

LOS SISTEMAS CAUTELARES Y EL PROCESO DE DAÑOS

Por Jorge A. Rojas

1.- INTRODUCCION

El proceso de daños generalmente en los ordenamientos procesales de todo el país se diseña como un típico proceso de conocimiento plenario, más allá que se tramite como juicio sumario u ordinario. Se caracteriza por la amplitud que se brinda al justiciable para el desarrollo de sus pretensiones a través de la exposición de los hechos en base a la teoría de la sustanciación, derecho que desde luego también le asiste al demandado, el desarrollo de una etapa probatoria, que tendrá mayor o menor amplitud conforme las circunstancias fácticas en las que apoyen las partes los fundamentos de sus pretensiones, y una etapa conclusional que podrá contar o no con alegatos pero que finaliza con la evaluación que hará la jurisdicción para saber cuál de las dos posiciones que se sustentaron en el pleito resulta la verdadera al dictar sentencia.

Es evidente, que ello importa un determinado consumo de tiempo en este ordinario iter procesal, que no puede ser evitado so riesgo de incurrir en anomalías o irregularidades que viciarían ese proceso

desvirtuando su desarrollo y por ende el legítimo derecho de defensa en juicio de las partes.

De tal modo, aquí se produce un conflicto natural que consiste en la forma en que se puede compatibilizar el consumo de tiempo por el proceso judicial, y la necesidad de una tutela efectiva, queriendo significar con ello no solo la eficacia, sino además la celeridad en su obtención de modo de acceder a un pronunciamiento jurisdiccional que resulte útil.

En este punto, es donde cobra una importancia central para el propio desarrollo del proceso judicial analizar el “poder cautelar” con el que cuenta la jurisdicción, para hacer actuar a la ley con carácter asegurativo o protectorio en aras a propender al logro de una sentencia útil.

Para ello el legislador ha diseñado una serie de sistemas cautelares entre los que se destacan las medidas precautorias tradicionales, pero que conviene anticipar que no son las únicas, pues junto con ellas no solo el legislador ha estructurado sistemas cautelares en materia probatoria, o algunos garantizadores, sino que además la jurisprudencia y la doctrina han dado carta de ciudadanía a un aspecto especial o extraordinario de ese poder cautelar que ha llevado a la doctrina procesal a catalogarlo como “tutela anticipada”.

El análisis de todos estos aspectos, resulta esencial para poder entender el avance que desde el proceso se puede advertir en el desenvolvimiento del juicio vinculado al reclamo de daños de modo de contrarrestar el consumo de tiempo que actuaba en desmedro de las necesidades o urgencias de los justiciables.

2.- ¿QUÉ DEBE ENTENDERSE POR SISTEMAS CAUTELARES?

Como se anticipara, cuando se alude a los sistemas cautelares es importante advertir la existencia de una diversidad de ellos dentro del ordenamiento adjetivo, no debiendo restringirse la mirada exclusivamente a las medidas cautelares clásicas, que constituyen solo una especie de este género mucho más amplio.

De tal forma para su interpretación, conviene advertir que el juez hace actuar la voluntad de la ley en el proceso no solo para conocer sobre una determinada causa que se le somete a su decisión, o para ejecutar sus decisiones, sino además para asegurar, es decir, hace también actuar la ley con carácter cautelar¹.

La voz cautela que proviene del latín, implica resguardo, protección, aseguramiento, alude a caución, a una actuación cauta, que persigue el

¹ Calamandrei ya señalaba esto en 1936, en su señero trabajo en la materia “Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares” (Ed. Librería El Foro, 1996, ver p. 34 y ss.).

cuidado de una persona, o de una cosa o bienes, o eventualmente, como en el proceso, de las propias decisiones jurisdiccionales que se requieren para su desenvolvimiento, esto es de los derechos en juego, garantizando así su desarrollo.

Esta actuación cautelar permite advertir que el legislador brinda al juez la posibilidad de cautelar pruebas para el proceso, precisamente la figura que regula este sistema está prevista en los arts. 326 y ss. del Código Procesal, denominado “prueba anticipada”², dentro de una gama de diligencias previas, que muchas veces son soslayadas por los justiciables como herramientas de trabajo y preparación de la instrucción del proceso a llevar a cabo, sin advertir que ella en el ámbito civil queda en manos de los abogados.

En idéntico sentido, se pueden destacar también a los sistemas garantizadores, que cumplen con la misma finalidad asegurativa, siendo fiel ejemplo de ello la propia contracautela que se ordena con la concesión de una cautelar, a través de la cual se pretende resguardar – en sentido inverso al de una medida precautoria- a quien resulte afectado por ella de haberse trabado indebidamente.

O por ejemplo, dentro de la actuación de la ley con sentido garantizador (variante de un resguardo o aseguramiento), se pueden citar los

² Calamandrei denominaba a esta variante “providencias instructorias anticipadas” (Ob. cit., p. 53 y ss.).

mecanismos que crea el propio Código Procesal, por ejemplo, a través de la fianza que consagra en el art. 509 para transformar el efecto del recurso de apelación y permitir la ejecución de una sentencia que fue apelada; o bien, el sistema creado por el art. 556 para resguardar al ejecutado en un juicio ejecutivo, donde no se permite el debate sobre la causa de la obligación a los fines de permitir la iniciación del ordinario posterior.

En fin, existen diversos sistemas garantizadores en el Código Procesal como los previstos en los arts. 555 ó 258, entre otros. A su vez estos pueden ser tanto intraprocesales como extraprocesales que permiten que la ley actúe con una finalidad tuitiva o cautelar fuera de un proceso.

Dentro de esta gama también se ubican como una especie más de este género que identificamos como sistemas cautelares, a las medidas precautorias tradicionales, cuyos presupuestos esenciales consiste en la apariencia del buen derecho (*fumus bonis iuris*) y el peligro en la demora (*periculum in mora*), la reunión de aquellos arroja como consecuencia la contracautela.

A su vez, los requisitos procesales que hacen a la viabilidad de toda medida cautelar están previstos en el art. 195 del Código Procesal, esto es, el derecho que se pretende asegurar, la medida que se solicita, la

disposición legal en la que se funde el pedido y finalmente la reunión de los recaudos que requiera la medida solicitada en particular.

Como se puede advertir hasta aquí, los presupuestos que hacen a la viabilidad de todas estas variantes son diversos, toda vez que no se requieren los mismos presupuestos para el dictado de una medida de prueba anticipada, que los que se deben observar para el otorgamiento de una fianza que permita seguir adelante una ejecución y mucho menos aún los que se requieren para el dictado de una medida cautelar tradicional.

