

Comisión 1: Derecho Procesal Civil

Tema: Nuevos paradigmas de la jurisdicción protectoria

Título de la ponencia: “Las medidas de tutela anticipada. Los principios de colaboración y abuso del derecho”

Autor: María Florencia Alloatti

Fecha de nacimiento: 08 de abril de 1989

Dirección Postal: Chacabuco 1262, 8 c. Córdoba, Provincia de Córdoba.

Teléfono: (0351) 152270001

Correo electrónico: floralloatti@hotmail.com

Propuesta: La medida de tutela anticipada de urgencia supone la inversión del contradictorio, que se erige en favor del requirente y en desmedro de la contraria. Ello implica que la conducta posterior a observar por parte de aquel que obtuvo a su favor la tutela, no debe ser contrario a los principios de buena fe y no debe implicar un ejercicio abusivo de los derechos. De esta forma, el juez deberá valorar la conducta del actor, conforme a un criterio más exigente que en cualquier otro proceso y ordenar las medidas necesarias a fin de su sanción y corrección.

Concursos postulados:

☐ ☐ Concurso premio Asociación Argentina de Derecho
Procesal 2019.

La proliferación de las medidas de tutela anticipada y su consagración jurisprudencial y legislativa en aras a la protección de derechos fundamentales, se instituye, juntamente con los procesos urgentes, en respuesta a la afectación de ciertos derechos producto del daño que el factor tiempo ocasiona en ellos.

Ante dicha situación considero de suma importancia su reconocimiento legislativo, en función de establecer mecanismos de garantía que protejan derechos y principios constitucionales los cuales deben hacerse efectivos, pese a no existir normas que los prevean. En este sentido, se entiende que el juez siempre va a encontrar una solución para el caso concreto a la luz de los principios establecidos en la Constitución y Tratados Internacionales de derechos Humano.

Frente a ello y aun reconociendo la singular importancia que estas medidas tienen en el seno del derecho procesal, no puedo soslayar que, por su característica especial, esto es el adelantamiento total o parcial de una sentencia, debe requerirse a quien la obtiene a su favor una conducta procesal más exigente en orden a la consolidación del derecho, que en forma provisoria le fue otorgado.

LA TUTELA ANTICIPADA DE URGENCIA

En primer lugar, debo admitir que considero que la tutela anticipada configura un instituto diferente a las medidas cautelares que proliferan en la mayoría de los códigos procesales.

Conforme explica Peyrano, la tutela anticipada de urgencia no engendra un proceso autónomo sino una suerte de incidencia orientada a acreditar si existe la necesidad de dictar una resolución que anticipe, total o parcialmente, lo pretendido por la actora; incidencia que se inserta en un proceso principal en curso, debiendo este seguir su trámite y en la cual la concurrencia del factor "urgencia" funciona como un acelerador excepcional de los tiempos de un procedimiento normalmente más moroso en admitir un desplazamiento de derechos.¹

De ello deviene su importancia, ya que no se puede asimilar los requisitos de las medidas cautelares con los de la tutela anticipada, en tanto y en cuanto las primeras tienden a asegurar el cumplimiento de una sentencia futura, mientras que

¹ Peyrano, Jorge W. ACERCA DE LA AUTONOMÍA DE LA TUTELA ANTICIPADA DE URGENCIA Publicado en: LA LEY 02/10/2018, 1 • LA LEY 2018-E , 1287 Cita Online: AR/DOC/1811/2018

las segundas tienen por fin asegurar la efectividad del proceso, otorgando de manera anticipada, todo o parte de la prestación principal, en virtud de la urgencia invocada, la que se justifica atendiendo a que, de no otorgarse, la sentencia a dictarse resultaría inocua.

Sin embargo, no escapa a lo anteriormente expresado, que existen posturas que consideran que la tutela anticipada es de naturaleza cautelar y que se enmarca dentro de la medida innovativa contemplada en el Art. 230 del C.P.C.C.N. Para ello se establece que a los efectos de su concesión solo se debe acreditar la existencia de los presupuestos que hacen a la viabilidad de toda cautela, esto es, la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora.

