EXPLICACIONES.

Es dable de resaltar, antes de dar su concepto, una rareza en la ciencia jurídica, la cual es que el vocabulario jurídico recupere un giro algo olvidado en el lenguaje procesal moderno, como es el caso del término “Tutela”. Ahora bien, el diccionario jurídico de Juan Alberto Garrone, define a la Tutela Anticipatoria como una de las tutelas de urgencia que con base en una cognición sumaria y llenando los requisitos de procedencia, satisface anticipadamente al requirente su pretensión, total o parcialmente, otorgándole una atribución o utilidad que

⁵ Fernandez, Balvis Amalia “Medidas Autosatisfactivas: El juez ante la novedad procesal”. DJ/Doctrina 2004-2 (Pág. 1).

podiera probablemente obtener en la sentencia futura con autoridad de cosa juzgada en sentido material.

Anticipación significa coincidencia total o parcial con lo pretendido en la demanda, vale decir: identidad objetiva.

Parafraseando a Carnelutti⁶, se puede decir que "una debida protección de los derechos e intereses de las personas depende en muchas oportunidades de que el juez pueda detener, retroceder, o acelerar el curso del tiempo de un proceso.

Precisamente, de acuerdo a ese control de los efectos del tiempo, el juez necesitará en algunos casos impedir el cambio posible de una situación (*detener* el tiempo), eliminar el cambio ya ocurrido de una situación (*retroceder* el tiempo), o bien anticipar el cambio probable o solamente posible de una situación (*acelerar* el tiempo).

Sin embargo, no le basta al juez con poder controlar los efectos del tiempo en relación al proceso, sino que este control tiene que operar además con *urgencia*".

Muchas veces el proceso sirve sólo para dilatar aún mas el incumplimiento de las obligaciones de dar, hacer o no hacer por parte del

⁶ Carnelutti, Francesco, "Derecho y Proceso". Ed. EJEA, Buenos Aires 1971, (Pág.412 y ss)

demandado que aprovecha de este dispositivo para fines espurios que, evidentemente, no son los previstos por la Constitución Nacional y las leyes de procedimiento para cobijar el sobreentendido "derecho de defensa en juicio" (olvidándose que este derecho también ampara "al actor").

Recapitando que se afecta, no sólo un interés privado (el del actor) sino, fundamentalmente un "interés público" (el de administración de justicia) que se ve lesionado por la utilización del proceso para fines que no son aquellos respecto de los cuáles debe servir, surge como respuesta inevitable la "*tutela anticipada*".

Con respecto a las objeciones constitucionales al instituto (violación del debido proceso, del derecho de defensa, etc.), tales observaciones son salvadas por la opinión de Morello⁷ quien dice que "*Si el juez adquiere en los estadios preliminares del juicio un conocimiento cierto y suficiente acerca de los hechos conducentes y se encuentra en aptitud de anticipar la tutela provisional en ese tramo anterior ¿qué le impide hacerlo? El tiempo de la justicia en esos supuestos se anticipa y no debe esperar a la sentencia definitiva. Postergar la solución sería malograr la tutela debida, que es continua y debe proveerse según las circunstancias de ese preciso y apropiado instante y no después...si el*

⁷ Morello, Augusto Mario. "Anticipación de la Tutela" Ed. Platense, La Plata, 1996. (Pág. 9)

demandado viene "chicaneando" y levanta – sin razón un arsenal de escollos y barreras para impedir la protección a lo que el actor tiene derecho, según lo que ya esta demostrado en los autos ¿qué justificación legitimaría diferir lo que está claro y expedito? ninguna."

CAPITULO III: FUENTES

Estas medidas tienen sus fuentes en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica de 1988 (art 380), como también en el Código del Proceso Uruguayo de 1989 (art 317), que sigue sus líneas. Asimismo, y con no menos importancia, en el nuevo art. 273 del Código Procesal Civil Brasileño, introducido por la reforma de 1994. No obstante, cada uno tiene sus diferentes matices que acuerdan a sus textos un perfil definido que pretende ser superador en ciertos aspectos de la regulación.

“...con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior...”⁸

CAPITULO IV: FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Las medidas anticipatorias y las tutelas autosatisfactivas encuentran su fundamento, según Sebastián Moreno⁹, en los siguientes derechos y principios constitucionales:

-Derecho a la jurisdicción: la posibilidad de acudir al órgano jurisdiccional en procura de un pronunciamiento útil y eficaz que resuelva oportunamente la pretensión articulada en la causa. Encuadrado dentro del derecho de peticionar (art.14)

-Acceso a la justicia: cabe entenderlo como la capacidad de toda persona física o jurídica de tener la posibilidad real, concreta y sin excepciones, de solicitar y obtener que el Estado, por medio del poder judicial le garantice efectivamente en los hechos el ejercicio de sus derechos.

-Principio de “Justicia Pronta”: como un corolario del principio preambular de “afianzar justicia”, la Corte ha inferido el mandato de lograr una justicia rápida dentro de lo razonable.

⁸ Preámbulo. Constitución Nacional.

⁹ Moreno, Sebastián “La medida autosatisfactiva: Estado de situación en la doctrina argentina” DJ/Doctrina 2005-2 (Pág. 389)

*Subprincipio de "Humanización de la justicia judicial": en el sentido de propender a la inmediatez y tender a la aceleración de los procesos, evitando dilaciones desleales; confianza en la buena justicia y tutela de paz y de la armonía social.

*Subprincipio de eficacia: a fin de obtener la finalidad principal del proceso, esto es: la justicia, debe privilegiarse el valor eficacia.

-Desde el punto de vista del destinatario de la medida queda comprendido: el derecho de defensa, que comprende el derecho de ser oído y el derecho de cuestionar (bilateralidad y posibilidad de revisión judicial).

-Principio de razonabilidad: desde el preámbulo ("Dios, fuente de toda razón y justicia"), impregna todo nuestro sistema jurídico. Cualquier pretensión y cualquier decisión en el proceso deben pasar por el tamiz de la razonabilidad directamente conectado con el valor "Justicia".

CAPITULO V: DIFERENCIACIÓN CON LAS MEDIDAS CAUTELARES.

La tutela anticipada se caracteriza por ser accesorio de un proceso principal aunque con la particularidad de que -a través de ella – no se persigue (como objeto principal) garantizar la eficacia de la sentencia sino la satisfacción

inmediata total o parcial de la pretensión contenida en la demanda, cuando de la insatisfacción pueda derivar un perjuicio no susceptible de repararse.

Como vemos, a diferencia de las Medidas Cautelares típicas cuyo objeto no puede coincidir con lo que se resuelva en la sentencia definitiva, en la tutela anticipatoria se "anticipa" el resultado final, en forma provisoria, pudiendo la sentencia definitiva confirmar o modificar lo resuelto anticipadamente.

La tutela anticipatoria posee caracteres comunes con las medidas cautelares típicas: 1) ambas son importantes instrumentos para la efectividad del proceso; 2) no producen efecto de cosa juzgada en sentido material, ya que son dictadas mediante una cognición necesariamente sumaria; 3) son de ejecutabilidad inmediata.

Respecto de otros caracteres propios de las cautelares: la mutabilidad o flexibilidad, su dictado "inaudita parte" y el grado de conocimiento judicial para decretarlas, es menester efectuar algunas distinciones.

La tutela susceptible de anticipación es aquella constitutiva del pedido formulado en inicio, que puede ser anticipada en todo o en parte, y aquí hay una absoluta identidad entre la tutela pasible de anticipación y el pedido formulado por el actor, y no puede el juez pronunciarse ni ultra ni extra petita. Lo anteriormente expuesto y la aplicación del principio de congruencia que vincula

necesariamente el contenido del pedido y la sentencia (de observancia imprescindible para la anticipación de la tutela), hacen que no proceda su reemplazo por una tutela diferente a la pedida, lo cual implica que no rige a su respecto la condición de medidas mutables o flexibles.

Cabe también señalar que esta medida no se decreta inaudita parte, ejemplo de ello es el artículo 231 del Código Procesal Civil de La Pampa, la cual se dicta con posterioridad a una "Audiencia Urgente".

Por último, debe destacarse que para decretarse se requiere que haya apariencia de daño irreparable o de difícil reparación y habrá además probabilidad de ineficacia de la sentencia final. Es decir que, a diferencia de las cautelares típicas, no requiere sólo un grado de apariencia ni tampoco el grado de certeza como sucede en la sentencia definitiva, sino que es menester un estado de conocimiento intermedio que se ha dado en llamar, por la doctrina nacional, "certeza provisional".

CAPITULO VI: DIFERENCIACIÓN CON LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS

En cuanto a la Medida Autosatisfactiva en particular, como especie de proceso urgente diferenciado de la tutela anticipatoria, se ha sostenido que es un *"...requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables*

*que generalmente se agota con su despacho (...)" . Las medidas autosatisfactivas son "soluciones urgentes, autónomas, despachables inaudita et altera pars y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles."*¹⁰.

Sintetizando, mientras que en la tutela anticipatoria hay una pretensión principal que se promueve a través de un juicio del que va anexa la medida anticipatoria (del resultado final del pleito) y del cual depende (pues la sentencia definitiva, recaída después de tramitado todo el proceso, puede confirmar o no el resultado anticipado en la medida anticipatoria), en la autosatisfactiva la pretensión principal se hace valer de manera autónoma sin que vaya en forma accesoria a un juicio principal del cual dependa (se agota en sí misma).

Por ejemplo, con motivo del "Corralito Financiero", en algunos casos se promovieron medidas anticipatorias: así se interponía una acción de amparo y se pedía la entrega anticipada del dinero acorralado, continuando la tramitación del juicio hasta el dictado de la sentencia final. En otros supuestos directamente se pedía la entrega del dinero acorralado sin promover ningún otro proceso y, entregado el dinero, se agotaba la medida sin tener que esperarse nada más (aun cuando quedara al demandado la posibilidad de recurrir).

