



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

Carrera de Abogacía

“La incorporación de la Tutela Anticipada al Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe”.

2013

Tutor: Dr. David Lisandrello.

Alumna: Vanina Beatriz Bosso.

Título al que aspira: Abogada.

Fecha de presentación: Agosto de 2013.

Dedicatorias y agradecimientos:

Le dedico este trabajo a mi familia, especialmente a mis padres por la posibilidad de estudiar que me han brindado; a mi novio, amigos, a todos los compañeros de cursada que he conocido en estos años de estudio; a los profesores de todas las materias que me han ayudado a que me forme como profesional; y especialmente a la Dr. David Lisandrello, que de una manera totalmente desinteresada no dudo en ningún momento en ayudarme a desarrollar esta tesis.-

Le agradezco a la vida por haberme dado la posibilidad de estudiar, y a todas las personas que me ayudaron a transitar este difícil pero importante camino que es la universidad.-

Resumen:

En esta investigación trataremos de indagar todo lo respectivo a este instituto procesal, adoptado por algunas provincias de nuestro país, así como países de Latinoamérica y el viejo continente. Lo haremos haciendo hincapié en su concepto, clasificación, requisitos y beneficios, estudiando la legislación en los ordenamientos procesales provinciales y comparados, tanto Latinoamericanos como Europeos, abordando todas las ventajas y desventajas de su posible adopción en nuestro Código de Procedimientos Santafesino y la comparación entre las dos expresiones de Justicia Temprana, y con la medida Autosatisfactiva.-

Haremos un recorrido analizando los ordenamientos procesales por países como Brasil, Uruguay, Perú, a la vez a estos los compararemos con el de Provincias de nuestro país y con Italia, Portugal, Alemania.-

Abordaremos la recepción de esta figura en el Código Civil y Comercial Procesal de la provincia de Santa Fe.-

Estado de cuestión:

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

que han incluido normas relativas a procesos o despachos urgentes, y existen los que no contienen nada al respecto.

Existen los que han incluido normas referidas a la tutela cautelar genérica, como en el Código de la Nación, y el Código de la provincia de Entre Ríos, y los que expresamente nada contienen, es el caso del Código nuestra provincia de Santa Fe, aunque en el proyectado si se incorpora la cautela genérica.-

Nuevamente el tiempo y la oportunidad despertaron en la doctrina la inquietud de la tutela judicial en tiempos adecuados; entre los principales expositores de la Tutela Anticipada, se encuentran Jorge W. Peyrano, Lino Placios, Jorge Rojas, FanciscoCecchini, Graciela Medina, Roberto Omar Berizonce quienes consideran importante su urgente incorporación a los códigos de procedimientos provinciales y de la nación. El leading case que marca la admisión de la “anticipación de la tutela” en el Derecho es el ya conocido “Camacho Acosta c/ Grafi Graf SRL”.Para la doctrina,además, no ha pasado inadvertido y se ha ocupado con esfuerzo de la medida cautelar innovativa, las cuales marcan límites difusos, entre éstas y las medidas anticipatorias.

En efecto, las medidas anticipatorias, se ubican como antecedentes, es decir anticipan la sentencia de mérito, en todo o parcialmente; en las innovativas, una de las partes, la destinataria de la medida, haga algo que estaba omitiendo, o deje de hacer algo que estaba haciendo, sin que esa conducta sea aquella pretendida al demandar. Puede tratarse de una actividad, vinculada a la pretensión de fondo, pero no por ello sea la que efectivamente se pretendió al interponer la demanda.-

En cuanto a la revisión cautelar, algunos la han reglado de un modo más amplio y otros de forma más estrecha. Así, por ejemplo, en el Código Nacional, la revisión pasa por la vía de la reposición (revocatoria) o de apelación, según la que el propio recurrente postule. En el Código provincial, la apelación es la vía de revisión. -

En el derecho comparado, la Unión Europea se ha mostrado preocupada por la idea de efectividad, ya que deviene insuficiente afirmar la ‘inviolabilidad del derecho de defensa en cualquier estado o grado del procedimiento’ si esa inviolabilidad, no se expande con plena eficacia, en la lectura de la efectividad de la realización. De allí que la Corte de Justicia de la Unión Europea ha afirmado en diversos pronunciamientos que los Estados miembros de la Unión Europea, son libres de disciplinar como crean sus reglas procesales internas pero con la condición de garantizar la eficacia de la tutela. La Corte de Justicia de las Comunidades Europeas ha llevado a que muchos países incorporen a su legislación lo referente a la Tutela Cautelar, entre ellos cabe mencionar, Italia, Portugal y Alemania.