Esto permite identificar a los distintos sistemas gestados por el legislador dentro del ordenamiento adjetivo para la actuación de la ley con carácter asegurativo.

Pero existe uno más aún a tener en cuenta, y son las resoluciones cautelares que Calamandrei denominó “providencias temporales” o “interinas de fondo”, las cuales si bien se dictan en el curso del proceso o aún antes de su iniciación, su objeto en general se superpone con la pretensión sustancial que el juez debe resolver en oportunidad de dictar sentencia.

Este tipo de resoluciones son las que actualmente la doctrina denomina “tutela anticipada”. A comienzos del siglo pasado –para que el lector advierta desde qué época se las concibió- Calamandrei con respaldo en

las que su maestro Chiovenda denominaba “providencias declarativas con predominante función ejecutiva”, sostuvo que ese tipo de decisiones eran cautelares, y no podían ser concebidas de manera distinta pues eran anteriores al dictado de la sentencia³.

Como consecuencia de lo expuesto, lo que es dable advertir es que existen diversos sistemas de índole cautelar, porque a su vez –como se analizará seguidamente- los presupuestos de viabilidad de una tutela anticipada, si bien coinciden con los de cualquier medida cautelar, requieren un conocimiento más afinado de la jurisdicción, por lo cual se puede advertir claramente un ámbito normal dentro del cual giran las medidas cautelares, y otro excepcional dentro del cual se encontraría este tipo de anticipos jurisdiccionales de carácter asegurativo o protectorio.

Por lo tanto lo que conviene advertir es que las formas que se observan en todos los casos, son diversas, y por ende si bien se conciben persiguiendo una idéntica finalidad resulta distinta la estructura plasmada por el legislador en todos esos casos.

Por esa razón cuando se alude a la noción de sistema se pretende identificar a un conjunto de partes –con cualidades propias- pero que

³ Vease de Chiovenda Principios de Derecho Procesal Civil, Ed. Reus, Madrid, 1977, T. I., p. 250 y ss.

interrelacionadas entre sí persiguen un objetivo común que a su vez le da una impronta particular de conjunto.

Sirva como ejemplo de sistema, el cuerpo humano, pues se pueden distinguir determinados órganos, o el sistema óseo, o el inmunológico, o el nervioso, entre otros aspectos, pero interrelacionados hacen a la existencia de una persona.

Lo mismo sucede con un automotor, en donde se pueden distinguir las distintas partes que lo conforman, como el chasis, el motor, las ruedas, en fin, todas y cada una de sus partes, permiten que cumpla una finalidad cuando actúan en conjunto.

Por esa razón cuando se aluda a los sistemas cautelares, se hará referencia a las formas que se estructuran (por el legislador) en un determinado ordenamiento procesal, para la actuación de la ley con carácter asegurativo o protectorio⁴.

3.- ¿QUÉ DEBE ENTENDERSE POR TUTELA ANTICIPADA?

⁴ Este tema lo desarrollé en extenso en *Sistemas cautelares atípicos*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2009, en especial cap. 1 a 3 y p. 534.

Es evidente que el anticipo jurisdiccional que importa una tutela anticipada lleva inexorablemente a señalar que la misma excede el ámbito tradicional o clásico de las medidas cautelares, por eso consideramos que existen dos espacios para las medidas cautelares, uno clásico, o normal, y otro excepcional, que si bien toma en cuenta algunos de sus parámetros, las excede claramente, y es dentro de éste último que debe involucrarse a la tutela anticipatoria.

Por lo tanto, si se parte de esta premisa podríamos quedar involucrados dentro de la concepción de Calamandrei, que sostenía respecto a ella que era una medida cautelar, y no otra cosa. Esta circunstancia por sí misma habilita a discernir entre las zonas o ámbitos de actuación de los distintos tipos de cautelares, permitiendo una diferenciación mucho más amplia a través de esta concepción sistémica, por las pautas que se deben observar en cada caso, a fin de evitar disquisiciones teóricas que apuntan a modificar la teoría general de las cautelares, sin propuesta concreta alguna, sin advertir la amplitud que brinda esa concepción sistémica para albergar variantes como las señaladas, sin destruir aquello que resulta útil y valioso.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostuvo en este tema⁵, que era procedente un anticipo jurisdiccional a través de una medida cautelar que y se encargó –al margen de disidencias doctrinarias- de identificarla como innovativa, con apoyo en la letra del art. 230 del Código Procesal, diferenciándola de la medida de no innovar que consagra esa misma norma en su otra faceta.

Sin embargo, en ese pronunciamiento, más allá del efecto vinculante que provoca desde un punto de vista moral, tuvo en cuenta algunos aditamentos que conviene señalar para demostrar el modo en que esa tutela anticipada, exorbita el marco tradicional de las medidas cautelares⁶.

⁵ En el caso Camacho Acosta c/Grafi Graf S.R.L.(Fallos 320:1633), que constituye un típico proceso de daños y fue resuelto por la Corte el 7/8/97 (verlo in extenso, con comentario de Roland Arazi, en Revista de Derecho Procesal nro. 1, p. 385 y ss., Ed. Rubinzal-Culzoni).

⁶ Ambos aspectos, es decir la proyección moral del pronunciamiento de la Corte hacia los tribunales inferiores y la exorbitancia del marco tradicional de las cautelares se puede apreciar en otro precedente de suma de importancia que es el caso Poveda en donde la Cámara Nacional en lo Civil señaló: 1.-Frente a la urgencia que reviste la implementación inmediata de un tratamiento quirúrgico, protésico y de rehabilitación que debe afrontar la víctima de un accidente ferroviario, corresponde admitir la medida solicitada en carácter de "tutela anticipada" tendiente a que se le abone una suma presupuestada para solventar los gastos médicos correspondientes. 2.- No puede ser otorgado en forma anticipada y como medida cautelar el pago del tratamiento psicoterapéutico de una menor -víctima de un accidente ferroviario- toda vez que no puede dejar de considerarse que la tutela anticipada -netamente restrictiva- sólo procede en cuestiones de extrema urgencia, carácter que no reviste este rubro (CNCiv., Sala C, 31/10/01, Poveda, César c/Transportes Metropolitanos Belgrano S.A. s/Medidas precautorias, LD-Textos).

En primer lugar, si bien tramitó como una medida innovativa, la Corte tuvo en cuenta la conducta obstruccionista de la parte demandada, quien trataba de insolventarse, de ahí el alcance de la petición, pues en un primer momento, se había solicitado un embargo pretendiendo asegurar el futuro cumplimiento de la sentencia, y al advertir las maniobras de la demandada, y la imposibilidad de trabar aquella medida, se optó por la variante de la innovativa.