¹⁰ Boretto, Mauricio. "La tutela autosatisfactiva operando en la práctica" Ed. El Derecho. Año de edición 2005. (Pág. 18)

Con respecto a las medidas autosatisfactivas es importante remarcar el aporte crítico de Adolfo Alvarado Velloso¹¹. Dice el citado jurista *"Cuando se glosa el tema de la solución en vía cautelar de cualquier problema y sin necesidad de ocurrir a la previa tramitación de un proceso en serio y legítimamente llevado, advierto que los jóvenes abogados -impresionados por la excesiva morosidad de los pleitos en general- se entusiasman con el rápido final que se brinda a un problema dado y se enamoran de la autosatisfactividad. Pero también se advierte que todos miran el problema desde la óptica del actor que se beneficia con la inmediatez del resultado y jamás desde la del demandado que no ha sido escuchado previamente y que debe sufrir de inmediato los efectos contrarios a su interés que le provoca la resolución judicial. Como siempre ocurre, todas las instituciones autoritarias seducen hasta que se sufren en carne propia. Estos abogados jóvenes cuando adviertan que no es lo mismo contestar una demanda que impugnar una decisión judicial, pues en este caso se achica enormemente el campo de la discusión, descarto -continúa el autor glosado- que no mantendrá los fogosos ímpetus de sostén de la rapidez que añoraba antes de sufrir los efectos del rayo que le cayó sobre la cabeza. Por si ya no se advirtió*

¹¹Mauricio Boretto. "La tutela autosatisfactiva operando en la práctica". Ed. El Derecho. Año de edición 2005.(Pág. 23) donde remite al libro de Adolfo Alvarado Velloso "Introducción al estudio del derecho procesal", Tomo I Ed. Rubinzal y Culzoni Santa Fe 1997.

con claridad, es posible –y aconsejable – cautelar los resultados de una eventual sentencia a dictar en un litigio. Pero es manifiestamente ilegítimo resolver el litigio mismo con puras cautelas. Y ello porque todo lo cautelar se resuelve sin audiencia previa del interesado, cosa que es absoluta, racional, lógica y constitucionalmente inadmisibile. Los jueces no pueden aspirar a equipararse a los comisarios de policía – por buenos y justicieros que estos podrían ser- en aras de lograr una eficiencia que no encuentran respetando la Constitución. No es eso lo que precisamente juraron cuando fueron investidos de sus cargos.”.

Transcripta la crítica de Alvarado Velloso a las medidas autosatisfactivas sólo me queda una pregunta por hacer: ¿esto es tan así como dice Alvarado Velloso?

Es importante destacar que en países pioneros de los procesos urgentes como Brasil, Uruguay e Italia no se ha legislado sobre las medidas autosatisfactivas.

En la provincia de La Pampa están legisladas las medidas autosatisfactivas, en el artículo 305, a partir de la Reforma 1828.

CAPITULO VII: REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA TUTELA ANTICIPATORIA.

Es importante señalar que los autores que se han ocupado de esta figura, exigen más o menos requisitos según sea el marco normativo en el que se forman.

Así, por ejemplo, Peyrano¹² que sigue las aguas del artículo 273 del Código de Brasil, indica que los recaudos para que se viabilice la medida son "1) prestación de contracautela; 2) que los efectos de la resolución sean fácilmente reversibles, lo que viene a explicar el hecho de que no se acepte que su dictado pueda involucrar transferencias de dominio; 3) prueba inequívoca de la atendibilidad del planteo del requirente. No basta con una simple verosimilitud siendo, en cambio, menester una fuerte probabilidad de que la posición del requirente sea la jurídicamente correcta; 4) la concurrencia de una suerte de plus por sobre el "peligro de demora" corriente en las medidas cautelares. En efecto: aquí se exige, además, la existencia de una situación conexas que aqueja al requirente (riesgo de sufrir un perjuicio irreparable o de difícil reparación o la circunstancia de que resulte ser víctima de un abuso de derecho de defensa por la contraria).".

¹² Peyrano, Jorge W. "Procedimiento Civil y Comercial 1. Conflictos Procesales", Ed. Juris, Rosario 2002. T. 1 (Pág. 280)

Por su parte, contemplando como funciona el fenómeno en Argentina ante la falta de texto legal en la mayoría de los códigos de rito (es decir, "esbozado" bajo la forma de una medida cautelar innovativa o bien bajo la coraza de una medida cautelar atípica en los términos del artículo 232 del Código Procesal Civil de la Nación) Kielmanovich¹³ señala que "la anticipación de la tutela, aún cuando se verifique coincidencia material entre el objeto de la pretensión cautelar con el objeto de la pretensión de fondo, en la medida que ella no se agote definitivamente en sí misma, no la priva a aquella de su calidad de cautelar, con la virtualidad del efecto devolutivo del recurso de apelación propio de ellas; de la exclusión de toda idea de prejuzgamiento en su proveimiento; y de la alternativa cierta de que un juez incompetente pueda disponerla en casos de urgencia. Este tipo de resoluciones, denominadas por algunos cautelares materiales o anticipatorias, son para nosotros lisa y llanamente medidas cautelares, por más que esa finalidad haya de coincidir, en su esencia, con el objeto de la pretensión o petición de fondo."

¹³ Kielmanovich, Jorge L. "Algunas breves reflexiones en torno a la ley 25.587. Medidas cautelares". La Ley, 2002-C, (Pág 1124)

En igual sentido, Carlos E. Camps¹⁴ señala que la "tutela anticipada" no incorpora nada diferente a las conocidas medidas cautelares, aspecto con el cual coinciden Jorge Rojas¹⁵, Leandro I. Giannini¹⁶, Cordeiro y Gonzalez Zamar¹⁷.

Coincidentemente, Capuano Tomey¹⁸ expresa que "La tutela anticipada, es una verdadera medida cautelar, tal como lo resolvió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos `Camacho Acosta M. c. Grafi Graf S.R.L. y otros`, del 7/8/97 donde se condenó al demandado a anticipar el pago de la eventual condena por existir "fuerte verosimilitud del derecho" y "grave peligro en la demora". Esta tutela participa de todos los caracteres de la medida cautelar (es accesoria, y sigue la suerte del principal es provisoria, y en definitiva el fin último es asegurar la efectividad de una futura sentencia de merito). Tiene por objeto realizar una determinada actividad o evitar la continuación de ésta para impedir la producción de una daño de imposible reparación ulterior a quien la solicita en una determinada etapa del proceso y no la obtiene oportunamente."

¹⁴ Camps, Carlos E. "La proyectada recepción legislativa de la tutela anticipada" JA entrega del 29/9/99 (Pág 10 y 11)

¹⁵ Rojas, Jorge "¿Jurisdicción anticipada o medida cautelar?" DJ 1999-3 (Pág. 873 y ss.)

¹⁶ Giannini, Leandro J. "El test constitucional de algunas `modernas` instituciones del proceso".

¹⁷ Cordeiro, Clara Maria y Gonzalez Zamar, Leonardo "La anticipación de la tutela. El otro punto de vista" Semanario Jurídico, 81-1999-B (Pág. 198)

¹⁸ Capuano Tomey, Carola "La medida autosatisfactiva y la eficacia del proceso" LLC,2002-43.

Arazi¹⁹, si bien concibe a la tutela anticipada como un fenómeno distinto al de las medidas cautelares, siguiendo el fallo "Camacho Acosta" y al Anteproyecto que elaboró juntamente con Morello, Eisner y Kaminker, ha sostenido que "se exigen los siguientes requisitos para su procedencia: a) la existencia de una fuerte verosimilitud (convicción suficiente dice el anteproyecto) acerca del derecho invocado; b) grave peligro en la demora (un grado de urgencia tal que si la medida no se adoptase en ese momento se causaría un daño irreparable al peticionario); c) efectivizar contracautela, salvo que la parte se encuentre eximida de hacerlo para obtener medidas cautelares. Como se advierte, estos requisitos acercan la tutela anticipada a las medidas cautelares pero no la identifica con ellas, al menos en la concepción tradicional, por la finalidad que persiguen: la tutela anticipada no tiene por objeto asegurar el cumplimiento en forma total o parcial, creando un título ejecutivo, cuando se trate de una condena, aun cuando ella también pueda tener un contenido meramente declarativo, constitutivo o determinativo".

Por su parte Abraham Luís Vargas²⁰ insiste en que la tutela anticipatoria implica una técnica diferente a la que provee la tutela cautelar y por ello

¹⁹ Arazi, Roland "Tutela Anticipada" en Revista de Derecho Procesal N° 1, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1999. (Pág. 391/392).

²⁰ Vargas, Abraham Luís "Tutela Anticipada" Ed. La Ley 2005 Buenos Aires. (Pág. 174)

considera que los requisitos necesarios para que proceda son : 1)Urgencia, 2)Fuerte probabilidad o certeza suficiente o convicción suficiente, 3) Periculum in damni o perjuicio irreparable o daño irreparable, 4) Traba de la litis (o que no se haya contestado la demanda), 5) Requerimiento de parte , 6) Contracautela, 7) Reversibilidad de la tutela concedida, 8) Adelantamiento total o parcial.

Después de observar las diferentes posturas que hay con respecto a la naturaleza jurídica de la Tutela Anticipatoria, y teniendo en cuenta que eso repercute en los requisitos de procedencia, puedo sostener que los autores coinciden en un estándar mínimo de requisitos. Párrafo seguido pasaré a explicarlos:

- a) **“Que exista convicción suficiente acerca del derecho invocado”**, lo que implica que la petición se sustente en prueba inequívoca que permita alcanzar aquel convencimiento. Se requiere algo más que la mera verosimilitud del derecho, presupuesto de las medidas cautelares; es necesario que exista una fuerte probabilidad (aunque no la certeza ineludible de la sentencia condenatoria), de que el derecho invocado existe y debe ser tutelado.

- b) **“Que se advierta en el caso tal grado de urgencia que si la medida no se adoptase en ese momento, se causaría daño irreparable al peticionante”** es decir, que exista temor fundado de daño irreparable. No se requiere que la actitud procesal del demandado evidencie abuso del derecho de defensa o manifiesto propósito dilatorio (como se requiere en el Código Brasileiro, y como se requería en el Proyecto de Reforma del Código Procesal de La Pampa, preparado por el Dr. Mario E. Kaminker, pero que no se incorporó al art. 231). En el derecho Brasileño este último requisito juega de modo alternativo con el temor fundado de daño irreparable o de difícil reparación.
- c) **“Que se efectivice contracautela suficiente**, salvo que se encontrare el peticionante exento de darla”. La contracautela supone que preste caución bastante para responder, quien obtiene abusivamente la medida, por los perjuicios resultantes en caso de ser revocada.
- d) **“Que la anticipación no produzca efectos irreparables en la sentencia definitiva”**. Obstará a su otorgamiento la

circunstancia previsible de que, de la anticipación, se derivase irremisiblemente un perjuicio insusceptible de ser reparado. Si, por ejemplo, el objeto de la pretensión fuera una cosa mueble consumible cuyo uso importe destrucción o notable deterioro, resultaría imposible reponer la cosa anticipada a su estado anterior. Según la opinión mayoritaria de la doctrina, aún cuando la anticipación pudiera producir efectos irreparables, no existe obstáculo para concederla si tratándose de derechos puramente patrimoniales se prestare caución suficiente para satisfacer pecuniariamente los perjuicios que pudieren resultar.

