

LA TUTELA ANTICIPADA EN EL PROCESO DE DAÑOS

Por Jorge A. Rojas

I.- ALGUNAS PRECISIONES

Conviene puntualizar algunos aspectos, para abordar una temática tan amplia como la que puede abarcar la tutela anticipada, dentro del proceso de daños.

Entiendo oportuno para ello, partir de un presupuesto básico que es el que resulta de la conceptualizar técnicamente al proceso de daños. En este sentido podemos considerar como tal, al proceso de conocimiento plenario, al margen de que se trate de un sumario o un ordinario, pues siempre en ambos supuestos estamos frente a un típico proceso de conocimiento, caracterizado por la amplitud que se brinda al justiciable para la exposición de los hechos, en base a la teoría de la sustanciación, y por ende a la evaluación que de ellos va a hacer el juez de acuerdo con la operación de subsunción jurídica 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 viciarán ese proceso.

De tal modo, aquí se produce el primer conflicto sobre el que debemos reposar nuestra mirada, es decir, como compatibilizar el consumo de tiempo por el proceso judicial, con la necesidad de una tutela efectiva, queriendo significar con ello no solo la eficacia, sino además la celeridad en obtenerla.

Aquí es donde aparece la figura que ocupa a gran parte de los procesalistas, la denominada tutela anticipada, que podemos definir como aquél anticipo jurisdiccional, que resulta tal por ser emitido antes de la sentencia definitiva que recaiga sobre el objeto sustancial de las pretensiones esgrimidas por las partes en el proceso¹.

Por lo tanto la pregunta que cabe que nos formulemos es si resulta posible que acontezca este "anticipo jurisdiccional", sobre el fondo del litigio, en un momento del proceso anterior a la sentencia de mérito, y en su caso de qué modo se produce esta situación.

Analizar los antecedentes de esta figura, como asimismo su comportamiento en nuestra jurisprudencia nos puede ayudar a determinar su viabilidad en el proceso de daños, y la importancia que puede llegar a tener como mecanismo de paz social.

II.- LA CONFORMACION DE ESTA FIGURA

Es importante que tengamos en cuenta que no solo en la jurisprudencia de nuestro país ha tenido andamiaje esta figura que denominamos tutela anticipada, sino que existen distintos mecanismos de regulación, algunos consagrados, otros en estado legislativo.

¹ En el sentido expuesto señala Arazi que la tutela anticipada presupone la necesidad de satisfacer de manera urgente, total o parcialmente la pretensión que el peticionario formulara en el proceso, antes del dictado de la sentencia definitiva, por el daño irreparable que originaría cualquier dilación (Arazi, Roland; Tutela Anticipada, Revista de Derecho Procesal N° 1, p. 391, Ed. Rubinzal-Culzoni).

Considero que puede ser oportuno recordar el art. 375 del Código Civil, cuando Vélez concibió a los alimentos provisionales a favor del alimentado, como una clara demostración de anticipación de tutela jurisdiccional, o que nos refiramos a la consagración que tuvo el instituto en legislaciones en las que abrevó nuestro derecho, importando algunas figuras a través de la doctrina allí imperante, como el caso de las denuncias de daño temido y de obra nueva del derecho italiano, sino fundamentalmente como se ha comportado nuestro instituto en el derecho viviente, que es la propia jurisprudencia.

Aquí si tenemos antecedentes muy valiosos, que sería importante tener en cuenta, para detenernos por lo menos un momento en un análisis puntual de esta figura, que nos lleva a ver cuál es su realidad para las cosas cotidianas, a partir del alcance que le dieron nuestros tribunales.

En este sentido, podemos distinguir dos líneas claramente definidas en su aplicación, por un lado una clara manifestación legislativa, que la jurisdicción no se rehusó a aplicar, así tenemos en el propio Código Civil que antes mencionamos, 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 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 lo que en otra oportunidad denominé un ámbito excepcional de las medidas cautelares².

En estos casos, más especiales -por encontrar una denominación diferenciadora de la anterior- podemos 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.

Aunque por supuesto, a ello se le han sumado algunos aditamentos especiales que debemos ponderar, como la existencia de un daño irreparable, o bien para no plantearlo exclusivamente dentro del terreno patrimonial, un choque evidente entre el daño padecido por el solicitante y el transcurso del tiempo que normalmente insume un proceso judicial ordinario.

