

SISTEMAS DE ACCESO A LA TUTELA ANTICIPADA

Por Jorge A. Rojas

1.- INTRODUCCION

Existe una constante que no resulta patrimonio ya del Derecho Procesal, sino una preocupación del mundo jurídico todo, que se viene reiterando desde siempre, y no es otra que la abreviación del consumo de tiempo por el proceso, aspecto éste que es connatural con aquél.

Siempre se ha intentado superar el tiempo –excesivo- que consume el proceso y si bien los resultados no han sido totalmente satisfactorios, no solo a nivel local, lo que sí es dable advertir es la gestación de una mentalidad renovada, que apuesta sin dudas a una superación que implique un cambio en ese sentido.

Pero el Derecho Procesal no gira dentro de una órbita absolutamente abstracta y aséptica sino que por el contrario convive diariamente con cada uno de los justiciables –que lo padecen- y de los operadores jurídicos que deben utilizarlo, y esto es producto de una realidad que es la que vive el país.

Dentro de esta realidad, no se puede aislar a las personas de una idiosincrasia tan particular -como perjudicial en muchos casos- precisamente porque depende de los operadores que manipulan el sistema, y uno de los aspectos fundamentales radica en el adecuado conocimiento de ese sistema para compatibilizar ese criterio tan especial que delata rasgos tan peculiares de la sociedad argentina.

A tal punto, que en honor a la brevedad, se cometen tropelías de todo tipo, como arrogarse el poder administrador facultades típicas del legislador, y desde allí gestarse situaciones tan odiosas como el embargo de bienes desde una actuación administrativa que depende exclusivamente del funcionario de turno que debe decidir una medida cautelar tal vez sin siquiera ser abogado.

Con lo cual, por vías inapropiadas, no se permite la distinción entre aquello que está bien de aquello que está mal, que resulta tan sencillo contemplar con una simple mirada a la letra de nuestra Ley Fundamental, que para algunos funcionarios parece no serlo tanto.

En esta encrucijada por la que atraviesa el país, a pocos meses de cumplir su bicentenario, está inmerso el Derecho Procesal que no es otra cosa más que una rama de la ciencia jurídica, tan vapuleada como las instituciones básicas de la Nación, a punto que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo que emitir pronunciamientos de hondo contenido político por sus propias connotaciones¹.

Por lo tanto, cuando se alude a la tutela que la doctrina procesal ha denominado anticipada, en primer lugar correspondería discernir en qué consiste, pero en segundo lugar resulta de suma importancia no perder de vista las instituciones básicas que corresponde respetar para no entrar en una vorágine como la apuntada, en la cual todo vale y da lo mismo el respeto al debido proceso, como violar con absoluta indiferencia principios liminares que hacen al debido proceso legal, como el acceso a la jurisdicción o la inviolabilidad de la defensa en juicio, con el agravante que ello implica para nuestro país, por el reconocimiento de los Tratados de Derechos Humanos que también los contemplan dentro del bloque de constitucionalidad al que adhirió la Ley Fundamental.

¹ Sirvan como ejemplo de ello los casos Massa (Fallos 329:5913), con motivo del llamado “corralito financiero”; el caso Mendoza con motivo de la limpieza del Riachuelo (Fallos 331:1622); o los casos “Badaro” (Fallos 329:3089 y 330:4866), para proveer la movilidad jubilatoria para la clase pasiva. Adviértase que todas estas son mandas judiciales que tratar de brindar un rumbo inexplicablemente perdido al poder administrador, de ahí la connotación atribuida.

Los principios que surgen de la C.N. están para ser respetados, se podrá maniobrar con ellos para su adaptación dentro del sistema que los implemente, pero nunca podrán ser violentados. Por eso, las cuestiones fundamentales a discernir en este sentido serían ¿qué resultaría necesario cambiar? ¿cómo se puede gestar ese cambio? Y desde luego ¿qué finalidad se persigue?

Encuadrar estos aspectos dentro de la temática a abordar será el resultado de esta tarea. Por lo tanto, conviene con carácter previo delimitar algunos aspectos que resultan esenciales tener en cuenta para ese abordaje. De tal modo se presenta como eslabón primordial –como se señaló– delimitar en qué consiste una “tutela anticipada”, para conocer luego cuáles serían esos sistemas que permiten acceder a ella.

Por esa razón la tutela anticipada se puede caracterizar como *un 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 a la eficacia de la sentencia definitiva, a través de una inmediata actuación de la ley en el proceso, que evite un daño, o los riesgos de un menoscabo que resultan evidentes o inminentes.*

2.- ¿POR QUÉ ES UN SISTEMA CAUTELAR?

Prácticamente desde el XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, llevado a cabo en la Ciudad de Santa Fe, en el año 1995, cobró carta de ciudadanía el sintagma “procesos urgentes”, y una de las conclusiones que allí se obtuvieron en una de sus comisiones de trabajo fue que dentro de esa nueva categoría que así se dio en llamar, que se consideraba más amplia que la de proceso cautelar, se debían incluir a la medida autosatisfactiva y a las medidas anticipatorias².

De tal forma la doctrina interpreta que la tutela anticipada, denominada también jurisdicción anticipada, o medidas anticipatorias, integra un conjunto dentro del cual se incluye a las medidas cautelares y a la denominada autosatisfactiva, conformándose así esa categoría denominada “procesos urgentes”³.

Que se trata de medidas urgentes no cabe duda alguna, que concretamente la tutela anticipada importe un anticipo de la jurisdicción sobre aquello que debería ser objeto de tratamiento en la sentencia de mérito, en razón precisamente del agravamiento de una determinada situación, tampoco merece cuestionamiento alguno.

La duda se plantea en la consideración de la voz proceso. La cuestión que se genera sería la siguiente ¿puede ser considerada un proceso urgente la tutela anticipada? Y en su caso, si no lo fuera ¿qué es entonces?

Evidentemente un proceso remite indefectiblemente a la consideración de la tesis mayoritaria que se gestó a partir de la creación de von Büllow en el año 1868, que lo concibió como una nueva relación jurídica, de carácter eminentemente procesal, distinta de la relación base que le da origen, y que se sustenta en el conflicto que se pretende solucionar a través suyo⁴.

Esa relación original, se transforma ahora porque aparece en escena la figura del juez, como tercero imparcial que va a dirimir la contienda a través de la actuación de la voluntad de la ley precisamente con un pronunciamiento, que podrá adquirir inmutabilidad y por ende fuerza de cosa juzgada.

De ahí entonces que Taruffo siguiendo a Fazzalari, reconozca en el contradictorio la idea fundamental o núcleo central del proceso, distinguiéndolo así “per differentiam specificam” de los otros procedimientos en los cuales no existe este fundamental núcleo dialéctico.

² Ver Quiróz Fernandez, Juan Carlos; Congresos Nacionales de Derecho Procesal – Conclusiones, Ed. Ruinzal-Culzoni, 1999, p. 269, sum. 1205.

³ De los Santos, Mabel; La prueba en la tutela procesal anticipada, diario L.L. del 6/7/09, p. 1 y ss.

⁴ Puede verse el trabajo de von Büllow, traducido por Rosas Lichtschein en J.A. 1957-II-69, sec. doctrina.

En este sentido destaca además Taruffo –ahora con apoyo en Comoglio- que no se trata de reafirmar la inevitable actuación de la garantía de la defensa en juicio como principio fundamental del Estado moderno, sino que sobre todo se trata de entender que la estructura básica del proceso se fundamenta en la contraposición de dos o más hipótesis relativas a la situación de hecho y de derecho que está en la base de la controversia, por lo cual concluye que el proceso es ante todo controversia y ésta nace de posiciones contrapuestas⁵.

Por lo tanto, con lo expuesto, es sencillo colegir que no puede considerarse a la tutela anticipada como un proceso, porque eventualmente vendrá puesta, como el efecto provocado por una medida anticipada (usualmente cautelar) dentro de él, nunca agotándolo.

La confusión se puede generar porque la vía que se utiliza normalmente para la concesión de una tutela anticipada, es la vía cautelar gestada por el legislador dentro de un ordenamiento procesal. Esto es la posibilidad de contrarrestar la urgencia de una situación afligente, que requiere una atención inmediata por parte de la jurisdicción, con el tiempo que naturalmente consume el proceso.