En último lugar, como reflexión de este capítulo, me parece importante y necesario centrar la discusión en los beneficios y ventajas, que para la efectividad del proceso, trae el actual cambio de paradigmas en el innovador instituto de la tutela anticipatoria, y no tratar de ubicar a éste en viejos moldes, en el cual ya no encuadran las nuevas formas procesales. Por lo que me parece razonable expresar que la naturaleza jurídica del instituto es, nada más ni nada menos, que una "Tutela Anticipatoria" y

sus requisitos de procedencia son propios más allá de las similitudes con otras figuras procesales.

CAPITULO VIII: EFECTOS Y CONTENIDO DE LA MEDIDA ANTICIPATORIA.

En este capítulo (y en el siguiente) parafraseando a Roberto Berizonce²¹, autor que más se aproxima en su narración a la forma en que se plasmó la tutela anticipada en nuestra provincia, descenderé su relato a lo establecido en nuestra provincia. Así dice que el poder tan importante que se coloca en manos del juez, ha de ser actuado de modo prudente, con buen sentido y equilibrio. La discrecionalidad juega en el marco de la ley, para interpretar razonablemente si se conjugan los presupuestos que condicionan la decisión anticipatoria, principalmente si se tiene en cuenta que se trata de evaluar situaciones configurativas de conceptos amplios, jurídicamente indeterminados, standards abiertos, como "convicción suficiente", "grado de urgencia" o de "daño irreparable". Está librada a esa discrecionalidad, asimismo, la selección de la medida más adecuada para asegurar la tutela que se anticipa; podrá el juez dictar una medida distinta de la que se propone o limitarla, para evitar perjuicios a quien debe soportarla. Pero la discrecionalidad, que implica apreciación

²¹ Berizonce, Roberto O. "La tutela anticipatoria en la Argentina (Estado actual de la doctrina y antecedentes legislativos)" JA 1998-II (Pág. 905)

subjetiva y cierta dosis de flexibilidad, no justifica la arbitrariedad; el "podrá" del texto del art. 231 no permite tal interpretación. La decisión naturalmente será fundada, debiendo indicarse las razones en que se sustenta la "convicción suficiente" del juez.

El contenido de la decisión está necesariamente encorsetado por los alcances de la pretensión; es de toda lógica que no cabe anticipar más que lo pretendido para ser juzgado en la sentencia definitiva. En todo caso, se podrá anticipar "...total o parcialmente los efectos de la tutela pretendida en la demanda o reconvención..." según dice el art.231. La anticipación parcial es, sin duda, la regla.

El pronunciamiento no altera la secuela del proceso, ni agota su contenido, ya que no se trata de medidas autosatisfactivas, "El juicio seguirá hasta su finalización" (último párrafo del art. 231). Lo decidido tampoco implica prejuzgamiento (segundo párrafo del art. 231), porque resuelve sobre la anticipación y no acerca del mérito, y de modo superficial atendiendo exclusivamente a la circunstancias de la causa en el tiempo en que se dicta.

Se edifica, la medida anticipatoria, sobre una cognición sumaria, periférica, superficial, que no se apoya en un juicio de certeza sino de fuerte probabilidad. Por eso sus efectos son provisionales, quedan supeditados al

resultado final de la litis; y la medida mantiene su eficacia sólo en tanto perdure la situación fáctica en que se sustentara. De ahí que, como dice el art. 231, la tutela podrá quedar sin efecto o modificarse si "al tiempo de la sentencia o dentro de la secuela del proceso, (si) cambiaren las condiciones".

La medida habitualmente contiene una condena provisoria que origina su ejecución. No obstante, puede prever una decisión meramente declarativa, constitutiva o determinativa, por ejemplo: cuando se decreta la suspensión de la eficacia de un acto, que no supone un específico procedimiento de ejecución para efectivizarla.

CAPITULO IX: CUMPLIMIENTO, RECURSOS Y MODIFICACIONES DE LA MEDIDA

ANTICIPADA.

En lo que se refiere al cumplimiento y ejecución de la resolución anticipatoria, resultan de aplicación supletoria y en tanto fueran compatibles, los preceptos que regulan tales etapas de las medidas cautelares. Lo mismo ocurre respecto de los recursos que se brindan para atacar la decisión. En todos los casos, tiene especial incidencia el carácter contradictorio del trámite previo al dictado de la medida: "Solicitada la tutela el juez designará audiencia con

carácter urgente, a la que serán citadas las partes interesadas. Concluida la misma y sin otra sustanciación, resolverá" (cuarto párrafo del art.231).

También rigen las normas generales relativas a la contracautela, graduación, exenciones y eventual mejora (artículos 191 a 193).

La modificación de la medida sólo puede disponerse a petición de parte interesada, sea para su ampliación o sustitución, en la forma prevista para las medidas cautelares en el artículo 196, en tanto resulten compatibles.

Con coincidencia de toda la doctrina, la propia naturaleza de las medidas en análisis, como el singular procedimiento a que están sujetas y la oportunidad en que se decretan, excluyen la operatividad de su decadencia por caducidad, como si rige y está previsto para las medidas cautelares típicas en el artículo 201.

Finalmente, con respecto a la responsabilidad por el abuso, si bien los presupuestos que lo condicionan llevan a considerar que difícilmente pueda despacharse una medida anticipatoria a instancia de un requerimiento abusivo, no debe excluirse toda responsabilidad de quien la solicita si, efectivamente, hubiere abusado o excedido en el derecho otorgado por el art. 231.

“...y es que la influencia del factor tiempo se manifiesta como el más poderoso y decisivo disparador de las justicias e injusticias de los Sistemas Jurídicos actuales...”

Carolina Eguren²².

CAPITULO X: RECEPCIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA PAMPA.

En la Provincia de La Pampa, con la reforma de la Ley 1828 del 3/12/1998, se introdujo un profundo cambio del proceso, a través de una nueva e innovadora combinación de los principios procesales. Sin dejar de lado principios fundamentales, como el Dispositivo y el Contradictorio (o de bilateralidad), se ha hecho un juego armónico de estos, dándole mas predominio al principio de economía procesal (incluidos el de saneamiento, celeridad y concentración), al principio de oralidad y al de inmediación.

Evocando palabras de José Pablo Descalzi²³ “en el Código Procesal de La Pampa se puede observar: 1) una restricción del principio escriturario y una consecuente ampliación de la oralidad con la incorporación de la audiencia preliminar en el proceso ordinario; y otro tanto con la tutela anticipatoria que se resuelve en una audiencia urgente, 2) se amplía el principio de economía

²² Eguren, María Carolina, “La jurisdicción Oportuna” en Sentencia Anticipada, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000. (Pág. 299)

²³ Descalzi, José Pablo “Los principios formativos del proceso civil” Ponencia para las IX Jornadas nacionales de derecho procesal constitucional. Facultad de Cs. Jcas. Universidad del Salvador. Bs. As. 2006.

procesal al sumarse el proceso ordinario, 3) se difiere la bilateralidad, fundamentalmente, al incluirse los procesos de estructura monitoria para determinados reclamos puntuales; y por la extensión de esa estructura a los procesos de ejecución, 4) se conjugan los principios dispositivo e inquisitivo, al permitir que el tribunal decrete de manera concurrente con las partes las pruebas que estime pertinentes, y aún necesarias previo a resolver; etc.”.

Específicamente en el Libro primero, Capítulo tercero, Sección novena en el artículo 231, la reforma moldeó la Tutela Anticipatoria: “**TUTELA ANTICIPATORIA. PROCEDIMIENTO.**-El juez podrá anticipar, luego de trabada la litis, a requerimiento de parte, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la demanda o reconvencción si:

- 1) existe verosimilitud del derecho en un grado mayor que las medidas cautelares ordinarias
- 2) se advierte en el caso una urgencia impostergable tal que si la medida anticipatoria no se adoptase en ese momento, la suerte de los derechos se frustraría.
- 3) Se efectivice contracautela suficiente
- 4) La anticipación no produzca efectos irreparables en la sentencia definitiva.

La decisión no configura prejuzgamiento.

Solicitada la tutela el juez designará audiencia con carácter urgente, a la que serán citadas las partes interesadas. Concluida la misma y sin otra sustanciación, resolverá.

El juicio seguirá hasta su finalización. Al tiempo de la sentencia o dentro de la secuela del proceso, si cambiaren las condiciones, la tutela anticipatoria, podrá modificarse o quedar sin efecto.”.

CAPITULO XI: RECEPCIÓN LEGAL EN OTROS PAISES Y PROVINCIAS.

A) DERECHO INTERNACIONAL

Mas allá de que en el Derecho Romano existían dispositivos (interdictos) que funcionaban como verdaderas tutelas anticipadas y que, desde antiguo, en el Derecho Francés también se fueron perfeccionando procesos que están en esa misma sintonía (referé), lo cierto es que recién en la segunda mitad del siglo XX el instituto bajo análisis comienza a encontrar claras manifestaciones legales (a través de normas especiales o, directamente, por intermedio de otras generales configurativas del instituto).

1-En Italia son paradigmáticos en este sentido el texto y los alcances del art. 700 del Codice di Procedura Civile que consagra el provvedimento d'urgenza.

2-En Francia el Nouveau Code de Procedure Civile mantiene en su articulado a las ordonnances de referé, regulándolas en los artículos 484 y concordantes.

3-En Portugal, luego de la reforma operada el 1/1/1997, el art. 381.1. del Código del Proceso Civil sanciona claramente el instituto que nos convoca.

4-En el Derecho Norteamericano y dentro de las distintas "injunctions" se puede citar a las "interlocutory injunctions", que son ordenes emitidas en cualquier tiempo durante un litigio pendiente por un corto plazo, con el objeto de prevenir un daño irreparable para el peticionante durante el tiempo que la corte estará en posición de decidir sobre los meritos de la pretensión procesal; al tiempo que, "en concordancia con su objeto son limitadas en la duración para algún específico tramo de tiempo; o como mucho para la conclusión sobre los méritos de un caso".

5-En Brasil, el art. 273 del Código do Procceso Civil (Según la reforma por ley 8952/94) contempla el instituto nominándolo como "Anticipación de la Tutela". En éste, la anticipación de los efectos de la sentencia se adopta luego de oír a la otra parte, para poder luego de sopesar sus razones, concluir si está el abuso del derecho de defensa o el manifiesto propósito retardatorio del accionado.