Además, se han contemplado situaciones excepcionales, que sí pueden ser sumergidas dentro del estándar clásico de peligro en la demora, que sin llegar a generar un daño irreparable, su mantenimiento sí podía concluir en ese sentido.

Finalmente, se ha utilizado en la mayoría de los casos la figura de la medida cautelar innovativa, que en la mayoría de los supuestos se la ha incluido dentro de los pliegues del art. 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pese a que algunos como Palacio, sostiene 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 innovar³.

² 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.

³ 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.

En estas condiciones, llegamos a la actualidad, encontrándonos con que ha cobrado una sobrada dimensión esta “tutela especial por su carácter anticipatorio de la sentencia definitiva”, no solo porque se la ha utilizado jurisprudencialmente, sino porque además se la ha regulado específicamente en distintos lugares, al margen de otros tantos proyectos que existen –reiteramos– en estado legislativo⁴.

Por lo tanto, la cuestión que se nos plantea, es como poder hacer uso de la misma en un proceso de las características del proceso de daños, y esto nos lleva a que debamos profundizar más aún en la génesis y finalidad que tiene esta tutela anticipatoria, pues en muchos casos su utilización ha fracasado por la existencia de la figura del prejuzgamiento, que inhibe a la jurisdicción de avanzar sobre el particular.

III.- ANTECEDENTES

Puede ser un lugar común, caer en un clásico en la materia como es Calamandrei, quien siguiendo a Chiovenda señalaba que hay tres formas en que actúa la ley en el proceso, uno es la cognición, otra es la conservación y otra es la ejecución⁵.

También este autor siguiendo a Chiovenda, enseñaba al analizar el cariz que tienen las providencias cautelares, que existía un conjunto de providencias que las denominaba “instructorias anticipadas”, las cuales resultaban útiles para la eficacia del proceso, pues aseguraban o conservaban pruebas⁶.

Esta es una clara manifestación de una medida que tiene alcance cautelar, al margen de que su regulación no sea idéntica en nuestros ordenamientos adjetivos, que es la producción de prueba anticipada, que resulta por ende una manifestación de tutela anticipatoria desde un punto de vista concreto que hace a la eficacia futura del proceso⁷.

Otro grupo de providencias cautelares, ya más clásico o tradicional, es aquél que apunta a lograr la futura ejecución de la sentencia, asegurando bienes que puedan responder a tal fin. Estas medidas asegurativas o conservatorias de bienes, tienden a lograr en el futuro, la eficacia del proceso pero desde otro punto de vista, no en punto a la consecución de la verdad material, sino a la efectivización de la sentencia que en él se dicte.

Aunque cambiemos el orden expositivo que utilizó Calamandrei, el tercer grupo es el de aquellas resoluciones que desde el punto de vista cautelar, persiguen el aseguramiento que debe brindar el solicitante de una medida cautelar, a través de la caución respectiva, por los daños que ocasione la traba indebida de aquella.

⁴ Vgr. en Santa Fe, o en Corrientes, o inclusive para el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en donde entre otras cosas se pretende una reforma que consagre una anticipación de tutela en el desalojo por falta de pago y vencimiento de contrato (art. 684 bis), entre otras.

⁵ Véase Calamandrei, Piero; Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, p. 34, Ed. Librería El Foro, 1996.

⁶ Calamandrei, Ob. cit., p. 53 y ss.

⁷ En este sentido es importante destacar que mientras la doctrina, en algunos casos considera que la prueba anticipada no puede ser interpretada como un mecanismo cautelar (vgr. Ramos Mendez, Francisco, Derecho Procesal Civil, T. II, p. 956, Ed. Librería Bosch, Barcelona, 1986; o entre nosotros Arazi, Roland y Otros, Medidas cautelares, p. 17 y ss., Ed. Astrea), en algunas legislaciones, por caso la de Santa Fe, el Código Procesal Civil y Comercial, en el Título V, referido a las medidas cautelares, en la primera sección (arts. 272 y ss.), contempla el régimen de aseguramiento de pruebas al que venimos haciendo referencia.

Finalmente, hemos dejado para en cuarto lugar, un grupo de providencias que Calamandrei denomina “providencias temporales”, que son aquellas que si bien se dictan antes de la sentencia definitiva, quedan a la espera de ésta para su perfeccionamiento, pero que Calamandrei señala que se dan a los fines de evitar un daño irreparable.

Para este autor, no importa el carácter cautelar que las mismas tienen, pues sin perjuicio de avanzar sobre la sentencia de mérito, es merced a ella que –sostuvo- vienen a perfeccionarse.