Al igual que lo han hecho los países del viejo continente, los países americanos han acogido en sus legislaciones procedimentales a las medidas anticipatorias como por ejemplo es el caso de Brasil, Perú, Uruguay. - También se ha desarrollado a nivel provincial en ciertos ordenamientos, como en el Código procesal civil y comercial de La Pampa, Rio Negro, Mendoza, entre otras, que serán analizadas a lo largo de este trabajo. -

Marco Teórico:

En referencia al problema arriba planteado, elaboramos como tesis a desarrollar; ¿será posible implementar la reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe, para lograr mayor celeridad en los tiempos previstos para la tramitación del procedimiento en temas vitales, evitando perjuicios irreparables?-

En cuanto a los puntos que se demostraran; podemos mencionar entre otros, la importancia de la incorporación de dicho Instituto procesal y los beneficios que acarrea, la comparación del mismo en legislación comparada y en los Códigos Procesales de distintas provincias argentinas. Además diferenciaremos los dos conceptos de Justicia Temprana: Tutela Anticipada y Medidas Autosatisfactivas.-

Se desarrollaran todas posibles variantes en cuanto a la ubicación metodológica en nuestra legislación.-

En relación a los objetivos perseguidos en el presente trabajo desarrollaremos, en términos generales, el concepto y aplicación de la “tutela anticipada” y, en particular, la recepción de esta nueva figura jurídica en el ámbito del Derecho Procesal Civil y Comercial.

Nos proponemos demostrar, que con la implementación de la Tutela Anticipada, podemos obtener una Justicia temprana frente a situaciones que requieren una resolución expedita.

Entre los objetivos específicos tenemos como importantes, describir las ventajas y desventajas de la incorporación y analizar legislaciones de diferentes

países, consultar diverso material periodístico, jurisprudencial y bibliográfico sobre lo que pretende la parte actora sobre este tema.-

Dentro de la metodología, las técnicas que utilizaremos son; recolección de datos bibliográficos; análisis documental; fichaje; análisis de datos por cruzamiento de fuentes.-

Por último tomaremos como medios y recursos bibliografía general y especializada; publicaciones periodísticas, jurisprudencia, páginas web de organizaciones públicas y privadas y utilizaremos bibliotecas públicas y /o privadas (virtuales o no) de la ciudad.-

Introducción:

Este trabajo se desarrolla dentro del derecho privado, más precisamente dentro del Derecho Procesal Civil y Comercial; el tema tratado es la Incorporación de la Tutela Anticipada a nuestro Código Procesal Provincial y los beneficios que acarrearía adaptación al derecho positivo vigente.-

Por lo general, en todos y cada uno de los escritos presentados ante el Tribunal leemos – “Será Justicia”, ahora bien, no siempre es posible acceder a las necesidades imperiosas e impostergables del justiciable sin transitar previamente el duro y largo trayecto del proceso judicial.

Podríamos preguntarnos a qué se debe y la respuesta prácticamente no se hace esperar. Es así que no podemos ignorar que las leyes y los códigos se corresponden a

una época, en tanto las circunstancias y las necesidades de la sociedad cambian pero las normas permanecen. Cuanto más pasa el tiempo, la distancia entre ellos se va ahondando, llegando el momento en que las leyes pierden su efectividad y resultan insuficientes dado que no cubren las necesidades prácticas que se requieren en un marco de celeridad y efectividad en pos de la protección de los derechos sustanciales.

