

TUTELA ANTICIPADA: ¿SISTEMA CAUTELAR O PROCESO URGENTE?

Por Jorge A. Rojas¹

1.- INTRODUCCION

Motivan estas reflexiones la gentil invitación formulada por el Profesor Luiz Guilherme Marinoni, amigo prácticamente de la gran mayoría de la procesalística argentina, e invitado a participar en numerosos encuentros realizados en mi país, como fiel y destacadísimo exponente de la doctrina brasileña.

El profesor Marinoni, ha sido y continúa siendo uno de los precursores –sino el más importante- que viene trabajando incansablemente -desde hace mucho tiempo- sobre la necesidad de aggiornar el proceso judicial a las necesidades de los tiempos actuales, para salir del encierro que hemos heredado de los moldes clásicos que nos proporcionó -a países como los nuestros- el derecho continental.

Con la enorme importancia que le damos a la doctrina italiana, señera en materia cautelar, no nos apartamos de algunos lineamientos básicos que hemos madurado con ella, y que han jalonado nuestra formación y nuestro conocimiento sobre la forma tradicional de contrarrestar el consumo de tiempo por parte del proceso.

Sin embargo, y en aras de coadyuvar con el enriquecimiento que ha generado el amplio debate suscitado en la procesalística brasileña con la tutela anticipada, que parece presentarse en la realidad como la proa de acceso a esa posibilidad tan ansiada para contrarrestar el tiempo que consume el proceso, nos animamos merced a esta gentil invitación a proporcionar una mirada en algún sentido diversa, pero que no descarta la tarea que viene realizando la doctrina

¹ Profesor de Derecho Procesal Civil de la Universidad de Buenos Aires

brasileña, sino que persigue un enfoque distinto conformado por aquel que resulta tradicional, con la necesidad de estructurar un nuevo proceso que permita la estabilidad que conlleva una decisión que pueda pasar en autoridad de cosa juzgada, despejando algunas contradicciones que se suscitan –desde mi punto de vista- con la nueva regulación que le ha dado el nuevo ordenamiento procesal de Brasil.

De eso se trata este conjunto de ideas, apoyado en el afán de apoyar la riqueza gestada dentro del escenario jurídico, para aunar esfuerzos en pro de lograr una mejora de las instituciones procesales, que no es otra que el mejor servicio de administración de justicia que puede brindársele al justiciable, anclado siempre entre el tiempo que naturalmente consume el proceso y la necesidad de superar -con respuestas sencillas y rápidas- esos esquemas de trabajo tradicionales.

2.- LA TUTELA ANTICIPADA EN ARGENTINA

Tuvimos oportunidad de enterarnos en Argentina cómo surgió la idea de gestar una tutela anticipatoria en Brasil, a partir de la crisis suscitada en la década de los '90 con el plan Collor de Melo², y el rol que cumplió la jurisdicción para reintegrar -por vía cautelar- los depósitos de las personas que se veían retenidos en las entidades bancarias con motivo del cambio de moneda llevado a cabo en aquél entonces.

También supimos –merced al trabajo de Barbosa Moreira- la encrucijada que enfrentaron los abogados brasileños cuando se vieron compelidos a la promoción de una acción declarativa, para que no caducara la cautela que habían obtenido, y como consecuencia de ello, la pregunta clave que dio origen prácticamente a todos los desarrollos llevados a cabo por la doctrina, pues

² Véase Barbosa Moreira, José Carlos; La tutela de urgencia en un episodio reciente de la historia política brasileña, en AA.VV., Medidas Autosatisfactivas, dir. Jorge W. Peyrano, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 205 y ss.

agotado el objeto de la pretensión a través de la operatividad de la cautela, cuál era el sentido de la promoción de una acción principal, que aparecía abstracta.

Si de algún modo esta prieta síntesis de lo acontecido la podemos comparar con lo que sucedió en mi país mucho antes, concretamente en la década de los '80 con la espiral inflacionaria que se había desatado por entonces, en especial durante los años 82 y 83, se pueden concluir que ambas situaciones eran muy parecidas.

Por entonces en la Argentina, los mutuos hipotecarios se liquidaban por un lado con el ajuste que generaba la inflación, y por otro lado esas sumas devengaban a su vez intereses, producto de lo cual, el efecto no deseado que provocaba esa situación era que cuanto más pagaba el deudor por su hipoteca, más debía.

Ello fue consecuencia de la explosión inflacionaria generada en el país a partir del año 1975, y la necesidad de la jurisdicción de reconocer como deuda de valor, aquellos importes que nominalmente se adeudaban, interpretando la Corte Suprema de Justicia de la Nación por entonces, que el capital ajustado era el capital mismo, solo que repotenciado por el ajuste generado por la inflación.

Esto derivó en ejecuciones hipotecarias llevadas a cabo por entidades financieras contra los particulares, que veían diluir sus esfuerzos producto de esa estampida inflacionaria, como consecuencia de lo cual al caer en mora se veían inhibidos de plantear la revisión o la nulidad de esos mutuos hipotecarios precisamente por los excesos que se producían.

Finalmente merced a los planteos de los abogados, los jueces advirtieron la anomalía producida y también lo hizo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para evitar el conflicto social que se estaba produciendo, de modo que las personas no vieran perder -a través de una subasta judicial- su vivienda única y familiar.

De tal modo, los abogados comenzaron a plantear medidas cautelares persiguiendo -para evitar caer en mora- un freno a los ajustes de esas cuotas devengadas por los mutuos hipotecarios, para permitir así la revisión de lo pactado, en el proceso judicial correspondiente, en aras a demostrar su nulidad, sea por el vicio de lesión enorme, o sea por la desproporción que se generaba en el cumplimiento de las obligaciones por parte de los deudores.

Y así fue como la jurisdicción accedió por vía de una cautelar innovativa a alterar el monto de las cuotas -ajustándolas conforme los ingresos del grupo familiar- en tanto se tratara de la vivienda única y familiar, para resguardar así el acceso a la jurisdicción, que les permitiera debatir la nulidad que surgía de esos mutuos hipotecarios por la enormidad que representaba el pago de esas cuotas.

Como se puede inferir, de la comparación entre lo sucedido en ambos países, la situación era muy parecida, con una salvedad particular, que es dable tener en cuenta, y es que en Argentina, se repitió esa situación, siendo mucho más parecida a la de Brasil, a partir de finales del año 2001, pues por decisión del Gobierno Nacional, las entidades financieras solo podían entregar una mínima cantidad de dinero a sus clientes, repitiéndose un esquema similar al que se vivió en Brasil con el plan Collor, lo que significó que en Argentina se promovieran acciones de amparo, junto con una medida cautelar innovativa, a través de la cual se solicitaba el retiro de los fondos retenidos en las entidades financieras, para caer así nuevamente en un esquema parecido al brasilero, si pensáramos que el amparo se tornaba abstracto si se obtenía la pretensión por vía cautelar.

Como se puede advertir de los antecedentes expuestos, la tutela anticipada gestada tanto en Argentina en la década de los '80, como en Brasil en la década de los '90, como el "revival" producido nuevamente en Argentina a partir de

finales del año 2001, es muy similar y más allá de todo juicio de valor desde el punto de vista político, que excedería esta tarea, lo cierto es que por vía cautelar fue contenida la conflictiva social, y se les brindó a los ahorristas la protección adecuada para resguardar su patrimonio y no ver afectados sus derechos, aspecto éste último que consideramos resulta clave para poder interpretar la situación que se genera a través de este tipo de tutelas anticipatorias.

