

“XXVIII° CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL”

(San Salvador de Jujuy, Jujuy-Argentina)

10 al 12 de septiembre de 2015

(<http://www.procesal2015.org.ar/>.)

e mail: procesal2015@justiciajujuy.gov.ar

“COMISION 1: DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL” “JURISDICCION PREVENTIVA”

Tema: “TUTELA ANTICIPADA EN PROCESOS CIVILES”.

PONENCIA DE CÁTEDRA

Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires (U.B.A.)

**Cátedra de “DERECHO PROCESAL CIVIL” a cargo del Dr. Omar Luis Díaz
Solimine.**

Ponencia de alumnos y docentes de Cátedra.

SUMARIO: I. Introducción. II. Las voces de la doctrina. III. Colofón.

**AUTORES. Juan Manuel Arretino, Kevin Bastus, Aldana Bello Darrieux,
Darío José Cuenca, María Victoria de la Rúa, Luciana Falcone, Adriana
Fridman, Rodrigo Gonzalez Pereira, Mariano Rodríguez, Josefina Rossi,
Florencia Natalia Skiarski, Florencia Stanic, Damián Troncoso, Marcos
Valiente.**

DIRECCION: Calle Lavalle 1210, Piso 10°, Buenos Aires, Argentina.

- **El presente trabajo se realiza además en el marco de la investigación del programa DeCyT 2014-2016 Facultad de Derecho UBA titulado “Procesos Urgentes y Tutela Judicial Efectiva” dirigido por Gabriel Tamborenea.**

JURISDICCIÓN PREVENTIVA

“TUTELA ANTICIPADA EN PROCESOS CIVILES”

“Hacer justicia, misión específica de los magistrados, no importa otra cosa que la recta determinación de lo justo “in concreto”; y ello sólo se puede lograr ejerciendo la virtud de prudencia animada con vivo espíritu de justicia en la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se le presenten, lo que exige conjugar los principios anunciados en la ley con los elementos fácticos del caso, cuyo consciente desconocimiento no se compadece con la misión de administrar justicia”.¹

Sumario: I. Introducción. II. Las voces de la doctrina. III. Colofón.

I. INTRODUCCIÓN

Hace algunos años, sostuvimos que *“en cada nuevo día que comienza en los estrados del juzgado, en cada nuevo movimiento que el operador jurídico planifica, en cada nueva estrategia que se teje en la mente, en suma, en cada paso que se da, existe un factor extra, un agregado impostergable que nos avienta, muchas veces, en la desesperanza, el desconcierto y una extraña sensación de fracaso”. Agregábamos que “la incertidumbre en cuanto a los tiempos del sistema judicial argentino, convierten a la operatoria jurídica en una especie de rueda de la fortuna, donde la suerte, premia o condena al cliente”.²*

Es por ese vacío legal y sus consecuentes demoras, muchas veces *contra legem*, el cual se verifica a la hora de administrar el servicio público de justicia, que se han ideado desde hace tiempo, institutos jurídicos paliativos que posibiliten la adopción de decisiones que no permitan hacer perecer el derecho del “dañado”, por el mero transcurso del tiempo procesal/legal. La tutela anticipada es sin duda uno de estos institutos.

1 “Oilher, Juan C. c. Arenillas, Oscar N.”, CSJN, 23/12/80, en LL 1981-C-67/70.

2 Arretino, Juan Manuel, “La justicia del tiempo...”, sitio web: www.diariojudicial.com.ar, sección: Nota de fondo, 01/08/2007.

Se ha dicho que la tutela anticipada debe considerarse como *una medida que se superpone total o parcialmente con aquello que se persigue en la sentencia sobre el mérito de la causa, anticipando total o parcialmente el resultado de la sentencia buscada*³.

Básicamente, el meollo de la medida radica en asegurar necesidades, que no podrían satisfacerse si se debiera esperar hasta la finalización del proceso. A todas luces, se desprende de lo expuesto que, la nota esencial en que se sustenta, es **la urgencia** del requirente, quien argumenta que en caso en que tenga que esperarse al dictado de una sentencia, se produciría una frustración de su derecho o un daño irreparable.