En este contexto nace la necesidad de legislar sobre las tutelas anticipadas o de también llamadas de urgencia, para asegurar la tutela efectiva en la oportunidad justa. Ello condujo a la búsqueda de nuevas y diversificadas técnicas adaptadas a las características y exigencias particulares de ciertas situaciones para las cuales el proceso de cognición común resulta estructural y funcionalmente inadecuado. Aparecen así, tanto en el ámbito provincial como en el Derecho comparado, las tutelas de urgencia o, “procesos urgentes”. La característica principal de tales procesos, es la prevalencia que se asigna al principio de celeridad, que conduce a reducir la cognición y a postergar la bilateralidad a los fines de asegurar una tutela eficaz.

En nuestra Constitución, más precisamente en el art. 43 encontramos fundamento para la Tutela Anticipada, pero esto no resulta suficiente en el empleo cotidiano. Se requieren de normas procesales expresas y claras, que nos dirijan en cuanto al procedimiento de como solicitarlas, sus efectos, procedencia, etc. Algunas provincias argentinas lo han incorporado en sus Códigos Procesales, así como la Provincia de La Pampa, Entre Ríos, Corrientes, San Juan, Chaco, Rio Negro.-

Existen numerosos fallos judiciales referidos a este Instituto, pero cobró impulso con “Camacho Acosta” luego surgieron muchos más como el reconocido caso “Pardo, Héctor Paulino c/ Di Cesare, Luis Alberto.-

En el caso “Camacho Acosta” se destacaron notas esenciales que muestran claramente la manifestación de la Corte de Justicia de la Nación en cuanto a la adopción de la medida cautelar innovativa, o sea una especie de Tutela Anticipada.-

El decisorio judicial se basó en los hechos de autos en los que el actor en un juicio de indemnización de daños y perjuicios reclamó que se dictara una medida cautelar innovativa que impusiera a los demandados, el pago de una prótesis en reemplazo de su antebrazo izquierdo que había sido amputado por una máquina de propiedad de aquéllos. Pero paradójicamente, dos meses antes que la Corte resolviera este caso, la Excma. Cámara Civil, había decidido en un pleito de similares características al mencionado, que ello no era viable por la vía intentada.

Sostuvo la mayoría del tribunal interviniente que “...la medida cautelar innovativa no resulta la vía adecuada para satisfacer el interés del incapaz dado el estado del proceso principal, el criterio severo y estricto con el que deben apreciarse las medidas de esta índole y el valor de los bienes de ambas partes que se hallan en pugna”.

En Camacho Acosta la Corte Nacional reconoce que la medida cautelar innovativa tiene carácter excepcional, y configura un anticipo en la jurisdicción favorable respecto del fallo final, por eso considera que los jueces deben ser más exigentes en los requisitos que hacen a la procedencia de esta medida, para lograr diferenciar a esta tutela anticipada.-

Capítulo I

Conceptualización , Clasificación y Requisitos del Instituto Procesal.-

SUMARIO. : 1.- Introducción.2.-Distintas definiciones de tutela anticipada. -
3. -Ejemplificación de tutela anticipada.- 4.-Tutela de evidencia y urgencia.- 5.
Requisitos y presupuestos.- 6.- Conclusión. -

1-Introducción:

En este capítulo vamos a analizar los diversos conceptos de la Tutela Anticipada y la ejemplificaremos.-

Además profundizaremos en la clasificación de dicho Instituto, sus características.-

Más adelante veremos los presupuestos y requisitos necesarios para la procedencia de esta sentencia anticipatoria.-

A continuación empezaremos desarrollando algunos conceptos de la Tutela Anticipada.

2.-Distintas definiciones de la Tutela Anticipada:

No siempre el litigante puede esperar hasta que finalice un juicio y se produzca la ejecución, para recibir la tutela que necesita. El tiempo que requiere todo ese proceso, puede significar perjuicios irreversibles o lograr el reconocimiento de un derecho en forma tardía, cuando ya no se puede efectivizar.

Para evitar esas consecuencias que tornaría ineficaz la labor judicial, los titulares de derechos pueden solicitar medidas precautorias (embargo preventivo, medidas de no innovar, innovativas, inhibición general de bienes, intervención o administración judicial, etc.) Además de esas formas tradicionales de lograr protección de sus derechos

antes de la sentencia definitiva, la doctrina ha creado otro instrumento específicamente denominado Tutela Anticipada y que está plasmada en el Art. 65 del proyecto de reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires elaborado por los Drs. Morello, Arazi y Kamink.