Si bien Calamandrei no tuvo inconvenientes en desarrollar su clasificación del modo que lo dejamos expuesto, en relación a esta última categoría, sostuvo una disidencia de suma importancia con Allorio, de quien reconoció su gran amistad, de ahí su empeño en la demostración de su posición.

Apoyado en las providencias declarativas con predominante función ejecutiva de Chioyenda⁸, sostuvo que estas providencias resultaban cautelares, por ende no podían ser concebidas de una manera distinta, pues eran anteriores al dictado de la sentencia y por ende al máximo grado de certeza que adquiere el juez al pronunciar aquella.

Por supuesto que Allorio sostenía lo contrario, considerando que estas resoluciones excedían el marco tradicional de las medidas cautelares, y por ende no podían ser consideradas como tales.

Evidentemente la cuestión desde comienzos de siglo (de la década de los años 30) así se trasladó a nuestros días, y esto ha llevado a nuestros tribunales al otorgamiento de una tutela especial por su diferenciación en el mecanismo de obtención al que resulta de una sentencia.

IV.- NUESTRA INTERPRETACION

Actualmente la tutela anticipada podemos señalar -solo a modo de ejemplo- su regulación puntual en el art. 700 del Código Procesal Civil italiano, una regulación específica en el art. 273 del Código del Proceso de Brasil, o la regulación que tiene en el Código General del Proceso de Uruguay.

En todos esos ejemplos, del mismo modo que ha sucedido en nuestro país, la regulación de este instituto requiere para su andamiaje de algunos aditamentos que exceden el marco tradicional de las medidas cautelares.

Sirva como ejemplo de ello, citar la regulación que ha recibido recientemente en el Código Procesal Civil y Comercial sancionado en la Provincia de la Pampa⁹, del cual se desprende en su art. 231 lo siguiente: “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 irreparables en la sentencia definitiva.

La decisión no configurará prejuzgamiento.

⁸ Véase de este autor, a quien sigue Calamandrei, Principios de Derecho Procesal Civil, T. I, p. 250 y ss., Ed. Reus, Madrid, 1977.

⁹ A través de la ley 1828 de esa Provincia.

Solicitada la tutela el juez designará audiencia con carácter urgente, a la que serán citadas las partes interesadas. Concluída 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”.

Desde luego que no perseguimos aquí hacer un análisis de la norma señalada, sino por el contrario dejar en evidencia la forma en que es receptado el instituto en las distintas legislaciones, y cómo podemos compatibilizar ello con el proceso de daños que aquí nos ocupa.

Es evidente que el anticipo jurisdiccional que importa una tutela anticipada, nos lleva inexorablemente a señalar que la misma excede –como ya lo dijimos- el ámbito tradicional o clásico de las medidas cautelares, por eso consideramos que existen dos ámbitos para las medidas cautelares, uno clásico, o normal, y otro excepcional, que si bien toma en cuenta algunos de sus parámetros, las excede claramente, dentro del cual debemos involucrar a la tutela anticipatoria.

Por lo tanto, si partimos 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.

Si avanzamos en el tiempo, podemos comprobar que en nuestros días¹⁰ la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostuvo en este tema, que era procedente un anticipo jurisdiccional a través de una medida cautelar que identificó como innovativa y se encargó –al margen de disidencias doctrinarias- de identificarla como innovativa, con apoyo en la letra del art. 232 del Código Procesal, diferenciándola de la medida de no innovar que consagra el art. 230 de ese cuerpo legal.

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 que denominamos marco tradicional de las medidas cautelares.

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 esta que ahora nos ocupa.

Pero por otro lado, y estamos 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 que existiera. De tal modo hizo lugar a la medida cautelar, ordenando suministrar una prótesis para un trabajador, a los fines que éste 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.

¹⁰ En el caso Camacho Acosta c/Grafí Graf S.R.L., 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).

Considero que aquí está la clave de la situación que tratamos de describir una vez más, y 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, lo consideramos tan importante como la existencia del daño mismo, pues esto consiste en no dar la espalda a la realidad, sino asumirla tal como se nos presenta a los fines de determinar el camino más apropiado para su superación, que no siempre puede provenir de una pulcra legislación, sino además de un activismo jurisdiccional¹¹, que no repita conductas disvaliosas detrás de interpretaciones estereotipadas, que deben admitir una mayor flexibilidad en situaciones excepcionales.