Siguiendo a la Dra. Graciela Medina, “no podemos desconocer que la *anticipación de la tutela existía desde antiguo, cabe recordar que en el siglo XVI la legislación francesa contemplaba esos procedimientos, y que Calamandrei, en 1936 en su clásico ensayo "Introduzione allo Studio sistematico dei provvedimenti cautelari" trataba el tema de las providencias cautelares innovativas, pero es recién a fines del siglo XX y en la primera década del Siglo XXI donde ha adquirido mayor definición a través del desarrollo de la doctrina, la jurisprudencia y la incorporación en los ordenamientos procesales provinciales y de otros países*”⁴.

En nuestro país, más allá de algunas voces que se comenzaban a oír en doctrina, puede señalarse sin temor a equivocación, que la figura de la Tutela Anticipada, tiene fecha de nacimiento, a partir de la recepción pretoriana del instituto, en el leading case “Camacho Acosta”⁵.

Posteriormente, en el caso “Pardo”⁶, el máximo Tribunal reafirmó el criterio sentado en el precedente *ut supra* nombrado, según el cual “es de esencia de los institutos procesales de excepción como la medida anticipatoria requerida, enfocar sus proyecciones - en tanto dure el litigio - sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para

3 Arazi, Roland – Kaminker, Mario E., “Algunas reflexiones sobre la anticipación de la tutela y las medidas de satisfacción inmediata”, en Peyrano, Jorge W. (Dir.), “Medidas autosatisfactivas”, cit., p. 46.

4 Medina, Graciela, “Tutela anticipada y daño vital”, 15/02/2012, La Ley.

5 “Camacho Acosta”, CSJN, 07/08/1997, fallos: 320:1633.

6, “Pardo, Héctor Paulino y otro c. Di Césare, Luis Alberto y otro s/art. 250 del C.P.C.C.N.”, CSJN, 06/12/2011, La Ley Online; AR/JUR/76491/2011.

llevarlo a cabo, porque se encontraban enderezados, precisamente, a evitar la producción de perjuicios que podrían generarse en caso de inactividad del magistrado y tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en oportunidad de dictarse el fallo final, en razón de que por el transcurso del tiempo y la urgencia que requería la tutela de los derechos en juego, sus efectos podrían resultar prácticamente inoperantes”.

La CSJN expresó que *“una moderna concepción del proceso exigía 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 radicaba en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección se requería, y puntualizó que en ese marco de actuación, las medidas anticipatorias se presentaban 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”*.

El máximo tribunal concluyó que *“el anticipo de jurisdicción que incumbía a los tribunales en el examen de ese tipo de medidas cautelares, debía llevar insita una evaluación de la amenaza inminente de los daños definitivos y del peligro de permanencia en la situación actual –aspectos ambos que resultaban patentes en la causa- a fin de habilitar una resolución que, al conciliar los intereses de aquéllos, según el grado de verosimilitud, y el derecho constitucional de defensa del demandado, lograra la medida necesaria y oportuna de la jurisdicción que el caso requería, aseveración que no importaba una decisión final sobre el reclamo de los actores formulado en el proceso principal”*.

Con la inclusión en el nuevo Código Civil y Comercial de la Acción Preventiva, se abre un nuevo abanico de posibilidades, dado que el tenor de la sentencia contemplada en el nuevo artículo 1713⁷ presenta notas particulares que encuentra puntos de contacto con el instituto de la Tutela Anticipada.

No obstante, resta por definir, la forma procesal en que va a darse cabida en nuestro ordenamiento a esta previsión legal.

7 Artículo 1713 CCCN: “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 ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad”,

Prima facie, entendemos que este artículo no constituye normativa de fondo, sino de forma, y que debió ser incluido en la reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

II. LAS VOCES DE LA DOCTRINA

Como expresa calificada doctrina, “la nota característica de los “procesos urgentes” es la prevalencia que se asigna a la celeridad, que conduce a reducir la cognición y a postergar la bilateralidad a los fines de asegurar una tutela eficaz”⁸.

Encontramos desde hace algunos años en nuestro derecho, cada vez con mayor desarrollo, una verdadera teoría Cautelar. Básicamente, se han llegado a reconocer hasta la actualidad tres tipos principales de mecanismos jurídicos.

