

XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal

“NUEVOS SISTEMAS DE LITIGACIÓN”

12, 13 y 14 de septiembre de 2019

San Juan, Argentina

PROCESAL CIVIL

Comisión 1: “Nuevos paradigmas de la jurisdicción protectoria”

Ponencia: ¿Existe un nuevo paradigma en materia de jurisdicción protectoria?

Por María Eugenia Gómez y Romina Soledad Moreno

Domicilio: Lavalle 1675, 10mo. piso, of. 10, C.P.1028, C.A.B.A.

(011) 4374-4406/4375-4024 y

(011) 154084-7557 y (011)156305-1276

rsmoreno@jorgearojas.com.ar

mariaegomez@fibertel.com.ar

Postulación para premios: Postulación para premios: "Asociación Argentina de Derecho Procesal" y participar de la selección de ponencias que se publican en el libro del Congreso.

1.- INTRODUCCION. En su Diccionario de Filosofía, José Ferrater Mora al conceptualizar la voz “paradigma”, cita a Platón, sobre quien señala que tendió a utilizar ese término en la acepción de ejemplo, considerando que no era un mero ejemplo, sino algo “ejemplar” que sirve de modelo¹.

Thomas S. Kuhn², señala que la ciencia tal como comúnmente se la entiende, se desarrolla dentro de un paradigma en el cual, y dentro del cual, se van desarrollando conocimientos.

Los hombres de ciencia van resolviendo las perplejidades que se plantean y, con ello tiene lugar lo que se estima un progreso, y lo que no se halla dentro del modelo es rechazado por no ser propiamente científico.

Aun cuando aparecen anomalías, lo que se reajustan son los conceptos y las teorías. No obstante, cuando las anomalías son excesivas, se empieza a poner en duda la propia validez del paradigma adoptado.

Kuhn señala que entonces es cuando se produce una revolución científica que termina en constituir un cambio de paradigma. En ese tránsito la ciencia presenta un aspecto anormal, surgen problemas que terminan por romper lo establecido hasta entonces y se construye un nuevo paradigma.

La evolución de la teoría científica no proviene de la mera acumulación de hechos, sino de un grupo de circunstancias y posibilidades intelectuales sujetas al cambio constante.

2.- LA JURISDICCION PROTECTORIA. Desde el punto de vista técnico-procesal, desde siempre se ha enseñado la existencia de una función jurisdiccional contenciosa y otra que no es tal, que alguna línea de la doctrina la denomina voluntaria.

Abordaremos aquí, teniendo en cuenta el desarrollo que se ha producido con la ampliación de derechos, la protección especial que merecen aquellas personas en estado de vulnerabilidad, o en ciernes de estarlo, y la intensidad que ha cobrado la distinción de esta faceta de la jurisdicción que, por cierto, ni es nueva, ni reciente, y se ha dado en llamar jurisdicción protectoria.

¹ Ferrater Mora, José; Diccionario de Filosofía, Ed. Ariel Filosofía, 2004, T. III (K-Z), p. 2691

² Kuhn Tomas; La estructura de las revoluciones científicas, Ed. S.L. Fondo de Cultura Económica de España, 2006.

La encarnadura del comportamiento de la jurisdicción cuando tiende a ser protectoria, se puede ver reflejado –claramente- en el ámbito cautelar. Cuando existe una situación de urgencia, afligente, que requiere una atención inmediata, la legislación contempla sistemas cautelares que vienen a paliar este tipo de contingencias. En esos supuestos, la jurisdicción no solo actúa en sentido de resguardar (esto es cautelar), sino además en el de proteger, para evitar un daño o su agravamiento.

Por un lado el legislador debe crear sistemas de protección judicial efectiva a fin que cobren vida los principios constitucionales en juego³; y por el otro, según la singularidad de los hechos del caso, el juez debe ejercer su función de un modo creativo y en el marco de una directriz de interpretación sistémica⁴, a fin de brindar una tutela efectiva por eficaz, y su eficacia no solo debe provenir de la medida ordenada en sí misma, sino además de la sencillez y rapidez de su operatividad⁵.

Esto se ve reflejado en la actualidad por la acción preventiva de daños que contempla el actual Código Civil y Comercial de la Nación en los arts. 1710 y ss., que habilita a la jurisdicción a dictar una sentencia -aun con alcance provisional- para evitar la consumación de un daño o su agravamiento⁶. Por

³Artículo 25 Pacto de San José de Costa Rica. Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención.