Desde luego me detendré en el análisis de la situación argentina para esbozar mi criterio sobre el particular y poder interpretar así ¿qué debe entenderse por tutela anticipada? Claro que ahora desde un punto estrictamente técnico-jurídico.

La clave para poder interpretar esta situación radica –desde mi punto de vista- en el instituto en juego que se utiliza para generar esta tutela especial que llamamos anticipada, y como no se pasará por alto, tanto en Argentina como en Brasil, han sido las medidas cautelares las que brindaron esa posibilidad.

En mi país, la vía que utilizaron los jueces en la década de los '80 fue la medida innovativa, y en algunos casos se complementaba -como una medida compuesta- con la medida cautelar genérica o innominada, la cual -mutatis mutandi- tiene una estructura similar a los provvedimenti de urgenza que contempla el art. 700 del Código Procesal italiano, y desde luego permite adaptar la cautela de la que se trate, a las circunstancias que en cada caso concreto se requiera.

Para interpretar adecuadamente este tipo de medidas, es importante tener registro de que la situación que se pretende contemplar, como las que hemos puesto como antecedentes facticos de estas actuaciones, pueden provenir de una actuación positiva o bien de una actuación omisiva, pues ambas pueden generar los perjuicios que se persiguen a evitar, y en cualquiera de esos casos el resguardo principal debe apuntar a la protección de un derecho fundamental

como es el acceso a la jurisdicción de todo justiciable, que no sólo está representado por la posibilidad de acudir ante un juez, sino además a desplegar toda la actividad que sea necesaria a los fines de obtener un pronunciamiento que permita el reconocimiento de la pretensión ejercida a través de una sentencia, que pueda alcanzar la estabilidad que requiere toda decisión cuando pasa en autoridad de cosa juzgada.

En este punto, la vía de acceso -casi por antonomasia- es la que contempla el ordenamiento adjetivo nacional de mi país en el art. 230, llamada “prohibición de innovar”, y si bien genera algunas dudas por su denominación, conforme la doctrina sentada por el más Alto Tribunal del país, persigue el mantenimiento de ambas partes en igualdad de condiciones ante la jurisdicción a los fines precisamente de resguardar su derecho de acceso a ella, y permitir el desarrollo del proceso judicial a través del dictado de una sentencia que resulte útil, precisamente por su eficacia.

Esa norma -vía de acceso natural a una tutela anticipatoria- establece que: *“podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicios siempre que: 1) el derecho fuere verosímil; 2) existiere el peligro de que si se **mantuviera o alterara** en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible; 3) la cautela no pudiera obtenerse por medio de otra medida precautoria.*

Como se puede advertir de la transcripción que antecede la norma resulta de sencilla aplicación, y apunta a resguardar el acceso a la jurisdicción de todo justiciable hasta obtener una sentencia que resulte útil precisamente por ser eficaz.

Existe alguna línea de nuestra doctrina que interpreta en sentido diverso a esta norma, sin perjuicio de lo cual, de algún modo se puede señalar que el máximo

tribunal del país le dio un espaldarazo suficiente a partir del leading case “Camacho Acosta”³, criterio éste que luego lo mantuvo en muchos otros casos.

Allí sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación –entre otros aspectos fundamentales- que desde luego interesan a este análisis:

1.- Que esta Corte ha considerado a la **medida cautelar innovativa** como una **decisión excepcional** porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, y que por configurar un **anticipo de jurisdicción favorable** respecto del fallo final de la causa, **resulta justificada una mayor prudencia** en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (Fallos 316-1833).

2.- Que, ante tales afirmaciones, **la alzada no podía desentenderse del tratamiento concreto de las alegaciones formuladas so color de incurrir en prejuzamiento, 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.

3.- 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.**

³ Fallos 320:1633

4.- 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.

5.- 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.

Como se advierte de la transcripción de algunos de los párrafos más salientes del decisorio de nuestro más Alto Tribunal, sencillo es colegir que se hace funcionar al sistema cautelar que nos ocupa dentro de una órbita que hemos calificado atípica por excepcional, porque no se restringe específicamente – como tradicionalmente se señala- a asegurar el futuro cumplimiento de una sentencia, sino que por el contrario, como surge del último apartado señalado, se intenta proteger brindando una tutela efectiva e inmediata, conciliando el principio constitucional que resguarda el derecho de defensa en juicio del demandado.

Por ello, se puede advertir claramente, de los sumarios extractados de ese pronunciamiento señero, que para el dictado de una medida que importe una tutela anticipada, solo hace falta la reunión de los presupuestos sustanciales de toda cautela, es decir, verosimilitud del derecho, peligro en la demora, y solo se adiciona como recaudo de carácter subjetivo el reclamo a los jueces, por parte de la Corte Suprema, que cuando adviertan los efectos que provoca esa decisión

sobre el fondo mismo de la controversia, sean más prudentes con su concesión por el carácter excepcional de la medida.

De ahí que hayamos sostenido que la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora deben ser calificados, por parte de la jurisdicción, para contener una situación que reclama urgencia, y que no puede quedar dilatada en el tiempo para ser definida con el dictado de la sentencia de mérito, pues en ese caso, si los jueces invocaran un posible prejuizamiento, como lo señala con todas las letras la Corte Suprema Nacional, es evidente que carecerían de virtualidad esos institutos procesales que están diseñados precisamente para contener situaciones urgentes.

Eso también le permitió invocar a la Corte Nacional la distinción entre la medida innovativa y la medida de no innovar, pues para resolver el caso utilizó el art. 230 del Código Procesal Nacional y lo complementó con el art. 232, toda vez que se trataba de un accidente laboral en el cual un trabajador había perdido su antebrazo al manipular una máquina, de ahí que esa última norma le haya brindado la posibilidad de generar una cautelar compuesta, porque con la primera innovaba y con la segunda señaló en que consistía esa innovación, que no era otra cosa más que suministrarle la prótesis al trabajador.

Esa prótesis debía ser colocada en el brazo amputado del trabajador, antes que éste perdiera las condiciones anatómicas para resistir ese injerto y desde luego le permitiría a ese trabajador volver a reinsertarse –con las limitaciones del caso- al mercado laboral antes de que concluyera el proceso judicial, en donde el demandado tenía la posibilidad de defensa suficiente para contrarrestar la pretensión del trabajador.

Como se advierte de este conjunto de fundamentos brindados por la Corte Suprema de Justicia de mi país, se desprende la operatividad de la tutela anticipatoria dentro de los pliegues de la medida cautelar llamada prohibición

de innovar, que se presenta, conforme la transcripción antes efectuada, de un modo muy sencillo, esto es como medida innovativa o como medida de no innovar, representando ambas, las dos caras de una misma moneda.

La clave para entender esta medida radica en que si el peligro en la demora, como reza el segundo inciso del art. 230 proviene del mantenimiento de un determinado *statu quo*, de hecho o de derecho, esto es la asunción de una actitud omisiva de aquél contra quien se dirige la medida resulta necesario alterar esa situación si los perjuicios derivan de ese mantenimiento, esto es la faceta innovativa de la medida, para evitar los perjuicios que esa actitud omisiva genera.

Mientras que si el perjuicio se produce por haberse alterado una determinada situación de hecho o de derecho, correspondería mantenerlo, esto es la faceta de “no innovar” de la medida analizada.