En primer lugar, se encuentran las medidas cautelares, que nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente relacionadas al dictado de una sentencia que trate el fondo del asunto. Son aquellas, que en palabras de Calamandrei, están dirigidas más que para hacer justicia, a garantizar el eficaz funcionamiento de ésta.

En segundo término, encontramos a la medida autosatisfactiva, definida por Peyrano (aunque no la incluye en el género cautelar, sino más bien en el de los procesos urgentes), como el requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota — de ahí lo autosatisfactiva — con su despacho favorable, no siendo entonces necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o pérdida de vigencia.

Por último, se encuentra la tutela anticipada, que es aquella que apunta a la satisfacción inmediata total o parcial de la pretensión contenida en la demanda, cuando de la insatisfacción pueda derivar un perjuicio irreparable.

8 De Los Santos, Mabel, “Conveniencia y Necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia”, FUNDESI.

Conforme comparte la mayor parte de la doctrina, para que se dicte una resolución de tutela anticipada, se requiere que se cumplan con determinados requisitos:

a) Algo más que la verosimilitud del derecho: Debe resultar "evidente" que le asistiría razón al peticionante. Como enseña Peyrano, debe comprobarse que el caso se encuentra alcanzado por el supuesto. Como por ejemplo: a) existencia de jurisprudencia vinculante u obligatoria que defina la materia debatida; b) existencia de precedentes reiterados y sostenidos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se hubieran pronunciado inequívocamente sobre los derechos debatidos; c) existencia de una causa de puro Derecho y respecto de la cual existen precedentes judiciales de grado y doctrinarios recibidos, que tornan indudablemente predecible el desenlace del litigio; d) un accionar de la demandada signado por el abuso del derecho de defensa y el palmario propósito de retardar maliciosamente la marcha del procedimiento.

b) Contracautela: Para lograr el dictado de una tutela anticipatoria el peticionario debe prestar contracautela efectiva para asegurar la eventual restitución de lo percibido anticipadamente salvo que se encuentre eximido de hacerlo.

c) Grave peligro en la demora: Debe acreditar un grado de urgencia tal que si la medida no se otorgara se causaría un daño irreparable al solicitante. La gravedad del daño y su irreparabilidad es la circunstancia que determina que se adelante la tutela (ejemplo: si la víctima muere, para ella no hay reparación posible, ya que la reparación por equivalente en caso de muerte la reciben los herederos).

d) Sustanciación. La mayoría de la doctrina entiende que la tutela anticipada requiere sustanciación; es decir, oír al destinatario de ella antes de que el órgano jurisdiccional se pronuncie.

Históricamente, en el derecho civil, se consideraba que la intervención de la justicia, solo se justificaba cuando ya se había ocasionado el daño y a los fines de brindar reparación.

Es auspicioso, sin dudas, haber podido avanzar en esa concepción, dando origen a la función preventiva del daño.

El nuevo Código Civil y Comercial prevé la función preventiva en los artículos 1710 a 1715, que en el régimen del código del sabio Dalmacio Vélez Sarsfield no existían, porque consideraba el creador del código que su regulación posiblemente fuera a dar origen a una cantidad de pleitos de resolución arbitraria al explicar el régimen de la *cautio damni infecti*, criterio que fue modificado luego con la sanción de la ley 17.711.

III. COLOFÓN

Actualmente, nos encontramos trabajando con docentes y alumnos de la Universidad de Buenos Aires, en un nuevo proyecto de investigación titulado “**Procesos urgentes y tutela judicial efectiva**”⁹. En el mismo, sostenemos como hipótesis, en primer lugar, “que los procesos urgentes pueden afectar el derecho de defensa en juicio de los accionados en los procesos de conocimiento y en materia penal”, y en segundo término que, “los procesos urgentes son un remedio eficiente y veloz para resolver los conflictos individuales de escasa complejidad jurídica”.

Como sustento de nuestra postura, destacamos que la ausencia o vulneración de la garantía constitucional del artículo 18 de la Constitución Nacional, puede configurar una verdadera afectación del Derecho de Defensa.