La expresión se la ha definido como "el instituto procesal que contempla la satisfacción provisoria de una pretensión urgente, que es coincidente total o parcialmente con lo pretendido en la demanda y que se funda en la necesidad de evitar un perjuicio irreparable o, en otros casos, en neutralizar el abuso de la defensa, mediante la decisión y ejecución de una pretensión material, antes del dictado de la sentencia definitiva"¹.

En los últimos años, la doctrina nacional se ha inclinado hacia la tesis que afirma que las medidas cautelares cuyo objeto se basa en la satisfacción inmediata y parcial de la pretensión de fondo deducida, constituirían cautelares materiales o anticipatorias, diversas de las propiamente cautelares. En este sentido, por ejemplo se explica que las "sentencias anticipatorias" se definen como aquellos pronunciamientos que se producen, antes de la finalización del proceso, sin perjuicio de su continuidad hasta la sentencia definitiva, mediante los cuales se da satisfacción provisoria, total o parcial al objeto de la pretensión.² La Dra. Aida Kelmermajer de Carlucci ubica la tutela anticipada entre "los medios no cautelares".-

Otra corriente por el contrario, no comparte el planteo anteriormente expuesto, porque si bien las medidas cautelares se adoptan, por lo general, para garantizar el cumplimiento de las sentencias definitivas, también aseguran mediatamente el derecho

¹ DE LOS SANTOS, Mabel Alicia; La prueba en la Tutela Procesal Anticipada; La Ley, 2009-D; pag.988.-

² KELMERMAJER de CARLUCCI, Aida; Efectividad de la Sentencia Judicial, Ponencias presentadas al XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar, Mar del Plata 2012.-

discutido en la Litis. En otras palabras, la materialidad de la tutela, es propia de las medidas cautelares, por más que la protección o el aseguramiento del derecho debatido se logre en forma mediata.-

La tutela de urgencia o “proceso urgente” reconoce en la actualidad tres tipos principales de mecanismos diferenciados entre sí: las medidas cautelares, las medidas autosatisfactivas y tutela anticipatoria.

3.-Ejemplificación de tutela anticipada:

Supongamos un accidente laboral que deja inválido a un obrero carente de recursos y cuyo único sustento era su trabajo. En el caso, la promoción de las vías corrientes puede demandar el transcurso de varios años hasta que el accidentado perciba la indemnización correspondiente. Ello coloca a la víctima en situación de “perjuicio irreparable” pues está en peligro su propia subsistencia, si es que no se arbitra una resolución anticipatoria que , total o parcialmente, mande abonar la indemnización, si es que concurren también los otros recaudos de procedencia.-

La doctrina especializada en el tema divide a la justicia temprana en tutela anticipada de “urgencia y de evidencia”.³

4.- Tutela de Evidencia y Tutela de Urgencia:

³PEYRANO, Jorge W.; Herramientas Procesales; Nova Tesis, 2013; pag. 183.-

En la tutela anticipada de urgencia el papel principal lo cumple la "urgencia", interpretada como una situación que aqueja al requirente y que lo expone a sufrir un perjuicio de entidad distinta y mayor que el representado por el hecho de tener que soportar las molestias y gravámenes propios de la demora que acarrea la sustanciación de cualquier litigio. A partir del anteriormente mencionado fallo "Camacho Acosta" se aceptó la incidencia del requisito de "urgencia" para acortar los plazos normales del proceso, logrando un desplazamiento de derechos, lógicamente provisorio, sin que exista cosa juzgada. Se produce un quiebre fundamental a partir de que dicha institución fue precursoramente instituida por el artículo 243 del Código Procesal Civil de Brasil, pero también se han sancionado normas legales "aceleradoras" en el art. 231 del Código Procesal Civil y Comercial de La Pampa. Ambos serán analizados posteriormente.-

Mientras que en la tutela anticipada de evidencia el factor "evidencia", entendida como una fuerte verosimilitud, superior inclusive a la que se reclama en el caso de tutela anticipada de urgencia, del fundamento de la pretensión contenida en la demanda correspondiente, es el que asume el papel preponderante para legitimar el dictado de una sentencia de manera provisorio que satisface, total o parcialmente, lo pretendido por la actora (o reconviniente), quedando lo percibido sujeto a eventuales repeticiones, si es que la sentencia final resultara adversa al beneficiario de la tutela anticipada de evidencia.- ⁴