⁴ Las directrices de interpretación de la ley no se presentan de un modo aislado, sino que actúan en forma conjunta. Esto importa un modo de argumentación que tiene en cuenta varias maneras o vías a fin de resolver un problema, se trata de una interpretación “totalizante” que emplea un número plural de pautas de interpretación. De este modo, al mismo tiempo se emplean pautas de origen positivista como de origen iusnaturalista clásica. No se agota la misión desentrañando el sentido de la norma, sino que teniendo en cuenta sus alcances o las consecuencias, se busca abrir a la realidad y singularidad del conflicto a fin de obtener la decisión justa del caso. La Corte Suprema resolvió en este sentido “la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, pero *además* la misión judicial *no se agota en ello*, ya que los jueces, en cuanto servidores del derecho para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la intención del legislador y del espíritu de la norma; todo esto a su vez, de manera que las conclusiones armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional” (Fallos 317:779; 318:1887; 319:1131, entre muchos otros). Todo lo cual quedó legislado en el CCCN, que es un sistema. Y como tal, la Comisión Redactora incorporar un título preliminar en el cual, desde el proyecto, se reconoce que se está ante un “sistema de fuentes complejo”, en el que se exige “un diálogo” entre esas fuentes que incluyen “no solo reglas, sino también principios y valores”. Se advierte así un alejamiento del positivismo legalista, y un acercamiento al pensamiento de la razón práctica, que se conoció también como “no positivista” o “principalista”. En este sentido, por un lado tenemos, una creciente constitucionalización del ordenamiento jurídico, por el otro, se traslada el nervio central de la vida jurídica a la sentencia judicial, al poner el acento en “el caso”.

⁵ Cuando se trata de amparar los derechos fundamentales, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan las pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional. Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema (Fallos 331:563)

⁶ El art. 1713 del CCCN dispone: La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe

lo tanto, en clave de “jurisdicción protectoria” el legislador ha receptado esa ampliación de derechos que consagró la Ley Fundamental con la reforma de 1994 que elevó a ese rango, por ejemplo, al medio ambiente, a los consumidores, a los usuarios, al patrimonio cultural, derechos personalísimos, de incidencia colectiva, entre otros⁷ y tiene estricta relación con el comportamiento que observa la función jurisdiccional en situaciones puntuales como las que contempla el CCCN en la normativa citada, que desde luego por razones de espacio no podría abordarse aquí, pero que demuestra la importancia que adquiere la necesidad de prevenir un daño en áreas en donde no es posible cuantificar en una indemnización el bien jurídico en cuestión (salud, medio ambiente, etc.).

La tutela preventiva tiene por finalidad dar una respuesta anticipada a situaciones en que las prerrogativas se encuentran amenazadas por circunstancias potencialmente dañosas y que, en caso de no evitarse su comisión o agravamiento, sus efectos serán irreversibles o al menos, difícilmente reparables.

Por lo tanto cuando aludimos a la jurisdicción protectoria, nos referimos a una conducta, una función, una actitud observada por los jueces para alcanzar ese cometido, necesariamente activa y ágil, con una mayor inmediación con el caso, facilitada por la implementación de la oralidad, a fin de contrarrestar la opacidad de la norma general, del poder judicial y de la administración de justicia, que muchas veces sigue de espaldas al justiciable⁸.

ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia de la obtención de la finalidad.

⁷ Esos derechos que se identifican muchas veces como derechos de tercera generación, vienen siendo reconocidos por nuestra Corte Suprema ya desde el advenimiento de la democracia en 1983, en donde nuestro país dejó de lado su aislacionismo, producto de una época oprobiosa, para integrarse al concierto mundial de naciones, y fue así como tanto desde la jurisprudencia del más Alto Tribunal, como desde el Poder Legislativo, se fue ampliando esa gama de derechos a partir de una nueva lectura que se hizo sobre los Tratados Internacionales de Derechos Humanos

⁸ El juez poscolonial es un juez presente en el tribunal. Está fenomenológica y jurídicamente en el tribunal. Combina compromiso con capacidad técnica. Conoce los procesos en que le toca decidir desde la etapa introductoria y por eso puede gestionarlos. Es defensor de la oralidad porque lo acerca al problema humano, al conflicto, y le permite, en ese formato dúctil que son las audiencias, mostrar y demostrar; corregir y ser corregido; sentir, mirar, guardar silencio para oír; oír para escuchar. Trionfetti, Víctor; El juez poscolonial. Revista de Derecho Procesal 2014-2, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 140.