Pero es evidente que tampoco el proceso cautelar, en donde se incluye a las medidas cautelares, puede ser considerado un verdadero proceso, toda vez que se dan determinadas particularidades que permiten claramente su distinción, como por ejemplo:

El procedimiento cautelar se desarrolla inaudita parte, contrariamente a lo que acaba de señalarse con relación al proceso, en donde además de las dos partes enfrentadas aparece un tercero que es el juez.

Contrariamente a lo que se apuntó con relación al proceso, en el procedimiento cautelar no se constituye una nueva relación jurídica, pues la medida que se solicita tiene un carácter instrumental y se da como consecuencia de la relación justiciable-jurisdicción.

Con relación a lo expuesto precedentemente cabe resaltar la falta de autonomía de la medida cautelar, con relación a un proceso.

Como consecuencia de ello la medida cautelar no sólo puede caducar, sino que además puede ser sustituida, resulta modificable y requiere de una contracautela para su viabilidad.

También lo expuesto trae aparejado, contrariamente a lo que sucede en el proceso, que en el trámite de una medida cautelar no se persiga la actuación de la voluntad de la ley sustancial a través de un pronunciamiento que haga cosa juzgada, sino por el contrario, como se señaló, siempre es mutable.

La actuación que le cabe al afectado por una medida cautelar siempre resulta más restringida que la que corresponde al demandado en un proceso, pues más allá de la vía impugnativa o incidental, siempre su actuación se producirá una vez trabada la medida.

El origen histórico de ambos institutos da cuenta de sus notorias diferencias, pues más allá de remontar el proceso al derecho romano, es de advertir que las medidas cautelares surgen como desmembramiento de los procesos de ejecución en la legislación alemana y cobran su fuerza expansiva sobre finales del siglo XIX, sobre todo por la tarea desplegada por la doctrina italiana.

⁵ Taruffo, Michele; Sobre las Fronteras (escritos sobre la justicia civil), Ed. Temis, Bogotá, 2006, p. 148.

Un último aspecto a tener en cuenta y tal vez el de más resonancia para analizar en este trabajo consiste en advertir, de todo lo expuesto precedentemente la provisoriedad de la decisión cautelar, que se opone a la definitividad del pronunciamiento que es dable esperar con el dictado de la sentencia de mérito en un proceso.

Estos aspectos son algunas de las pautas que conviene no perder de vista para no seguir involucrando a las medidas cautelares dentro de lo que históricamente se conoció como proceso cautelar, toda vez que por sí mismo se demuestra que no se trata en puridad de un verdadero proceso, en tanto se reserve esa denominación para aquella relación señalada al comienzo de este parágrafo.

Concretamente entonces un proceso puede ser identificado por los principios fundantes que lo caracterizan que no son otros que aquellos que diseñó el constituyente, pues surgen de la Ley Fundamental.

Sirva como ejemplo el principio de bilateralidad, que surge del art. 16 C.N. que consagra la igualdad de las partes ante la ley, o el principio de legalidad, en virtud del cual nadie puede ser privado de su propiedad si no es a través del dictado de una sentencia fundada en la ley (conf. art. 17 de la C.N.), o bien el principio de congruencia, que surge del propio art. 18 de la Ley Fundamental, cuando establece que nadie podrá ser condenado sin juicio previo.

Ese juicio previo al que alude la C.N. no se debe restringir solamente al desarrollo, desde el punto de vista formal de aquellos aspectos que permiten el desenvolvimiento de un proceso, sino que importa el juicio de valor que debe hacer la jurisdicción conforme a las reglas de la sana crítica, sobre cuál de las dos posiciones en el pleito es la correcta o verdadera, precisamente porque sana crítica tiene ese sentido, es decir, poder apreciar libre de todo error o vicio, las probanzas de autos para conocer cuál es la postura verdadera que merece la tutela de la jurisdicción.

Estos principios, desde el punto de vista formal, permiten advertir la posibilidad del desarrollo del debido proceso legal, de modo tal que a lo largo de la Ley Fundamental se puede advertir su existencia, sirvan como otros ejemplos el principio de autoridad que consagra también el art. 18 de la C.N. señalando al “juez natural” de la causa, como aquél habilitado para entender en la contienda, o el principio de reserva que consagra el art. 19, entre otros.

Pero a su vez desde el punto de vista sustancial, existe otro principio de suma trascendencia, que es el de razonabilidad, que apunta concretamente a la aplicación de la ley, en el momento en que el juez lleva a cabo la operación de subsunción jurídica (esto es cuando crea la norma individual en la clásica concepción de Couture), que consagra el art. 28 de la C.N. y permite advertir lo que se ha denominado vertiente sustantiva del debido proceso legal.

Ello es así, en razón de que en esa oportunidad, la aplicación de la ley debe sortear el test de constitucionalidad del que hablara Linares, para confrontar la letra de la ley con la de la C.N. de modo de evitar la aplicación de una norma inconstitucional y resguardar así el principio de supremacía constitucional.

Como consecuencia de todos esos principios se puede advertir cómo se ha estructurado el debido proceso legal por el constituyente, con lo cual siguiendo a Díaz estos principios pueden ser concebidos como *los presupuestos políticos de contenido jurídico que determinan la existencia funcional de un ordenamiento procesal cualquiera*⁶.

A esta altura, la cuestión que cabe formular sería ¿cómo puede advertirse la existencia de esos principios dentro de un ordenamiento procesal? y precisamente la respuesta la brinda el mismo autor, señalando que ello se puede advertir a través de sistemas, que constituyen las formas metódicas aptas para el desarrollo de los presupuestos político-jurídicos del Derecho Procesal⁷.

⁶ Díaz, Clemente A.; Instituciones de Derecho Procesal, Ed. Abeledo-Perrot, 1968, T. I, p. 212.

⁷ Díaz, Clemente A.; Ob. cit., T. I, p. 298.

Esta es la razón por la cual conviene identificar no solo a los sistemas cautelares como tales, sino además a la tutela anticipada como un sistema cautelar.

Un *sistema cautelar* puede ser caracterizado como *el conjunto de formas que se estructuran en un determinado ordenamiento procesal para la actuación de la ley con carácter asegurativo o protectorio*.

Esto no significa otra cosa más que advertir que la ley en el proceso, como ya lo señalaba antiguamente Calamandrei, no sólo actúa para que el juez conozca o ejecute, sino también para que el juez conserve. Y conservar señalaba el ilustre florentino, significa asegurar, manteniendo o alterando un determinado statu quo, en punto a propender así al desarrollo del proceso en forma eficaz y a lograr una sentencia que resulte útil, porque a lo que se apunta es a mantener la igualdad de las partes ante la jurisdicción precisamente para brindarle así espacio a la jurisdicción a dirimir el conflicto.

Y esa igualdad se puede ver violentada, no sólo porque una parte actúe por vías de hecho en desmedro de la otra, sino además porque esa actuación podría implicar la consumación de aquello que puede resultar objeto del proceso, con lo cual carece de sentido su desarrollo y por ende el dictado de una sentencia que resulte abstracta, por inútil o por irreal.

De ahí entonces, que el sentido que persiguen estos sistemas es bajar a la realidad del proceso aquellos principios que son fundantes de un ordenamiento procesal y que encuentran respaldo en las previsiones del constituyente, que no son otras que las generadas por el advenimiento del constitucionalismo y el desarrollo del Estado moderno.

Este es un aspecto liminar que no puede ser pasado por alto precisamente porque estos sistemas cautelares permiten involucrar dentro suyo distintas categorías que no están representadas únicamente por las medidas precautorias, que son una especie dentro de ese género, sino que por el contrario existen otro tipo de sistemas cautelares dentro de un ordenamiento procesal.

Sirva como ejemplo los sistemas cautelares en materia probatoria (como el régimen de prueba anticipada que contempla el art. 326 del CPCCN.), o bien los sistemas garantizadores (como por ejemplo la excepción de arraigo, o bien la posibilidad de llevar adelante la ejecución de una sentencia recurrida, conforme las previsiones de los arts. 509 ó 555, o bien la propia contracautela que observa ese sentido).

Como se puede advertir en todos esos supuestos la ley actúa en el proceso con carácter asegurativo, y ese es precisamente el denominador común que distingue a estos sistemas cautelares, porque la ley actúa con carácter asegurativo o protectorio⁸.

Pero además esta concepción sistémica brinda otra posibilidad mucho más importante y que hace precisamente al meollo de este trabajo, que consiste en que esa identificación sistémica permite superar la concepción tradicional de las medidas cautelares como molde dentro del cual se pretenden concebir distintas formas de actuación de la ley con carácter asegurativo, toda vez que ellas tienen su impronta particular, que no puede ser confundida, ni con un sistema garantizador como una contracautela o una excepción de arraigo, ni menos aún con un mecanismo de prueba anticipada.