En ambos supuestos, sea para innovar o para no innovar, lo que se persigue sea retrotrayendo las cosas a un estadio anterior, o sea manteniéndola para que no se altere, es la posibilidad de desarrollar un proceso resguardando el derecho de ambas partes de acceder a la jurisdicción y obtener un pronunciamiento de mérito que resulte eficaz.

En Argentina, la importancia de esta medida ya había sido destacada por Juan Francisco Linares, discípulo de Carlos Cossio, señalando que su fundamento axiológico, como también lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es asegurar a las partes un relativo pie de igualdad ante la jurisdicción, afirmado en la observancia del principio de buena fe, a fin de evitar daños irreparables y mantener el buen orden procesal, evitando que las partes hagan justicia por mano propia, pues todas esas -sostenía- eran expresiones concretas

del valor justicia, como el orden, la seguridad, etc., que el proceso civil debe consagrar en cuanto también es derecho⁴.

En ese trabajo -de la década de los '40 del siglo pasado- Linares luego de comparar la prohibición de innovar con las diversas variantes de injunctions que existen en el sistema del common law, concluyó que si bien los efectos de la prohibición de innovar inciden forzosamente sobre la conducta de las partes, no solamente el intimado debe abstenerse de realizar algo ("no innovar"), sino que pueden presentarse casos en que la conducta ordenada por la medida sea la de actuar positivamente, como consecuencia de que lo dañoso sería precisamente una conducta omisiva (de ahí la necesidad en este supuesto de "innovar"), citando para ello a Cossio, que destaca que no se puede desconocer que el "no hacer" (el énfasis me pertenece), es un modo de obrar, es decir una acción o conducta⁵.

En la misma línea se expidió Palacio, al reconocer esta situación señalando la venerable antigüedad que tiene la medida cautelar denominada innovativa, generadora siempre de anticipos jurisdiccionales, y su reconocimiento expreso por parte del más Alto Tribunal del país⁶.

Desde luego que casos como estos ha resuelto muchos la Corte Suprema de Justicia argentina, y desde luego se puede sostener sin lugar a dudas que esa resulta su doctrina, sobre todo a la luz de los Tratados Internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad a los cuales ha adherido nuestro país a partir del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

⁴ Linares, Juan Francisco; La prohibición de innovar. Bases para su sistemática, en Revista del Colegio de Abogados, año XXI, T. XX, nro. 6, período noviembre-diciembre de 1942.

⁵ Linares, Op. Cit. p. 845; y la cita de Cossio corresponde a su trabajo Las Lagunas del derecho, Universidad de Córdoba, Córdoba 1942, p. 66 y ss.

⁶ Palacio, Lino E.; La venerable antigüedad de la llamada medida cautelar innovativa y su alcance actual; Revista de Derecho Procesal nro. 1, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 105 y ss.

Un ejemplo más reciente de ello, resulta el sonado caso de la Ley de Medios⁷, que mantuvo el grupo Clarín contra el Estado Nacional, a través del cual se persiguió la declaración de inconstitucionalidad de algunos artículos de ese nuevo cuerpo legal, que provocó efectos políticos y judiciales de sobrada importancia en mi país, como por ejemplo fue el dictado de una ley de cautelares contra el Estado, o bien la creación de cámaras de casación generando tribunales intermedios, medida ésta que la Corte Nacional ha dejado en suspenso por vía de acordada.

En ese resonante caso, con el dictado de la cautelar (en la faceta de no innovar), se facilitó el acceso a la jurisdicción a la accionante, resguardando así un derecho fundamental de todo justiciable, manteniendo a ambas partes en igualdad de condiciones, evitando una actuación de la demandada en desmedro de ese derecho de acceder a la jurisdicción, hasta el dictado de la sentencia definitiva.

Sin embargo, pese a que se podía haber interpretado como una decisión favorable respecto a la decisión de mérito, finalmente la Corte dispuso el rechazo de la pretensión ejercida, con lo cual se advierte con total claridad la tutela anticipada, y su carácter provisional que no debe ser confundido con la definitividad de una sentencia por más superposición que exista entre el objeto de la petición cautelar con la pretensión sustancial.

La elocuencia de este ejemplo reafirma la doctrina del más Alto Tribunal del país que ha sostenido desde siempre que “las medidas cautelares no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud; es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del

⁷ Fallos 333:1885

cual, asimismo, agota su virtualidad”⁸, debiendo agregarse en esta línea que la tutela anticipada, solo requiere que esos recaudos resulten calificados para la jurisdicción de modo de entrar en ese ámbito que denominara atípico con la prudencia que las circunstancias de cada caso aconsejen a la luz de lo que significaría por un lado, el desarrollo del ordinario iter procesal –como lo denominaba Calamandrei- a la luz de las circunstancias fácticas del caso concreto por supuesto, y no teniendo en cuenta el agravio irreparable como un requisito inexcusable, sino manteniendo el peligro en la demora para ese análisis, toda vez que ese presupuesto brinda una gama de alternativas que quitan la posibilidad de caer en un razonamiento binario como el que propone el requisito de agravio irreparable, que además carece de utilidad, pues esa irreparabilidad se debe advertir de las circunstancias del caso concreto conforme el derecho a la jurisdicción en todo su alcance.

El ejemplo elocuente de lo señalado surge precisamente del caso Clarín en donde el demandado era el Estado Nacional, con lo cual no existía irreparabilidad alguna, aún en caso de resultar victorioso en el proceso el grupo accionante.

3.- LA REGULACION EN EL NUEVO CODIGO PROCESAL DE BRASIL

Lo cierto es que la movilización que provoca la tutela anticipada en la doctrina brasileña, llevó a un profuso desarrollo en virtud del cual considero que se intenta gestar desde la teoría general de las medidas cautelares, una especie de proceso nuevo, en virtud del cual se permita la conclusión inmediata de una causa, cuando carezca de sentido el desarrollo de otro proceso al existir una superposición entre el objeto de la cautela y la pretensión sustancial ejercida o a ejercer, por considerarla agotada y consecuentemente abstracta.

⁸ Fallos 317:581; 318:1077; 320:1093; 326:970; 327:2738, entre otros.

Lo reconoce expresamente Marinoni al sostener que la acción cautelar innominada puede requerir tutela preventiva y rápida para cualquier situación de derecho sustancial, reconociendo expresamente que sean invocados sus presupuestos genéricos, o sea, el *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora*, la práctica forense, especialmente en razón de las particularidades de los nuevos derechos, pero considerando seguidamente que se pasó a concebir un uso no cautelar de la acción cautelar innominada.

Y agrega que ese uso no cautelar de la acción cautelar innominada consistió en la invocación del procedimiento cautelar para atender aquello que podría y debería ser protegido por el procedimiento ordinario, siempre que obviamente, tuviese las particularidades técnicas del procedimiento cautelar, especialmente la técnica anticipatoria⁹.

Para ese análisis se advierte una superposición conceptual ,al retrotraer la concepción de la acción a épocas pretéritas, aun anteriores al nacimiento del derecho procesal. Esa superposición conceptual lleva a sostener el concepto de acción entendido -como desde antiguo lo hacía el derecho romano- según la clásica definición de Celso, como la posibilidad de perseguir en juicio aquello que era debido, confundiendo al derecho sustancial con el adjetivo.