Pero por otro lado, en el seno de un proceso típico de daños (por supuesto de conocimiento), la Corte advirtió la existencia de un daño irreparable, que el transcurso del ordinario iter procesal contribuía a agravarlo, por más compensación posterior que existiera. De tal modo hizo lugar a la medida cautelar, ordenando suministrar una prótesis para un trabajador, a los fines que su organismo tolerara la colocación de la prótesis porque el tiempo que transcurría iba en desmedro de esa posibilidad y, a su vez, se insertara a la mayor brevedad posible dentro del mercado laboral, haciendo menos ostensible su minusvalía, ya permanente.

Así no solo morigeró el daño padecido por el actor, sino que también se produce una atemperación de la gravedad de la condena que deberá enfrentar la demandada, desde el punto de vista económico, pues se evitan los mayores costos por el transcurso del tiempo.

Aquí está la clave de la situación que la doctrina ha expuesto suficientemente. El daño no solo debe ser medido desde un punto de vista patrimonial, por el menoscabo que importa, sino además por su agravación a la luz de una razonable ponderación de la marcha del proceso, y su tiempo de consumación.

Este aspecto, resulta tan importante como la existencia del daño mismo, pues esto consiste en no dar la espalda a la realidad, sino asumirla tal como se presenta a los fines de determinar el camino más apropiado para su superación, que no siempre puede provenir de una pulcra legislación, sino de un activismo jurisdiccional⁷, que no repita conductas disvaliosas detrás de interpretaciones estereotipadas, que deben admitir una mayor flexibilidad en situaciones excepcionales.

Esta es la misma valoración cuidadosa y afinada que reclama Palacio para los jueces cuando tengan que pronunciarse respecto a una medida cautelar que importe una tutela anticipada, al margen de algunas disidencias que mantiene sobre los requisitos para ello, pues esta afinación ahora se impone por la falta de implementación que algunos jueces reclaman para el instituto⁸.

⁷ Tal como lo reclama Morello desde hace tiempo. Véase de este autor *Anticipación de Tutela*, Ed. Librería Editorial Platense, 1996.

⁸ Ver op. cit., p. 112.

Como consecuencia de ello podría conceptualizarse a la tutela anticipada como el “sistema cautelar en virtud del cual la jurisdicción a través de una actuación asegurativa o protectoria resguarda – manteniendo o alterando- una determinada situación de hecho o de derecho, propendiendo así 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 resulten evidentes o inminentes”⁹.

4.- CANAL TRADICIONAL DE MANIFESTACION DE LA TUTELA ANTICIPADA

En este sentido, podemos distinguir dos líneas claramente definidas, por un lado una clara manifestación legislativa, que la jurisdicción no se rehusó a aplicar, así tenemos en el propio Código Civil los alimentos provisionales, aunque también podemos citar al secuestro en la ejecución prendaria, o bien a las reparaciones urgentes que consagra el art. 623 ter del Código Procesal, o inclusive la restitución del inmueble

⁹ Rojas, Jorge A.; Sistemas Cautelares Atípicos, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 150.

en el juicio de desalojo por intrusión, que previene el art. 680 bis del mismo cuerpo legal.

Por eso consideramos que una línea viene apoyada, por su concreta consagración legislativa, con lo cual no existen inconvenientes para su utilización, pues ello no importa otra cosa más que la aplicación del derecho positivo vigente a una determinada situación, en tanto se den los recaudos que la norma describa.

La otra línea, la jurisprudencia la ha sabido utilizar, tomando como cartabón el mismo esquema que utiliza para el dictado de las medidas cautelares, generando así ese ámbito excepcional de las medidas cautelares¹⁰.

En estos casos, más especiales -por encontrar una denominación diferenciadora de la anterior- se puede ver claramente que la jurisprudencia ha tomado como premisa fundamental, la reunión de los presupuestos sustanciales básicos, que hacen al dictado de una medida cautelar, esto es, la verosimilitud del derecho, el peligro de la demora, y finalmente una determinada contracautela, adicionándole ese conocimiento más afinado que destacó la Corte cuando el

¹⁰ En mi trabajo denominado Una Cautela Atípica, Revista de Derecho Procesal N° 1, p. 57 y ss., Ed. Rubinzal Culzoni, hice esta distinción en base a los efectos que generaban las medidas cautelares.

pronunciamiento a emitir pese a ser cautelar se confunda con la pretensión sustancial, e importe un anticipo que se superpone con la sentencia misma, aunque para ello es dable advertir que no solo no se trata de una sentencia anticipada, sino que su carácter cautelar despeja cualquier tipo de dudas al respecto¹¹.

Esto es así ya que lo que se advierte con esta tutela anticipada que proyecta una medida cautelar o alguna de las figuras que diseñó el legislador, es que resulta imposible confundir la provisoriedad de la decisión con la definitividad que tiene una sentencia de mérito, por lo cual lo importante a destacar es que la cautela que se concede lo que irradia son sus efectos sobre la sentencia misma y no el adelantamiento

¹¹ 1- Corresponde hacer lugar a la medida cautelar para que un determinado buscador en las redes de Internet el servidor "Google" elimine el acceso por su intermedio a la información relativa a una persona y por la cual se la vincula con actividades pornográficas y prácticas vinculadas al tráfico de sexo. Es que el uso no autorizado del nombre y de la imagen de la petitionerante para las actividades denunciadas podrían afectar gravemente su honor en forma independiente de la eventual responsabilidad que se estableciera, tópico que no es determinante para otorgar la tutela anticipada. 2- El requisito del peligro en la demora se encuentra configurado; ya que de no hacerse cesar provisoriamente el acceso a esos sitios durante la tramitación del juicio los daños se incrementarían. 3- Por otro lado, que la demandada no cuente con medios eficaces para eliminar los datos de la actora de la red, no lleva a descartar la medida por cuanto cumplirá la orden si elimina el acceso a ellos por su intermedio y la existencia de otras más adecuadas para el logro de los fines perseguidos no determina el desacierto de la dictada, en tanto la elección de los medios procesales para la protección de sus derechos es de exclusiva incumbencia de la petitionerante y su insuficiencia no significa que sea equivocada. 4- La afirmación de que la orden importaría un supuesto de censura indirecta contraria a la Constitución Nacional y al art. 1° de la Ley 26.032 no se encuentra debidamente fundada en tanto no basta la sola mención de que se afectan garantías constitucionales sino que resulta indispensable la indicación concreta del derecho federal invocado y de su conexión con la materia del pleito lo que supone un mínimo de demostración de la inconstitucionalidad alegada y su atenuancia al caso. (CNCiv., Sala I, 30/12/09, in re "Google Inc. s/Art. 250 del Código Procesal, sumario N°19682 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil).

de ésta, pues los presupuestos a observar para el dictado de una y otra difieren notablemente.