Asimismo, los autores sostienen que, el trámite *inaudita pars* que contempla el Art. 198 da cuenta de la simpleza de la petición cautelar y de la facilidad de la jurisdicción para brindar una respuesta inmediata sin ningún otro aditamento procedimental que enturbie ese trámite.²

Pese a lo expuesto considero que, conforme explica Peyrano, una cosa es lo cautelar y otra es lo urgente.” Lo urgente mira al requirente, puede transmitir derechos y considera relevante al presente. Lo cautelar mira al destinatario de lo precautorio del caso, no puede transmitir derechos y considera relevante al presente”³

Por lo que no debe confundirse la tutela anticipada con la medida cautelar, ya que de ser así podrían aplicarse normas de las cautelares que en los casos de la tutela anticipada, por su naturaleza, devienen inaplicables.

Piénsese, por ejemplo, en la facultad del demandado de solicitar la sustitución de la cautelar, la cual, en el caso de la tutela anticipada, no sería posible.

LA MEDIDA DE TUTELA ANTICIPADA : PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA.

La medida de tutela anticipada se instituye, primero en la jurisprudencia, encauzándola bajo el molde de la medida innovativa, y luego viene consagrándose legislativamente en algunos de los códigos de forma provincial, como una suerte

² Rojas, Jorge A. Menos es más en materia cautelar. Publicado en: LA LEY 19/12/2017 , 1 • LA LEY 2017-F , 1025

³ Peyrano, Jorge W. “Acerca de....”, op. cit

de remedio procesal tendiente a subsanar los efectos que la justicia tardía podría provocar en quien necesita una respuesta inmediata.

En un proceso, lo que interesa es la calidad satisfactiva de éste, el resultado útil de la jurisdicción que implica la realización oportuna del derecho. Lo irrazonable no es lo que tarda, sino lo que llega tarde, a destiempo, en tanto carezca de la adecuada actitud satisfactiva del interés sustancial.⁴

Este se traduce en la necesidad de establecer mecanismos que provean tutelas efectivas, que satisfagan derechos de forma eficaz, lo que implica que, la actuación rápida y oportuna, lo sea en desmedro del derecho de defensa del demandado, que se ve mitigado frente a la urgencia invocada por quien la reclama. Por lo cual, es lógico que, a la luz de los derechos que se encuentran en juego, el juez realice una ponderación a los fines de establecer cuál de ellos prevalece en el caso concreto.

No debemos olvidar que a diferencia de las medidas cautelares las medidas de tutela anticipada contienen una pretensión de condena, la cual si bien es anticipada y sujeta a una decisión de fondo, es condena al fin,⁵ y como consecuencia de ello, implica el cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no hacer que recae en cabeza del demandado en el juicio principal.

Ahora bien, son algunos códigos procesales los que establecen cuales son las condiciones por las que se justifica conculcar un derecho en aras a la protección de otro que, en dicha instancia se considera de mayor valor, es decir los presupuestos a los fines de su ejercicio.

En consecuencia, deviene completamente necesario delimitar los alcances de este instituto a fin de establecer cuáles son sus límites y condiciones de actuación:

En cuanto a los requisitos o presupuestos de procedencia, debemos decir que se establecieron los siguientes:

1) Fuerte verosimilitud en el derecho: la configuración de este requisito se da en tanto se exige una mayor valoración que en relación a la admisión de las medidas cautelares.

⁴ Berizonce, Roberto O. Retardo de justicia. ¿Un mal que puede ser mitigado?. Publicado en La Ley 09/04/2019. Cita Online: AR/DOC/761/2019

⁵ En este punto, seguimos lo sostenido por Calamandrei en cuanto a los efectos de la tutela anticipada se asimilarían a una especie de condena anticipada. Conf., Calamandrei, Piero -Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares -Librería El Foro- 1997, p 87

Algunas legislaciones, como el caso del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Chaco, establece que debe tratarse de “convicción suficiente sobre la probabilidad cierta del derecho que lo sustenta”, es decir que a los fines de acreditar la existencia del derecho se requiere una alta probabilidad de su existencia. De igual modo, el código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes establece como presupuesto la probabilidad y no simple verosimilitud del derecho.