Esta es la misma valoración afinada que reclama Palacio para los jueces cuando tengan que pronunciarse respecto a una medida cautelar, 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 instituto¹².

V.- LA SITUACION DE LEGE FERENDA

Por esa razón, consideramos que no debemos introducir una desvirtuación al regular esta figura, de modo de transformarla en ineficaz o inoperante, pues si se pretende la traba de la litis, o la no producción de efectos irreparables en la sentencia definitiva, o en su caso la “frustración de los derechos”, posiblemente nos involucremos dentro de un marco más rígido del que actualmente tenemos.

Obsérvese que por vía pretoriana, la Corte ha sido más flexible que el modelo de regulación que tomamos a guisa de ejemplo, por lo tanto sería suficiente demostración la existencia de un daño, cuyo agravamiento se produciría de no adoptarse con urgencia, una medida protectora de los derechos vulnerados.

Cabe entonces que nos ocupemos de señalar cómo puede demostrarse la existencia de un derecho vulnerado, si la verosimilitud del derecho puede no resultar suficiente para que esta medida importe un anticipo jurisdiccional. Lo cierto es que en este punto existe un abanico de posibilidades que se da a partir del tradicional *fumus bonis iuris* (humo de buen derecho), que sigue resultándonos apropiado para el dictado de una cautelar, pasando a la fuerte probabilidad¹³, que resultaría una “*cuasi certeza*” para el juez, pero que su alcance dependería de la posible desvirtuación que pudiera aportar la contraparte con medios de prueba que contrarresten la posición del tutelado, hasta la “*evidencia*”, que resulta definitiva, pues no resiste ningún tipo de cortapisas para restarle el valor que tiene para el conocimiento del juez.

Aquí, en este punto, si la determinación de esta situación se da antes, o después de trabada la litis, no consideramos oportuno generar, con ese recaudo, una limitación a la concesión anticipada de tutela por parte de la jurisdicción, por lo cual a nuestro entender el procedimiento debería importar la citación inmediata a una audiencia de carácter tutelar para definir la cuestión, en la cual las partes podrán expedirse sobre la medida que se adoptará, y además harán valer los derechos que estimen corresponderle.

¹¹ Tal como lo reclama Morello desde hace tiempo. Véase de este autor *Anticipación de Tutela*, Ed. Librería Editorial Platense, 1996.

¹² Ver op. cit., p. 112.

¹³ Tal como lo propone Carbone en su trabajo en la obra colectiva dirigida por Jorge W. Peyrano “*Medidas Autosatisfactivas*”, p. 161 y ss., Ed. Rubinzal-Culzoni, 1999.

Distinta es la situación, cuando lo expuesto acontece en el transcurso de un proceso ya iniciado. Aquí, la propuesta de lege ferenda, la debemos asimilar, a un esquema similar a la regulación del juicio abreviado que ha introducido la ley 24.825, al art. 431 bis del Código Procesal Penal de la Nación, el cual en su séptimo inciso preve que : “la acción civil no será resuelta en este procedimiento por juicio abreviado, salvo que exista un acuerdo entre las partes en tal sentido, aunque se podrá deducir en sede civil. Sin embargo, quienes fueron admitidos como partes civiles podrán interponer el recurso de casación en la medida que la sentencia pueda influir sobre el resultado de una reclamación civil posterior”.

Es evidente que el derecho sigue siendo un único cuerpo, pues de la lectura de este precepto pueden surgir ideas sencillas para delinear un proceso que resulte abreviado en un determinado punto, o bien que naciendo los eventuales daños de la reparación de un determinado ilícito, nos lleven a la utilización de una figura como la expuesta, quizás sin la difusión apropiada para su adecuada implementación.

VI.- CONCLUSIONES

De lo expuesto hasta aquí, lo que quisimos reflejar, y esperamos que el trabajo haya sido útil a esa finalidad, es que en el proceso de daños, al igual que en otros procesos, 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 a esos fines, 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, nos lleva a tener en cuenta dos aspectos esenciales, la particularidad de los *hechos* que maneja hoy la jurisdicción, y la forma en que accede a su conocimiento, como asimismo, la posibilidad de evitar un agravamiento en los *daños* producidos.