6-También el moderno Código Procesal Civil de Perú (1999) en dos artículos generales (674 y 676) y varios especiales habilita la sentencia anticipada.

7-En Uruguay, siguiendo el art. 280 del Código Tipo Procesal Civil para Iberoamérica, el art. 317 del Código General del Proceso adopta la institución bajo el nombre de "medidas provisionales y anticipadas".

B) DERECHO NACIONAL

La mayoría de las provincias no cuentan con normas generales que disciplinen el instituto. El texto de la mayoría de los anteproyectos de modificación a los Códigos de Rito conocidos en el ámbito nacional coincide con la redacción del art. 231 de nuestro Código.

Son meritorios de destacar proyectos como los de Mendoza (2001) y Chubut (2003).

Sin embargo, yendo bastante más lejos en el tiempo, ya en el Código Civil Vélez Sarsfield había consagrado varios supuestos típicos de tutela anticipada:

Por ejemplo, el art. 375 del Código Civil que prescribe que: "el procedimiento en la acción de alimentos, será sumario, y no se acumulará a otra acción que deba tener un procedimiento ordinario, y desde el principio de la

causa o en el curso de ella, el juez, según el merito que arrojen los hechos, podrá decretar la prestación de alimentos provisorios para el actor, y también las expensas del pleito, si se justificare absoluta falta de medios para seguirlo".

Otra muestra más de tutela anticipada es la previsión del art. 148 del Código Civil cuando establece que "cuando la demencia aparezca notoria e indudable, el juez mandara inmediatamente recaudar los bienes del demente denunciado, y entregarlos, bajo inventario, a un curador provisorio, para que los administre".

En el mismo Código Civil, en sucesivas reformas llevadas a cabo el siglo pasado, consagró otras normas que contienen claros ejemplos de Tutela Anticipada: art. 1071 bis, 2499, 2618, 211, 231 y 233.

Los códigos procesales, por su parte, también contemplan casos de Tutela Anticipada. Así por ejemplo, en el Código Procesal de la Nación, los arts. 83 (que concede el beneficio de litigar sin gastos de manera provisional), 629 (en materia de declaración de incapacidad de las personas), 99 segunda parte (tercerías de dominio y mejor derecho en las que, luego de prestar la fianza correspondiente, el tercerista puede obtener el levantamiento del embargo), 100 (cobro del embargante a las resultas de la tercería), 616 (entrega del bien, bajo fianza, en el interdicto de recobrar), etc.

En particular, la doctrina es unánime acerca del carácter de tutela anticipada que reviste el instituto denominado “Desalojo Anticipado” que prevé el art. 680 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Este artículo prescribe que “en los casos que la acción de desalojo se dirija contra un intruso, en cualquier estado del juicio después de trabada la litis y a pedido del actor, el juez podrá disponer la inmediata entrega del inmueble si el derecho invocado fuera verosímil y previa caución por los eventuales daños y perjuicios que puedan irrogar”. De igual forma esta redactado en el art. 666 del Código Procesal de La Pampa.

*“Todos los habitantes de la nación
gozan de los siguientes derechos...peticionar
a las autoridades...”²⁴*

CAPITULO XI: RECEPCIÓN JURISPRUDENCIAL.

Alimentando la incidencia que tienen en nuestro derecho los pronunciamientos de la Corte interamericana de Derechos Humanos, es importante destacar que este Tribunal en el caso del periódico “La Nación” de

²⁴ Artículo 14 Constitución Nacional Argentina.

Costa Rica²⁵, declaró "Que en el derecho internacional de los derechos humanos las medidas provisionales tienen fundamentalmente un carácter no sólo cautelar en el sentido que preserva una relación jurídica, sino también tutelar por cuanto protegen derechos humanos; siempre y cuando se reúnan los requisitos básicos de extrema gravedad y urgencia y de la prevención de daños irreparables a las personas, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo".

En Argentina mientras se produce la consagración legislativa de la tutela anticipatoria en los distintos códigos de procedimientos locales, para hacer operativa la técnica mencionada, tanto los tribunales superiores como los inferiores han echado mano de los viejos y aun rendidores moldes de las medidas cautelares (normalmente la Innovativa) y en otros casos la genérica prevista en el orden nacional en el art. 232 del C.P.C.C.N. y en nuestro orden provincial en el art. 224 del C.P.C.C. de La Pampa.

Es decir que, no es que se confundan los institutos, desde que, como fue explicado más arriba las medidas cautelares y la tutela anticipatoria ostentan notables diferencias en cuanto a su naturaleza jurídica; lo que sucede es que, a

²⁵ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 26 de agosto de 2002. Medidas Provisionales respecto de la República de Costa Rica. Caso del periódico La Nación. Se puede ver en www.iidh.ed.cr.

falta de aquella regulación que aún no llega, los jueces utilizan las herramientas “provisorias” ya conocidas y a su alcance.

En el Derecho de Daños el leading case ha sido “**Camacho Acosta, Maximiliano c. Grafi Graf SRL**”²⁶, según resolución emitida por la Corte Suprema de Justicia el 7/8/1997 que adquiere los ribetes de jurisprudencia con “eficacia vinculante” para el resto de los tribunales de la República.

Recordando la plataforma fáctica del caso, viene a cuento indicar que Maximiliano Camacho Acosta, en un proceso de indemnización de daños y perjuicios que entabló contra la empleadora reclamó incidentalmente que se dictara una medida cautelar innovativa que impusiera a Grafi Graf S.R.L. el pago de una prótesis en reemplazo del antebrazo izquierdo que había perdido amputado por una máquina de propiedad de aquella.

El Juez de Primera Instancia desestimó el despacho de la cautelar, resolución que fue confirmada por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que entendió que el recurrente no había dado cumplimiento al recaudo de la “verosimilitud del derecho” ya que de adentrarse el tribunal en el examen de la cuestión debatida implicaría, sin lugar a dudas, emitir opinión sobre el “thema decidendum”.

²⁶ Camacho Acosta, Maximiliano c. Grafi Graf SRL. El fallo fue publicado –entre otros lugares– en JA entrega del 18/3/1998, N° 6081, (Pág. 43/45).

Ante ello el actor deduce recurso extraordinario de inconstitucionalidad contra dicho pronunciamiento porque –según su óptica- el Tribunal de Alzada fue arbitrario al desechar sin justificación válida las pruebas aportadas en orden a demostrar la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora por la falta de colocación de la dicha prótesis.

Superando el criterio de que las resoluciones adoptadas sobre las medidas cautelares no son revisables por recurso extraordinario (estimando la resolución en crisis como "equiparable" a sentencia definitiva en tanto su mantenimiento podría configurar un "agravio de insuficiente, tardía o dificultosa reparación ulterior" o bien "cuando la alteración de la situación de hecho o de derecho pudiera influir en la sentencia o convertiría a su ejecución en ineficaz o imposible" la Corte Suprema ingresa al tratamiento de la cuestión y su dictamen puede resumirse de la siguiente manera:

a) "que en tal sentido, el recurrente ha puesto de manifiesto que la tardanza en la colocación de la prótesis hasta el momento de la sentencia definitiva le provocará un perjuicio irreversible en la posibilidad de recuperación física y psíquica de su parte, como también que la permanencia en la situación actual - hasta el momento en que concluya el proceso- le causa un menoscabo evidente que le impide desarrollar cualquier relación laboral, todo lo cual reclama una

decisión jurisdiccional eficaz para modificar el estado de hecho en que se encuentra". (Apartado 2º)

b) "Que esta Corte ha considerado a la medida cautelar innovativa como una decisión excepcional porque altera el estado o de derecho existente al tiempo de su dictado, y que por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión". (Apartado 3º)

c) "Que probados que fueron ante los jueces de primera y segunda instancia los presupuestos de la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora (respecto del primero el juez de trámite ya había concedido el embargo sobre bienes muebles e inmuebles y en orden al segundo, el recurrente llevó a cabo actividad idónea en tal sentido –ejemplo: demostrando la existencia de intentos realizados por los demandados para disminuir su patrimonio por la falta de seguro de accidentes de trabajo respecto del personal que desarrollaba sus tareas en Grafi Graf S.R.L.) la alzada no podía desentenderse del tratamiento concreto de las alegaciones formuladas so color de incurrir en prejuizgamiento, pues en ciertas ocasiones existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen al tribunal expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada, estudio que era particularmente necesario en el sub lite en razón de

que el recurrente pretendía reparar, mediante esta vía, un agravio causado a la integridad física y psíquica tutelada por el art. 5 inc. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos." (Apartado 9º)

d) "Que ello resulta así pues es de la esencia de esos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones –en tanto dure el litigio – sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, por que dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva." (Apartado 10)

e) "Que el mencionado anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de ese tipo de medidas cautelares, no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva ínsita una evaluación del peligro de la permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie –según el grado de verosimilitud – los probados intereses de aquel y el derecho constitucional de defensa del demandado". (Apartado 12)

Es importante remarcar que en un "proceso de daños" donde se postulaba una pretensión resarcitoria, se "anticipó" parcialmente el eventual resultado de la

sentencia definitiva que se dictaría luego del transcurso del proceso (y que quizás desestime la demanda).

Este detalle es muy trascendente pues, según los nombrados autores autores, incluso en la actualidad es casi monolítica la jurisprudencia de la mayoría de los Tribunales de la República en cuanto se proscribe "dar mediante una medida cautelar lo mismo que se pretende obtener en las sentencia definitiva" o, en otras palabras "que son improcedentes las medidas cautelares que se confunden con el objeto final de la pretensión deducida en el proceso o importen su satisfacción sustancial".

Como se ve, sobre la base de la operatividad de un derecho fundamental del actor (art. 5, inc. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) el Alto Tribunal supera los ápices frustratorios de la tutela judicial efectiva y oportuna y, accede a conceder lo que llaman un "anticipo de jurisdicción" bajo el nombre de medida cautelar innovativa.

La mayoría de la doctrina jurídica argentina (Morello, Arazi, kaminker y Peyrano²⁷) estimó al pronunciamiento de marras como un caso emblemático de "Tutela Anticipada".