Sosa, citando a Taruffo se pronuncia afirmando que “verosimilitud y probabilidad son dos conceptos diferentes, aunque en alemán ambos sean designados con el mismo vocablo: una alegación es verosímil porque es creíble, según lo que suele suceder en el orden natural y corriente de las cosas, aunque no haya ninguna prueba que la avale, mientras que es probable si hay pruebas que la sostienen.” De forma tal que la probabilidad... “es un punto intermedio entre el desconocimiento y la verdad absoluta —inaccesible humanamente—, que es una verdad necesariamente relativa sostenida por pruebas y así suficiente en el ámbito del proceso judicial, que no es el de la ciencia ni el de la filosofía.”⁶

Asimismo, se añade que como matices de la probabilidad del derecho deberían conjugarse también al menos dos variables: la naturaleza fundamental o no del derecho probable de cuya tutela provisional se trata (a la vida, a la salud, etc) y la pertenencia de su titular o no a grupos vulnerables (niñas, ancianos, discapacitados, etc). Un derecho muy probable pero no fundamental ni perteneciente a alguien vulnerable, podría “pesar” lo mismo que un derecho no tan probable pero fundamental y perteneciente a alguien vulnerable.⁷

En definitiva, se exige una mayor entidad en la acreditación de dicho presupuesto, debiendo existir elementos probatorios de tal contundencia que supere la mera verosimilitud comúnmente exigible, para hablar entonces de una probabilidad cercana a la certeza jurídica de la procedencia de la pretensión principal.⁸

⁶ Sosa, Toribio. El tiempo y el proceso: técnicas para una tutela judicial efectiva. Publicado en SJA 13/02/2019,9-Cita Online

⁷ Sosa, Toribio. El tiempo y el proceso: técnicas para una tutela judicial efectiva. Publicado en SJA 13/02/2019,9-Cita Online

⁸ Torres Traba, Jose María. Requisitos de admisibilidad de las medidas cautelares atípicas. Publicado en SJA 17/2/2014, 60

2) Peligro en el daño: A diferencia del peligro en la demora que exige para el caso de la procedencia de las medidas cautelares, en la tutela anticipada debe verificarse lo que Peyrano⁹ identifica como peligro en el daño, que no es más que la necesidad de satisfacer el derecho sin existencia de cosa juzgada ya que de no hacerse de ese modo, la sentencia a dictarse se tornaría inefectiva.

En este orden de ideas, debe sostenerse que la demora en adoptar la medida podría ocasionar un daño irreparable que tornaría ilusoria la sentencia posterior, de forma tal que no sea posible luego, hacer efectiva la condena sin que ello implique una frustración en el del derecho del peticionante. De ello se deriva que, su finalidad se orienta hacia la evitación del daño de no poder cumplir la sentencia futura.

La valoración de este presupuesto debe ser realizada con suma prudencia por el juzgador, ya que el fundamento mismo de la proliferación de estas medidas, se sustenta en la necesidad urgente de la efectivización del derecho, el que no puede esperar el tiempo que insume un proceso a los efectos de garantizar su tutela. En consecuencia, puede suceder que muchas veces la fuerte verosimilitud del derecho ceda frente a la urgencia, en virtud del apremio que justifica el peticionante, que implica que la medida no pueda ser denegada en virtud que el daño a provocarse puede ser mayor si no se concede.

Esto significa que el juez debe valorar los diferentes supuestos, considerando los derechos en juego, fundando su sentencia de manera razonable y ponderando los principios que se encuentran en pugna, a los fines de

3) Contracautela: la misma debe ser suficiente a los efectos de poder responder por los probables daños y perjuicios que se ocasionen en el caso que se acredite que el peticionante no tenía razón, salvo en los casos en que se encuentre legalmente exento de darla.