Aunque por supuesto, a ello se le han sumado algunos aditamentos especiales que también corresponde ponderar, como el que apunta a que el peligro de la demora se manifieste en un extremo de tanta envergadura como que el dictado de la medida que se requiera apunte a evitar un daño que aparece manifiesto y resultaría irreparable o de muy dificultosa reparación ulterior, que se patentice además en el natural transcurso del tiempo que insume un proceso judicial ordinario, como en este caso de daños.

En la mayoría de los casos se ha utilizado la figura de la medida cautelar innovativa, que algunos autores como el recordado maestro Palacio, sostuvo con toda razón que la misma puede ser concebida a partir de la letra del art. 230 de dicho cuerpo legal que contempla esa variante dentro de la prohibición de innovar¹².

La importancia que tiene esta medida cautelar es que resulta la matriz de todas las medidas precautorias que típicamente contempla el Código Procesal, pues en todos los supuestos que se consagran

¹² Véase el trabajo de Palacio “La venerable antigüedad de la llamada medida cautelar innovativa y su alcance actual” en Revista de Derecho Procesal nro. 1, p. 105 y ss., Ed. Rubinzal-Culzoni.

legislativamente, siempre se apunta al mantenimiento o alteración de una determinada situación de hecho o de derecho, a fin de resguardar los riesgos que se podrían generar de no adoptarse una conducta que mantenga o altere (para mantener) el equilibrio de las partes que se ha visto afectado por acción u omisión.

Con lo cual, como se puede advertir, sea de la aplicación que tradicionalmente se ha hecho de esta medida precautoria, o sea de su ámbito de actuación excepcional, que nos introduce en un sistema de carácter atípico, por sus proyecciones sobre la sentencia de mérito misma -que se ha denominado “tutela anticipada”- nos enfrentamos a una medida cautelar con una riqueza y un potencial excepcional, pues se constituye así en una vía de acceso a una actuación de la jurisdicción que puede tener carácter anticipatorio, ya que permitiría una tutela efectiva e inmediata para el resguardo o protección de situaciones claramente urgentes que no admiten dilaciones.

La prohibición de innovar puede concebirse entonces en esos dos ámbitos claramente diferenciables por los efectos que importa su dictado, que están representados por la medida de no innovar y la medida innovativa. Es decir se trata de las dos caras de una misma moneda. Sea para alterar un determinado statu quo (de hecho o de derecho), cuando el peligro en la demora provenga de su

mantenimiento, o sea, para mantenerlo, cuando ese eventual perjuicio provenga de la alteración de la situación de la que se trate.

Ello en razón que los efectos que provoca su dictado -por sus proyecciones- se pueden extender hacia la sentencia de mérito, provocando así un anticipo de la jurisdicción que desde luego puede resultar favorable a la pretensión ejercida. Con ello, la zona gris que plantea su desarrollo introduce esta temática dentro de ese ámbito particular, que se ha calificado como excepcional, precisamente por el carácter satisfactivo que (en apariencia) se le puede otorgar a esta medida con relación a la pretensión ejercida.

A través de una de sus facetas la de no innovar, se persigue el mantenimiento de una determinada situación de hecho o de derecho, en virtud de que los perjuicios podrían derivarse de su alteración.

De tal modo se ha interpretado que: “La decisión de hacer lugar a la medida de no innovar por parte de la Corte Suprema persigue ordenar a la provincia que se abstenga de realizar actos tendientes al cobro del impuesto de sellos con fundamento en las cartas ofertas que acompaña, mas no persigue obstaculizar los trámites administrativos que el Estado provincial se considerase con derecho a llevar a cabo para poner las

actuaciones en condiciones de ejecutar el crédito si la pretensión esgrimida en el proceso fuese finalmente rechazada por el Tribunal”¹³.

El alcance de esta decisión permite advertir que una medida de no innovar a su vez puede tener efectos innovativos, porque permite retrotraer las cosas al estado anterior imponiendo el mantenimiento del statu quo previo a la medida.

Precisamente ello ha llevado a sostener a Méndez y Méndez¹⁴ que la suspensión del acto administrativo, configura –siguiendo la línea de Palacio- una típica “prohibición de innovar” consistente en detener durante la sustanciación del proceso, los efectos jurídicos y fácticos de ese acto, razón por la cual la medida reviste también un carácter innovativo por el efecto que provoca, a lo que corresponde agregar que esa es también una clara manifestación –precisamente por sus efectos- de una tutela anticipada proveniente de la faceta de no innovar de la prohibición de innovar.

En la otra faceta que comprende la medida, esto es la innovativa, Peyrano la conceptualizó como una medida que tiene carácter excepcional, pues tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, lo cual se traduce en la

¹³ Fallos 314:1312; 327:2738; 327:5553; 327:5984, entre otros.

¹⁴ Méndez, Héctor O. y Méndez, Gonzalo O.; La medida cautelar de no innovar con efectos retroactivos y la medida cautelar innovativa. Su recepción doctrinaria y jurisprudencial, J.A. 2008-III-485.

injerencia de oficio en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor¹⁵.

No obstante lo expuesto, conviene destacar que Peyrano considera que la utilización de la prohibición de innovar en las dos facetas expuestas, genera un uso “anómalo” de esa medida¹⁶.

Sin embargo, la doctrina del más Alto Tribunal no advierte anomalía alguna en su utilización, ya que sostiene su fundamento en el mantenimiento de la igualdad de las partes ante la jurisdicción, a esto apunta la prohibición de innovar.

De tal modo estableció la Corte con relación a la innovativa, que “como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud... En tanto media verosimilitud en el derecho y se configuran los presupuestos establecidos en el art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, corresponde hacer lugar a la medida cautelar y ordenar que la demandada I.O.M.A restablezca en su

¹⁵ A.A.V.V.; Peyrano, Jorge W. (director); Medida innovativa, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 15.

¹⁶ Peyrano, Jorge W.; La palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa, Revista de Derecho Procesal nro. 5, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 307. Antes de eso el mismo autor sostenía que cuando se aludía a la medida innovativa se hacía referencia a un “uso no conforme” de la prohibición de innovar, véase del mismo autor: Sobre “usos no conformes” de la prohibición de innovar y la revisión judicial de contratos indexados (E.D. 97-953).

total plenitud la cobertura médica de los amparistas y provea la entrega de medicamentos recetados”¹⁷.