²⁷ Peyrano, Jorge W. "Aspectos concretos del proceso urgente y de la tutela anticipatoria. Las recientes innovaciones brasileñas y la recepción por la Corte Suprema", en AAVV; "Sentencia Anticipada", Ed. Rubinzol Culzoni, Santa Fe 2000 (Pág. 39/40)

En el Derecho Público, otra importantísima sentencia de la Corte Suprema Justicia Nacional fue "**Salta, Provincia de c. Estado Nacional s/ Ejecutivo**"²⁸ el 1/9/2003, la cual ratificó la línea que había esbozado en "Camacho Acosta" y, concedió una nueva "tutela anticipatoria", ahora con mayores precisiones técnicas e, incluso, de "oficio". En el caso el Alto tribunal, si bien denegó la medida cautelar solicitada (embargo preventivo sobre fondos del Estado Nacional para cubrir una deuda por manutención de presos federales alojados en establecimientos carcelarios provinciales) estimó que la actora una vez agotados los fondos que tenía a tales fines, no podría seguir alimentando a los reclusos de lo que podrían derivarse graves consecuencias y la conculcación de derechos humanos fundamentales.

En base a ello indico que "tal estado de cosas exige expedirse sobre la procedencia de lo que, a criterio de la Corte, importa una solicitud de que se exija el cumplimiento futuro de la obligación que se reclama, con carácter preventivo, a fin de aventar las inevitables consecuencias que tal estado de cosas puede generar y que resultarían de imposible o tardía reparación en el momento de dictar sentencia" (considerando 5).

²⁸ Salta, Provincia de c.Estado Nacional s/Ejecutivo. El fallo se puede ver -entre otros lugares- Jurisprudencia Santafecina N° 56, Ed. Panamericana, Santa Fe "Nuevo pronunciamiento de la Corte Federal sobre la tutela anticipada (nota al fallo)" de Peyrano, Jorge W.

Desde allí, concedió un “anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa” y, en consecuencia ordenó “al Estado Nacional que por intermedio de la Subsecretaria de Hacienda del Ministerio de Economía de La Nación remita a la Provincia de Salta los fondos oportunamente convenidos, correspondientes a los meses posteriores a este pronunciamiento, hasta tanto se dicte una sentencia en este expediente.

Para Peyrano²⁹, lo novedoso de la Corte Suprema de Justicia es que, no sólo ratifica el rumbo iniciado en “Camacho Acosta” sino que, ahora, lo hace a título “oficioso” y afirma sin pretextos que lo que otorga es un “anticipo de jurisdicción”, esto es, una “tutela anticipada” o “tutela coincidente”.

Señala el autor citado que “los síntomas son muchos y coincidentes: la Corte Federal ha optado nuevamente, por otorgar una plausible jurisdicción anticipada. Ya no se trata de un precedente aislado o circunstancial. Se trata de muchos pronunciamientos de grado que se han atrevido a recorrer nuevos y no demasiado conocidos caminos en aras de brindar un servicio de justicia más ingenioso y eficiente”.

Precisamente siguiendo la doctrina sentada en Camacho Acosta por el Alto Tribunal Nacional (en su carácter de interprete final de la Constitución

²⁹ Obra citada en la anterior nota.

Nacional), otros Tribunales Inferiores concedieron tutelas anticipatorias en procesos de daños. Es el caso del Juzgado Civil, Comercial y Minería de General Roca, N° 5, a cargo de la Dra. Mercedes Laplacette de Rezamal que el 17/12/1998, en el marco de un juicio de daños y perjuicios ("**Erdozain, Carlos R. v. Orellana, Marcelo E y otro**"³⁰) derivado de un accidente de tránsito hizo lugar a la tutela anticipada solicitada y ordenó a los demandados que abonaren en forma mensual al actor la suma de \$8000 mensuales, "hasta tanto se resuelva en definitiva, bajo apercibimiento de ejecución".

El actor solicitó y probó a través de distintas pericias médicas que, como consecuencia del ilícito dañoso, había quedado cuadripléjico, sin equilibrio del tronco, sin control de esfínteres, con hipertensión secular por disreflexia automática, etc., a mérito de lo cuál necesitaba en forma urgente de ciertos cuidados terapéuticos y medicación adecuada - un terapeuta físico con una dedicación de no menos de ocho horas diarias, más el uso de drogas especiales, pañales descartables, la asistencia permanente de una enfermera especializada y supervisión de un equipo médico multidisciplinario con más la asistencia psicológica permanente – que no podían esperar el trámite del proceso pues de

³⁰ JA, 1999-III (Pág. 221), con comentario de Guersi, Carlos A., "Medida Anticipativa: la prevención del agravamiento del daño de la persona" en JA, 1999-III (Pág. 222/224)

hacerlo, no sólo perdería efectividad el tratamiento sino que se agravaría su estado que de por sí ya era precario y con eventual riesgo de vida.

La jueza hizo lugar a una tutela anticipada –proveer los fondos económicos suficientes para obtener asistencia médica y fisioterapéutica que evite un reagravamiento del estado actual de la salud del peticionante-. Estimó configurada la verosimilitud, la urgencia impostergable para acceder a lo solicitado y, dato importante, no exigió contracautela pues el actor litigaba con “beneficio de litigar sin gastos”.

Otro fallo famoso es “**Elías, Julio y otros c. G.C.B.A.**”³¹ en el cual la sala F de la Cámara Nacional Civil luego de señalar que “la tutela jurisdiccional anticipada es excepcional y debe limitarse a lo estrictamente necesario para evitar perjuicios irreparables”, que “La finalidad de la tutela anticipada estriba no en asegurar el objeto del proceso o la eficacia de la sentencia, sino en adelantar total o parcialmente la pretensión de la demanda, cuando de su insatisfacción urgente derivaría un perjuicio irreparable, hizo lugar a lo solicitado y otorgó “el anticipo de la indemnización por daños y perjuicios circunscribiéndose la misma al lucro cesante mensual que sufren los solicitantes y evitar que caigan en un estado de necesidad e insolvencia que les impida afrontar sus obligaciones de

³¹ Elías Julio y otros v. Gobierno de la ciudad de Buenos Aires. JA, 2000-IV (Pág. 520), con nota de Ghersi, Carlos A.

toda índole, calculándose dicho monto conforme las ganancias declaradas probadas por los solicitantes”. La Cámara tuvo que aclarar que “La tutela anticipada solicitada por el actor mediante la medida cautelar innovativa peticionada consistente en el anticipo de indemnización por daños y perjuicios, encuadra en la regulación genérica del art. 232 del Código Procesal, por lo que es operativa aun en ausencia de texto legal específico”.

Uno de los pronunciamientos más ilustres sobre la materia, es el emitido por la Sala C de la Cámara Nacional Civil – integrada por los Dres. José Luis Galmarini – Jorge Horacio Alterini –Fernando Posse Saguier – que en resolución del 26/10/2001 “**Poveda, Cesar c. Transportes Metropolitanos Belgrano S.A. s/ medidas cautelares**”³², revoca la decisión del órgano jurisdiccional inferior y hace lugar parcialmente a la medida solicitada en carácter de tutela anticipatoria.

Por así decidir, tuvo por “acreditado que el derecho invocado por la reclamante es verosímil” conclusión a la que arriba luego de analizar las constancias emanadas de la causa penal en trámite, y particularmente el informe del médico legista interviniente el que expone que “la menor presenta como secuela del accidente sufrido la amputación de ambos miembros inferiores, el derecho a nivel infrapatelar y el izquierdo supracondileo alto...” “..Es evidente

³² Poveda, Cesar c. Transporte Metropolitanos Belgrano S.A. s/ medidas Cautelares.

que todo el proceso de rehabilitación, depende de la inmediatez en que se comience" y, finalmente resalta "el efecto negativo que sobre el psiquismo de la menor puede provocar cualquier demora en iniciar dicho proceso de recuperación".

Atento a ello, el Tribunal se persuade "de la urgencia que reviste la implementación inmediata del tratamiento quirúrgico, protésico y de rehabilitación que debe afrontar la menor afectada" y en ese entendimiento "accede al pedido formulado por el progenitor".

Con cita de doctrina, la Sala C indica que "atiende primordialmente a la gravedad del daño que la negativa de la medida podría producir a la menor, sin dejar de apreciar asimismo, que la tutela normativa ordinaria y las medidas conservatorias típicas previstas en la ley, se demuestran insuficientes o inadecuadas para prevenir el perjuicio, perjuicio éste de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad de dictar sentencia definitiva" y remata diciendo que "Hay supuestos en que el peticionario debe obtener de inmediato la satisfacción de su derecho sin haberse agotado el conocimiento de la cuestión en litigio, porque la urgencia es más importante que la certeza³³, como ocurre en autos donde la verosimilitud aparece configurada, máxime tratándose de una

³³ Arazí, R., "Medidas Cautelares" (Pág. 1)

responsabilidad derivada de un accidente ferroviario". También señala la analogía con "Camacho Acosta".

La Sala C estima que "no puede ser otorgado en forma anticipada el pago del tratamiento psicoterapéutico de la menor, en vista de que no puede dejar de considerarse que la anticipación de la tutela –netamente restrictiva- sólo procede en cuestiones de extrema urgencia, carácter que no reviste el ítem en cuestión"(es un caso de tutela anticipatoria parcial por que se admiten dos rubros(equipamiento y rehabilitación ortopédica) y se deniega uno (asistencia psicoterapéutica)).También es de destacar la actitud de los letrados que patrocinaban y representaban a la parte actora quien ofrecieron su fianza personal para el supuesto de que se considerare que, para el otorgamiento de la cautelar peticionada, se requeriría una caución.

Ello es aceptado por el Tribunal que estimó que "Atento al carácter de la medida autorizada, es claro que necesariamente debe interpretarse con la prestación de una contracautela previa...real o personal a efectos de garantizar los derechos de 'Transportes Metropolitanos Belgrano S.A.' para el supuesto de que la sentencia a dictarse fuera adversa a la pretensión de la actora. En tal sentido, de conformidad con lo dispuesto por los art. 1998, 2005 y concordantes del Código Civil, los profesionales adquieren en el caso el carácter de fiadores

solidarios y principales pagadores de la suma comprensiva de la acordada en concepto de Tutela Anticipatoria y de los eventuales perjuicios que el aporte pecuniario admitido irroque a la empresa mencionada".

Se previno también que "Lo hasta aquí expuesto en modo alguno puede interpretarse como un adelanto de opinión acerca de lo que será motivo de tratamiento en la sentencia. La Sala se limitó a efectuar un análisis provisional de los elementos incorporados a la causa, al solo fin de evaluar la viabilidad de la medida solicitada".

Finalmente, revocó el pronunciamiento del inferior y admitió parcialmente la tutela anticipada solicitada a mérito de lo cual ordenó que "Transportes Metropolitanos Belgrano Sur S.A." debería depositar en el término de cinco días la suma de \$29.500..."