Empero, entendemos que excepcionalmente, en determinadas materias, como Salud, Educación, Seguridad, etc., debe privilegiarse la figura de los procesos urgentes, porque **se trata de situaciones específicas en que el peligro en la demora se configura en extremo**, siendo que el mero transcurso del tiempo y una resolución final inaplicable o ineficaz importarían de plano, una tácita denegación de justicia.

Ahora bien, tampoco es ocioso recordar que dichos institutos no se encuentran contemplados en la normativa procesal vigente.

Empero, la ausencia de soporte normativo no importa, derechoamente, la orfandad de apoyatura jurídica del instituto, tal como ocurre con otros numerosos árbitros procesales de creación pretoriana, nacidos para corregir

9 Dirigida por Tamborenea, Gabriel. Cátedra: Elementos de Derecho Procesal Civil a cargo del Dr. Omar Luís Díaz Solimine, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, DeCyT 2014-2016.

anomalías o desequilibrios (procedimentales o sustanciales), al abrigo de la aplicación del principio - insistimos, prudente y medurado - de las normas análogas (artículo 16 del Código Civil).

Coincidimos con la doctrina que manifiesta que, *“aún sin una normativa procesal moderna el juez está obligado a no desentenderse de los principios constitucionales que del debido proceso utilizando la analogía y la interpretación integradora para dar cabida en viejos moldes los nuevos a modernas cuestiones¹⁰”*.

Coincidimos con la doctrina que plantea que es necesaria una pronta inclusión en nuestro Código de Rito de los procesos urgentes, tales como la tutela anticipada y la medida autosatisfactiva, pues si bien pueden obtenerse a través de la aplicación analógica de la medida cautelar genérica, se impone el dictado de normas procesales generales que determinen con precisión el carácter excepcional de los procesos urgentes, sus requisitos de admisibilidad, los efectos de su dictado y el régimen recursivo.

En este orden de ideas, la normativa que al efecto se dicte, dará certeza y evitará por ende, la inseguridad jurídica; el conocimiento previo por parte del justiciable de la vía y del régimen aplicable y del Tribunal, a su vez, para administrarla asegurará la igualdad entre las partes.

Así, la vigencia de las garantías constitucionales vinculadas al "debido proceso", "defensa en juicio" e "igualdad de las partes" en una normativa que contemple estos institutos echará por tierra las críticas relacionadas con el riesgo de generalización de las tutelas diferenciadas y la afectación del principio de bilateralidad, en aras del dictado de una decisión rápida y eficaz que pueda evitar un daño irreparable o la frustración de un derecho.

Aprovechamos nuevamente, como en trabajos anteriores, para abogar por una incorporación normativa adecuada y prolija, en relación a los procesos urgentes en nuestro Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. En efecto, basta seguir ejemplos como el de La Pampa¹¹, que

10 Medina, Graciela, ob. cit.

11 Artículo 231 CPCC: " El juez 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 reconvencción si: 1) existe verosimilitud del derecho en un grado mayor que en las medidas cautelares ordinarias. 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

cuenta con una de las regulaciones más completas en la materia, para vislumbrarlo posible.

Vemos con agrado, la incorporación de normas sobre función preventiva incorporadas por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (con las salvedades realizadas precedentemente) siendo importante ahora determinar, cómo se incorporará este instituto a los ordenamientos procesales locales y cuál será la vía procesal adecuada para canalizarlo. En este sentido, ***ratificamos nuestra preferencia por la vía sumarísima, que confiere mayores posibilidades de defensa y armoniza con la necesidad de celeridad en el marco del proceso.***

No debemos perder de vista, que el expediente constituye un mero soporte en papel, de historias de vida, de situaciones humanas, que generan expectativas y esperanzas o desesperanzas, según el caso, y muchas veces, encontramos en juego valores trascendentes para el desarrollo de la vida en sociedad.

El respeto del Derecho de Defensa, el apego a las normas legales, la debida ponderación de los elementos fácticos, la desactivación del conflicto, la obediencia al principio de bilateralidad, la mayor celeridad en los trámites y en la eficacia en el trabajo, deben ser ejes rectores en pos de lograr, Justicia.

irreparables en la sentencia definitiva. La decisión no configurará 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”.