

## LA DESNATURALIZACION DE LA TUTELA ANTICIPADA

Por Jorge A. Rojas

I.- La tutela anticipada puede ser identificada -sin mayor esfuerzo- como el efecto que provoca el dictado de una medida cautelar sobre la decisión de mérito, cuando se superpone en todo o en parte con la pretensión sustancial o de fondo.

Por esa razón, la hemos caracterizado 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>.

La doctrina de la Corte Suprema ha convalidado su expresión a través de la aplicación del art. 230 del Código Procesal Nacional, para lo cual solo requirió como presupuestos para su viabilidad, verosimilitud del derecho y peligro en la demora, como toda cautelar, con la salvedad que en los casos que sea otorgada, demandó de los jueces una mayor prudencia en su aplicación precisamente porque importa un anticipo de jurisdicción por lo que recomendó que esos presupuestos se encuentren debidamente acreditados.

De tal modo resolvió que: "...la alzada no podía desentenderse del tratamiento concreto de las alegaciones formuladas so color de incurrir en prejujamiento, 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.

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.

---

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

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” (Fallos 320:1633).

Esa doctrina la continuó desarrollando la Corte y los tribunales inferiores al interpretar que: “La viabilidad de las medidas precautorias se halla supeditada a que se demuestre la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora y, dentro de aquéllas, la innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión” (Fallos 326:3729).

**II.-** Es aquí donde se plantean las dudas que señala el título de este trabajo, porque se puede comprobar una especie de desnaturalización de esa tutela anticipada, a partir de un inexplicable procedimentalismo que se advierte en varias provincias (vgr. San Juan, La Pampa, San Luis, Misiones, entre otras), a través del cual se agravan los requisitos para la concesión de una cautela al punto de llegar por ejemplo en el Chaco a establecerse 14 recaudos para la concesión de una cautela de esta índole<sup>2</sup>.

Ese procedimentalismo, que desvirtúa los requisitos que exige la Corte, continúa propagándose por el interior del país, como ahora sucede con el proyecto de código de la Provincia de Chubut, que pese a que aún no se ha sancionado, sigue la misma línea.

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, que paradójicamente 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 esas provincias del interior del país, como las que hemos mencionado a modo de ejemplo, se ha regulado la tutela anticipada como si se tratara de un instituto diverso, introduciendo el legislador una serie de requisitos

---

<sup>2</sup> Véase en detalle estos requisitos en mi trabajo “Menos es más en materia cautelar”, L.L. 2017-F-1025.

absolutamente inconvenientes, que desvirtúan la operatividad simple y sencilla que contempla el art. 230 del Código Procesal.

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, previa acreditación de los “hechos” invocados, lo que por sí mismo denota una clara demora en su trámite, además de la desnaturalización denunciada, que se hace más gravosa aún cuando se requiere -por ejemplo- que se cite por cédula al afectado por la medida a una audiencia (como San Luis, Misiones o Chaco, entre otras).

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.

**III.-** Lo que importa advertir, en este aspecto es que ya hace tiempo que quedó de lado el viejo Estado de Derecho Legal, que presuponía un arraigado iuspositivismo en virtud del cual lo que la ley disponía era el límite del derecho, para pasar a un Estado de Derecho Constitucional, donde los valores en juego son otros porque priman los principios que surgen de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a los que se debe propender en resguardo de la dignidad de la persona.

De ahí es que la regresividad de esos ordenamientos provinciales, se oponen a la progresividad gestada por nuestro más Alto Tribunal desde la simpleza de una norma como el art. 230 del Código Procesal Nacional, con el agravante de la confusión que se genera porque muchos de esos ordenamiento consagran también esa norma, aunque le agregan más recaudos que los que establece el Código Procesal Nacional, lo que permite advertir esa confusión que se genera en desmedro del justiciable y de la propia jurisdicción, lo que denota la innecesariedad de una regulación como la que se pretende.

Esto además atenta contra el principio pro persona, que conciben los Tratados Internacionales referidos, que hoy son derecho positivo en el país, y una de sus manifestaciones que representa el principio de progresividad, evolutividad y 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, viéndose así violentado el principio de división de poderes al establecerse requisitos que son de la esencia del poder jurisdiccional evaluar, sea para conceder o no una cautela que importe un anticipo de jurisdicción, pues como su propia identificación lo indica, es una labor eminentemente jurisdiccional que no puede quedar en manos del legislador diseñando recaudos mucho más exigentes para la concesión de una cautela.

De tal forma se desvirtúa una labor de la jurisdicción, elevando la vara para la concesión de una medida, desde luego de espaldas al principio pro persona que ha interpretado la Corte Nacional, al interpretar como vía de acceso a esa tutela anticipatoria las previsiones del art. 230 del Código Procesal Nacional.

No se advierte justificación alguna desde el punto de vista científico, ni menos aún técnico a este reglamentarismo que provoca el agravamiento de esos recaudos de procedencia de una cautela como la que nos ocupa, y por el contrario si se percibe su acientificidad, porque no permite su confronte con la doctrina desarrollada hasta aquí por el más Alto Tribunal ni los tribunales inferiores que han seguido su doctrina.