Por lo demás, distribuyó las costas en el orden causado "en el entendimiento de que la obligada al pago pudo razonablemente creerse con derecho a oponerse al planteamiento"

Otro dato interesante es que pocos días antes de dicha resolución la misma Sala ordenó que previo a sentenciar sobre el recurso deducido se confiriera traslado a "Transporte Metropolitanos Belgrano S.A." de la solicitud de tutela anticipada de la actora "el que deberá ser contestado en el plazo de tres

días", librando incluso cédula de oficio por Secretaria con habilitación de días y horas hábiles.

Para así proceder tuvo en cuenta que "Al tratarse de una medida anticipatoria susceptible de producir efectos materiales definitivos, para su otorgamiento –en principio- debe darse previamente intervención a la parte que resultaría afectada de ser admitida, garantizando de esta forma el derecho de contradicción consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional".

El Juzgado Federal de Córdoba, a cargo del Dr. Alejandro Freytes, en **"Roca Emilio Horeste c. Juan Carlos Braschi y otros – ordinario"**³⁴ el 27/9/99, dictó una resolución en virtud de la cual hizo lugar a una Tutela Anticipatoria, ordenando que la aseguradora procediera a efectuar un depósito mensual de \$500 "que pudiera percibir el actor hasta completar la suma de \$10000".

Esta medida se adoptó "vía el despacho de una cautelar en el marco de un juicio por mala praxis médica asistencial producido en un acto quirúrgico de ablación de riñón. En la especie se ordenó a la aseguradora que depositara una

³⁴ Roca Emilio Horeste c. Juan Carlos Braschi y otros- Ordinario. Citado por Peyrano, Jorge W. "Escolio sobre los 'leading cases' cordobés y platense, en materia de tutela anticipada", en "Nuevas apostillas procesales" Ed. Panamericana, Santa Fe. (Pág. 163 y ss.)

suma mensual a favor de la actora para posibilitar su subsistencia y recuperación."

Según Peyrano, el leading case Platense, es "**Román Andrés Blas y otros s. Cautelar Innovativa (tutela anticipada)**"³⁵. Dicha sentencia, relata el autor de marras, suscripta por los Dres. Gualberto Lucas Sosa y Carlos Saúl Marroco, data de septiembre de 2001 y proviene de la Sala 1 de la Cámara Segunda de la ciudad de La Plata. Se trataba de un menor víctima de lesiones graves en un accidente de tránsito.

También aquí se pidió y obtuvo el despacho de una innovativa con corazón de tutela anticipada, previo otorgamiento de caución personal y tras ser oído el destinatario del reclamo correspondiente.

El reclamo, consistía en un resarcimiento parcial y anticipado conformado por la orden al demandado de abonar, durante cierto lapso, gastos de rehabilitación y tratamiento de la víctima. Asimismo, presenta como particularidad que se debía descontar de la condena anticipada a pagar que pesaba sobre el demandado, lo abonado por iguales conceptos por IOMA (que era la obra social).

³⁵ Román Andrés Blas y otros s Cautelar Innovativa (tutela anticipada). Peyrano, Jorge W. "Escolio sobre los 'leading cases' cordobés y platense , en materia de tutela anticipada". Obra ya citada en la anterior nota. (Pág. 163 y ss.)

Otro fallo destacable es el que dicto el titular del Juzgado Civil y Comercial Bonaerense N° 4 del departamento Judicial de Junín, Dr. Leopoldo Peralta Mariscal, en autos "**Courtade Roberto Fernando c. Delavalle Bautista Andrés, Marquez Conrado y Otros s/ Medidas Cautelares**"³⁶ el 3/6/2003, en virtud del cual concedió una medida cautelar innovativa y ordenó que los demandados abonen al actor una suma cercana a los 30000 pesos para someterse a una operación quirúrgica a raíz de los daños sufridos en un accidente en el que circulaba como tercero transportado.

En la provincia de Santa Fe, el Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil, Comercial y Laboral de Villa Constitución, a cargo del Dr. José Luís Sedita despachó la tutela anticipada requerida en fallo del 4/10/2000 en "**Gómez, Daniel R. y otro c. Damián E. Maggioni y/u otros. Daños y Perjuicios**"³⁷.

El actor víctima de un accidente de tránsito había quedado parapléjico y con un estado prácticamente vegetativo (ya que sólo podía mover los ojos) y, lógicamente, necesitaba de múltiples cuidados y atenciones médicas y paramédicas.

³⁶ Courtade Roberto Fernando c. Dellavalle Bautista Andres , Marquez Conrado y Otros s/Medidas Cautelares". Citado en la obra de Peyrano, Jorge W. y Carbone , Carlos A. Sentencia anticipada (despachos interinos de fondo) Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000. La sentencia también esta en www.diariojudicial.com.

³⁷ Gómez, Daniel R. y otro c. Damián E. Maggioni y/u otros s. Daños y perjuicios.Comentario en Peyrano , Jorge W. "Tendencias y proyecciones de la doctrina de la tutela anticipada" Revista de derecho procesal. Año 2002-I. Ed. Rubinzal Culzoni. (Pág. 568)

Atento a ello y luego de sustanciar debidamente el pedido y recordar que "El despacho interino de fondo es el que tiende a obtener una providencia no contemplada en previsiones legislativas específicas, otorgando en forma anticipada total o parcialmente el objeto mediato de la pretensión contenida en la demanda y que según la naturaleza del interés, el carácter de peligro que lo amenaza o las particulares circunstancias que surgen de la situación jurídica por la inminencia o presencia efectiva de un perjuicio irreparable o de difícil reparación, atento el grado de convicción enmarcado en la certeza suficiente que se forma el juez en forma sumaria en base a la prueba aportada y de acuerdo a su criterio discrecional por conceptuarla más idónea para obviar las consecuencias disvaliosas de un evento que podría producir la supresión o la restricción de los efectos obligatorios o ejecutivos de la decisión sobre el mérito", el magistrado actuante dispuso que la demandada le asegurara a la actora a partir de la notificación de la sentencia "los montos necesarios para cubrir los cuidados médicos y paramédicos, intervenciones quirúrgicas y sus accesorios, compra de medicamentos, etc. y toda otra modalidad que no pueda prescindir de ellos sin graves riesgos para su vida, salud física y psíquica, en forma directa o a través de empresas de salud especializadas a tal fin; y que deberá mantenerse durante el plazo de seis meses, salvo que cambiasen las circunstancias que

dieron lugar a la misma, bajo apercibimiento de imponerse astreintes en caso de incumplimiento".

Por otra parte el Juez dijo que "Atento al convencimiento del suscripto sobre el grado de certeza y al conjunto de circunstancias que hacen a la fuerte probabilidad de que su posición sea la jurídicamente correcta, más la gravedad del estado de salud de la menor y su contexto y teniendo en cuenta que la parte actora tramita su declaratoria de pobreza a fin de lograr el beneficio de litigar sin gastos –lo que en principio nos presenta una situación económica, que hace presumir su imposibilidad de realizar los importantes gastos para atender sus necesidades – estimo prudente relevarla de prestar contracautela".

Finalmente, el fallo emitido el 17/6/2004 por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Trenque Lauquen en "**Dematteis, Julián c. Cabalero, Raúl A. y otros**"³⁸, el Alto Tribunal citado no sólo confirma la sentencia del tribunal inferior que hizo lugar al reclamo anticipatorio pedido con el fin de que el sanatorio y el profesional codemandado abonen los gastos médicos necesarios (no incluidos en la cobertura social del I.O.M.A. o incluidos pero ante la hipótesis de incumplimiento de esa entidad, "hasta la suma de \$500 mensuales") para el tratamiento de un menor que había sufrido daños (encefalopatía crónica desde el

³⁸ Dematteis, Julián c. Cabaleiro, Raúl A. y otros. Publicado en LLBA 2004. (Pág. 925)

momento del nacimiento) cuya reparación se reclama en el juicio principal de mala praxis médica sino que, además ante el vacío legal en la materia, los sentenciantes se preguntan , "¿Qué sustento jurídico puede invocarse hoy para petitionar o emitir una resolución anticipatoria?".

Lo que parece claro es según se dice en el caso "que la falta de reglamentación legal ritual expresa no es argumento bastante para permitir la frustración sustancial de derechos: deben los justiciables proponer y los jueces encontrar instrumentaciones formales ajustadas a la medida del interés a tutelar, cuidando de salvar el derecho de defensa en juicio de todos los interesados. Es impensable que la ausencia de reglamentación procesal pueda conducir a la violación del derecho humano a obtener una respuesta jurisdiccional sustancial urgente, cuando la urgencia es la medida de lo razonable por la inutilidad de una respuesta ulterior, ya tardía por la consumación irreparable del perjuicio."

*"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable..."*³⁹

CAPITULO XIII: JURISPRUDENCIA PAMPEANA.

A través del análisis de la siguiente jurisprudencia mostraré cómo se empleaba, antes de la Reforma 1828, el Instituto de la Tutela Anticipatoria y cómo se ha aplicado a partir del 2001 en la Provincia de La Pampa (como medida cautelar innominada y como sentencia anticipatoria respectivamente). En la causa "**Díaz Anita Eleuteria c/ Ente Provincial del Río Colorado y Otros s/ Alimentos**"⁴⁰ del 20/3/1996, cuyo objeto es reclamar alimentos provisorios para tres menores cuyos padres fallecieron con motivo de un accidente de tránsito, después de solucionar una contienda negativa que se dio en el caso, la demandada (Ente Provincial del Río Colorado) apela la resolución fs. 70/74 que decreta como medida cautelar genérica una cuota alimentaria mensual provisoria para atender las necesidades de subsistencia de los menores Matías Sebastián, Yanina Araceli y Carlos Miguel Ruggeri, cuyos padres fallecieron en un accidente automovilístico por el cual se tramita una acción por daños y perjuicios, y se cita en garantía a La Ibero Platense.

³⁹ Artículo 8 Pacto de San José de Costa Rica.

⁴⁰ Díaz Anita Eleuterio c/ Ente Provincial Del Río Colorado y Otro s/ Alimentos. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería. Expte. N° 7.613/96 r.C.A. 20/3/1996

La demandada observa que la naturaleza jurídica de los alimentos que sólo son debidos por parientes y las medidas cautelares que resultan en este caso, según los agraviados, resultan incompatibles, ya que solamente procederían si fuera verosímil el derecho a ser alimentado.

Sin embargo, el art. 234 del Cód. Proc. establece que fuera de los casos previstos en los arts. 195 a 233 "quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho este pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable, podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueran más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia". Es decir que se admiten medidas cautelares innominadas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia.

Aunque en el caso concreto la cuota que se ordena pagar tiene una finalidad alimentaria, no es en definitiva más que un adelanto de lo que la demandada deberá abonar en carácter de indemnización por daños y perjuicios.