Partiendo de esa superposición conceptual de acción y proceso, se concluye en la necesidad de regular “técnicas anticipatorias”, que en definitiva aluden a las formas que se deben observar para desarrollar este nuevo proceso que se intenta gestar.

Ese razonamiento confirma además que es la superposición entre objeto de la cautela y pretensión sustancial la que tiene anclado el debate en la doctrina

⁹ Marinoni, Luiz Guilherme; Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, Ed. Palestra, Lima, Perú, 2007, p, 96 y ss. Allí considera el autor –siguiendo a Zanuttigh- que se crea un modelo de protección más avanzada y eficaz, concurriendo a sostener esa línea los razonamientos tanto de Denti como de Proto Pisani, hasta llegar a Giovanni Verde.

brasileña, diseñándose desde allí no solo ideas, sino lo que luego se ha denominado “técnicas orgánicas” para encuadrar dos institutos que son claramente diversos¹⁰.

Intentando marcar algunas diferencias, pero en línea con el debate trazado por la doctrina brasileña, Candido Dinamarco si bien sigue la postura de Calamandrei, señaló que hay que distinguir a las medidas cautelares de las anticipatorias, las primeras buscan evitar que el paso del tiempo prive al proceso de algún medio exterior que podría ser útil al correcto ejercicio de la jurisdicción y consecuente producción –en el futuro- de resultados útiles y justos; mientras que las segundas van directamente a la vida de las personas y, antes del juzgamiento final de la causa, ofrecen a alguno de los sujetos en litigio el propio bien por el cual él pugna o algún beneficio que la obtención del bien le podrá proporcionar¹¹.

En línea con lo expuesto, de la misma escuela brasileña, ahora sostiene Mitidiero, que “si la tutela jurisdiccional final tiene que ser atípica, obviamente también la técnica anticipatoria y la anticipación de la tutela que proviene de allí deben contar con idéntica amplitud. Es que los objetivos perseguidos son rigurosamente los mismos: la tutelabilidad general de las posiciones jurídicas en el plano del derecho material. Es un deber del legislador viabilizar el empleo de la técnica anticipatoria de manera atípica para una amplia e irrestricta protección de todas las situaciones jurídicas del derecho material carentes de tutela jurisdiccional”¹².

¹⁰ Sin perjuicio de ello, existe una línea representada en este caso por Darcio Guimaraes Ribeiro que clarifica la distinción que debe existir entre acción, pretensión y tutela, destacando las diferencias conceptuales que existen entre esos institutos (Guimaraes Ribeiro, Darcio; La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva – Hacia una teoría procesal del derecho, con prólogo de Joan Picó i Junoy; Ed. J.M: Bosch, 2004, Barcelona, p. 200).

¹¹ Dinamarco, Candido; Nova era do processo civil, Malheiros, Sao Paulo, 2003, p. 58.

¹² Mitidiero, Daniel; Anticipación de tutela – De la tutela cautelar a la técnica anticipatoria, trad. De Renzo Cavani, Ed. Marcial Pons, 2012, p. 40.

Desde allí se construye una “técnica” como la presenta la doctrina brasileña, que se sigue apoyando en la teoría general de las medidas cautelares, para generar una especie de conocimiento sumario que persigue el desarrollo de un proceso urgente.

Todo esto, por la marca que dejó la situación acontecida en Brasil en la década de los '90, razón por la cual han desarrollado intensamente este posible “nuevo instituto”, en donde aparecen más dudas que certezas. Ello en razón de que en todos los casos se contemplan soluciones que resultan provisionales, y por ende similares a las que proporcionan las medidas cautelares.

En ese ordenamiento -en línea con las superposiciones conceptuales señaladas- ahora se intenta regular la tutela anticipada y la tutela de evidencia, distinguiendo dos procedimientos diversos para ambas (arts. 294 y ss.), y se señala que la tutela es procedente cuando existe una emergencia y de los datos aportados surge la probabilidad de que el derecho y el peligro de daño o riesgo lleven a un resultado que no sea útil para el proceso.

Por lo cual se advierte que –mutatis mutandi- la inspiración que tiene esta norma es similar a la que tiene el art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en Argentina, cuando señala que el peligro en la demora surja del mantenimiento o la alteración de una determinada situación de hecho o de derecho, y su eventual modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible.

La diferencia estriba en que mientras en el ordenamiento procesal argentino solo se requiere para ello, que el derecho invocado resulte verosímil, como en toda medida cautelar, esa situación, tal como se ha contemplado en la legislación brasileña, sigue siendo confusa a la luz de la sencillez que refleja la argentina.

Esto se debe a que se señala en el art. 300 del Código del Proceso de Brasil, que esa protección –que sigue siendo cautelar- requiere para su otorgamiento, que si el juez no la otorga directamente, lo que debería interpretarse *inaudita pars*, puede requerir su justificación previa, pero que no se concederá cuando exista peligro de irreversibilidad de los efectos de la decisión que se adopte¹³.

Con lo cual se sella indefectiblemente la “suerte” de una tutela anticipada por esta vía cuando, como señala la norma, exista superposición entre el objeto de una cautela y la pretensión sustancial, que contradictoriamente fue lo que la doctrina brasileña quería aventar¹⁴.

Es decir, que en un lenguaje llano, con un ejemplo contundente de la realidad, no hubiera sido posible –conforme la normativa señalada- conceder una cautela como la que concedió la Corte Suprema de Justicia de Argentina en el caso Camacho Acosta antes citado, o bien en el caso Pardo, o bien en el caso que mantuvo el grupo Clarín con el Estado Nacional, sin advertirse que lo que se está resguardando es el derecho a la jurisdicción de todo justiciable, y con ello el desarrollo del debido proceso legal¹⁵.

¹³ La traducción de las normas del nuevo Código Procesal de Brasil que se citan corresponden al Prof. Darci Guimaraes Ribeiro. Art. 300. La protección de urgencia se concederá cuando haya elementos que muestran la probabilidad del derecho y el peligro de daño o riesgo para el resultado útil del proceso
§ 1 Para el otorgamiento de la tutela de emergencia, el tribunal podrá, en su caso, exigir una garantía real o garantía de confianza para resarcir el daño que la otra parte pueda sufrir, la seguridad puede no aplicarse si los económicamente más pobre y no pueda ofrecerla.
§ 2 La protección de emergencia se podrá conceder directamente o después de la justificación previa.
§ 3. No se concederá la naturaleza de la protección de emergencia temprana cuando hay peligro de irreversibilidad de los efectos de la decisión.

¹⁴ En Argentina se avanzó en esa misma línea con la ley 26.854 –antes referida- que contempla en su art. 3 inc. 4to. la imposibilidad de dictar una medida cautelar que coincidan con el objeto de la demanda principal, superponiendo los conceptos de petición cautelar provisional con pretensión sustancial, y además resulta necesario señalar que existe una línea en la doctrina nacional que sostiene idéntico criterio, por ejemplo Peyrano sostiene: que siempre la cautelar es una tutela divergente, diferente o no coincidente respecto del contenido del juicio de mérito que se concretará ulteriormente (Peyrano, Jorge W.; “Nuevamente sobre usos “no conformes” de la prohibición de innovar y de la medida innovativa”, J.A. 2005-III-229).