4) Necesidad de sustanciación previa: en este aspecto se diferencia de las medidas cautelares, en tanto es necesario la previa celebración de una audiencia o en su caso, un traslado a la contraparte a fin que ejercite, aunque en forma sucinta, su derecho de defensa.

⁹ Peyrano sostiene que el *periculum in damni* involucra una mirada para comprobar si existe alguna situación colateral a la relación litigiosa que viene a aquejar al actor al punto tal que encuentre justificado otorgar *incontinenti* algo o parte de la pretensión de mérito, porque en caso contrario el proceso respectivo, no será efectivo.

5) Algunos códigos exigen también que la decisión que importe una tutela anticipada no tiene que tener efectos irreversibles sobre la cuestión definitiva. En lo que a esto respecta, no creo acertada la solución en virtud que la naturaleza misma de este instituto indica los fines para los cuales fue creado, el cual no es otro que la plena satisfacción de los derechos cuya tutela deviene urgente en función de determinadas circunstancias que habilitan su atendibilidad en ese carácter. De forma tal que negar la tutela por tratarse de un derecho con efectos irreversibles, desnaturaliza la esencia misma de la anticipación.

LOS DEBERES DE COLABORACION Y ABUSO DEL DERECHO QUE SURGEN A RAIZ DE LA INVERSION DEL CONTRADICTORIO

Así las cosas, podemos afirmar entonces que la tutela anticipada se erige como respuesta a las necesidades de tutela urgente de derechos que no pueden esperar el tiempo que el proceso insume.

Conceptualmente definimos a la tutela anticipada como “el instituto procesal que contempla la satisfacción provisoria de una pretensión urgente que es coincidente, total o parcialmente con lo pretendido en la demanda y que se funda en la necesidad de un perjuicio irreparable, mediante la decisión y ejecución de una pretensión material antes del dictado de la sentencia definitiva.”¹⁰

En consecuencia, podemos afirmar que la admisión de la tutela anticipada implica un título ejecutorio a favor del solicitante, título que tiene el carácter de provisorio e implica afectación del derecho del demandado, en función que se le impone una condena sin antes haber ejercido debidamente su derecho de defensa.

En consecuencia, existen dos principios fundamentales que deben primar en estos procesos, ambos derivados del principio de moralidad, y que tienen mayor o menor implicancia en función del estadio procesal por el que estemos transitando, ya que no debemos olvidar que la tutela anticipada es un incidente en un juicio principal y como tal, accesorio. Por ello el juicio principal se instituye como instrumento verificadorio de la tutela otorgada en forma provisoria a través del proceso incidental.

¹⁰ De los Santos, Mabel. “la prueba en la tutela procesal anticipada”. La ley. 2009-D., 988

Es importante destacar que la nota característica de estos procesos es la prevalencia que se asigna al principio de celeridad, que conduce a reducir la cognición y a postergar la bilateralidad a los fines de asegurar una tutela eficaz.¹¹

Es entonces la dilatación del principio de bilateralidad lo que implica sin lugar a dudas que, en el proceso posterior, la conducta de las partes, específicamente de la actora, debe ser conforme a los principios de colaboración y proscripción de conductas abusivas, ya que haber obtenido todo o parte de lo reclamado en la sentencia, en forma temprana no lo habilita a obstruir el transcurso del proceso, de forma contraria a la actitud asumida al momento de solicitar la medida dispuesta.

Esto me lleva a recalcar la importancia de dos principios fundamentales que deben prevalecer, en este tipo de tutela, y que se proyectan con máxima relevancia en la tramitación del juicio principal, del cual la tutela es accesoria, los cuales son:

1) Máxima colaboración: refiere a la actitud de las partes en el proceso, cuya conducta debe ser valorada en aras a la efectiva gestión procesal.