⁸ En una acción motivada en un accidente de trabajo corresponde hacer lugar a la medida cautelar solicitada a fin de que se condene a la A.R.T. demandada a brindarle al actor las prestaciones médicas indispensables para su rehabilitación pues aún cuando aquélla niegue la existencia de relación de causalidad entre el accidente y la lesión, el haber reconocido la ocurrencia del siniestro permite tener por acreditada la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora surge de la finalidad de lo solicitado (CNTrab., Sala VII, 13/2/09, en autos “Coronel, Abel Arnaldo c/La Caja A.R.T. S.A., diario L.L. del 20/7/09, p. 11).

No sólo son diversos los procedimientos que se observan en cada uno de esos supuestos para el desarrollo de los sistemas que los conciben a cada uno de ellos, sino que además es diverso de las medidas precautorias tradicionales, a las cuales la doctrina le atribuye una serie de presupuestos sustanciales y procesales que no se dan en los otros supuestos.

3.- ¿EN QUÉ CONSISTE ENTONCES LA TUTELA ANTICIPADA?

La pregunta tiene una connotación especial porque existe alguna confusión tanto en la doctrina como en la jurisprudencia para conceptualizar a la tutela anticipada. Sirva como ejemplo de ello citar un simple precedente judicial para “oír” la demanda de la jurisdicción en este sentido.

Se señaló en un fallo de un juez de primera instancia lo siguiente: “ocurre que la terminología empleada, tanto en doctrina como en jurisprudencia, forman un gran galimatías que dificulta la labor judicial en la materia, en tanto no se discrimina correctamente las medidas que son de índole estrictamente cautelar, subordinadas a un proceso principal, con las específicamente autosatisfactivas, entendidas como proceso autónomo y exclusivo, diferentes a su vez, de las anticipatorias, empleándose muchas veces como sinónimos términos disímiles (autosatisfactivo o anticipatorio; cautela material, cautela sustancial, medida cautelar genérica, tutela definitiva, tutela inhibitoria, tutela innovativa), para referirse a los supuestos antes señalados”⁹.

Los cuestionamientos que provienen de ese juez, más allá que apuntan al uso indiscriminado del lenguaje deben llevar a la necesidad de una precisión por lo menos un poco más rigurosa de qué se entiende por cada cosa, porque si en definitiva cada interlocutor le da al término empleado el significado que estima le es atribuible se puede concluir en el galimatías que denunciaba el sentenciante y consiguientemente en un error, como el que cometió precisamente ese juez que terminó concediendo en su resolución una “cautela autosatisfactiva”, cuando en verdad no se trata como él mismo lo reconoce -autocontradictoriamente- de una cautela, sino de una decisión que reviste carácter definitivo, tal como fue concebida por Peyrano¹⁰.

Esto ni es una sentencia anticipada, ni mucho menos una tutela anticipada, no se sabe qué es lo que se resolvió porque no existe la cautela autosatisfactiva como tal, ni regulada en el ordenamiento procesal de la Provincia de Buenos Aires, en donde actúa ese juez, ni menos aún en el Código Contencioso-Administrativo de esa Provincia, que contempla otro tipo de medidas que si bien tienen un tinte similar en ningún caso se trata de una cautela autosatisfactiva.

Lo que si se advierte, tal vez conforme lo señalado al comienzo de este trabajo, que la pesada angustia que genera la crisis gana un lugar que resulta impensado, porque se concluye en una decisión que evidentemente no resiste un análisis razonable desde el punto de vista jurídico, en desmedro precisamente de los derechos que se pretenden tutelar.

La tutela efectiva e inmediata que viene puesta por la letra de los Tratados internacionales que forman el bloque de constitucionalidad incorporado a la Ley Fundamental, es evidente que se puede obtener del “poder cautelar”, que permite inaudita parte que la jurisdicción resguarde una determinada situación de hecho o de derecho.

Para ello, es de advertir que de modo inmediato, por las formas que diseñan este sistema cautelar de las medidas precautorias, se puede lograr la actuación de la jurisdicción y proteger sin más aquello que corre riesgo de un daño inminente o irreparable¹¹.

⁹ Juzg. Contencioso-administrativo nro. 1, La Plata, 29/5/08, in re “Gaviot, María Cecilia y Otros c/Fisco de la Provincia de Buenos Aires, L.L.B.A. año 16, nro. 1, febrero 2009, p. 38.

¹⁰ De tal forma definió a la medida referida como “un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables, que se agota –de ahí lo de autosatisfactiva- con su despacho favorable, no siendo entonces necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento” (Peyrano, Jorge W. (dir.) en Medidas Autosatisfactivas, AA.VV., Ed. Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 27.

Por lo tanto, la tutela anticipada viene a quedar configurada por el efecto que provoca el dictado de una medida cautelar sobre aquellos derechos involucrados que tienen que ser objeto de análisis y ponderación en la sentencia de mérito, pues lo que se adelanta no es la sentencia, sino un efecto de la cautelar que se proyecta sobre aquella, lo que lleva inexorablemente a distinguir entre el *objeto* de una cautela y la *pretensión* sustancial.

Esto es importante distinguirlo porque históricamente el carácter instrumental que se sostenía como característica de una medida precautoria le hizo considerar a una línea de la doctrina que las medidas cautelares persiguen el aseguramiento del efectivo cumplimiento de una sentencia¹², cuando restringir la mirada en ese único aspecto provoca una desvirtuación del instituto que trae aparejado precisamente una creencia que carece de todo sustento científico, que consiste en la presunta imposibilidad que coincidan el objeto de una cautela con la pretensión sustancial, cuando en verdad se trata de dos cosas absolutamente diferentes.

No importa que en los hechos de la realidad las cosas que confluyen conforme lo expuesto coincidan, lo importante a advertir es que el proceso constituye una nueva relación jurídica, esta vez procesal, y por ende, la provisoriedad de esa decisión, permite por un lado, el mantenimiento de ambas partes en igualdad de condiciones ante la jurisdicción, y por otro, que ese proceso se desarrolle y obtenga del juez una decisión de mérito que es el fin último al que aspira todo justiciable que accede a la jurisdicción¹³.

Esa interpretación lleva a inferir un presunto carácter satisfactivo a la tutela anticipada, cuando el carácter provisorio de la decisión, por sí misma demuestra la desinterpretación, ya que no se ha resuelto aún la pretensión, por ende no puede haber satisfacción.

La superposición en los hechos de la realidad, por la posible consumación del objeto que importa esa cautela anticipada apunta a otros fines, ya que persigue el resguardo de los derechos involucrados, a partir del viejo adagio latino “*lite pendente nihil innovetur*”, es decir, mientras esté pendiente el litigio no se pueden producir modificaciones que importe una alteración que pueda influir en la sentencia o convertirla en estéril o su ejecución en ineficaz o imposible.

El resguardo a esa protección anticipada, para la eventualidad de su posterior desestimación, viene puesto en la legislación sustancial, específicamente en el art. 1083 que crea un sucedáneo para cuando las cosas no puedan volverse a su estado anterior, que no es otra que la reparación económica.

A su vez, este derecho humano esencial no es de incumbencia de una sola parte en el proceso, sino que ambas partes tienen el mismo derecho, la igualdad de rango impone a la jurisdicción su fiel observancia, para lo cual la única vía que se advierte para ese resguardo es el de la tutela anticipatoria que importa frente a una situación afligente el diferimiento del contradictorio a una etapa posterior, so riesgo de carecer de virtualidad el desarrollo del proceso y por ende el dictado de

¹¹ Corresponde hacer lugar a la medida cautelar solicitada a fin de que se ordene a los responsables de un buscador de Internet cesar cualquier tipo de enlace con los sitios web de contenido pornográfico y sexual a los que se accede colocando el nombre de la actora ya que, el servicio prestado por el demandado contribuye a facilitar la difusión de las páginas cuestionadas, amplificando los efectos dañosos en curso (CNFed. Civ. y Com., Sala I, 10/2/09, en autos “Unterubacher, Nicole c/Yahoo de Argentina S.R.L. y Otro, diario L.L. del 16/7/09, p. 7).

¹² De los Santos, Mabel; op. cit., p. 2.