¹⁵ Es útil para entender la situación en la que se genera la tutela anticipada que se cita de los casos reseñados hacer una breve referencia a ellos. En el caso Camacho Acosta, se trataba de un trabajador que había perdido su antebrazo en un accidente de trabajo, razón por la cual la Corte resolvió la inserción de una prótesis durante el desarrollo del proceso (la cual fue solicitada como medida innovativa) en razón

Pero más allá de eso, se señala en el procedimiento diseñado por el legislador brasileño para la concesión de una cautelar que implique una tutela anticipada, que si el juez considera que la petición formulada abriría la posibilidad para ello, la parte demandada será citada a una audiencia.

La novedad que se agrega en el art. 304¹⁶ del código brasileño, es que si la tutela anticipada que se concede, no es recurrida se transforma la decisión en definitiva, dándose por terminado así el proceso, lo que resultaría valioso y permitiría pensar en el desarrollo de un verdadero proceso urgente, pero en este supuesto entramos en una variante absolutamente diversa a lo que describen las normas anteriores, pues en este caso se estaría utilizando una estructura similar a la que tiene el proceso monitorio, en virtud de la cual primero se protege o se resguardan aquellos derechos fundamentales que

que si no se hacía en el tiempo adecuado esa operación el brazo perdía las condiciones anatómicas para recibir el implante de la prótesis.

En el caso Pardo se trataba de un accidente de tránsito sufrido por una niña menor, que circulaba en bicicleta y con motivo del mismo quedó cuadripléjica, razón por la cual la Corte dispuso el suministro de todas las atenciones médicas necesarias en forma inmediata para paliar el cuadro que se presentaba (esto es operaciones, asistencia con prótesis y aparatos adecuados para su atención, y desde luego los medicamentos y las prácticas que fueran necesarias para paliar sus padecimientos, sin perjuicio de continuar el proceso para determinar la responsabilidad definitiva de quien resultara embistente.

En el caso conocido como Grupo Clarín, ese multimedio solicitó judicialmente la inaplicabilidad a su respecto de determinados artículos de la ley de medios que había sancionado el Gobierno Nacional por considerarlos inconstitucionales, y en caso de no dictarse una medida de no innovar, el plazo que le daban al Grupo para adecuarse a la ley que era de 12 meses iba a ser consumido antes que terminara el proceso judicial en todas sus etapas, de ahí que la Corte Nacional concedió la medida de no innovar, mandándose a que no se apliquen esos artículos de la ley, por su apariencia de inconstitucionales hasta tanto no se resuelva el proceso a través de un pronunciamiento definitivo. Así se resguardó el derecho a la jurisdicción de ese multimedio hasta que finalmente la Corte Nacional resolvió el rechazo de la demanda por no considerar inconstitucionales esas normas que habían sido puestas en tela de juicio.

¹⁶ Art. 304. La medida cautelar concedida con arreglo al art. 303, se vuelve estable si la decisión que la conceda cuando no se interponga el respectivo recurso.

§ 1. En el caso mencionado anteriormente, se dará por terminado el proceso.

§ 2. Cualquiera de las partes puede demandar a la otra con el fin de revisar, reformar o anular la medida cautelar estabilizada bajo el encabezamiento.

§ 3. La tutela anticipada conservará sus efectos mientras no sea revisada, reformada o invalidada por orden de mérito dictada en la acción del § 2.

§ 4. Cualquiera de las partes podrá solicitar la reapertura del caso en el que se concedió la medida, para instruir a la aplicación de la acción contemplada en el § 2, será competente el juez en el que la tutela anticipada fue concedida.

§ 5. El derecho de revisar, modificar o anular la medida cautelar prevista en el § 2 del presente artículo, pondrá fin después de dos (2) años a partir de la decisión que desestimó el caso en virtud del § 1.

§ 6 La decisión que conceda la tutela no tendrá autoridad de cosa juzgada, pero la estabilidad de sus efectos sólo serán retirados por la decisión de revisar, modificar o anular, dada en la demanda presentada por una de las partes de conformidad con el § 2 de este artículo.

hubieran sido vulnerados, y luego se deja en manos del accionado la eventual apertura del contradictorio, que si no es activado transformaría en definitiva la decisión adoptada, con una salvedad muy importante que rompe la celeridad en el trámite, que es precisamente la audiencia previa, que por sí misma desvirtúa la tutela urgente y efectiva, por oposición al trámite *inaudita pars* de una cautelar como la que contempla el art. 230 del Código Procesal Nacional.

Esa concepción se transforma así en imprecisa, ya que se agrega a continuación, que cualquiera de las partes podrá solicitar la reapertura de la causa con el fin de revisar, reformar o anular esa mal denominada tutela anticipada, con lo cual es evidente que pese a que se pretende la terminación del proceso, la decisión que se adoptó no alcance la estabilidad propia de un pronunciamiento definitivo al permitir su revisión, lo que hace que nunca tenga carácter definitivo, ergo será siempre provisional, conforme esta singular creación.

Este razonamiento lo confirma el art. 309 de ese cuerpo legal¹⁷, que indica los casos en que cesa la eficacia de esa medida, y entre los supuestos que se contemplan, como la falta de promoción de la acción principal, o la no efectivización de la cautela concedida, se prevé el principio “*rebus sic stantibus*” –que contempla el art. 202 del Código Procesal Nacional de Argentina- al señalarse que eventualmente perderá eficacia si se agotan las razones que dieron origen a su dictado, pero con un agravante muy peculiar, que indica que no se podrá renovar la petición que se había formulado, salvo que sea a través de nuevos fundamentos, con lo cual la estabilidad de una decisión de ésta índole resulta difícil de obtenerse a la luz de la dilación

¹⁷ Art. 309. Acaba la eficacia de la medida otorgada con carácter previo si:

I - el autor no deduce la demanda principal dentro del plazo legal;

II - no se realice dentro de los treinta (30) días;

III - el juez desestime la solicitud principal por el autor o termine el proceso sin resolución de mérito.

Párrafo único. Si por alguna razón termina la eficacia de medidas cautelares, se prohíbe además renovar la solicitud a menos que sea bajo un nuevo fundamento.

temporal que importa esa concepción, en desmedro desde luego del principio de seguridad jurídica que es de la esencia del debido proceso legal.

Como se puede advertir sin mayor esfuerzo, con esta regulación se transgreden los principios de la lógica tradicional, ya que un procedimiento cautelar intenta transformarse en un proceso *sui generis*, para luego señalarse de inmediato que sigue siendo un procedimiento cautelar, con lo cual no solo se viola el *principio de identidad*, sino el de *no contradicción*. Lo mismo sucede con el principio de *tercero excluido* en virtud del cual una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo, al igual que con el de *razón suficiente* en virtud del cual una cosa es de una determinada manera porque debe tener fundamentos para ello, y la dificultad en encontrarlos demuestra el carácter endeble que presenta esta construcción desde el punto de vista científico.

Resulta complicado interpretar si todo el conjunto de normas descripto tiene un sentido definido que propende a la protección de los derechos, ya que la concepción sistémica que tiene el ordenamiento adjetivo argentino, supera –solo por su sencillez y efectividad- la profusión legislativa brasileña, que pretende instaurar un proceso urgente suprimiendo las bondades de la tutela cautelar, o por lo menos desdibujándola con la partición que se pretende, para luego reivindicarla -con un presunto espíritu garantista- que no alcanza a explicar su sentido.