Es por ello que el principio o máxima de cooperación o colaboración supone una nueva y superadora concepción del fenómeno procesal, que es considerado como un proceso de comunicación, formación de opinión y decisión, que por definición es abierto, argumentativo, flexible y cooperativo. En suma, desde esa perspectiva, el proceso consiste en un discurso racional en el que el diálogo debe ser efectivo, basado en narrativas con pretensión de veracidad, claras y completas, de modo que se posibilite que las partes, actuando siempre de buena fe, puedan ejercer su libertad de modo adecuado.¹²

El Art. 5 del Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica señala que: “Las partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los partícipes del proceso ajustaran su conducta a la dignidad de la justicia, al respeto que se deben a los litigantes, y a la lealtad y la buena fe. El tribunal deberá impedir el fraude procesal, la colusión y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria.

¹¹ DE LOS SANTOS, Mabel “Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia”, FUNDESI, Escuela Judicial, “Procesos urgentes”, clase del 10-4-00

¹² Berizonce, Roberto O. Retardo de justicia. ¿ Un mal que puede ser mitigado?. Publicado en: La Ley 09/04/2019. Cita Online: AR/DOC/761/2019

Por lo que, la inversión del contradictorio conlleva ínsita una carga en el actor a los efectos de la definición de la condena anticipada, debiendo asimismo direccionarse hacia la protección de los derechos en pugna, debiendo recaer sobre las partes el deber de utilizar el proceso como instrumento que tienda a la satisfacción de sus derechos, sin comprometer la conculcación del derecho de la contraria, a partir de la utilización errónea de las herramientas procesales.

2) La proscripción del abuso del derecho: Como contrapartida del principio antes dispuesto surge el abuso del derecho, donde debo hacer hincapié, en relación a la conducta de la parte requirente de la medida en tanto y en cuanto la satisfacción temprana de la pretensión esgrimida puede ocasionar conductas contrarias a la buena fe, que impidan, de cualquier modo, obstaculizar el proceso en aras a impedir el efectivo ejercicio del derecho de defensa de la contraparte.

Es que es posible que quien vio satisfecha en todo o en parte su pretensión ejercite conductas activas u omisivas que tiendan a impedir, por una parte, el efectivo ejercicio del derecho de defensa de la contraria y por la otra el efectivo cumplimiento de las etapas procesales; todo en actitud contraria a la manifestada al momento de solicitar la tutela preventiva.

Conforme lo ha sustentado la CSJN en reiterados pronunciamientos, no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con la anterior conducta, interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe. La situación impone un deber de coherencia del comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y que, frente al intento de desconocerla, la nueva actitud no puede ser recogida por la Corte.¹³

El abuso procesal se configura cuando se utilizan las herramientas que las leyes de fondo consagran en forma contraria a los fines para los que fueron constituidas, de forma renuente contra la buena fe y la moralidad.

Peyrano destaca que se incurre en abuso procesal cuando se emplean las estructuras procesales para la satisfacción de intereses lícitos pero contrariando los fines que se tuvo en mira al reconocer una determinada facultad o derecho.¹⁴

¹³ Conf. CSJN: Fallos: 321.221 y 2530, 329:5793,316:1802)

¹⁴ Peyrano, Jorge W. Abuso del proceso y conducta procesal abusiva, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, año 1998, Abuso del derecho N°! 16, pag 77)

Con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación la figura del abuso del derecho, este se proyecta sobre todo el ámbito del derecho privado y las cuestiones relacionadas con el ejercicio de derechos particulares deben ser juzgadas conforme a su naturaleza regular o irregular. No resulta imprescindible, en efecto, la norma particular que establezca la irregularidad del ejercicio de un determinado derecho, pues ello ya está previsto en el principio general, aplicable genéricamente.¹⁵

De forma tal que, pese a la existencia del principio del abuso de derecho como principio rector del ordenamiento jurídico, es preciso que se instituyan normas procesales tendientes a la proscripción de éste en el ámbito específico de las tutelas anticipadas y que establezcan con rigor conductas colaborativas en cabeza de la actora en arar a la tramitación sin dilación del proceso principal.