Si bien en la realidad los hechos en algunos casos se pueda consumir una determinada pretensión con el otorgamiento de la cautela de marras¹⁸, su carácter provisional permite aventar todo tipo de interpretaciones en sentido contrario, ya que la legislación sustancial contempla un sucedáneo en caso de que finalmente resulte rechazada la pretensión sustancial, pese a la concesión de la cautela en cuestión¹⁹.

La recepción de esta medida y el reconocimiento de sus efectos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha hecho que ésta sostenga como doctrina la conveniencia de advertir no sólo su carácter excepcional, sino además -teniendo en cuenta que sus efectos se proyectan sobre el fondo mismo de la controversia- que los jueces sean mucho más cuidadosos al aplicarla, y observen un conocimiento mucho más afinado de los recaudos que hacen a su procedencia²⁰.

¹⁷ Fallos 325:3542.

¹⁸ Es de destacar que la doctrina considera que este tipo de tutela anticipada, constituye una cautela cuya nota distintiva es que los resultados emergentes de la actividad anticipatorio prácticamente hacen inútil el decisorio de fondo, desde que la modificación operada en el mundo exterior aparece, en los hechos, como irreversible (De Lazzari, Eduardo N.; La cautela material, J.A. 1996-IV-651).

¹⁹ El art. 1083 del Cód. Civil, dispone que “el resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuere imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero”.

²⁰ Este criterio de la Corte que fue definitivamente sentado –por sus alcances- en el leading case Camacho Acosta, pues se depuraron aspectos liminares que hacen a la distinción de las

Pese a que -como fuera señalado- la denominación prohibición de innovar causa confusión, y ello se ha prestado a interpretaciones variadas, conviene tener presente no sólo sus orígenes, sino además su regulación, para interpretarla adecuadamente y advertir a través suyo la existencia de una medida que puede revestir el carácter de sistema matriz de todas las medidas cautelares que contemplan los ordenamientos adjetivos.

4.1.- Antecedentes históricos de la prohibición de innovar

El origen histórico de la prohibición de innovar suele vincularse al estado de pendencia que en el derecho romano había dado lugar a un

dos facetas de la prohibición de innovar y además a algunos valladares que los jueces de grado no podían superar arropados en la idea de prejuzgamiento, o en la superposición de las pretensiones cautelares y sustanciales, entre otros aspectos, fue seguido desde entonces por los demás tribunales inferiores, así se resolvió que: “respecto de la coincidencia de objeto entre la medida cautelar solicitada y la acción de amparo deducida, cabe tener en cuenta –en principio– que, en aquellos casos en los cuales la medida decretada por el juez se presenta como la única susceptible de cumplir con la cautela del derecho invocado (art. 230 inc. 3 CPCCN), no se puede descartar su aplicación por temor a incurrir en prejuzgamiento, cuando, además, existen fundamentos que imponen expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada (Corte Suprema, in re Camacho Acosta, Maximino c/Grafi Graf S.R.L. y Otros, C.2348.XXXII, del 7/8/97; asimismo, esta sala, causas 889/99 del 15/4/99 y 436/99 del 8/6/99). Estos institutos procesales enfocan sus proyecciones sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, pues se encuentran dirigidos a evitar los perjuicios que se pudieran producir en el caso de que no se dicte la medida, tornándose dificultosa o imposible su reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva. En consecuencia, una solución diferente a la que aquí se propicia convertiría a este tipo de medida en una mera apariencia jurídica sin sustento en las concretas circunstancias de la causa, habida cuenta de que toda presentación en tal carácter se enfrentaría con el impedimento de un eventual prejuzgamiento sobre la cuestión de fondo. Por otra parte, se debe destacar que la decisión del tribunal sobre la medida cautelar no es definitiva sobre la pretensión y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia de la situación actual dirigida a conciliar –según el grado de verosimilitud– los probados intereses del actor y el derecho constitucional de defensa del demandado (conf. Corte Suprema causa cit.) (CNCiv. y Com. Fed., Sala I, 27/4/04, in re “García, María C. c/Unión Personal s/Amparo, Lexis nro. 11/38999).

principio que disponía “*lite pendente nihil innovetur*”, que si bien era más extenso en su contenido, en esta síntesis se reflejó el criterio en virtud del cual desde la antigüedad se interpretó que mientras el litigio estuviera pendiente nada debía innovarse.

Ese principio pasó a las Leyes de Partidas y luego fue regulado específicamente por el derecho canónico. Desde allí pasó al derecho patrio, en donde se puede encontrar previsto en la legislación sustancial.

Así Vélez Sársfield lo incorporó en diversas normas del Código Civil (vgr. Arts. 2483, 2788, 2500, entre otros), y con el dictado de lo que representaría el código de procedimientos federal de entonces, que era la vieja Ley 50 del año 1863, también se reflejó en su art. 337²¹.

Luego fue receptado también por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que precisamente había sentado como doctrina que pendiente el litigio nada debía ser innovado²², pues había señalado el máximo

²¹ Obsérvese que en el art. 2500 del Código Civil, al regularse la obra nueva se contempló en esa norma que “la acción posesoria tiene el objeto de que la obra se suspenda durante el juicio y que a su terminación se mande deshacer lo hecho”; y precisamente el art. 337 de la Ley 50 contemplaba una norma de similar alcance pues disponía que “presentada que sea la demanda de obra nueva, el juez decretará su suspensión, citando al denunciante y denunciado a juicio verbal...”. Como se puede advertir –si bien no existía una regulación específica- el principio evidentemente era conocido en nuestra legislación.

²² Fallos 27:166; 35:254; 122:255, entre otros que desde antiguo marcaron la doctrina del Alto Tribunal.

Tribunal que su fundamento se debía encontrar en el aseguramiento de la igualdad de las partes ante la contienda judicial²³.

Como se puede advertir, si bien no existía una regulación específica de lo que luego fue la medida cautelar llamada prohibición de innovar, no sólo se conocía el principio, que fue reflejado en algunas normas de derecho sustancial como las citadas, sino que el mismo tuvo recepción pretoriana. Pese a ello, nunca se lo incorporó a la legislación procesal de entonces.

Con el correr del tiempo, el art. 337 de la Ley 50 fue derogado por la vieja ley 14.237, que fue la última gran reforma de la que fue objeto el viejo código de procedimientos que existía a nivel nacional.