Para ello, consideramos menester tener en cuenta otros parámetros, que como ya lo señalamos, exceden el ámbito normal de las medidas cautelares, por ejemplo, la convocatoria a las partes a una “audiencia protectoria”, para la cual se deberá tener en cuenta entre otros aspectos, que a mi entender no deberían generar un estandar con la traba de la litis, sino por el contrario, de suscitarse los hechos antes de su traba, apreciar la intensidad con que ellos llegan al conocimiento del juez, para desentrañar el alcance de su urgencia, y la irreparabilidad del eventual daño que se produzca, dándole intervención en su caso al defensor oficial¹⁴.

Como vemos, aquí ya no importa que la tutela anticipada sea peticionada antes de la traba de la litis, o bien durante su desarrollo, sino que el estandar valorativo pasa por los hechos que la generan, y la forma en que los podamos 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.

¹⁴ Observese que por ejemplo el art. 273 del Código del Proceso de Brasil no requiere en modo alguno la traba previa de la litis para la regulación de esta tutela anticipatoria.

Esta alternativa, se puede desarrollar a través de una audiencia de carácter protectorio, como lo proponíamos de lege ferenda, en el supuesto que se planteen antes de la traba de la litis, o bien a través de un juicio abreviado, con idéntica filosofía a la que lo preve el art. 431 del Código Procesal Penal de la Nación, para lo cual la audiencia protectoria que proponemos, podría formar cabeza de ese procedimiento.

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 cuestión¹⁵, 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.

Este mecanismo, tiende a la superación de situaciones afligentes, como también de criterios dogmáticos que no se condicen con nuestra realidad¹⁶, por lo tanto, entendemos más apropiada una regulación de esta índole, que exceda marcadamente el ámbito clásico de las medidas cautelares, con lo cual se superarán criterios encontrados con el alcance de éstas, que tomarlas a las mismas como pautas de referencia del modo que lo ha hecho la Corte Suprema en el caso Camacho Acosta c/Grafi Graf que antes citamos, pues obsérvese que el dogmatismo que trasuntan los fallos de los jueces que intervinieron antes que la causa llegara a nuestra más Alto Tribunal evidencia un marcado apego a la letra de la ley, y la necesidad de evitar por todos los medios posibles un prejuzgamiento.

Por eso, en otra oportunidad entendimos conveniente trabajar con esta figura del prejuzgamiento, para evitarle todo tipo de riesgos al juez, por vía de regulación expresa, que entendemos, sería su reclamo concreto.

Del mismo modo, aparecerá un mayor garantismo en el proceso, a favor del quien resulte compelido a hacer frente a la tutela anticipada, toda vez que conocerá los límites de su situación con mayor claridad.

Sin perjuicio de que la materia permite que nos extendamos en este tipo de disquisiciones teóricas, en la práctica cotidiana, una clara manifestación de tutela anticipada, en el proceso de daños, la tenemos en el régimen de la prueba anticipada, que como lo señalamos, hace a la concreta eficacia del proceso, y como vimos, no se la interpreta literalmente como una medida cautelar, más allá de los ingredientes que la conforman.

Interín, la pregunta que cabe que nos formulemos, sería si podríamos intentar la utilización de esta figura, aunque no exista regulación alguna, como las variantes que aquí proponemos.

¹⁵ 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.

¹⁶ Lacónicamente señala Peyrano en este sentido “el mundo de hoy no es el de ayer”, en su trabajo “La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución, del libro que dirigió “Medida Autosatisfactiva”, p. 26, Ed. Rubinzal-Culzoni.

En ese supuesto, la respuesta sería que por el momento, y contando con el fuerte respaldo que le ha dado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y las claras manifestaciones que tiene este instituto, en nuestra legislación positiva (vgr. art. 375 Cód. Civil, arts. 623 ter ó 680 bis C.P.C.C.N., o bien la ley 24.417 contra la violencia familiar), su utilización puede venir enançada en el respaldo que le ha dado la Corte Suprema de Justicia de la Nación a esta figura, involucrándola –con carácter excepcional- dentro de las medidas cautelares (en especial en la innovativa)¹⁷.

¹⁷ No es una novedad que en la década del 80 la situación que generó la inflación y los mecanismos de ajustes que preveían los mutuos hipotecarios a partir de las tristemente famosas circulares 1050, 687, entre otras, del Banco Central, hicieron que se abarrotaran nuestros tribunales de pronunciamientos jurisdiccionales anticipados, en procesos ordinarios, que preveían por vía de medida cautelar innovativa, la posibilidad que el deudor cumpliera con los términos del contrato que había celebrado, pronunciamiento éste que a la luz de lo que nos enseñaba Calamandrei, luego era confirmado por la sentencia definitiva.