Desde el enfoque sistémico del proceso, se requiere de modo indispensable el diseño de mecanismos que permitan el desarrollo de la jurisdicción a fin de superar el esquema tradicional que se atribuye al proceso de conocimiento.

Si deseamos la existencia de un proceso verdaderamente protectorio, como sería el amparo, en donde no se dirimen derechos que aparecen en disputa, sino que se persigue la protección de los derechos que fueron vulnerados y, a partir de la doctrina sentada por la Corte Suprema, es ajeno a ese tipo de actuaciones el debate, y por ende la mayor producción de prueba, parece necesario romper los moldes tradicionales para caer en un esquema de trabajo totalmente diverso, más vinculado al diseño del proceso monitorio. El juez, una vez que reconoce la violación a un derecho fundamental y brinda protección a través de una decisión cautelar *-inaudita pars-*, en forma inmediata, luego de constatar la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, luego da intervención al demandado e impulsa el contradictorio para que –eventualmente–emerja la existencia de un derecho mejor o más extenso que el protegido.

Resultan altamente criticables los procesos de amparo diseñados para la Ciudad de Buenos Aires⁹ y para la Provincia de Buenos Aires¹⁰, porque en ambos casos se cae en un proceso de corte tradicional, donde existe una etapa introductoria, una probatoria, que se genera luego de una audiencia preliminar y luego una conclusional. A la que puede sumarse una posterior etapa recursiva y eventualmente una ulterior de ejecución. Ese recorrido no se condice con un proceso de índole protectoria. Un verdadero proceso protectorio requiere de un mandato de protección, que más allá de que se superponga en los hechos con la pretensión sustancial del amparo, tendría carácter provisional, y generaría de este modo un sistema de tutela anticipada que despejaría los peligros de una acción u omisión lesiva de derechos que merecen tutela de la jurisdicción, para que, por su propia índole, luego de dejar a resguardo el derecho del demandado de ser oído,

⁹ Ley 2.145, publicada en el Boletín Oficial del 12/01/2007.

¹⁰ Ley 13.928, publicada en el Boletín Oficial del 11/02/2009, modificada por leyes 14.192 y 15.016.

el juez pueda resolver con carácter definitivo, para evitar la confusión así entre la cautela inmediata y la condena posterior¹¹.

Si llevamos esta situación a la realidad cotidiana, es dable advertir que ni en el ámbito de la seguridad social, en donde las diferencias en las liquidaciones de haberes consumen la mayor cantidad de tiempo de los tribunales, como las cuestiones que requieren una atención inmediata por la urgencia que presentan, o por el estado de vulnerabilidad de los justiciables, permitirían el avance –como se está desarrollando en este tiempo- de una jurisdicción protectoria que permita su desenvolvimiento; para la eficacia protectoria no resulta útil un proceso por audiencias.

Tampoco resulta viable transitar atajos a través de medidas denominadas autosatisfactivas, a través de las cuales la simple petición del justiciable a la jurisdicción agota lo actuado, fungiendo como parte de la categoría de los procesos urgentes cuando en verdad no tienen visos de serlo¹².

Y en esa línea ya se ha pronunciado nuestro más Alto Tribunal rechazando la “medida autosatisfactiva” en diversos fallos¹³, señalando que no se puede otorgar una medida con carácter definitivo, pues se trata de medidas y no de un proceso, con lo cual si esa medida importa la condena a dar, hacer o no hacer a alguien es evidente que se está violando el principio de defensa en juicio –entre otros principios- que consagra la Constitución Nacional.

Se ha pretendido en varias provincias argentinas una regulación más adecuada de este tipo de medidas, la más reciente la del Código Procesal del Chaco, que rayan la inconstitucionalidad¹⁴.

3.- ¿EXISTE UN NUEVO PARADIGMA? Coincidimos con Arazi en que, antes de proponer cualquier modificación en la legislación procesal, debe tenerse presente que es prioritario un cambio cultural de todos los operadores jurídicos: jueces, abogados y funcionarios judiciales¹⁵.