CONCLUSIONES

De lo expuesto surge que:

- La medida de tutela anticipada de urgencia se distingue de las medidas cautelares en virtud de su naturaleza jurídica diferenciada y particular.
- Estas surgen como consecuencia del daño que, el factor tiempo puede ocasionar en algunos procesos, en los cuales el derecho del acreedor no puede esperar y por lo tanto debe ser satisfecho de manera urgente, ya que, en caso contrario, éste se convertiría de imposible producción.
- Implica un desplazamiento de derechos en favor del requirente, que consisten en todo o en parte con la pretensión sustancial ejercida en un proceso principal
- Otorga a quien la obtiene un título ejecutorio provisorio en contra de quien no ha podido ejercer debidamente su derecho de defensa.
- La tutela anticipada es accesoria de un proceso principal, por lo que la admisibilidad y fundabilidad de ésta, no puede significar de ningún modo, la efectiva concreción del derecho pretendido, sino que éste debe ser objeto de debate en el juicio.

¹⁵ Alterini, Jorge H.,. Código Civil y Comercial Comentado. Director General. Tobías, Jose W. Director del Tomo. Tratado Exegético. 2° Edición actualizada y aumentada. Tomo I. La Ley S.A.E., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016,

- La circunstancia antes descripta implica en consecuencia, que la conducta del requirente deba ser valorada de forma más exigente que en cualquier otra actividad procesal, en aras a evitar el abuso del derecho.

- De forma tal que se exige en la cabeza del actor el cumplimiento efectivo de los principios de máxima colaboración y proscripción del abuso del derecho.

- El Código Civil y Comercial de la Nación establece que el juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización, por lo que se impone en cabeza de los magistrados el deber de evitar que se produzcan los efectos del abuso.

En oportunidad de presentar mi ponencia en el Congreso de Derecho Procesal del año 2015, celebrado en la ciudad de San Salvador de Jujuy, considere que la actitud de la parte que, habiendo obtenido tutela anticipada, deja por inactividad caducar el proceso principal, configura un abuso procesal que debe ser sancionado a través de una multa procesal.

Hoy en día considero que la configuración del abuso, puede darse no sólo cuando la instancia caduca, sino por cualquier acto u omisión que tiendan a obstaculizar el normal desenvolvimiento del proceso principal.

En este sentido, reafirmo que es necesario establecer alguna norma específica que establezca un deber imperativo en cabeza del actor que obtuvo la tutela, que exija conductas que sean acordes con los principios de buena fe y colaboración y que, impliquen de este modo, un análisis más exigente en orden a la valoración de ésta en el proceso, a los fines de imposición de las sanciones pertinentes. (litigante malicioso, temeridad o malicia, como por ej. Art. 83 del C.P.C. Córdoba, Art. 45 CPCCN).

De forma tal que el juez debe evitar los abusos procesales, estableciendo en qué casos se configura. Para ello, deberá ponderarse, conjuntamente con las actitudes consideradas abusivas, las condiciones en las que se otorgó la medida (ya que no es lo mismo que se haya acreditado casi certeza del derecho a que la medida se haya otorgado en virtud de la fuerte probabilidad en el daño) a fin de constatar, si actos procesales ejercidos tienden a obstaculizar el trámite o el debido derecho de defensa de la contraria.

Sin embargo y amén de lo expuesto la interpretación que el juzgador efectúe en tal sentido, debe serlo atendiendo por sobre todo a que incumbe sobre el requirente una actividad colaborativa mayor respecto de cualquier otro proceso, atendiendo a que la condena ha sido efectuada de manera provisional, por lo que se establece a su cargo, el deber de consolidar el derecho otorgado en tal sentido atento que el título ejecutivo obtenido lo ha sido en desmedro del derecho de defensa de la contraria.

Para ello, propongo una norma la que paso a transcribir:

“En el caso en que en un proceso se hubiere otorgado una medida de tutela anticipada, el requirente deberá, en el juicio principal, observar una conducta adecuada, de conformidad con los principios de colaboración, evitando el ejercicio abusivo de sus derechos. Se considera conducta abusiva aquella que, por comisión u omisión, tienda de cualquier modo, a dilatar, obstaculizar, paralizar o hacer caducar el proceso principal. En dichos supuesto, el juez podrá aplicar las sanciones pertinentes establecidas en la legislación procesal”