Para los procesalistas de países vecinos, Brasil y Uruguay, la Tutela de urgencia y la de evidencia, son muy similares.-

Ambas no poseen recepción expresa en la Constitución Argentina, aunque se pueden identificar con el art. 43 de derechos y garantías no enumeradas; pero la Reforma

⁴IBIDEM.-

del año 1994, en algún modo desaliente la creación de las tutelas que priorizan el factor “tiempo” en el proceso, debido a que incluye un procedimiento expeditivo de “Amparo”, que cuenta con un amplio campo de acción.-

También hay que destacar que por imperio del art 75, inc. 22 CN, que enumera tratados con jerarquía constitucional o de rango constitucional, así como la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no aluden expresamente a la Tutela judicial efectiva, utilizan términos que conllevan a pensar que la intención es incorporarla a su ideario.-

5.-Requisitos y Presupuestos:

Para que se dicte una tutela anticipada se requiere que se cumplan con determinados requisitos:

I) Demostración de que resulta "evidente" que le daría razón al requirente. Ello selogra no sólo mediante la acreditación de una fuerte verosimilitud del derecho invocado, sino también gracias aque el peticionante, compruebe que el caso se encuentra incurso en alguna de las causales preestablecidas parareforzar el grado de verosimilitud del planteo del requirente. Como por ejemplo: a) existencia de jurisprudenciavinculante u obligatoria que defina la materia debatido b) Existencia de precedentes reiterados y sostenidos dela Suprema Corte de Justicia de la Nación; c) Existencia de una causa de puro Derecho y respecto de la cual se hallen precedentes judiciales de grado y doctrinarios recibidos, que torran indudablemente predecible la resolución del litigio; d) Un accionar

de la demandada signado por el abuso del derecho de defensa y el propósito de retardar maliciosamente la marcha del procedimiento. En el caso la evidencia resulta de la imputación objetiva a título de riesgo creado, en los términos del art. 1113 del código civil.

Será necesario que el derecho invocado por el peticionante posea una entidad mayor que la mera verosimilitud, es decir aunque no esté probado en su totalidad, el derecho debe ser por lo menos probable o suficientemente justificado.-

II) Contracautela: Para lograr el dictado de una tutela anticipatoria el peticionario debe prestar contracautela efectiva para asegurar la eventual restitución de lo percibido anticipadamente, salvo que se encuentre eximido hacerlo.-

III) Grave peligro en la demora: Para lograr el dictado de una tutela anticipatoria de la pretensión se debe acreditar un grado de urgencia tal, que si la medida no se otorgara se causaría un daño tremendo al solicitante.

La gravedad del daño y su irreparabilidad, es la circunstancia que determina que se adelante la tutela en el caso en análisis. Pensemos que el riesgo es vital y si la víctima muere para ella no hay reparación posible, ya que la indemnización en caso de muerte la reciben los herederos.

La tutela urgente anticipada, no puede ser utilizada para todos los derechos, sino solo para algunos de ellos:

Aquellos que vendrían comprometidos en modo irremediable en la espera de la decisión del juez según las reglas ordinarias. Si, por consiguiente, todas las posiciones

jurídicas relacionadas a los derechos fundamentales de la persona; como el derecho a la vida, a la salud, a la integridad física, al honor, pueden encontrar protección.

No puede decirse que para la generalidad de los derechos patrimoniales, cuya tutela encuentra puntuales límites y respecto a los cuales puede normalmente considerarse que el derecho dañado sea posible deresarcimiento económico.