¹³ Debe admitirse la medida de no innovar deducida a fin de que el centro médico demandado proceda a reincorporar al reclamante y a su grupo familiar al plan de salud del cual gozaban vigente la relación laboral, pues si bien se encuentra vencido el plazo de tres meses por el cual se debe otorgar cobertura médica al actor, está en juego el derecho a la salud de una familia integrada por un menor discapacitado, encontrándose configurados los presupuestos que hacen a la viabilidad de la precautoria peticionada (CNTrab., Sala II, 25/3/09, in re “Solveyra, Agustina c/Centro Médico Pueyrredón S.A., diario L.L. 20/7/09, p. 11).

la sentencia, con lo cual lo que se desdibuja es precisamente el acceso a la jurisdicción al que tiene derecho todo justiciable.

4.- ¿TUTELA ANTICIPADA O SENTENCIA ANTICIPADA?

Es innegable que en esta materia se produjo un quiebre fundamental a partir de la decisión adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Camacho Acosta”¹⁴, que desde luego no se puede transcribir íntegramente, pero se destacarán sus notas esenciales para su correcta interpretación y vislumbrar la importancia que tiene el alcance que le dio el Alto Tribunal a su decisión. Sostuvo la Corte entre sus fundamentos, lo siguiente:

9. Que, ante tales afirmaciones, la alzada no podía desentenderse del tratamiento concreto de las alegaciones formuladas so color de incurrir en prejuzgamiento, pues en ciertas ocasiones -como ocurre en la medida de no innovar y en la medida cautelar innovativa- existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen al tribunal expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada, estudio que era particularmente necesario en el sub lite en razón de que el recurrente pretendía reparar -mediante esa vía- un agravio causado a la integridad física y psíquica tutelada por el art. 5 inc. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

10. Que ello resulta así pues es de la esencia de esos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones -en tanto dure el litigio- sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva.

11. Que, de considerarse admisible el único sustento dado por el a quo, la medida cautelar innovativa se convertiría en una mera apariencia jurídica sin sustento alguno real en las concretas circunstancias de la causa, habida cuenta de que toda presentación en tal carácter se enfrentaría con el valladar del eventual prejuzgamiento del tribunal como impedimento para la hipotética resolución favorable al peticionario.

12. Que el mencionado anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de ese tipo de medidas cautelares, no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva insita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie -según el grado de verosimilitud- los probados intereses de aquél y el derecho constitucional de defensa del demandado.

Se han destacado solo cuatro sumarios que marcan la trascendencia del precedente mencionado sin perjuicio que desde luego se destacan otros aspectos importantes, pero tal vez en ellos se condense una cuestión de capital importancia que consiste en advertir que la vía a través de la cual se manifiesta esta tutela anticipada, no es otra más que la vía cautelar, pues la Corte destaca la importancia de la medida innovativa, que la distingue de la medida de no innovar, a las considera contempladas dentro del art. 230 CPCCN, conforme se ha señalado hasta aquí.

Pero además la complementa, por la particularidad de la medida a adoptar que consistía en el suministro de una prótesis, con las previsiones del art. 232 CPCCN., ya que echa mano a la cautelar genérica a esos fines.

Como se advierte entonces, la claridad del pronunciamiento de la Corte es absoluta en cuanto a la vía de manifestación de la tutela anticipada, como asimismo del carácter excepcional que esta vía tiene, para lo cual solo requiere la calificación de los presupuestos sustanciales que hacen a su andamiaje, señalando a los jueces que sean más cuidadosos en su

¹⁴ Fallos 320:1633

aplicación, cuando adviertan que los efectos del dictado de una medida de esa índole se proyecten sobre la sentencia de mérito, de ahí entonces el sentido de la tutela anticipada, como el efecto que provoca el dictado de una medida de esta índole, generando así una tutela diferenciada de la que implica una medida cautelar en su ámbito natural.

Siguiendo su doctrina tradicional, la Corte reconoce que la medida cautelar innovativa tiene un carácter excepcional por sus proyecciones, pues configura un anticipo jurisdiccional favorable respecto del fallo final, por eso considera que debe existir una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su procedencia por parte de los jueces, circunstancia que permite advertir por sí misma la diferenciación en la tutela acordada.

Este aspecto permite delimitar los dos ámbitos que tienen las medidas precautorias dentro de los sistemas cautelares, uno normal, que es el tradicional y otro excepcional porque se abren las compuertas a una zona gris que provoca cierta confusión, ya que se presume que el dictado de una cautelar de esa índole importa una sentencia anticipada.

Y esto no puede ser objeto de confusión ya que una tutela anticipada reconocida como el efecto que provoca la cautelar que en este caso ha utilizado la Corte, no es lo mismo que una sentencia anticipada, no sólo porque son diversos los parámetros en los cuales se apoya la construcción de ambos tipos de decisiones, sino porque además la confusión que se puede llegar a producir en la realidad de los hechos no puede llevar a una reducción tan simple como pretender el agotamiento del proceso, que es evidente que transita por otras vías.

La interinidad de la decisión cautelar, no puede ser confundida con la definitividad de una sentencia de mérito, toda vez que si existe una cautela ello no importa una condena, que dicho sea de paso solo puede existir a través de una sentencia definitiva que dirima la controversia.

La Corte reconoció expresamente que es una característica de este tipo de institutos procesales –entiéndase la medida innovativa- de orden excepcional, es decir de proyectar sus efectos –mientras dure el litigio- sobre el fondo mismo de la controversia, destacando precisamente los fines que persiguen estas medidas, de evitar perjuicios que se podrían producir en caso de una actuación omisiva de la jurisdicción.

De modo elocuente señala la Corte que, de observarse una actitud omisiva como la que se había producido, la medida cautelar innovativa sería totalmente estéril e inconducente, pues en caso de pretender su aplicación, el valladar que crearía el prejuzgamiento la tornaría absolutamente inoperante. De ahí que si ello se produjera, como había acontecido en el sublite, la considere una especie de apariencia jurídica, sin ningún sentido.

Esto además permite dar por tierra con esa falsa creencia que no tiene asidero ni legal, ni científico que implica atribuirle al sentido instrumental de las cautelares, una limitación operativa porque no pueden coincidir con el objeto de la decisión de mérito, creencia que se apoya exclusivamente en la mirada sesgada de estos institutos que si bien tienen un ámbito operativo normal, como se ha señalado, la Corte Suprema destaca que tienen uno de índole excepcional por las proyecciones que tiene su dictado.

Una interpretación de esa índole, luego de la expresa sentencia de la Corte en el caso analizado, carece de todo asidero y más aún va en desmedro del propio justiciable lesionando su derecho a la jurisdicción que en definitiva es el fin último que resguarda la sentencia de la Corte, ya que por una vía excepcional adelanta en todo o en parte aquello que se presumiría que sería objeto de la decisión de mérito a los fines de no transformar en estéril el desarrollo del proceso judicial y por ende lograr la utilidad efectiva de la sentencia que se dicte, aún brindando la tutela ante tempus, con la salvedad que ese adelanto tiene siempre carácter provisional.

De tal forma se advierte porqué la tutela anticipada constituye un sistema cautelar, precisamente porque se abre del cauce normal o tradicional de una medida precautoria, para dar paso a esa zona especial dentro de la cual se confunde con la decisión de mérito, propendiendo al desarrollo del proceso y al aseguramiento del dictado de aquella, porque es evidente que el peligro en la demora que se genera se exhibe en su máximo grado exponencial que consistiría en un agravio de imposible o muy dificultosa reparación ulterior.

Por ende se logra el mantenimiento de ambas partes en igualdad de condiciones ante la jurisdicción evitando que por vía de hecho se consume un daño irreparable, vía por la cual se protege el acceso a la jurisdicción de la contraparte con todas las implicancias que ello importa.

Esto demuestra que la medida innovativa utilizada como vía para la tutela anticipada, ya no solo cautela, sino que protege al justiciable de un daño sea en ciernes o irreparable, superando así el daño que inhibiría de lo contrario a la jurisdicción al dictado de una sentencia útil.

Es evidente que la mayor confusión que puede generar una tutela de esta índole, es precisamente si en lugar de revestir el carácter de un sistema cautelar, no importa una sentencia anticipada, ya que existe una superposición total o parcial entre el objeto de esa decisión cautelar con la pretensión o una parte de las pretensiones ejercidas en el proceso.