La Cámara citando a Peyrano dice: "que todas y cualquiera de las medidas cautelares sirven al valor eficacia del proceso". "¿De qué valdría que tramitado el proceso de declaración de demencia y obtenida la interdicción judicial del insano, este ya hubiere perecido víctima de su enajenación mental?". Del mismo modo cabe preguntarse qué utilidad tendría otorgar una indemnización reparatoria a

los menores, cuando estos ya han sufrido daños físicos o psíquicos irreparables o que resulte mucho más difícil reparar.

Si el derecho es realmente verosímil, tal lo que sucede en el caso de autos, no es razonable que se espere el dictado de una sentencia definitiva si existe la posibilidad de hacer eficaz la sentencia reparatoria desde ese mismo momento, aunque sea en forma muy parcial. Para ello bastara con la aplicación de una de las medidas autorizadas por el art. 234 del Cód. Proc., con lo cual se evitarían los riesgos que pueden derivar de la demora.

La Cámara dice que la cuota mensual de \$800 impuesta por el a-quo resulta razonable habida cuenta de su provisoriedad y el fin que persigue, no siendo por otra parte apropiado que cobre una suma la tutora de los niños, cuyos derechos a las indemnizaciones por los daños y perjuicios no están aún acreditados. En cuanto a la caución real impuesta a la parte actora, tramitándose beneficio de litigar sin gastos, le asiste el derecho de trabar medidas cautelares sin otorgar caución.

Una de las causas posteriores a la Reforma es **"Falcón, Lucio Domingo c/Banco Río de La Plata S.A. s/ Tutela Anticipatoria"**⁴¹, en la ciudad de

⁴¹ Falcón, Lucio Domingo c/Banco Río de La Plata S.A. s/Tutela Anticipatorio. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial. Expte. N° 2.298/02 r.C.A. 20/11/2002.

General Pico del 20/11/2002, donde se reúne la Cámara para resolver el recurso de apelación interpuesto por el actor, Lucio Domingo Falcón, quien se agravia ante la denegación, de tutela anticipatoria, para que se le devuelva anticipadamente una determinada suma de su dinero depositada en el Banco Río de La Plata S.A., ante la tramitación de un juicio por cumplimiento de contrato contra esta entidad.

El a-quo consideró que no se había acreditado la "Urgencia Impostergable" exigida por el art.231 del Cód. Proc. La Cámara comparte esta decisión pues las alegaciones del recurrente no bastan para obtener una tutela anticipada de su derecho, prevista sólo para hipótesis de excepción.

La urgencia que invoca consiste en que tiene una deuda por servicios municipales -de \$ 2.232,45 – que no puede afrontar con su sueldo, que no indica ni acredita cuál es. Aunque esta sola circunstancia desmerece el intento, se advierte que la deuda corresponde a servicios impagos desde 1996 (en un caso desde 1993), de modo que no guarda relación con las restricciones bancarias impuestas por el decreto 1570/01y normas sucesivas. El apelante, por otra parte, no explica por qué, pudiéndolo hacer, no pagó las tasas municipales como cualquier vecino, y prefirió depositar el dinero en el banco; tampoco explica de donde deviene su actual "Urgencia impostergable", pues no refiere haber

recibido intimaciones apremiantes. Es de señalar que, aún luego de sumas pequeñas, de modo que el actor debió exponer con amplitud y claridad cuál fue su actitud ante esas circunstancias.

La tutela anticipatoria está prevista para supuestos excepcionales y requiere de fundamentación y prueba convincente, para lo que no basta con invocar la existencia de una vieja deuda; es menester una mejor explicación que la muy breve proporcionada, dice la Cámara, por lo que rechaza el recurso de apelación deducido por la actora.

Otra de las causas posteriores a la reforma, en la Ciudad de General Pico, a los 22 días del mes de Noviembre del año 2002, es "**Roulier, Javier Augusto c/Banco de La Pampa s/Tutela Anticipatoria**"⁴² ante la Cámara de apelaciones en lo Civil, Comercial Laboral y de Minería de la segunda circunscripción para resolver el recurso interpuesto.

Javier Augusto Roulier promovió medida cautelar contra el "Banco de La Pampa", sucursal General Pico, para que, como resultado de ella, le restituyera – a la cotización en el mercado libre de la moneda pactada, al día de la devolución- la suma de \$ 44.682,134, que depositara en una caja de ahorros en

⁴² Roulier, Javier Augusto c/Banco de La Pampa s/Tutela Anticipatorio. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción. Expte. N° 2.321/02 r.C.A. 22/11/2002.

la institución demandada, ya incluida la cotización pretendida. La devolución efectiva de esos ahorros fue reclamada en los autos "Roulier, Javier Gustavo c/Banco de La Pampa s/cumplimiento de contrato". Fundamentó su pretensión impugnando la validez constitucional del decreto 1570/01 que pesificó y reprogramó sus ahorros y le impidieron retirarlos.

Es importante destacar que el Juez se declaró incompetente para intervenir en este trámite, al igual que en la causa principal.

Apeló la actora, quien expresó agravios, los que se refieren a la medida insatisfecha, a la vez que incursiona sobre la competencia que establece la ley N° 25.587.

La competencia: se explaya el apelante en las razones por las cuales considera que el a-quo resulta competente para entender en estos actuados. No cabe duda que a la tutela anticipatoria al estar contemplada en el capítulo de las medidas cautelares, le es aplicable -en general- las normas que rigen a éstas. Esa consecuencia hace que el juez competente para intervenir en el tratamiento de la tutela anticipatoria sea el facultado para conocer en el juicio principal (art. 6, inc. 4°, Cód. Proc.), de modo que en este trámite -y no en el incidental- debe plantearse y dirimirse la cuestión de la competencia.

Con respecto al rechazo de las medidas cautelares se cita la jurisprudencia de la C.S.J.N que ha dicho que "en los juicios de amparo, aunque el juez se declare incompetente no debe dejar de adoptar las medidas urgentes que la naturaleza y las particularidades de la acción instaurada pueden requerir". Entonces se dijo que ese antecedente, hacía que el tribunal debía verificar si, en el caso, se daban las circunstancias necesarias que obligan a decidir sobre las medidas urgentes que se le solicitaban, aún cuando fuera incompetente para entender sobre el fondo del asunto.

En el caso en tratamiento, el actor no llega a los 60 años de edad, no invoca problemas de salud u otra situación que pueda considerarse de extrema necesidad. Tampoco se advierte un "peligro en la demora", ni se invoca "otro perjuicio que el que sufre cualquier otro ahorrista al que se le "pesificó" su depósito y se le impide temporariamente retirarlo. No hay, entonces, una urgencia impostergable. Según la Cámara, lo hasta aquí expuesto obsta a la necesidad de decidir sobre la medida precautoria. Todo ello hace que deba desestimarse este aspecto del recurso deducido por la actora.

El Dr. Hugo Carlos Rodríguez en su voto dice "con respecto a la Tutela Anticipatoria, ella procede cuando existe una urgencia impostergable y es evidente que en este caso no se han invocado circunstancias que pudieran

satisfacer ese requisito. La "Falta de dinero" proclamada en general y sin referencias concretas a la situación de los actores es insuficiente, y no se entiende cual sería la urgencia en pagar los gastos del proceso, cuando se ha pedido litigar sin gastos. Coincido en que el recurso debe ser rechazado".

CAPITULO XIV: OPINIONES DE PROFESIONALES DEL ÁMBITO JUDICIAL PAMPEANO Y DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNLPAM.

Gil Domínguez, Andrés: "En particular, creo que toda tutela anticipada tiene raigambre constitucional en el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de amparo y que generan que los procesos se acorten y se eviten las dilaciones procesales. Este tema lo traté en extenso en mi libro Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires. Régimen Procesal, La Ley."

Gavazza, José Maria: "Hay que tener en cuenta que las medidas cautelares son institutos procesales que tienen por fin garantizar el funcionamiento eficaz y práctico de la justicia sin menoscabar el derecho de defensa.

El anticipo provisorio de ciertos efectos de la sentencia definitiva

persigue evitar perjuicios al justiciable en tanto se actúa en el proceso judicial.

Si hay urgencia y necesidad que demuestra la existencia concreta de un peligro en la demora se pueden anticipar ciertos efectos sustanciales de la sentencia final, como una solución interina y provisoria, para evitar un daño o su agravamiento mientras esta se perfecciona.

El requisito clásico de las medidas cautelares: verosimilitud del derecho, debe revestirse con un plus de interpretación: una fuerte probabilidad (no certeza) de que serán atendibles las pretensiones, por cuanto se otorga un adelanto (no un reemplazo) de la decisión de mérito.

Esto permite afirmar los caracteres de la tutela anticipatoria: es un despacho cautelar interino y provisorio, que adelanta los efectos sustanciales de la sentencia final sin constituir, por ello, prejuzgamiento. Sumamente útil en caso que se acredite DAÑO pero solo ante este extremo."

CAPITULO XV: CONCLUSIONES

- ✓ Como consecuencia de considerar que la teoría cautelar ortodoxa no ha podido dar respuestas adecuadas a ciertos requerimientos de los justiciables que claman por soluciones inmediatas, en tiempo razonable, ante situaciones que no admiten demora, florece vivaz, y necesariamente, la Tutela Anticipatoria.
- ✓ Quedó demostrado a lo largo del trabajo que este instituto novedoso es uno de los importantes avances hacia el tan ansiado "Proceso Justo", el cual mediante soluciones oportunas y tempranas, despojan al juicio de su clásica morosidad y falta de efectividad.
- ✓ Personalmente, y como ya lo he remarcado, creo que se debe dejar de lado la discusión que intenta ubicar la tutela anticipatoria en viejos moldes, y entender que su naturaleza jurídica es ser una tutela anticipada, nada más ni nada menos.
- ✓ Estas medidas anticipatorias, lejos de significar una criticable desvalorización del sistema de enjuiciamiento ordinario por la multiplicación inadecuada de las soluciones sólo provisionales, puedo afirmar que suponen, por el contrario, la utilización de la

técnica del conocimiento sumario para brindar respuestas adecuadas y puntuales, siempre que la prolongación del estado de insatisfacción del derecho reclamado viniere a causar un daño irreparable.