En verdad el nuevo paradigma estaría representado por ese nuevo rol de la jurisdicción, cuya directriz se encuentra legislada en los tres primeros

¹¹ Rojas, Jorge A. Sistemas cautelares atípicos, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 507/508.

¹² Peyrano, Jorge W. Lo urgente y lo cautelar: diferencias y coincidencias, JA 2019-I, 3.

¹³ Ver Fallos 324:4520; 327:4495; 330:5251; 331:2287, entre muchos otros.

¹⁴ Ver comentario artículo 253. Arazi, Gonzalez de la Vega, Kaminker, Rojas “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia del Chaco. Ley 7950. Comentado, Anotado y Concordado”. Ed. Rubinzal Culzoni, 2017, p. 478 y ss.

¹⁵ ARAZI, Roland; Hacia un nuevo Código Procesal Civil y Comercial, L.L. 2016-E, 1030.

artículos del CCCN y por un nuevo tipo procesal, conformado a través de la actuación del juez en un molde de trabajo diverso al proceso de conocimiento clásico y también al del proceso por audiencias.

Esto marca la necesidad del diseño de un proceso de carácter urgente en donde la última etapa del proceso de conocimiento –sea tradicional o por audiencias- que es la de ejecución resulte la primera para que el juez pueda proteger de inmediato el derecho que resulte vulnerado o en peligro de estarlo. ¿Y esto es posible en la actualidad, o es necesaria una regulación especialmente diseñada para ello?

Esto permite introducirnos en otro de los subtemas de esta comisión que es el de la tutela anticipada, por lo cual parecería que debemos preguntarnos ¿qué es la tutela anticipada? La duda cartesiana permitirá ver la utilidad que tendría el diseño de un proceso de índole esencialmente protectoria, y distinguirlo claramente de un proceso de corte dirimente.

Rojas define la tutela anticipada –posición que compartimos- como un sistema cautelar en virtud del cual la jurisdicción a través de un actuación asegurativa o protectoria resguarda –manteniendo o alterando- una determinada situación de hecho o de derecho, propendiendo a la eficacia del proceso y la utilidad de la sentencia definitiva, a través de una inmediata actuación de la ley que evite un daño, o los riesgos de un menoscabo que resultan evidentes o inminentes¹⁶. De este modo, en la mayoría de los casos, la tutela anticipada cobra vida dentro de la medida cautelar prevista en el artículo 230 CPCCN, con la salvedad de los casos específicamente previstos por el legislador, como por ejemplo el supuesto de 680 bis CPCCN. Y ello también se advierte claramente en el nuevo CCCN toda vez que existe una profusa normativa que brinda al juez la amplitud de facultades necesaria como para implementar medidas protectorias o asegurativas que sean las que mejor se adapten a las circunstancias del caso.

Además del artículo 1713 y conc. del CCCN, podemos citar entre otros los artículos 34, 52, 722, etc. del CCCN, normas todas que brindan la posibilidad al juez de adoptar las medidas que mejor estime corresponder a fin de otorgar una respuesta protectoria y efectiva.

¹⁶ROJAS, Jorge A., Ob. cit., p.150.

Y estas medidas en la realidad judicial se han llevado a cabo a través de cautelares que proyectaron sus efectos sobre la sentencia, son ejemplos tradicionales los casos Camacho Acosta¹⁷, Pardo¹⁸ o Grupo Clarín¹⁹.

Siempre han provenido de una medida innovativa o de no innovar reguladas en el artículo 230 del CPCCN, y la Corte Suprema ha sentado al respecto la siguiente doctrina *“que 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, porque 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”*. Además señaló que *“de considerarse admisible el único sustento dado por el a quo, la medida cautelar innovativa se convertiría en una mera apariencia jurídica sin sustento alguno real en las concretas circunstancias de la causa, habida cuenta de que toda presentación en tal carácter se enfrentaría con el valladar del eventual prejuzgamiento del tribunal como impedimento para la hipotética resolución favorable al peticionario”*²⁰.

Esto muestra palmariamente que la tutela anticipada, no es un nuevo instituto, sino el efecto que provoca el dictado de una cautela, que siempre es provisional, que se proyecta sobre la sentencia de mérito, que no se anticipa precisamente por ser provisoria²¹.