La llamada tutela de evidencia que contempla el art. 311 también resulta poco clara, pues se indica que el juez la puede conceder liminarmente e independientemente de que se demuestre el peligro de daño o riesgo para el resultado útil del proceso, y señala que entre los requisitos que debe observar, el primero es que se advierta el abuso del derecho de defensa o un manifiesto propósito dilatorio.

Es claro que ello solo se puede advertir luego de haber convocado al demandado o afectado por la medida, porque no puede inferirse otra vía por la cual se compruebe un abuso del derecho de defensa o una actitud manifiestamente dilatoria, con lo cual nuevamente aparecen aquí más dudas que certezas.

4.- LA COMPARACION DE AMBOS SISTEMAS

De la comparación de ambos sistemas –el que consagra el Código Procesal Nacional en Argentina, y el Código Procesal de Brasil- se advierte que mientras en el último, para el dictado de una medida que importe una tutela anticipada, se requieren en el art. 300 una serie de requisitos en grado superior a las cautelares ordinarias, aspecto que resulta difícil evaluar, porque la discrecionalidad judicial queda a merced de un parámetro confuso, por ese plus que se exige ya que arraiga en una apreciación subjetiva.

Mientras la cautela prevista en el art. 230 del código argentino no requiere nada de ello, pues puede ser dictada *inaudita pars* y además solo exige verosimilitud del derecho y peligro en la demora, como lo requiere cualquier cautelar.

La doctrina de la Corte Suprema Nacional en este sentido, exhibe el siguiente criterio: “resultan suficientemente acreditados los presupuestos previstos en los inc. 1 y 2 del art. 230 del CPCCN para acceder a la medida cautelar innovativa pedida por dos sociedades comerciales en el marco de la acción declarativa tendiente a obtener la declaración de inconstitucionalidad de la ley 4459 de la Provincia de Misiones –en cuanto afectaría el comercio interprovincial de la yerba mate que realizan- y ordenar la suspensión de los efectos de los arts. 4, 5 y 6, a los fines de que el Estado local se abstenga de prohibir, restringir, limitar o

afectar el libre tránsito y egreso de yerba mate en cualquier estado de elaboración de su territorio”¹⁸.

Como se advierte, aquí no hay irreparabilidad alguna en el *periculum in mora*, observado como parámetro por la Corte, pues los estados provinciales tienen solvencia suficiente, y además es claro que el conflicto que se plantea es de neta raigambre comercial, por lo cual la irreparabilidad no se puede presentar con el carácter extremo que se pretende, sino es desde una postura absolutamente cerrada.

Además está claro que la contracautela constituye un sistema garantizador, que persigue aventar los riesgos de haber adoptado una cautelar sin derecho suficiente, por ende –más allá de las franquicias que se puedan solicitar para litigar- esta circunstancia también resulta demostrativa que no puede tener carácter definitivo el proceso que se pretende montar desde los presupuestos de la teoría general de las medidas cautelares, no solo por la prosecución de la causa hasta su finalización, sino porque queda en evidencia el carácter provisional de la decisión que se adopta, para despejar así cualquier confusión que se pretenda al sostener el diseño de un nuevo proceso que no es tal, ya que mal podría confundirse la provisoriedad de una decisión de esta índole, con la definitividad de una sentencia.

En la misma línea se expide Oteiza al sostener que la correspondencia entre aquello que es protegido cautelarmente, por una parte, y la pretensión que constituye el derecho cuyo reconocimiento se solicita que sea reconocido en la sentencia, por la otra, no altera su sustancia. Se trata de dos situaciones

¹⁸ Fallos 331:2919. También es doctrina pacífica y uniforme del más Alto Tribunal 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 aquellas, 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).

diversas, que no corresponde asimilar. La primera, de ser aceptada, tendrá una vigencia y un alcance limitado al tiempo que demande la tramitación del proceso. La segunda, por el contrario, constituye el resultado que una de las partes espera que se reconozca en la sentencia¹⁹.

La irreparabilidad de la decisión cautelar respecto a la sentencia de mérito es otro ejemplo elocuente de la confusión en la que se encuentra inmersa la doctrina brasileña, pues constituye el ejemplo paradigmático que permite vislumbrar la superposición conceptual en la que se incurre entre el objeto inmediato de una petición cautelar, con el objeto mediato de una pretensión.

De ahí que hayamos sostenido que ese espíritu procedimentalista que anima a legislar absolutamente todo lo que aparenta ser novedoso, pese a su antigüedad, tal como lo señala Mitidiero, cuando reclama al legislador que contemple esas “técnicas anticipatorias”, no hacen más que desdibujar a los sistemas cautelares en su función natural y más aún en su actuación en el ámbito excepcional o atípico en el que se han desplegado.

En este sentido informa la doctrina de la Corte Suprema –en el ya mencionado caso Camacho Acosta- que es de la esencia de estos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones –en tanto dure el litigio- sobre el fondo mismo de la controversia, y no solo se persigue destacar que son los efectos de la medida adoptada los que se proyectan sobre la decisión de mérito, sino que además se propende con ello, a la concreta utilidad y eficacia de la sentencia, para evitar que de no adoptarse esa decisión los perjuicios sean de imposible o muy dificultosa reparación al dictarse la sentencia.

En ningún caso se sostiene, en la doctrina de la Corte Suprema, lo que viene puesto por la doctrina brasileña y han copiado algunos códigos provinciales de

¹⁹ Oteiza, Eduardo; Las cautelares con alcance de definitividad según la Corte Suprema de Justicia de la Nación; Número especial de Jurisprudencia Argentina sobre Derecho Procesal Constitucional; 12/11/14, fasc. 7, p. 122.

Argentina, del viejo art. 273 del Código del Proceso del Brasil, que la medida no tenga carácter irreversible para la sentencia²⁰.

No empecé a ello, la superposición que a toda costa quiere transformar la doctrina brasileña entre petición cautelar y pretensión sustancial, como fundamento –con base en la llamada técnica anticipatoria- en un nuevo proceso, ya que no existe un proceso cautelar como tal, sino que es un subsistema dentro del sistema que es el proceso principal²¹.

Ello lleva a la confusión de pretender la existencia de un proceso autónomo y urgente, que además tenga carácter definitivo, sin advertir que se persigue su configuración desde la teoría general de las medidas cautelares, lo que lleva a la superposición conceptual entre cuestiones sustanciales y procesales²², que prácticamente hace estéril la existencia misma del derecho procesal.

Esa doctrina de la Corte Suprema Argentina, que admite ese tipo de cautelares que importan un anticipo jurisdiccional, a nivel nacional, a su vez es la que han seguido los tribunales inferiores que han interpretado que “si bien el hecho que el objeto de una medida cautelar coincida –total o parcialmente- con el objeto de la pretensión principal no invalida dicha cautela, sí exige una mayor ponderación de los elementos en que se la funda a fin de no afectar el derecho de defensa en juicio. Y en cuanto a la extensión de la medida es razonable que dure hasta el dictado de la sentencia definitiva, y cuando quien la solicita

²⁰ Es más en la Ciudad de Buenos Aires, el Código Contencioso Administrativo y Tributario en su art. 177 al contemplar las medidas cautelares considera viables a todas ellas “aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida” (sic).

