

## ¿Hacia la desvirtuación de la tutela anticipada?

Por Jorge A. Rojas

Ya hemos caracterizado la tutela anticipada como aquél 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, a los fines de evitar un daño o los riesgos de un menoscabo, o de un perjuicio, que resultan manifiestos o inminentes, en desmedro de derechos fundamentales<sup>1</sup>.

Como se advierte, se trata de un sistema cautelar, que en la mayoría de los casos viene desarrollándose dentro de los pliegues de la medida cautelar que contempla el art. 230 del Código Procesal denominada “prohibición de innovar”.

Esa denominación tiene la importancia de destacar un viejo principio que señala “*lite pendente nihil innovetur*”. Esto es, mientras el litigio esté pendiente nada debe ser modificado, con la finalidad de resguardar la igualdad de ambas partes frente a la jurisdicción.

Lo que sucede y es importante a tener en cuenta, es que la actuación de una parte, que pueda desarrollarse en desmedro de su contrario, puede provenir de una actuación positiva u omisiva, aspectos ambos de una conducta que puede generar un eventual perjuicio hacia su contraparte y de ese modo convertir una futura sentencia en ineficaz.

De ahí que la importancia que refleja la sencillez de la norma antes citada, es hacer operativa una tutela anticipada cuando el peligro en la demora provenga de que se mantenga una determinada situación de hecho o de derecho, circunstancia que requiere que el juez la altere para poder sostener la igualdad de las partes ante la jurisdicción. Esa es la faceta innovativa de la prohibición de innovar. O bien la mantenga para evitar esos perjuicios. Esto es la faceta de no innovar. Como se advierte, lo que se persigue es permitir a la jurisdicción el dictado de una sentencia que resulte eficaz y esa norma así lo concibe.

Esa medida cautelar en algunos casos resulta complementada, por vía de la llamada medida innominada, o cautelar genérica, que contempla el art. 232 del Código Procesal, por medio de la cual el juez adapta la cautela dispuesta a las circunstancias del caso concreto.

Si bien esas medidas cautelares cuando se dictan superponiéndose en todo o en parte con aquello que resulta objeto de la pretensión sustancial, conforman un anticipo jurisdiccional que se conoce bajo la denominación de “tutela anticipada”, siempre se trata de una decisión interina del proceso, que tiene carácter provisional, y por lo tanto, como toda cautela, se mantiene en el tiempo

---

<sup>1</sup> Ver “La tutela anticipada entre el procedimentalismo y el activismo judicial”, La Ley del 5/8/15.

conforme el principio "*rebus sic stantibus*", esto es, mientras se mantengan las circunstancias que dieron origen a su dictado.

En este sentido la doctrina de nuestro más Alto Tribunal ha señalado solo como una especie de prevención especial a los jueces, indicándoseles que sean más cuidadosos con la observancia de los recaudos que hacen a su procedencia (verosimilitud de derecho y peligro en la demora), cuando la cautela que se dicte se proyecte sobre la sentencia de mérito (Fallos 320:1633).

Es aquí donde se plantean las dudas que señala el título de este trabajo, porque se puede comprobar una especie de desvirtuación o desnaturalización de esa tutela anticipada, a partir de un minucioso procedimentalismo que se advierte en varias provincias que han observado la influencia brasileña para ese tipo de regulaciones.

La desvirtuación implica violar la sustancia de algo, o quitarle el vigor que posee, y en sentido similar cuando aludimos a la desnaturalización de la tutela anticipada. De tal modo se degrada la proyección de un instituto –los sistemas cautelares- que es el que ha provocado un avance de consideración en la órbita del derecho procesal, toda vez que permite la obtención de una tutela efectiva e inmediata, contrarrestando el consumo de tiempo que naturalmente produce el proceso, por supuesto, cuando las circunstancias así lo requieren.

En muchas provincias del interior del país, por caso San Luis, Santiago del Estero, San Juan, Corrientes, Chaco -entre otras- se ha regulado la tutela anticipada como si se tratara de un instituto diverso al de los sistemas cautelares, introduciendo el legislador una serie de requisitos absolutamente inconvenientes, que desvirtúan la operatividad simple y sencilla que contempla el art. 230 del Código Procesal<sup>2</sup>.

Se opone a la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, por ejemplo entre los requisitos más llamativos, que se bilateralice el planteo cautelar, lo que por sí mismo denota una clara demora en su trámite, que se hace más gravosa aún cuando se requiere -por ejemplo- que se cite por cédula al afectado por la medida a una audiencia.

---

<sup>2</sup> Dispone el art. 237 del Código Procesal Civil de San Luis: "El juez o tribunal podrá anticipar, luego de la traba de la litis, a requerimiento de parte, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la demanda o 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. Solicitada la tutela el juez o tribunal designará audiencia con carácter urgente, a la que serán citadas las partes interesadas. Concluida la misma y sin otra sustanciación, resolverá.

El juicio seguirá hasta su finalización. Al tiempo de la sentencia o dentro de la secuela del proceso, si cambiaren las condiciones, la tutela anticipatoria podrá modificarse o quedar sin efecto".

Este mismo esquema –mutatis mutandi- se repite en todos los ordenamientos provinciales que solo se citan a modo de ejemplo.

Y lo más importante de esta desvirtuación se advierte en que la medida que se adopte no debe tener carácter irreversible para la sentencia. Es decir, por ejemplo, lo resuelto por la Corte en el leading case "Camacho Acosta" hubiera corrido una suerte adversa en esos lugares.

Lo que importa advertir es que la regresividad de esos ordenamientos provinciales, se oponen a la progresividad gestada desde la simpleza de una norma como el art. 230 interpretada por la Corte Suprema del modo que lo hizo a través de su doctrina ya consolidada.

Esto atenta contra el principio pro homine, que conciben los Tratados Internacionales que hoy son derecho positivos en el país, y una de sus manifestaciones que representa el principio de progresividad y de no regresividad, hace que a simple vista aparezca la desvirtuación denunciada, que permite considerar como rayana en la inconstitucionalidad –por resultar anticonvencional- las regulaciones señaladas.

Esta particularidad hace que deba ponerse énfasis en el activismo que debe desplegar la jurisdicción para mantener la línea de la doctrina desarrollada por la Corte para enfrentar el procedimentalismo que ha generado el legislador, reduciendo así de modo incomprensible la labor de la jurisdicción.