¹⁷ Fallos 320:1633

¹⁸ En fallos 334:1691, el 6-12-2011, la CSJN hizo lugar a una tutela anticipada dentro de la vía de una medida cautelar, y refirió que: “... una moderna concepción del proceso exige poner el acento en el valor “eficacia” de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido de que su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección se requiere, y en ese marco de actuación las medidas de la naturaleza de la solicitada se presentan como una de las vías aptas, durante el trámite del juicio, para asegurar el adecuado servicio de justicia y evitar el riesgo de una sentencia favorable pero ineficaz por tardía...”.

¹⁹ Fallos 333:1885

²⁰ Caso “Camacho Acosta” Fallos 320:1633. La doctrina se siguió desarrollando en Fallos 326:3729, en el cual la Corte Suprema sostuvo que: “La viabilidad de las medidas precautorias se halla supeditada a que se demuestre la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora y, dentro de aquéllas, la innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión”.

²¹ Calamandrei denominaba este tipo de resoluciones providencias temporales las cuales consisten en una decisión interina, que constituyen un anticipo del juez sobre aquello que debería ser materia de su decisión de mérito, y que al superponerse, en todo o en parte con ella, lleva a cierta confusión respecto a qué tipo de decisión es la que adopta el juez, pues sus proyecciones implican un anticipo de la sentencia misma, para lo cual conviene tener presente que el proceso aún se encuentra en trámite. Son resoluciones de carácter interino y las mismas se encontraban sujetas a la convalidación de lo actuado por la jurisdicción al momento de la sentencia definitiva. (CALAMANDREI, Piero, Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, El Foro, Buenos Aires 1997, p. 87).

El nuevo paradigma para el diseño de un proceso de carácter urgente pasaría por dos aspectos centrales. El primero, admitir la necesidad de un nuevo rol de la jurisdicción conforme lo señalamos; el segundo, la nueva mirada que corresponde atribuirle a los sistemas cautelares, a través de los cuales se pueden hacer efectivos los derechos que están involucrados en un conflicto, reposando la atención en la importancia que tiene su provisionalidad, y no el carácter instrumental tradicional a través del cual existe en doctrina alguna línea que rechaza la superposición entre la petición cautelar y la pretensión sustancial.

Esto fue reconocido expresamente por la Corte Suprema de Justicia, conforme los precedentes señalados, con lo cual es de toda evidencia que su implementación se puede llevar a cabo en un proceso urgente diseñado con el esquema al que antes aludimos o bien se puede insertar en un proceso de conocimiento para atender situaciones afligentes o urgentes que se presenten durante su desarrollo, aspecto importante a tener en cuenta a los fines de la adaptabilidad del sistema²².

Para ello se debe dejar de lado la vieja línea procedimentalista al estilo de la observada por el Código Procesal de las Provincias de San Luis, Chaco, San Juan, Misiones, entre otras, que regularon el trámite de una tutela anticipada como si se tratara de un instituto diverso al que hemos descripto, exigiendo para su concesión requisitos y presupuestos, que limitan irrazonablemente un instituto que posee plena operatividad a partir de un correcto ejercicio de la jurisdicción protectoria y un plexo normativo eficiente²³.

²² En este sentido conviene observar como el legislador en el Código Procesal adaptó este sistema para el interdicto de recobrar (art. 616), o bien como ha regulado este sistema de tutela anticipatoria para el proceso de desalojo (art. 680 bis), con lo cual la versatilidad que ofrece una mirada en esa línea permite una clara agilización del proceso.

²³ El Código Procesal Civil y Comercial de San Luis en su artículo 230 dispone: PROHIBICION DE INNOVAR.- Podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio siempre que: 1. El derecho fuere verosímil. 2. Existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible. 3. La cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria. Y en el 237 bis establece: TUTELA ANTICIPATORIA.- PROCEDIMIENTO.- El Juez o Tribunal podrá anticipar, luego de la traba de la Litis, a requerimiento de parte, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la demanda o reconvención si: 1) Existe verosimilitud del derecho en un grado mayor que en las medidas cautelares ordinarias. 41 41 2) Se advierta en el caso una urgencia impostergable tal que si la medida anticipatoria no se adoptare 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 configurará prejuzgamiento. Solicitada la tutela el Juez o Tribunal 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

Este viejo procedimentalismo, no se despegaba tampoco de la mirada tradicional de lo que importa una cautelar, pensando que únicamente pueden ser instrumentales y como tales no pueden superponerse con el fondo de la pretensión sustancial de una causa, hace que se desvirtúe uno de los efectos más preciados que tiene el avance que se ha gestado en el ámbito del derecho procesal, que es la labor que pretorianamente ha desarrollado nuestro más Alto Tribunal.