La respuesta negativa se impone por la sencilla razón de que en el estado actual de nuestra legislación no está concebida la sentencia anticipada como se infiere que podría ser interpretada una tutela de esta índole, de ahí la necesidad de no regular esta tutela anticipada de un modo distinto al que están concebidas las medidas cautelares so riesgo de su desvirtuación.

En ese sentido téngase en cuenta que la decisión adoptada por la Corte en el leading case antes referido es absolutamente clara al considerarla inmersa dentro de los pliegues de una cautelar, en una órbita de actuación que tiene carácter excepcional por sus alcances.

Pero para reforzar este razonamiento es importante no pasar por alto lo que señala la Corte en esta línea, cuando sostiene que carecería de toda virtualidad la medida innovativa, si el juez que deba aplicarla encontrara un valladar a ese fin en un eventual prejuzgamiento, pues de ese modo no sólo se convertiría a la medida en cuestión en una mera apariencia, sino además se provocaría una sustracción de la jurisdicción a su obligación primera de hacer actuar la letra de la ley, aunque sea en forma provisional.

La contundencia de este molde que reconoce la Corte como para que el efecto del dictado de la medida precautoria importe una tutela de carácter anticipatorio a la decisión de mérito es innegable y releva de mayores comentarios.

5.- DIVERSAS VIAS DE MANIFESTACION

Esas confusiones entre tutela anticipada y sentencia anticipada se hacen más evidentes aún cuando se contemplan otras formas a través de las cuales la tutela anticipada se presenta en la realidad.

Sirva como ejemplo el art. 375 del Código Civil, que contempla la posibilidad de solicitar –al momento de iniciarse un juicio de alimentos, o bien durante su desarrollo- alimentos provisorios.

Más allá que resulte prácticamente una sentencia anticipada, por la índole que tiene este tipo de decisiones en materia alimentaria, donde no existe el reintegro, lo cierto es que no está regulado el instituto como para conformarla como tal y conforme fuera señalado no podría existir una condena sin la debida defensa en juicio de aquél que resulte afectado por la medida de la que se trate.

Otro ejemplo que sin configurar una medida precautoria típica nos enfrenta a un típico sistema cautelar, estaría representado por el diseñado por el legislador para la restitución anticipada del inmueble en el juicio de desalojo¹⁵, que es evidente que se trata de un sistema de índole cautelar y que resulta claramente diferenciable de las medidas cautelares tradicionales en razón de los recaudos que se deben observar para su viabilidad.

Es evidente además, que las proyecciones o los efectos de la decisión adoptada pueden generar también confusión, porque en los hechos de la realidad puede interpretarse que se agota la pretensión con la concesión de la medida de marras.

Sin embargo, no debe confundirse no sólo el carácter provisional de la medida con la definitividad de una sentencia de mérito, como fuera expuesto, sino tampoco la impensada superposición conceptual que se hace entre el objeto de una medida cautelar con una pretensión, se trata de dos situaciones claramente diferenciables porque además los institutos en juego son claramente distintos.

Una situación similar se da en el interdicto de recobrar, pues conforme las previsiones del art. 616 CPCCN se puede requerir la restitución del bien, previa fianza, lo que da cuenta de la provisoriedad de la decisión, que marca también por sus proyecciones una manifestación de tutela anticipatoria.

Como se puede advertir, el legislador puede concebir distintos sistemas de índole cautelar, que sin consistir en medidas precautorias de corte tradicional, abren una brecha que permite el ingreso a un ámbito atípico por su excepcionalidad, conforme la concepción del más Alto Tribunal, en donde se aprecia una calificación mucho más acendrada de los presupuestos sustanciales que hacen a la viabilidad de las medidas precautorias, exigiéndose no solo una simple verosimilitud del derecho, sino una especie de cuasi certeza¹⁶, como asimismo la expresión máxima del eventual peligro en la demora, revistiendo en esos casos un daño irreparable o de muy dificultosa reparación ulterior, como se puede inferir del caso Camacho Acosta.

Esas manifestaciones de la tutela anticipada, no surgen solo de la ley procesal, enancada fundamentalmente en la figura de la prohibición de innovar, en su doble faceta, es decir como medida de no innovar y como medida innovativa, o los otros supuestos antes mencionados, sino además de la legislación sustancial, como el art. 231 del Código Civil, o la ley

¹⁵ La ley 24.454, art. 1, introdujo el art. 680 bis al CPCCN. Y luego la ley 25.488 introdujo el art. 684 bis. Con lo cual en los juicios de desalojo por intrusión o cuando la causal invocada fuera la falta de pago o el vencimiento del contrato, se previó un sistema cautelar en virtud del cual dicen esas normas “luego de trabada la litis”, lo que mal expresado debe interpretarse como luego de contestada la demanda, se podrá acceder a este sistema de índole esencialmente protectoria por el anticipo que provoca a aquello que debería resolverse en el mérito, pero su carácter provisional y la fijación de una contracautela la acercan a una medida precautoria más que a una sentencia anticipada, de ahí la necesidad de concebirlo como un mecanismo que importa una tutela anticipada dentro de un sistema cautelar diverso al de las medidas precautorias tradicionales.

¹⁶ Rivas, Adolfo A.; Medidas cautelares, Ed. Lexis Nexis, 2007, p. 29.

24.417 de protección contra la violencia familiar, o la creada por la ley 25.675 denominada Ley General del Medio Ambiente.

También se pueden mencionar a modo de otros ejemplos el art. 18 de la ley 11.653 de Procedimiento Laboral de la Provincia de Buenos Aires¹⁷, o los arts. 518 y ss. de la ley 20.094 de navegación, que crean un sistema cautelar sumamente ágil en materia probatoria en resguardo de las necesidades del comercio; o bien los arts. 113 y ss. de la Ley de Sociedades Comerciales que establece condiciones de admisibilidad especiales para la procedencia de una intervención judicial; o el art. 252 del mismo cuerpo legal que establece las condiciones bajo las cuales el juez puede suspender una decisión assemblearia; o el art. 79 de la ley 11.723 que protege los derechos intelectuales, en virtud de los cuales el juez puede disponer la suspensión de una obra teatral.

Si bien en todos los casos se toma como pedestal básico los presupuestos sustanciales y procesales de las medidas precautorias, en general en cada caso en particular la variación de los recaudos hacen que aquellos sean adaptados, de modo de permitir involucrarlos dentro de una categoría mayor, como la señalada de sistemas cautelares, pues si bien la finalidad es idéntica, sus vías de manifestación y su regulación es diversa, sea porque fue delineada por el legislador, o bien porque pretorianamente se la ha delimitado con pautas similares a las que se han analizado, pero lo cierto es que por los efectos de las proyecciones de la decisión en todos los casos la jurisdicción anticipa en todo o en parte aquello que debería ser materia del mérito.

En todos los casos la actuación de la ley para que se consume el principio de eficacia, y ésta actúe de manera efectiva e inmediata, tal como reza la última parte del inc. 2do. del art. 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, conforme la redacción brindada por la ley 25.488, únicamente requiere de la actuación de la jurisdicción.

Las garantías judiciales que consagran todos los tratados internacionales eximen de todo comentario¹⁸, poniendo específicamente en cabeza de las autoridades (en este caso incumbe aludir a las judiciales), efectivizarlas en la realidad, siendo ejemplo elocuente de ello la decisión de la Corte.

No obstante ello, este aspecto es un detalle de suma importancia a tener en cuenta para analizar en una futura integración legislativa que permita la readecuación de algunos de estos sistemas a las novedades que provocan estos avances, ya que el espíritu conservador y reticente que se observa en la clase forense se ve mucho más exacerbado aún en la jurisdicción, con lo cual es importante advertir cómo la Corte destaca la liberación de la judicatura del “temido” prejuizgamiento, toda vez que so riesgo de incurrir en una falta, se deja de actuar la normativa pertinente, provocando ello la más de las veces un estado de indefensión que no se correlaciona con los tiempos actuales.

6.- SOBRE SU POSIBLE REGULACION

Existe una gran diversidad de opiniones sobre la necesidad de regular específicamente este fenómeno que se ha dado en denominar tutela anticipada.

¹⁷ Dicha norma prevé textualmente 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”.

¹⁸ Sirva como ejemplo, los arts. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 2 inc. 3) del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, entre otros.

Sin embargo, ello resulta inconveniente cuando la tutela anticipada provenga de la utilización de una medida precautoria, tal como ha sido analizado, porque de la forma en que se ha intentado hacerlo, como un instituto autónomo, no se ha logrado más que desvirtuar el régimen de las medidas precautorias tradicionales, lo que evidentemente constituye un efecto no deseado, de ahí la contradicción en la que puede incurrirse.