Es importante destacar que ya por la década de los 40, en el siglo pasado, Juan Francisco Linares señalaba -como fue recogido luego por la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación- que el fundamento axiológico de la medida, y agregó textualmente “al igual que el de las demás figuras precautorias”, es el de asegurar a las partes un relativo pie de igualdad, afirmar la observancia de la buena fe por las mismas, evitar daños irreparables, facilitar el buen orden procesal y economía y evitar que las partes se hagan justicia por mano propia, etc.,

²³ El fundamento axiológico de la prohibición de innovar es el de asegurar la igualdad de las partes ante la contienda judicial, pues es regla de derecho que, pendiente un pleito, no puede cambiarse el estado de la cosa objeto del mismo para que no sea trabada la acción de la justicia, y pueda ser entregada la cosa litigiosa al que debe recibirla (Fallos 247:63; 265:236).

pues –agrega- todas esas razones no son sino expresiones concretas de la justicia, orden, seguridad, etc., que el proceso civil debe consagrar en cuanto es derecho²⁴.

Resaltaba Linares en el trabajo referido, que esa regulación que tenía el principio, por ejemplo, en el art. 2500 del Código Civil de Vélez Sársfield, se había visto ampliada en el proyecto de nuevo Código Civil de Bibiloni, razón por la que destacó que resultaba de interés señalar que la medida, cuando se dicta “in limine litis”, permite advertir que su fundamento no se encuentra en realidad en el litigio, sino en la relación procesal o la situación procesal habida entre las partes. Así concluyó que la prohibición de innovar puede dictarse “in limine litis”, como también “pendente litis”, siguiendo para ello los lineamientos del proyecto de Bibiloni.

Eso permite advertir la obligación de las partes que es preexistente al proceso, de abstenerse de alterar el estado de las cosas, como consecuencia de la buena fe con la que deben ejercer sus derechos, aspecto esencial a tener en cuenta para despejar todo tipo de dudas con relación a la interpretación de la primera parte del art. 230 del Código Procesal, que alude a “toda clase de juicio”, y la carencia de

²⁴ Se aprecia con toda evidencia la influencia de la escuela egológica del derecho en el autor en el trabajo citado en homenaje a Eduardo J. Couture. Véase Linares, Juan Francisco; La prohibición de innovar – Bases para su sistemática; Revista del Colegio de Abogados, Año XXI, T. XX, nro. 6, período noviembre-diciembre de 1942.

fundamentación a esa interpretación restrictiva que indicaba que únicamente procedía la prohibición de innovar cuando existiera un juicio pendiente. Como se advierte, son situaciones –si bien superadas– que no deben ofrecer ningún tipo de dudas en su alcance, y que finalmente la jurisprudencia se ha encargado de despejar totalmente, ya que es admisible la prohibición de innovar aún antes de iniciarse el proceso judicial²⁵.

Otro aspecto importante a tener en cuenta es que esos principios que estaban consagrados en la legislación sustancial, allí se mantuvieron, lo que permite aludir a una especie de dispersión de sistemas de índole cautelar, que surgen no sólo de ella sino luego de la legislación procesal.

Fue en 1967, con el dictado del actual Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (ley 17.454), que se incorporó la figura de la prohibición de innovar, para lo cual no puede dejar de señalarse la importancia que había tenido la influencia de la doctrina italiana sobre la nacional.

Esto le había hecho sostener a Carnelutti, contemporáneo de Calamandrei y discípulos ambos de Chiovenda, en forma concordante con lo que había sostenido Calamandrei, que existía un proceso conservativo y otro innovativo en materia cautelar, toda vez que la

²⁵ Prueba elocuente de lo expuesto, se puede apreciar en la medida cautelar denominada “autónoma” que no es más que un desmembramiento de esta prohibición de innovar en el ámbito del proceso administrativo, sin perjuicio de las previsiones del art. 12 in fine de la ley 19.549.

finalidad que con ellos se debía perseguir apuntaba a resguardar la igualdad de ambas partes litigantes ante la jurisdicción²⁶.

Obsérvese la proporcionalidad de los criterios sustentados por la doctrina italiana y el que ya había esbozado la Corte Suprema de Justicia de la Nación a comienzos del siglo pasado, y la propia doctrina nacional.

En el trabajo antes citado de Juan Francisco Linares, luego de comparar la prohibición de innovar con las distintas variantes de injunctions que existen en el sistema del common law, concluyó que si bien los efectos de la prohibición de innovar inciden forzosamente sobre la conducta de las partes, no solamente el intimado debe abstenerse de realizar algo (no innovar), sino que pueden presentarse casos en que la conducta ordenada por la medida sea la de actuar positivamente, como

²⁶ La denominación “proceso” no debe llevar a confusión, pues bien señalaba Podetti, que no existe una acción cautelar diferente de una de condena o declarativa o eventualmente ejecutiva o constitutiva, y recuerda además citando al propio Carnelutti que el que él llama proceso cautelar, en definitiva es un accesorio que reporta a un proceso principal, de ahí que luego citando a Redenti, aluda a los “procedimientos cautelares” (Podetti, J. Ramiro; Ob. cit., p. 18 y ss.). El mismo Carnelutti en sus Instituciones señala precisamente que el que llama “proceso cautelar” no es un proceso autónomo sino que sirve para garantizar el buen fin de otro proceso, de ahí que a continuación indique que cautelar puede no ser un proceso, sino un acto o providencia, más allá de su distinción en proceso cautelar instrumental y final (Carnelutti, Francesco; Instituciones del Proceso Civil, Ed. Librería El Foro, 1997, T. I, p. 88).

consecuencia de que lo dañoso sería la omisión precisamente (esto es, innovar), y da como ejemplo, desocupar un terreno o un edificio²⁷.

Evidentemente se pretendía evitar que cualquiera de las partes –por vías de hecho- actuara en desmedro de su contrario y transformar así en estéril la actuación de la jurisdicción. De ahí la importancia de que originariamente se apuntaba a mantener la cosa objeto del litigio, persiguiendo para ello que ambas partes estén en igualdad de condiciones ante la jurisdicción; es por eso que teóricamente la denominación de esta medida “prohibición de innovar”, -que si bien es de reconocer que genera confusión o dudas por su denominación, no debería provocarlas- a lo que se apuntaba era a no alterar el equilibrio que debían observar las partes en el proceso; de ahí, en definitiva, la necesidad de corregir por vía de esta cautelar hacia atrás en el tiempo o para el futuro cualquier tipo de desfase, innovando o manteniendo, en aras de que ambas partes estén en igualdad de condiciones ante la jurisdicción.

5.- REGULACION LEGAL

²⁷ Linares, Juan F.; op. cit., p. 845; quien a su vez citando a Cossio (Las Lagunas del Derecho, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1942, p. 66 al final), destaca que no se puede desconocer que el no hacer es un modo de obrar, es decir una acción o conducta.