Consiguientemente, en mérito al principio de progresividad, evolutividad y no regresividad que consagran los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que hoy son derecho positivo en el país, una interpretación pro persona como la que ha hecho la Corte de la normativa señalada, no permite una regulación en desmedro del justiciable que establezca mayores requisitos que los que ha fijado el Alto Tribunal, que solo ha sumado a la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora que ambos extremos estén suficientemente calificados para exigirle a los jueces mayor prudencia cuando el dictado de una medida de esa índole importe un anticipo de jurisdicción favorable al peticionante.

En este sentido, ya en el año 1998, Palacio sostenía que: *“lo que en definitiva interesa, a los fines de la admisión de la tutela anticipada, radica en el hecho de que los jueces, sin ceñirse a pautas rígidas y a través de una afinada valoración jurídica, preserven del modo más apropiado la eventual utilidad y eficacia práctica del pronunciamiento final”*²⁴.

El carácter provisional de la medida no permitirá confusión pues cuando existe una cautela habrá provisionalidad, mientras que cuando existe una condena habrá definitividad en el pronunciamiento que acoja una pretensión. Deberíamos ocuparnos simplemente en la creación de formas adecuadas que permitan la pervivencia de esa jurisdicción protectoria. Alguna línea de la doctrina identifica esos aspectos como técnicas, siguiendo la doctrina brasileña. Preferimos la voz sistema como conjunto de partes que

sin efecto. Véase también: Código Procesal Civil y Comercial de San Juan arts. 231, 232, 242 y 243; Código Procesal Civil y Comercial de Chaco arts. 230 y 232 bis; y Código Procesal Civil y Comercial de Misiones arts. 233 y 241.-

²⁴PALACIO, Lino E., La venerable antigüedad de la llamada medida cautelar innovativa y su alcance actual, en Revista de Derecho Procesal, N° 1, Rubinza-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 105 y ss..

propenden a un determinado fin, más que la voz técnica que alude a una especie de habilidad para llevar a cabo una tarea.

El sistema permite la adaptabilidad de las formas a los procesos en los cuales se las quiera implementar, como por ejemplo el juicio de alimentos con los alimentos provisionales, o el juicio de desalojo con la restitución anticipada, o el interdicto de recobrar con la cautelar que anticipa el mérito, como fuera señalado.

No obstante, si esto se aprecia como una nueva visión que importa un cambio de paradigma, estaremos frente a una revolución científica que se ha desarrollado en silencio entre nosotros desde hace muchísimo tiempo atrás, pero que tal vez ahora hayamos recalado en su existencia.

Taruffo señala que no es suficiente que en el proceso se respete la garantía de defensa de las partes; es necesario que además la sentencia que constituye su resultado pueda ser justa²⁵. ¿Cuál es una sentencia justa? Entendemos que no hay justicia si no hay respuestas en tiempo oportuno, si no podemos brindar soluciones protectorias que tutelen efectivamente los derechos de los justiciables, en el marco del debido proceso legal.

El cambio que necesitamos es cultural. El justiciable, los vulnerables, las respuestas en plazo razonable, la tutela efectiva y la necesidad apremiante de satisfacer peticiones cuando no hacerlo pueda significar un grave perjuicio a derechos fundamentales, es algo que también hoy, sin una reforma del Código Procesal Nacional, podemos lograr, y de hecho se logra, cuando el ejercicio de la función jurisdiccional es el adecuado. Cambiar la ley no cambiará mágicamente la realidad.

Calamandrei nos enseñó que “no basta que los magistrados conozcan a la perfección las leyes escritas; sería necesario que conocieran perfectamente también a la sociedad en que esas leyes tienen que vivir”²⁶

²⁵TARUFFO, M., Determinación de los hechos y contradictorio, trad. de M. Aramburu Calle, Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2009, p. 270 y ss..

²⁶ CALAMANDREI, Piero; Elogio de los jueces, El Foro, Buenos Aires, 1997, p. 160.