²¹ Desarrolle estos aspectos en el capítulo I de mi trabajo *Sistemas Cautelares Atípicos*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2009, en donde se señala la distinción que existe entre un procedimiento cautelar, de lo que constituye un verdadero proceso, a través del cual se obtiene una decisión que puede pasar en autoridad de cosa juzgada, de ahí la distinción que marcamos entre Argentina y Brasil cuando se trata de concebir un anticipo jurisdiccional desde los sistemas cautelares, por oposición a la que se quiere diseñar en Brasil concibiendo una especie de nuevo proceso, que queda desdibujado cuando concluye con un pronunciamiento provisional, el cual a su vez descoloca la operatividad de las propias medidas cautelares.

²² Oteiza, Eduardo; *Op. Cit.*; *Las cautelares con alcance...*, p. 126

acredite que irroga en gastos médicos y de atención no siempre cubiertos por su obra social”²³.

Así aparece una justicia con un rostro mucho más humano, como demandaba el maestro Morello, haciendo de la tutela inmediata una realidad, que desde luego al justiciable excede el carácter de su otorgamiento sino que le permite contener una situación afligente o angustiante en forma efectiva.

Esta circunstancia por sí misma clarifica en una sola norma aquello que profusamente ha intentado delinear el legislador brasileño a través de un conjunto normativo, que no solo resulta sobreabundante y confuso en su concepción, sino que en definitiva concluye siempre en la inestabilidad de la decisión que se adopte porque en todos los casos tendrá carácter cautelar, esto es, resultará provisional.

Con lo cual este análisis comparatista en el desarrollo que sigue el mismo instituto en ambos países podría ser sintetizado, como la opción entre la sencillez que consagra el art. 230 del Código Procesal de Argentina, que propende hacia el activismo judicial, o el procedimentalismo diseñado en el nuevo Código del Proceso Civil del Brasil.

5.- A MODO DE CONCLUSIONES PRELIMINARES

En este punto es fácil percibir, que si bien es saludable y conveniente que se persiga el diseño de un proceso urgente, no parece conveniente hacerlo a través de una restricción de la labor jurisdiccional dejando solo en manos del legislador el diseño de formas que por lo reseñado son generadoras de sistemas inapropiados.

²³ Sumario 15.857 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil – Boletín 6/2004; CNCiv., Sala D, 8/7/2003, in re “Denovi, María Dolores c/Transporte Quirno Costa S.A. s/Medidas precautorias”.

La contradicción entre la concepción de un sistema cautelar y el de un proceso que se pretende que sea urgente, que no debe construirse sobre la desvirtuación de la teoría general de las cautelares, so riesgo de anular algo tan valioso como esos subsistemas que le han dado un vuelo de suma trascendencia al derecho procesal para contrarrestar los tiempos del proceso.

La progresividad de los derechos humanos se ha ido imponiendo a través de grandes principios que mutuamente se nutren, especialmente el principio pro homine, con los principios de progresividad/evolutividad/no regresividad en la protección de los derechos humanos²⁴.

El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad. Todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo²⁵.

La realidad indica que se legisla de espaldas a esos Tratados internacionales que son derecho positivo en la gran mayoría de los países americanos, retrotrayendo la ductilidad de derechos prestacionales brindados por el Estado a favor del justiciable a través de sistemas ágiles que proporcionan una protección o resguardo inmediato, por otros –como los que fueron referidos– que contradictoriamente generan mayores obstáculos para aquellos derechos que se pretenden resguardar.

²⁴ Zlata Dmas de Clement; La complejidad del principio pro homine; número especial de Jurisprudencia Argentina sobre Derecho Internacional de los Derechos Humanos, 25.3.2015, fasc. 12, p. 100.

²⁵ Llera, Carlos E.; La tensión entre la ley 26.854 de medidas cautelares y la dimensión convencional del derecho procesal; Errepar-Compendio Jurídico, nro. 80-diciembre-2013, p. 103 y ss.

El juez que se precie de ser activo, siempre va a encontrar una solución para el caso concreto, toda vez que siempre deberá analizar la normativa a aplicar a la luz de esos Tratados Internacionales, y podrá advertir a la luz de los arts. 26 ó 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ó 2 y 21 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros, la protección a la interpretación amplia y progresiva que corresponde hacer de los derechos, como asimismo por ejemplo a la luz de los arts. 4 y 5 de esta última Convención, el principio de no regresión o de irreversibilidad de la progresividad en materia de derechos humanos.

Esa interpretación extensiva y progresiva es la que cabe al juez activo y como tal comprometido con la realidad, que no tiene que esperar del legislador una norma que permita la solución del caso concreto. Por el contrario, debe ser la labor de la jurisdicción quien a través de una interpretación adecuada y progresiva propenda a la revalorización del principio pro homine en todas sus manifestaciones.

Esa progresividad se refiere a la dinámica de perfeccionamiento y avance en el cumplimiento de las obligaciones hacia el logro de la efectividad de los derechos. Si bien el Estado podrá implementar estas políticas de manera paulatina, tomando en cuenta el máximo de recursos disponibles, con base en este principio, el Estado asume el compromiso internacional a que no haya retrocesos en la instrumentación²⁶.

Hasta aquí se advierte que existe una línea de trabajo con un evidente corte procedimentalista, que reitera la situación descrita y persigue aquello que de alguna manera ya Cossio señalaba como una especie de quimera, al pretender la plenitud del ordenamiento jurídico, vía a través de la cual cae con todo su

²⁶ Llera, Carlos E.; Op. Cit.,

peso el activismo jurisdiccional, que es precisamente la vía que debe hacer plena la letra de la ley en cada caso concreto.

No se puede arropar al juez con un volumen de normas que “autoricen” su tarea, pretendiendo simplemente servir al pie de la letra la solución apropiada para cada caso, y menos aún en una materia como la que ocupa la atención o hace a la operatividad de los sistemas cautelares, que son los que en definitiva generan la llamada tutela anticipada, o el anticipo de jurisdicción para la tutela efectiva de los derechos fundamentales, pues por la vía reglamentarista que se intenta, se obtura el funcionamiento que tienen las medidas cautelares, aun dentro del ámbito excepcional -o atípico- en el que pueden funcionar; y lo que resulta más preocupante aun, es la restricción impuesta a la labor jurisdiccional a manos del legislador.

Enseñaba Cossio que no se puede concebir al derecho como un catálogo de casos abstractamente señalados en las leyes, con lo cual se tiene en cuenta una pluralidad de casos individualizados y no una totalidad sistemática. Es decir, que en lugar de la estructura que totaliza, y con ello constituye, la unidad de la experiencia jurídica, viene a pensarse solo en el hecho de los casos enunciados, en lo cual se confunde la realidad enunciada de casos en un momento histórico dado, con la posibilidad de estructuración de casos en cualquier momento histórico²⁷.

No solo resulta inconveniente pensar el derecho asimilándolo a la ley, pues resulta inapropiado -por irreal- sino que se desdibuja totalmente la labor de la jurisdicción, ya que ley y derecho permiten advertir que se facilita todo tipo de integración a partir de aquello que puede considerarse “un vacío” que en ningún caso es tal.

²⁷ Cossio, Carlos; La Plenitud del Ordenamiento Jurídico; Ed. Los Andes, 2da. Ed. Facs. 2005, p. 24.

De modo que la integración que permite el derecho por sí mismo, es mucho más que la letra de la ley. Surge a partir de la función que cumple una jurisdicción que realmente se precie de ser activa, precisamente porque a partir de su activismo es como va a propender a la tutela efectiva e inmediata de los derechos fundamentales, por ejemplo, a través de un sistema cautelar que provoque una tutela anticipada²⁸.