- ✓ Que es un imperativo constitucional, consagrado en nuestro preámbulo "afianzar justicia", y esto sólo se cumple con decisiones oportunas y efectivas.
- ✓ En forma reiterada, leemos en todos los escritos presentados ante un tribunal "SERÁ JUSTICIA", realmente esto se cumplirá cuando en cada uno de los Códigos de Rito este legislada la Tutela Anticipatoria, y más allá de ello, cuando efectivamente se aplique en el tránsito diario de nuestros tribunales, porque no basta con tenerla legislada, es necesario aplicarla en la oportunidad justa.
- ✓ Quiero dejar sentado, antes de concluir, el temor que me genera la discrecionalidad con la que puedan llegar a actuar los jueces, aunque pienso que esto queda reservado a la preparación académica, experiencia y en "su" ensañamiento en cumplir cabalmente su mandato y hacer respetar la Constitución.

- ✓ Tengo la convicción que la Facultad de Derecho tiene que colaborar en el cambio de paradigmas, y estar unida a los jueces y abogados en la ardua tarea de mejorar la administración de justicia.
- ✓ Pienso, finalmente, que hoy en día, el adagio que define lo Justo: "Dar a cada uno lo que le corresponde", ha sido sustituido por: "**Dar a cada uno lo que le corresponde cuando le corresponde**".

BIBLIOGRAFIA

- **LIBROS**

- BORETTO, Mauricio. "LA TUTELA AUTOSATISFACTIVA OPERANDO EN LA PRACTICA". 1º Edición. Universitas. Año de edición 2005.
- CARNELUTTI, Francesco, "DERECHO Y PROCESO". Ed. EJEA, Buenos Aires 1971.
- JA entrega del 18/3/1998, N° 6081.
- MORELLO, Augusto Mario. "ANTICIPACION DE LA TUTELA". Librería Editora Platense S.R.L. Año de edición 1996.
- PEYRANO, Jorge W. "MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS". Editores Rubinzal-Culzoni. Ateneo de estudios del Proceso Civil. Año de edición 1999.
- PEYRANO, Jorge W. "PROCEDIMIENTO CIVIL Y COMERCIAL 1. CONFLICTOS PROCESALES", Ed. Juris, Rosario 2002. T. 1.
- PEYRANO, Jorge W. y CARBONE, Carlos A. "SENTENCIA ANTICIPADA (despachos interinos de fondo)" Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000.
- RAMÍREZ, Jorge Orlando "FUNCION PRECAUTELAR". Editorial Astrea. Año de edición 2005.
- REVISTA DE DERECHO PROCESAL I. Medidas Cautelares. Editores Rubinzal-Culzoni. Año de edición 1998.

- **ARTÍCULOS**

-AITA TAGLE, Fernando. "TUTELA ANTICIPADA A TRAVÉS DEL ART.484 DEL CODIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL". LLC 2005 (Marzo), 137-LLC 2005, 137.

-ARAZI, Roland "TUTELA ANTICIPADA" en Revista de Derecho Procesal N° 1, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1999.

-BERIZONCE, Roberto O. "LA TUTELA ANTICIPATORIA EN LA ARGENTINA (ESTADO ACTUAL DE LA DOCTRINA Y ANTECEDENTES LEGISLATIVOS)". JA 1998-II-905.

-BERIZONCE, Roberto O. "TUTELA ANTICIPADA Y DEFINITORIA". JA 1996-IV-741.

-CAMPS, Carlos E. "LA PROYECTADA RECEPCION LEGISLATIVA DE LA TUTELA ANTICIPADA". JA entrega del 29/9/99.

-CAPUANO TOMEY, Carola "LA MEDIDA AUTOSATISFACTIVA Y LA EFICACIA DEL PROCESO". LLC, 2002-43.

-COMADIRA, Julio Rodolfo. "LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO". Pub. La Ley, 1994-c, Sec. Doctrina.

-CORDEIRO, Clara Maria y GONZALEZ ZAMAR, Leonardo "LA ANTICIPACIÓN DE LA TUTELA. EL OTRO PUNTO DE VISTA" Semanario Jurídico, 81-1999-B.

-DE LOS SANTOS, Mabel A. "LA MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA Y EL ANTICIPO DE LA SENTENCIA: SU UBICACIÓN ENTRE LOS LLAMADOS PROCESOS URGENTES". JA 1996-I-633.

- DE LOS SANTOS, Mabel A. "RESOLUCIONES ANTICIPATORIAS Y MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS". JA 1997-IV-800.
- DESCALZI, José Pablo. "LOS PRINCIPIOS FORMATIVOS DEL PROCESO CIVIL". IX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal Constitucional-Facultad de Ciencias Jurídicas-Universidad de Salvador. Septiembre del 2006.
- EGUREN, María Carolina, "LA JURISDICCIÓN OPORTUNA" en Sentencia Anticipada, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000.
- FERNÁNDEZ BALBIS, Amalia. "MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS: EL JUEZ ANTE LA NOVEDAD PROCESAL". DJ/Doctrina 2004-2.
- GIANNINI, Leandro J. "EL TEST CONSTITUCIONAL DE ALGUNAS 'MODERNAS' INSTITUCIONES DEL PROCESO".
- GUERSI, Carlos A., "MEDIDA ANTICIPATIVA: LA PREVENCIÓN DEL AGRAVAMIENTO DEL DAÑO DE LA PERSONA" en JA, 1999-III.
- KIELMANOVICH, Jorge L. "ALGUNAS BREVES REFLEXIONES EN TORNO A LA LEY 25.587. MEDIDAS CAUTELARES". La Ley, 2002-C
- MORENO, Sebastián. "LA MEDIDA AUTOSATISFACTIVA: ESTADO DE SITUACION EN LA DOCTRINA ARGENTINA". DJ/Doctrina 2005-2.
- MEROI, Andrea A. "MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS: NUESTRA OPOSICION A QUE SE INCLUYAN EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE SANTA FE". LLLitoral 2007 (octubre), 917.

- MORELLO, Augusto Mario. "LA TUTELA ANTICIPADA EN LA CORTE SUPREMA". El Derecho (T.176) 62.
- MORELLO, Augusto Mario. "LA TUTELA ANTICIPATORIA ANTE LA LARGA AGONIA DEL PROCESO ORDINARIO".
- PEYRANO, Jorge W. "ASPECTOS CONCRETOS DEL PROCESO URGENTE Y DE LA TUTELA ANTICIPATORIA. LAS RECIENTES INNOVACIONES BRASILEÑAS Y LA RECEPCIÓN POR LA CORTE SUPREMA", en AAVV; "Sentencia Anticipada", Ed. Rubinzol Culzoni, Santa Fe 2000.
- PEYRANO, Jorge W. "ESCOLIO SOBRE LOS 'LEADING CASES' CORDOBÉS Y PLATENSE, EN MATERIA DE TUTELA ANTICIPADA", en "Nuevas apostillas procesales" Ed. Panamericana, Santa Fe.
- PEYRANO, Jorge W. "LA TUTELA DE URGENCIA EN GENERAL Y LA TUTELA ANTICIPATORIA EN PARTICULAR". El Derecho (T.169) 1341.
- PEYRANO, Jorge W. "LO URGENTE Y LO CAUTELAR". JA, 1995-I-899.
- PEYRANO, Jorge W. Jurisprudencia Santafecina N° 56, Ed. Panamericana, Santa Fe "NUEVO PRONUNCIAMIENTO DE LA CORTE FEDERAL SOBRE LA TUTELA ANTICIPADA".
- PEYRANO, Jorge W. "TENDENCIAS Y PROYECCIONES DE LA DOCTRINA DE LA TUTELA ANTICIPADA" Revista de derecho procesal. Año 2002-I. Ed. Rubinzal Culzoni.
- ROJAS, Jorge "¿JURISDICCIÓN ANTICIPADA O MEDIDA CAUTELAR?". DJ 1999-3.

-TINTI, Pedro Leon. "ACTORES Y ESCENARIOS EN LA DILATADA REPRESENTACION". LLC 2006, 1001.

-VARGAS, Abraham Luís. "TEORIA GENERAL DE LOS PROCESOS URGENTES. (Parte I)". La Ley Año LXIII N° 38.

-VARGAS, Abraham Luís. "TEORIA GENERAL DE LOS PROCESOS URGENTES. (Parte II)". La Ley Año LXIII N° 81.

-VARGAS, Abraham Luís "TUTELA ANTICIPADA" Ed. La Ley 2005 Buenos Aires.

- **JURISPRUDENCIA**

-“Periódico La Nación de Costa Rica”. CIDH - 23/5/2001.

-“Camacho Acosta, Maximiliano c/Grafi Graf S.R.L. y Otros”. CSJN-07/08/1998.

-“Cámara de Comercio Ind. Y Agrop. De San Rafael c. PEN”. CSJN-11/07/2006.

-“Salta, Provincia de c. Estado Nacional s/ Ejecutivo”. CSJN -01/09/2003.

-“Erdozain, Carlos R. v. Orellana, Marcelo E. y Otro”. Juzgado Civil, Comercial y Minería de General Roca N° 5 - 17/12/1995.

-“Elías, Julio y otros c. G.C.B.A”. Cámara Nacional Civil Sala F - 29/10/1999.

-“Poveda, Cesar c. Transportes Metropolitanos Belgrano S.A. s/ medidas cautelares”. Cámara Nacional Civil Sala C - 26/10/2001.

-“Roca Emilio Horeste c. Juan Carlos Braschi y otros – Ordinario”. Juzgado Federal de Córdoba – 27/09/1999.

- “Román Andrés Blas y otros s. Cautelar Innovativa (tutela anticipada)”. Cámara Segunda de la ciudad de La Plata Sala I. 25/09/2001.
- “Courtade Roberto Fernando c. Delavalle Bautista Andrés, Marquez Conrado y Otros s/ Medidas Cautelares”. Juzgado Civil y Comercial de Bs. As. N° 4 del departamento judicial de Junin – 03/06/2006.
- “Gomez, Daniel r. y otro c. Damián E. Maggioni y/u otros”. Daños y Perjuicios. Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil, Comercial y Laboral de Villa Constitución, Provincia de Santa Fe – 04/10/2000.
- “Dematteis, Julián c. Cabalero, Raúl A. y otros”. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Trenque Lauquen - 17/06/2004.
- “Díaz Anita Eleuteria c/ Ente Provincial del Río Colorado y Otros s/ Alimentos”. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, Sala 1, de Santa Rosa La Pampa - 20/03/1996
- “Falcón, Lucio Domingo c/Banco Río de La Plata S.A. s/ Tutela Anticipatoria”. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial. General, Pico La Pampa – 20/11/2002.
- “Roulier, Javier Augusto c/Banco de La Pampa s/Tutela Anticipatoria”. Cámara de apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial. General Pico, La Pampa – 20/11/2002.

Impreso en agosto de 2008.
Santa Rosa, La Pampa.
Rep. Argentina