De esta breve síntesis histórica se puede advertir que finalmente en el Código Procesal de la Nación, que fue seguido por la gran mayoría de las provincias²⁸, se reguló la prohibición de innovar en el art. 230, que concibió estas dos facetas de la actuación de la jurisdicción, con carácter asegurativo; esto es, como lo había puesto ya de manifiesto la doctrina tanto nacional como extranjera, manteniendo o alterando un determinado status quo²⁹, en los siguientes términos:

“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”.

²⁸ Entre las que no la han regulado con la misma fórmula que el Código Procesal Nacional, se destacan los Códigos Procesales de las Provincias de Mendoza, Santa Fe, Jujuy y Tucumán. No obstante ello, por ejemplo en la Provincia de Santa Fe, el Código Procesal establece en su art. 289, que “en cualquier estado del proceso anterior a la sentencia definitiva, a petición de parte, y si a juicio del tribunal la medida fuere necesaria, podrá ordenarse la prohibición de innovar en lo que sea materia del pleito a todos los litigantes”; y del mismo modo que se ha expuesto esta temática, se ha interpretado que “corresponde admitir como medida cautelar innovativa la solicitud de alimentos provisorios a favor de una persona por nacer incoada por la madre de ésta, pues la verosimilitud del derecho surge de la existencia del vínculo matrimonial entre la reclamante y el emplazado, y el peligro en la demora deriva de la gravedad de la progenitora y del abandono por parte del marido” (Trib. Coleg. Civ., 5ta. Nom., Rosario; 6/8/08, G., B.P. c/M., H.H., diario L.L. del 7/10/08, p. 6).

²⁹ Ese principio también fue interpretado con el mismo alcance por la Corte Suprema quien en un precedente de 1889 ya había interpretado que la orden de no innovar, en la demanda sobre exención de impuestos y no concesión de otras usinas de gas, entablada contra la Municipalidad, no comprende la aprobación de planos que ésta haga de otra compañía (Fallos 37:325).

De tal forma se advierte de su simple lectura, que esta medida resulta procedente cuando se reúnen los requisitos que hacen a la viabilidad de todas las cautelares, aspecto que se refleja en el primer inciso y el comienzo del segundo, porque se alude a la demostración de la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora³⁰.

Y a continuación se señalan los dos aspectos que ya había anotado la doctrina italiana cuando analizó la actuación de la jurisdicción con carácter asegurativo.

Obsérvese que se indica en el segundo inciso que si el peligro de la demora –como presupuesto de toda cautelar- proviene del mantenimiento de un determinado statu quo, se faculta a la jurisdicción a alterarlo, es decir a innovar, ya que el mantenimiento de esa situación es la que origina el peligro que se pretende aventar³¹.

³⁰ La Corte ha señalado que como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (Fallos 306:2060).

³¹ En el análisis de cualquier medida cautelar debe considerarse que ésta significa un anticipo de la garantía jurisdiccional, para impedir que el derecho cuyo reconocimiento se pretende obtener a través del pronunciamiento pierda su virtualidad o eficacia durante el lapso que transcurre entre su iniciación y el pronunciamiento de la sentencia definitiva. Así, uno de los presupuestos en que se fundan las medidas cautelares es la verosimilitud del derecho, entendido como la posibilidad de que éste exista no como una incontrastable realidad que sólo se logrará conocer al agotarse el trámite respectivo. La pretensión actora por vía de la medida requerida, aún cuando pudiese entenderse que satisface ante tempus, el objeto principal del amparo, y ya sea que se interprete la petición como una medida innovativa interinal o innovativa con fines asegurativos o preventivos (medida innovativa), no obsta a su procedencia

De tal forma se ha resuelto 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. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema- (Fallos 326:3729; 326:3210; 326:2261; 327:2490, entre otros).

Esta no es otra más que la faceta innovativa de la prohibición de innovar, pues el peligro de un daño o bien el daño mismo que se genera, proviene del mantenimiento de un determinado statu quo.

En la otra faceta que corresponde analizar, se puede apreciar que la norma señala que si el peligro proviene de la alteración de un determinado statu quo, se faculta a la jurisdicción a su mantenimiento, esto es la faceta de no innovar de esta medida, por la cual se propende a mantener una situación determinada pues el peligro proviene de su posible alteración.

en razón de las particularidades del caso (CNCiv., Sala B, 8/7/05, in re "F., C.A. c/Sistema de Protección Médica S.A. – División Tim).

En ambos supuestos, sea que el peligro provenga del mantenimiento de una determinada situación de hecho o de derecho, o bien de su alteración, obsérvese que el legislador con toda claridad señaló que ese peligro en la demora, como presupuesto esencial que hace a la procedencia de toda cautelar, tiene que ser analizado, pues la inactividad de la jurisdicción podría influir en la sentencia, porque convertiría su ejecución en ineficaz o eventualmente imposible.

Es de destacar, con respecto a la redacción impresa al art. 230 del Código Procesal, que la doctrina ha interpretado parcialmente este precepto, siendo coincidentes los criterios esbozados por Palacio y de Lázzari en ese sentido, toda vez que su redacción no ha sido observada integralmente y además se han abocado de lleno a tratar sólo un aspecto de todo su alcance, precisamente la faceta que apunta a no innovar, es decir, al mantenimiento de un determinado statu quo, pasando por alto que la norma resulta clara en el sentido de los requisitos que deben observarse para su dictado, en miras a los fines que la misma persigue³².

³² En el sentido expuesto, puede verse De Lazzari, Eduardo N.; Medidas Cautelares, Ed. Platense, p. 547, que señala que la distinción entre la faceta de no innovar y la innovativa dentro de los pliegues del art. 230 del Código Procesal fue inexplicablemente omitido en su consideración por la doctrina y la jurisprudencia. En idéntico sentido se expide Palacio, quien señala que tanto Reimundín como Podetti, a partir del Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Salta en 1979, omitieron toda consideración de la faceta innovativa dentro de la prohibición de innovar restringiendo solo su análisis a la faceta de no innovar, como medida de no innovar, circunstancia que también involucra a la jurisprudencia, ya que refiere que los jueces en muchos casos en lugar de aplicar el art. 230 en cualquiera de sus dos facetas, en

Como se señalara, la medida procede en todo tipo de juicio, lo que no significa por el contenido total del precepto analizado, que requiera la existencia de un juicio previo, pues puede ser requerida antes de su inicio.

A lo que apunta esta actuación es precisamente a resguardar los derechos que aparecen involucrados en el conflicto, de modo tal de permitir así el desarrollo del proceso y acceder –por esa vía- a la obtención de un pronunciamiento de mérito que permita la actuación de la voluntad de la ley, sin la cual el proceso carecería de sentido y por ende también la sentencia a la que se pueda acceder.