El ámbito del derecho procesal analizado, es rico en variantes e interpretaciones, por lo cual no podría más que concluirse de modo de obtener –por el momento- algunas conclusiones de carácter preliminar, ya que se han visto dos líneas claramente definidas.

Por un lado en Argentina a nivel nacional, el funcionamiento de algunos sistemas cautelares con proyecciones que exceden su marco tradicional y se proyectan sobre la sentencia misma, como un anticipo, para lo cual la Corte Suprema solo ha requerido de los magistrados, su compromiso concreto de mayor cuidado en su utilización y aplicación, so pena de hacer carecer de virtualidad a ese tipo de institutos previstos precisamente a esos fines. Y por otro lado, en Brasil una especie de línea procedimentalista, que pretende una regulación que se advierte anticonvencional para estos tiempos.

Calamandrei –ya desde comienzos del siglo pasado- denominaba a este tipo de resoluciones judiciales, como “providencias temporales”, consistiendo ellas en una decisión interina²⁹, que constituye un anticipo del juez sobre aquello que debería ser materia de su decisión de mérito, y que al superponerse –en todo o

²⁸ Cuando se trata de amparar los derechos fundamentales a la vida y la salud, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan las pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional, lo cual se produciría si el reclamo de la actora, tuviese que aguardar al inicio de un nuevo proceso -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema- (Fallos 331:563).

²⁹ Precisamente Calamandrei las denominó interinas, dando cuenta que son internas del proceso, para diferenciarlas de las definitivas, que no es que estén fuera de aquél sino que lo concluyen..

en parte- con ella, lleva a cierta confusión respecto a qué tipo de decisión es la que adopta el juez, pues por sus proyecciones implica un anticipo de la sentencia misma, para lo cual conviene tener presente que el proceso aún se encuentra en trámite.

Además reconocía que este tipo de resoluciones funcionaban prácticamente como si consistieran en sentencias anticipadas, pues aunque no constituya una verdadera condena, sus efectos se asimilarán a una especie de condena anticipada³⁰, sin serlo por cierto, pues la interinidad de la resolución sujetará la convalidación de lo actuado por la jurisdicción al momento de la sentencia definitiva.

De ahí entonces que convenga tal vez apuntar la mirada a estructurar sistemas -aun dentro de los procesos de conocimiento- en donde esté contemplada como un nuevo subsistema tanto la “sentencia anticipada”, como la posibilidad de transitar otras vías que conduzcan a un proceso de carácter urgente, que inclusive puede provenir de brindarle las formas adecuadas al proceso de amparo, como paradigma de un proceso de esas características³¹.

³⁰ Calamandrei, Ob. cit., p. 87.

³¹ En línea con parte de las previsiones del art. 304 del Código del Proceso del Brasil, venimos trabajando hace mucho tiempo con propuestas para delinear la estructura de un proceso urgente, que puede estar inserto como un subsistema dentro de un proceso de conocimiento sumario o aún amplio, como también puede generarse en forma independiente habiendo señalado para ello al proceso de amparo como paradigma para salvaguardar los derechos fundamentales que hubieran sido vulnerados, de modo de concebir así un proceso esencialmente protectorio y no caer en la estructura de un típico proceso dirimente, esto es alejarlo de toda idea de bilateralidad como enseñaba Buzaid. Esos desarrollos se pueden ver en mis trabajos “Un nuevo molde para el amparo” en Revista de Derecho Procesal nro. 5, año 2000, p. 63 y ss., Ed. Rubinzal-Culzoni; o bien en “Una tutela procesal diferenciada o la conmemoración del desamparo”, Revista de Derecho Procesal 2008-2-173, Ed. Rubinzal-Culzoni, entre otros trabajos en esa misma dirección.

En esa línea la Corte Suprema Argentina sentó como doctrina para el amparo que: “el amparo es un proceso utilizable, en las delicadas y extremas situaciones en las que, por carecer de otras vías aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, por esa razón su apertura exige circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, frente a las cuales los procedimientos ordinarios resultan ineficaces, es decir, que debe estar probado un daño concreto y grave, solo eventualmente reparable por esta vía urgente y expeditiva (Fallos 316:3209; 317:655; 320:1617; 321:1252; 323:2097; 325:396, entre muchos otros)”.

Para ello es apropiado tener en cuenta los nuevos derechos que se han cristalizado en la Ley Fundamental y con ellos los nuevos principios que desde ellos se generan, así como los que provienen de los Tratados Internacionales que constituyen derecho positivo, como los que antes se indicaran³².

La Corte Suprema Argentina ha señalado que el carácter programático u operativo de los tratados internacionales depende de si su ejercicio se ha supeditado o no a la adopción, en el caso concreto, de medidas legislativas por parte del orden jurídico interno del país contratante. Consecuentemente sostuvo que del texto del art. 8 inc. 1ro. de la Convención Americana se desprende que no requiere de una reglamentación interna ulterior para ser aplicada a las controversias judiciales³³.

Por esa razón ese desarrollo, no solo viene puesto por el rol que le cabe al legislador, sino fundamentalmente por una labor jurisdiccional que se precie de ser activa³⁴. En este punto la Corte Suprema Argentina ha interpretado que “el avance de los principios constitucionales es la obra de los intérpretes, en especial de los jueces, quienes deben consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para que fue dictada la Constitución”³⁵.

Consecuentemente a la luz del principio de progresividad, también es de toda evidencia, que el avance de la jurisdicción en esta materia no puede importar una regresividad como la que aparece –en principio- reflejada en el

³² Todos los individuos tienen derechos fundamentales con un contenido mínimo para que puedan desplegar plenamente su valor eminente como agentes morales autónomos, que constituyen la base de la dignidad humana, y que la Corte debe proteger (Fallos 329:4741).

³³ Fallos 323:809

³⁴ El sólo irrespeto de los derechos humanos fundamentales reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y la sola denegación de su amparo, gubernativo o jurisdiccional, constituirían violaciones directas de los mismos, en función del deber de respetarlos y garantizarlos establecido por el art. 1.1. del tratado (Fallos 317:247).

³⁵ Falos 241:291

ordenamiento brasileño en los ejemplos citados, pues ello contraviene la letra de los Tratados Internacionales³⁶.

Para todo ello, lo importante, es respetar los principios que emergen de la Ley Fundamental y los Tratados internacionales a ella asimilados, que son fundantes de un ordenamiento procesal cualquiera, ya que no pueden admitirse actuaciones contrarias a ellos, porque esa es la vía apropiada para el respeto del debido proceso legal; siendo el legislador quien tiene que materializar esos principios a través de los sistemas apropiados según las circunstancias de temporales, espaciales y culturales que convenga observar en cada caso, haciéndolos cobrar vida en la realidad a través de formas que metódicamente expuestas resulten apropiadas, sin caer en excesos que puedan afectar la vigencia y operatividad de aquellos principios fundamentales.

³⁶ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que si bien los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de las normas legales, y, en consecuencia, obligados a aplicar las disposiciones domésticas, se debe tener en cuenta si un gobierno ha ratificado una regla internacional, como por ejemplo la Convención Americana de Derechos Humanos, pues en ese caso ha dicho la referida Corte “...sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que, desde un inicio, carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana “ (C.I.D.H. in re “La Cantuta vs. Perú, sent. Del 29/11/06, del voto del Juez García Ramírez).