Sin perjuicio de ello, es oportuno reiterar aquí que las medidas cautelares tal como han sido consagradas en el ordenamiento adjetivo, no necesitan de regulación específica alguna para arrojar los resultados que se han analizado, pues resulta conveniente esa combinación de formas y tiempo, para propender a una actuación efectiva e inmediata de la ley a través de una eficaz labor jurisdiccional, que es el condicionante para esa operatividad.

Cabe cuestionarse si no podrá ser otra la mirada sobre estos institutos u otra la vía a intentar para gestar una tutela diferenciada específicamente encajada dentro de un proceso. Por eso no conviene lesionar la operatividad de las medidas cautelares tradicionales, porque se han constituido en el ariete utilizado por la doctrina procesal y por la jurisprudencia para combatir los excesos en el consumo de tiempo por el proceso y brindar así un resguardo adecuado a los justiciables.

A tal punto que Morello, parafraseando a Storme –con cita de los Congresos de Derecho Procesal celebrados en Brasilia y en Gante- sostuvo que aquellas se habían constituido en las “vedettes” en el escenario procesal, calificativo que el recordado maestro platense reitero en varios de sus trabajos, y que puede ser asimilado a “estrellas”, que con brillo propio se destacan en una determinada actuación¹⁹.

Desde luego que puede propenderse al mejoramiento de la legislación existente, pero para ello se requiere sumo cuidado, porque estos resultados tan preciados, que han movilizadado al mundo jurídico por sus alcances, no deben desaprovecharse por pretender modificar aquello que resulta útil tal como fue concebido.

Distinto resultaría hacer algunos ajustes menores, como por ejemplo, liberar a la jurisdicción de todo tipo de cortapisas, señalando concretamente que el dictado de una cautelar de estas características o de cualquier cautelar en ningún caso configurará prejuzgamiento, conforme lo destaca la Corte en Camacho Acosta O tal vez evitar la confusión que genera la denominación de la prohibición de innovar, que no requiere la necesidad de regular una medida innovativa, en forma independiente²⁰.

¹⁹ Morello, Augusto M.; *El Proceso Civil Moderno*, Ed. Platense, 2001, p. 303. También en: “Las medidas cautelares y la ley 25.587, E.D. 197-827; también en: *El derecho y el proceso judicial civil, entre lo esperado y la realidad*, E.D. 198-746.

²⁰ Es importante destacar en este aspecto, que en otras legislaciones –como por ejemplo el Código Procesal Civil y Comercial del Perú- se regulan concretamente en forma separada la medida innovativa y la prohibición de innovar, sin embargo incomprensiblemente se señala también en forma expresa que el juez incurre en prejuzgamiento cuando dicta una cautelar. El art. 682 de dicho código establece con relación a la medida innovativa que “ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda. Esta medida es excepcional por lo que sólo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley”. A su vez el art. 687 dispone: “ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el juez dictar medidas destinadas a conservar la situación de hecho o de derecho presentada al momento de la admisión de la demanda, en relación a personas y bienes comprendidos en el proceso. Esta medida es excepcional por lo que se concederá solo cuando no resulte de aplicación otra prevista en la ley”. Como se advierte, ambos aspectos de la medida,

El problema que suscita el lenguaje es fundamental en esta materia, pues ya se ha visto desde la concepción misma de la voz proceso, pasando ahora por diversas denominaciones que pretenden una especie de modernización, únicamente se logra la confusión del justiciable y echar más sombras que luces a una zona que aún sigue en penumbras por algunas indefiniciones que presenta.

Por lo tanto, si lo que se pretende es dar mayor claridad aún a la medida que el Código Procesal Nacional llama “prohibición de innovar”, se podría trocar su denominación por la de “medida de no innovar e innovativa”, para advertir al lector desprevenido que dentro de esa norma se contemplan dos facetas de una misma medida que persigue el mantenimiento de la igualdad de las partes ante la jurisdicción²¹.

De tal modo, se despejarían —o no existirían— interpretaciones encontradas que hacen presumir que únicamente en ese precepto se alude a la medida de no innovar, fotografiando para ello una parte de su texto, omitiendo considerarlo íntegramente.

Esto es absolutamente distinto a la eventual regulación que requeriría una sentencia anticipada, que por cierto es posible y desde luego puede resultar conveniente, en aras a propender a una mayor agilización del proceso, para lo cual se requiere del diseño adecuado de las formas que la instrumentarán.

Para ello es importante advertir que la necesidad de obtener una tutela anticipada puede darse al comienzo del proceso, con lo cual se podría convertir en definitiva su obtención para sellar la suerte de la pretensión ejercida. En este caso el sistema a contemplar puede provenir de la estructuración de un proceso abreviado por ejemplo como el que introdujo la ley 24.825 a través del art. 431 bis al Código Procesal Penal²².

esto es la alteración o el mantenimiento de un determinado status quo, están contemplados en nuestro art. 230 del Código Procesal, con la diferencia de que encima ese ordenamiento peruano, restringe la labor de la jurisdicción, pues señala expresamente el art. 612 que “toda medida cautelar importa un prejuzgamiento y es provisoria, instrumental y variable”. Exactamente el camino contrario al que estamos proponiendo.

²¹ Con una solución similar se ha identificado a la medida referida en la última reforma llevada a cabo en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Río Negro, a través de la ley 4142 del año 2007, aunque es de reiterar que conforme la recepción que ha hecho la Corte en el caso Camacho Acosta, resultaría sobreabundante esa aclaración, no obstante lo cual para despejar dudas se podría implementar.

²² En breve síntesis esa norma prevé que si el ministerio fiscal estimare suficiente la imposición de una pena privativa de la libertad inferior a seis años, o de una no privativa de la libertad aún procedente en forma conjunta con aquella, al formular el requerimiento de elevación a juicio podrá solicitar que se proceda según este capítulo. Este supuesto también podrá ser ejercitado en las causas de competencia criminal durante los actos preliminares del juicio hasta el decreto de designación de la audiencia de debate. A fin de que esta solicitud sea admisible debe contar con la conformidad del imputado asistido por su defensor, sobre la existencia del hecho, su participación y la calificación legal recaída. Dados estos extremos el juez elevará la solicitud al tribunal de juicio, quien sin más tomará conocimiento de visu del imputado, y si no rechaza la solicitud por la existencia de un requerimiento de mayor investigación en la causa llama autos para sentencia la que deberá dictarse dentro de los diez días. Si hubiera querellante, recabará además su opinión, la que no tendrá carácter vinculante. Este procedimiento descrito en forma sucinta, permite advertir la posibilidad de la existencia de un activismo jurisdiccional, a través de los propios magistrados, o bien de los órganos vinculados a la jurisdicción, que permiten el desarrollo de un proceso sencillo y rápido, y conviene tener en cuenta estos aspectos, en razón que como se ha visto en el mega proceso conocido como caso “Mendoza” o “caso del Riachuelo” (citado en la nota siguiente), la Corte Suprema de Justicia de la Nación, también transitó caminos diversos a los habituales, y con una fuerte dosis de oralidad, y un rol instructorio por demás exacerbado, llevó su desarrollo a la preparación de un terreno propicio para el dictado de una sentencia anticipada, con lo cual como se advierte, es posible

De esa manera se genera un proceso más acelerado que podrá quedar en manos de los litigantes, como también de la jurisdicción cuando tenga en su poder elementos suficientes para dirimir la disputa, como se ha visto que ha procedido la Corte en el caso Mendoza, que a continuación se tomará a modo de ejemplo.

En el “mega proceso”, como lo llamó el maestro Morello²³, al caso “Mendoza, Beatriz S. y Otros c/Estado Nacional y Otros”, en trámite originariamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y que vulgarmente es conocido como el caso de la contaminación del Riachuelo.

Si bien la competencia era originaria de la Corte, ésta decidió escindir el proceso distinguiendo entre otros aspectos los reclamos de los particulares, que según su doctrina debían canalizarse por la justicia provincial²⁴, de aquellos otros aspectos que mantuvo bajo su radio de acción porque estaba comprometida materia federal, y que era precisamente la cuestión atinente a la aplicación de la legislación específica de medio ambiente.