Finalmente, la última parte de la norma da la pauta del carácter residual y genérico de la prohibición de innovar, pues señala precisamente que resultará operativa en tanto y en cuanto no exista la posibilidad de obtener la cautela solicitada por medio de otra medida.

6.- OTRAS VIAS DE MANIFESTACION DE TUTELA ANTICIPATORIA

especial a la innovativa, lo invocaron junto con el art. 232 que contempla la medida cautelar innominada, generando las dudas interpretativas sobre su alcance, de ahí que refiera en el trabajo aludido a la venerable antigüedad que tiene la medida innovativa (Palacio, Lino E.; La venerable antigüedad de la medida cautelar innovativa y su alcance actual, Revista de Derecho Procesal, 1998, p. 105 y ss.).

Toda vez que es el proceso de daños el que corresponde abordar en este trabajo, y de la posibilidad de contrarrestar el consumo de tiempo que naturalmente tiene para resguardar los derechos que estuvieran involucrados, es conveniente señalar que el legislador ha contemplado otras variantes de tutela anticipada, consagradas en forma expresa en la legislación sustancial, por medio de la cual se obtiene un resultado similar al expuesto precedentemente.

Es decir, evitar los daños que pueda generar el desarrollo del proceso en sí mismo cuando existan situaciones de carácter excepcional que requieran un determinado resguardo o protección.

Sirva como ejemplo de ello, lo normado por el art. 18 de la ley 11.653 de procedimiento laboral de la Provincia de Buenos Aires que dispone que “aún antes de iniciada la acción y en cualquier estado del juicio y a petición de parte, el tribunal podrá decretar medidas cautelares cuando, a su criterio y según el mérito que arrojen los autos, resulte procedente el resguardo del derecho invocado. Del mismo modo podrá disponer que el empleador provea gratuitamente la asistencia médica y farmacéutica requerida por la víctima, en las condiciones establecidas por la ley nacional de aplicación”.

Otras manifestaciones la podemos encontrar en el resguardo de personas, con las medidas previstas no sólo en la ley de protección

contra la violencia familiar (art. 4 de la ley 24.417), sino en el propio Código Procesal en el art. 234; o la ley de medio ambiente 25.675 (véase su art. 4), entre otras manifestaciones.

Lo cierto es que a través de todas ellas se persigue idéntica finalidad, evitar los daños en ciernes o que con toda evidencia se manifiestan de asumirse una actitud omisiva, de ahí la viabilidad de este tipo de medidas que consagradas tanto por el legislador, como por la jurisprudencia, han consolidado un camino que permite aventar los riesgos de enfrentar un proceso de daños, con el consumo que naturalmente hace del tiempo, en forma más eficaz porque la tutela viene puesta dentro de los pliegues de una actuación cautelar más allá de su superposición con la pretensión sustancial, que como se ha visto del precedente Camacho Acosta, la propia Corte Suprema ha despejado el camino de su aplicación, relevando a los jueces de todo tipo de prejuizamiento y consolidando un sistema que permite aventar los perjuicios del consumo de tiempo por el proceso.

7.- CONCLUSIONES

De lo expuesto hasta aquí, se puede advertir que tanto en el proceso de daños, al igual que en otros, el transcurso del tiempo llega a desvirtuar

el sentido garantista que aquél posee, y los derechos que de algún modo intenta proteger (haciendo actuar la voluntad de la ley), paradójicamente los desprotege, desde luego que ello no es producto de una intencionalidad premeditada, sino por el contrario el resultado de conductas anquilosadas, que reposan en estructuras que ya resultan caducas para atender algunas situaciones que nos presenta nuestra realidad cotidiana.

Esto, lleva a tener en cuenta dos aspectos esenciales, la particularidad de los *hechos* que debe manejar la jurisdicción, y la forma en que accede a su conocimiento, como asimismo, la posibilidad de evitar un agravamiento en los *daños* producidos (sea por acción o por omisión).

Uno de los avances más importantes en esta materia se puede sostener que ha sido la cristalización por el más Alto Tribunal de la doctrina de la tutela anticipada en el leading case Camacho Acosta, que importa entre otros aspectos la liberación de los jueces de la carga del prejuzgamiento a través de la cual se niegan en algunos casos a otorgar este tipo de anticipos, o bien el reconocimiento de la medida innovativa que la distingue de la medida de no innovar, como sistema adecuado para este tipo de cautela, pues de lo contrario carecería de virtualidad su existencia en el Código Procesal.

Tampoco importa que la tutela anticipada sea peticionada antes de la traba de la litis, o bien durante su desarrollo, sino que el estándar valorativo pasa por los hechos que la generan, y la forma en que se pueden encauzar, a los fines de propender a la eficacia del proceso judicial.

Es decir, la relación de conocimiento que se plantea entre los hechos y el rol que le cabe al juez para su superación, entendida ésta, no como un mecanismo que tiende lisa y llanamente a su extinción, sino por el contrario a su contención, en aras a evitar un daño mayor.

En él, no solamente se podría analizar la situación de urgencia que se ha suscitado en el proceso, que reclama el anticipo jurisdiccional, sino el grado de conocimiento que posee el juez para resolver la cuestión³³, como igualmente la prueba que resta producir, su incidencia en la causa, la trascendencia que va a tener la tutela cuyo anticipo se solicita, con respecto a la sentencia de mérito, la conducta evidenciada por el demandado, y desde luego dentro de ella la seriedad de sus planteos.

³³ En este sentido consideramos sumamente valioso el aporte que han hecho Arazi y Kaminker en la obra colectiva dirigida por Peyrano *Medidas Autosatisfactivas*, p. 41 y ss., en especial p. 44, ya que muestran el arco de conocimiento que se abre para el juez desde el simple humo de buen derecho (*fumus bonis iuris*), requisito indispensable para el dictado de una medida cautelar, pasando por la fuerte probabilidad de la que nos hablaba Carbone en esa misma obra (ver nota 13), hasta llegar a la evidencia, para lo cual el juez tiene una certeza similar a la que obtiene en oportunidad de dictar sentencia, y desde luego la importancia que estos grados del conocimiento presentan para el andamiaje de nuestro instituto.

Este mecanismo, tiende a la superación de situaciones afligentes, como también de criterios dogmáticos que no se condicen con nuestra realidad, y va de suyo que ello generará un mayor garantismo en el proceso, a favor del quien resulte compelido a hacer frente a esa tutela anticipada, toda vez que conocerá los límites de su situación con mayor claridad.