Esto es, no sólo la Constitución Nacional, sino además la Ley General de Medio Ambiente 25.675, entre otras que justifica su competencia originaria y exclusiva, a la luz de las demandadas convocadas al proceso, más allá que haya delegado la sustanciación de algunos aspectos de la causa en el Juez Federal con asiento en Quilmes, Pcia. de Buenos Aires.

Lo importante a destacar, no sólo es que se trata de un mega proceso, sino que además la Corte resolvió con fecha 8 de julio de 2008, que “la autoridad de cuenca, contemplada por la ley 26.168 está obligada a cumplir un programa con el objeto de mejorar la calidad de vida de los habitantes de la cuenca, recomponer el ambiente en todos sus componentes (agua, aire y suelos) y prevenir daños con suficiente y razonable grado de predicción; debiendo aplicarse en caso de incumplir esta orden una multa diaria a cargo del presidente de la autoridad de cuenca”.

El proceso es amplio, de conocimiento. Están demandados el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y 44 empresas a las cuales se les imputa una responsabilidad directa por el estado de la cuenca Matanza-Riachuelo.

La pregunta que cabe formular en este aspecto, es ¿qué es la resolución antes apuntada del máximo Tribunal? ¿se trata de una medida cautelar? ¿constituye un sistema cautelar para darle mayor amplitud interpretativa como se ha venido desarrollando hasta aquí?

arribar a una salida como la descripta en tanto y en cuanto el activismo jurisdiccional coadyuve a ello y se implementen mecanismos lo suficientemente ágiles como para no enlodar el proceso en estructuras absolutamente obsoletas.

²³ Y lo hace con toda razón y lógica por las diversas aristas que presenta su compleja trama, entre otros trabajos publicados en un número especial de J.A. del 24/12/08, véase Morello, Augusto M.; Los “megaprosesos”. Contaminación del Riachuelo. Novedades, p. 65.

²⁴ En ese sentido el más Alto Tribunal hizo aplicación de su nueva doctrina en virtud de la cual quedan excluidos del concepto de causa civil los supuestos en los que se requiere para su solución la aplicación de normas de derecho público provincial o el examen o revisión, en sentido estricto, de actos administrativos, legislativos o judiciales de las provincias en los que éstas procedieron dentro de las facultades propias reconocidas por los arts. 121 y sgtes. de la Constitución Nacional (Fallos 329:759; 329:2088).

Es evidente que estamos frente a un fenómeno distinto y ningún tipo de duda debe caber a los intérpretes para advertir que no se trata de una medida cautelar, sino por el contrario se trata de una decisión que no admite demora de ningún tipo porque la violación a los preceptos constitucionales resultan de toda evidencia para el conocimiento del Tribunal.

Pero es de destacar que se trata un proceso de conocimiento, porque no fue promovido por vía de amparo, sino por la de una acción declarativa para responsabilizar a todos aquellos que por acción o por omisión contaminaron la cuenca aludida, lo que no obsta a que la propia Corte en la decisión referida lo haya calificado como un proceso de carácter urgente y autónomo.

Esto se ve claramente reflejado en un aspecto fundamental a tener en cuenta, sobre todo con visión de futuro, que consiste en el poder instructorio utilizado por el más Alto Tribunal para conformar el litigio, que de algún modo comenzó con la escisión de las pretensiones, y luego concluyó con requerimientos puntuales y concretos a las partes intervinientes, en especial a las demandadas, apuntando a un objetivo prioritario que consistió en el riguroso respeto a los principios que surgen del art. 4 de la Ley 25.675, que imponen la necesidad imperiosa al órgano jurisdiccional, entre otras cosas en base al principio de progresividad²⁵, atender de modo inmediato pero constante y progresivo las causas que generan la afectación del medio ambiente, de modo de poner un límite que impida el agravamiento de la situación.

Pero ese límite no viene puesto únicamente por la articulación de una cautelar, sino que señala la ley al referirse a ese principio, que se puede lograr en forma gradual a través de metas interinas o finales.

Y este es el caso que aquí se trasluce. La evidencia –lejos de constituir una simple apariencia del derecho invocado- y la clara manifestación que implica el peligro en la demora, porque se hace insostenible pretender mantener ese statu quo hasta la finalización del proceso, han hecho que la Corte, luego de toda esa labor instructoria previa, con una fuerte dosis de oralidad que despeja las demoras clásicas de todo proceso judicial y que es de destacar, ha generado un nuevo paradigma procesal, pues decidió correr traslado de la demanda, señalando entre otras cosas que no admitirá excepciones previas que puedan dilatar el trámite del proceso, para luego de cumplida esa carga por todos los demandados, volver a reiterar la actuación oral antes referida y dictar su sentencia anticipatoria, a tal punto que considera que ese proceso constituirá litispendencia a los fines de cualquier otra reclamación vinculada a la presente causa²⁶.

Este fenómeno, tan particular por cierto, conviene adelantarlo en este desarrollo para advertir la distinción que existe entre la decisión provisional del caso Camacho Acosta y la sentencia anticipada que se justifica en este mega proceso,

²⁵ Principio de progresividad: Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos (Ley 25.675, art. 4).

²⁶ Véase en este sentido, Camps, Carlos E.; Aspectos destacables de la causa “Mendoza” más pautas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para el trámite de procesos colectivos; J.A. número especial del 24/12/08, coordinado por Néstor A. Cafferatta, El caso “Mendoza”: perfiles y proyecciones; p. 42 y ss. en las cuales el autor logra una excelente síntesis de las partes más salientes de este pronunciamiento de la Corte, que aquí es analizado desde un punto de vista en particular.

precisamente con los mismos fundamentos que fueron desarrollados hasta aquí, pero con una particularidad, que consiste en que las pretensiones, como antes fuera señalado, admitían su desmembramiento, y el conocimiento del Tribunal, a los fines del pronunciamiento referido, aún siendo parcial, es suficiente para imponer inclusive sanciones conminatorias en caso de inobservancia para revertir la situación planteada.

De esa manera la Corte hace realidad una cláusula constitucional, como el art. 41. El comienzo del segundo párrafo de esa norma señala concretamente que son las autoridades quienes deben proveer a la protección de este derecho, con lo cual la autoridad judicial no está haciendo más que cumplir con una manda constitucional expresa que resulta plenamente operativa, sin considerar los preceptos de la restante legislación federal aplicable.

Con lo cual la pregunta que cabe formular es ¿cuál es el alcance o los límites que debe tener esta regulación de lo que se manifiesta como una sentencia anticipada?

En este sentido sostiene Berizonce que cuando se trate de medidas anticipatorias susceptibles de producir efectos materiales definitivos deben ser explícitamente reguladas en la ley; a su vez considera que deben ser de interpretación restrictiva y –según su criterio- requieren para su otorgamiento, por regla, la previa audiencia de la contraria, sin perjuicio de su impugnación por los medios comunes²⁷.

Como se advierte de lo expuesto, el criterio que traslucen estas posturas es un reconocimiento tácito de que existe un nuevo fenómeno, provocado por las necesidades del justiciable de que el proceso judicial sea “aggiornado”, ya que no se pueden dar respuestas efectivas y conducentes a las necesidades sociales actuales, con estructuras que se arrastran -en algunos casos- como signo de modernidad desde el siglo XIX²⁸.

Por lo tanto, resulta imprescindible distinguir una tutela anticipada, denominación con la que identifica la doctrina y la jurisprudencia a los efectos que provoca el dictado de una cautelar sobre la sentencia definitiva, de lo que constituiría una sentencia anticipada.

En consecuencia no debería adicionarse al dictado de una cautelar tradicional, recaudos que desvirtúen su funcionamiento en aras a transformarla de esa manera en una tutela anticipada, no sólo porque ya lo puede ser, sino porque además de esa manera se difumina el poder cautelar, fundamentalmente teniendo en cuenta su actual trámite inaudita parte y la concesión inmediata de la jurisdicción cuando se acreditan la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, y asimismo se puede sembrar el desconcierto en los operadores del propio sistema.

Un ejemplo legislativo permite demostrar lo expuesto:

²⁷ Berizonce, Roberto O.; Tutela anticipada y definitiva, J.A. 1996-IV-741.

²⁸ Ejemplo elocuente de ello resulta la audiencia preliminar, que luego de ser implementada a través de las Ordenanzas de Klein, en el año 1895, prácticamente se presentó como la gran “revolución procesal”, pese a que en el país, desde hace más de cincuenta años no se ha podido obtener su correcta operatividad, más allá de las distintas regulaciones del instituto, desde la ley 14.237 pasando por la ley 24.573 hasta llegar finalmente a la última reforma de la ley 25.488. Con lo cual es importante siempre reposar la mirada, entre otras cosas en un enfoque sistémico del proceso, en los medios con los que se cuenta, no sólo desde el punto de vista técnico, sino inclusive económico, en los distintos sistemas que se pueden utilizar conforme la diversidad de materias, en la preparación de los operadores jurídicos, entre otros aspectos, por mencionar solo algunos, no simplemente en la búsqueda afanosa del cambio de sistemas, como si ello por sí mismo resultara una panacea y garantizara el adecuado funcionamiento del servicio de administración de justicia.

En el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa, se reguló la tutela anticipada en el art. 231, de la siguiente forma:

Tutela anticipatoria.- Procedimiento. El juez podrá anticipar, luego de trabada la litis, a requerimiento de parte, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la demanda o reconvencción si:

Existe verosimilitud del derecho en un grado mayor que en las medidas cautelares ordinarias.

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.

Se efectivice contracautela suficiente.

La anticipación no produzca efectos 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.

Desde luego que el texto del artículo no puede permitir concluir más que se trata de un sistema cautelar, que ha sido diseñado con características propias, pero que es evidente que ha cabalgado entre dos institutos que resultan contradictorios conforme lo que se ha analizado.

Obsérvese que se contemplan los recaudos que identifica la Corte en el caso Camacho Acosta como calificada verosimilitud del derecho y un extremo peligro en la demora a punto tal que el daño surja con toda evidencia que resulta irreparable.

Esta circunstancia es evidente que puede darse dentro del desarrollo de un proceso, pero también es posible que acontezca con la promoción del proceso, por lo cual si previamente a obtener una tutela de la jurisdicción corresponde trabar la litis (lo que se presume que quiso decirse es que debe estar contestada la demanda), el tiempo ya desvirtúa el sistema cautelar, más aún si la demandada tiene que intervenir en el trámite de la tutela que se persigue, con lo cual ni se trata de una medida cautelar, ni menos aún de una sentencia anticipada, sobre todo teniendo en cuenta la última parte de la norma.

Si se analiza ahora la aplicación de la norma desde la función jurisdiccional, puede advertirse que cualquier medida cautelar típica que importe un anticipo jurisdiccional podría generar la duda en la jurisdicción entre disponer su sustanciación inaudita parte o bien ordenar la controversia previa con el eventual afectado, porque si esa medida es “anticipatoria” –sin decirse de qué aunque se presume que será de la sentencia- para dejar a resguardo el derecho del afectado previamente se puede disponer su citación, conforme la norma lo dispone.

Como se puede advertir, es mucho mayor el engorro que genera una regulación como la señalada, que contar con sistemas cautelares como los que actualmente concibe el ordenamiento adjetivo e inclusive los que contempla la legislación sustancial, con algunos posibles ajustes menores como se proponen, para que esa brecha que genera los avances que se han desarrollado dentro del proceso, no sea obturada con una regulación inapropiada.

7.- A MODO DE CONCLUSIONES

No se pueden obtener conclusiones definitivas en una materia que tiene un trajín constante y presenta tantos ángulos de análisis como posturas doctrinarias diversas.

Lo que si es importante registrar, para arrimar esas posibles conclusiones, es el comportamiento de la jurisdicción frente a situaciones urgentes que requieren de su atención inmediata, so riesgo de carecer de todo sentido y virtualidad su actuación.

En este sentido el criterio sentado por el más Alto Tribunal en el caso Camacho Acosta exime de mayores comentarios y permite además responder a las cuestiones planteadas al comienzo de este trabajo.

¿Qué es necesario cambiar? Sería necesario cambiar la mirada sesgada de la legislación pretendiendo a través de ella una solución que por el camino que se transita no podrá llegar, porque lo importante no está solo en la letra de una ley, sino fundamentalmente en el manejo que de ella pueda hacer el operador jurídico.

Es necesario modificar el exacerbado dogmatismo –sin fundamento científico alguno- que pretende restringir la operatividad de las medidas precautorias a un aspecto puntual que consiste en el aseguramiento del cumplimiento futuro de una sentencia, o su carácter instrumental que no conciben superponiéndolo con la pretensión sustancial.

En verdad lo que no se advierte es la confusión que se genera al no distinguirse la pretensión que está dirigida a la contraparte, y la relación establecida solo con la jurisdicción para la obtención de una medida cautelar, que nunca contiene en puridad una pretensión, porque si se llama como tal a la primera es evidente que la segunda constituirá simplemente un acto de petición dirigido a la jurisdicción en resguardo de los derechos que aparecen involucrados.

Conviene recordar una vez más a Morello, quien sostuvo que “buscar en las explicaciones en uso de la teoría general de la cautela las razones que ya no puede brindar un mecanismo operacional que se ha desglosado de su carril ortodoxo, sería pecar de cierto candor, porque no son idóneas para dar cuenta de esta palpitante experiencia que se cuele y escapa de las fronteras –al menos establecidas- de las clásicas medidas cautelares”²⁹.

Es evidente que la mentalidad de los operadores jurídicos que aferrados a un esquema clásico solamente conciben la actuación cautelar, restringiendo su mirada a las medidas precautorias tradicionales, sin advertir que constituyen solo una especie dentro de un género mayor, puede conducir a un camino inverso al pretendido y en lugar de facilitar el acceso a la jurisdicción y brindar herramientas adecuadas para ello, lo obturen a través de más legislación inadecuada.

²⁹ Morello, Augusto M.; *Anticipación de la Tutela*, Ed. Platense, 1996, p. 52.

La otra cuestión que se había propuesto al comienzo era ¿cómo se podía gestar ese cambio? Y la respuesta requiere no dejarse ganar por la angustia que puede generar una situación de crisis y propender así a la utilización adecuada del conjunto de herramientas con las que cuenta a su disposición la jurisdicción.

Obsérvese la crítica que formula la Corte a los jueces de grado inferior, que para no incurrir en lo que consideraban un prejujuamiento dejaban sin resolver una situación, esto es sin brindar la tutela efectiva e inmediata a la que están obligados.

Ello requiere la adecuada preparación del operador jurídico, y para eso se requiere del estudio constante a través del tiempo de modo de evitar las interpretaciones encontradas, y las confusiones como las que planteaba el juez aquél que señalaba que desde el punto de vista del lenguaje se superponían conceptos en forma totalmente indiscriminada, sin saber definitivamente que era cada cosa.

La importancia que tiene el lenguaje como herramienta de trabajo en esta disciplina resulta fundamental y para ello, constituyen una premisa liminar llamar las cosas por su nombre, para no violentar el principio lógico de identidad y no extender conceptualmente significantes que no se pueden atribuir a determinadas palabras, pues por esa vía se siembra más confusión y se accede a un estancamiento inconveniente.

Esos cambios se señalaba como última cuestión ¿qué finalidad tienen? Es evidente que esos cambios menores permiten lograr la adecuada utilización de las herramientas con las que se cuenta para hacer actuar a la ley con carácter asegurativo, si se concibe a los sistemas cautelares como tales, deja de ser una especie de obsesión la modificación de la teoría general de las medidas cautelares, para ganar en certeza y utilidad.

No puede confundir la realidad de los hechos porque se interprete que la concesión de una cautelar se superpone en todo o en parte con la pretensión sustancial, porque el proceso implica una nueva relación jurídica, que excede al justiciable que reclama por sus derechos. El no está preocupado por las formas que se utilizan en el proceso, porque van más allá de sus posibilidades. Por lo tanto, la idea central es que la finalidad de un cambio debe apuntar al respeto de los principios que emanan de la letra de la Ley Fundamental, norte de toda actuación judicial, pues de lo contrario en lo que se concluye es únicamente en la lesión a un derecho humano esencial.

Ese derecho humano esencial, como lo señala Alexy, no solo consiste en acceder a la jurisdicción, sino además obtener de esta los sistemas adecuados para la protección de los derechos en juego³⁰, lo que quiere decir que también los procedimientos deben propender a la protección de los derechos humanos, y por ende no pueden preocupar la culminación de un proceso en forma inmediata frente a un reclamo de tutela jurisdiccional, sino la protección o el aseguramiento de los derechos en juego para permitir su correcta interpretación y consiguientemente facilitar el desarrollo del proceso judicial resguardando así el acceso a la jurisdicción.

³⁰ Ver Alexy, Robert; *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 2da. ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 398.