IV) Sustanciación: La mayoría de la doctrina entiende que la tutela anticipada requiere sustanciación; es decir, oír al destinatario de ella antes de que el órgano jurisdiccional se pronuncie, pero puede realizarse directamente por vía incidental.-

Los tres primeros requisitos son similares a los de las medidas cautelares comunes, pero no se puede dejar de advertir que hay diferencias entre las tradicionales precautorias y las actuales anticipaciones, sobre todo por la finalidad que persiguen. Las medidas cautelares tradicionales tienen por fin asegurar el cumplimiento de la futura sentencia de condena, mientras que las medidas de tutela anticipada disponen el cumplimiento total o parcial de la condena. Más adelante profundizaremos sobre las diferencias más significantes.⁵

6.- Conclusión:

Siempre se ha intentado reducir los tiempos que duran los procesos, acelerarlos, y evitar que se produzcan daños o riesgos en situaciones inminentes, que con el paso del tiempo empeoran y a veces resultan irreversibles. Consiste en dejar de lado,

⁵ MEDINA, Graciela; Tutela Anticipada y daño vital; en www.gracielamedina.com; año 2012.-

paulatinamente, la idea de que el sistema precautorio es el único legitimante de desplazamientos o modificaciones en el estado de los derechos sin que medie cosa juzgada. Resulta imperioso reformular la teoría cautelar ortodoxa dándose así cabida legal a los procesos urgentes.-

Creemos que es necesario implementar esta medida cautelar innovativa, con potestades jurisdiccionales, que puedan ser ejercidas a solicitud de las partes o de oficio, pero que garanticen o resguarden la eficacia de la actividad judicial, y provean anticipadamente los efectos provisorio y previsibles, mientras se esperan las resoluciones definitivas.-

Capítulo II

Diferencias entre la Medida Autosatisfactiva, las Medidas Cautelares y la Tutela Anticipada.-

SUMARIO: 1.-Introducción.2.-Medida Autosatisfactiva y sus requisitos.-3.- Medidas cautelares y sus requisitos.-4.-Características de las medidas cautelares.- 5.-Diferencia entre lo cautelar y lo urgente.-6.-Diferencias mas salientes entre los procesos urgentes.-7.- Conclusión.-

1.-Introducción:

Para llevar a cabo este capítulo II, tomemos como punto de partida que ambas son expresiones de Justicia Temprana, y ésta se logra cuando se realice un rápido desplazamiento de los derechos y legítimo, aunque fueran de modo provisorio y reversible. Luego, nos encargaremos de definir la medida autosatisfactiva, las medidas cautelares y las compararemos a éstas con la Tutela Anticipada y demostrar sus puntos comunes y diferencias.-

Comencemos por describir el concepto de la Medida Autosatisfactiva, sus características y presupuestos.-

2.-Medida Autosatisfactiva y sus requisitos:

Podemos intentar conceptualizarla como aquella resolución jurisdiccional dictada a petición de parte, sin que exista proceso pendiente ni carga de su promoción ulterior, que pudiendo requerir contracautela, provee, con carácter definitivo y autónomo, a la remoción de vías de hecho u otras situaciones coyunturales urgentes. Generalmente proceden sin sustanciación y sin requerir contracautela.-

Otra definición es que se trata de un requerimiento “urgente” formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota, de ahí proviene el término de autosatisfactiva, con su despacho favorable: no siendo, entonces, necesaria la iniciación

de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento, no constituyendo una medida cautelar, por más que en la práctica muchas veces se la haya calificado, erróneamente, como una cautelar autónoma.-

Se trata de una especie del género de los “procesos urgentes”.⁶

Otros lo conceptualizan diciendo que son soluciones jurisdiccionales urgentes no cautelares, despachables in extremis y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles. Las mismas importan una “satisfacción definitiva” de los requerimientos de los postulantes, de modo que son autónomas, no dependiendo su vigencia y mantenimiento de la interposición o ulterior de una pretensión principal.⁷

Entre sus requisitos debemos enumerar:-

a) Concurrencia de una situación de urgencia;

b) Su despacho debe estar presidido por la existencia de una probabilidad y no de una simple verosimilitud, de que efectivamente lo requerido es jurídicamente atendible;

c) Exigibilidad de la contracautela sujeta al prudente arbitrio judicial.

Presupuestos de la medida autosatisfactiva:

a) Se busca con ella remediar la debilidad propia de la teoría cautelar, conforme a la cual sólo puede obtenerse una solución jurisdiccional urgente, a través de la promoción de una cautelar que, ineludiblemente, reclama la ulterior o concomitante

⁶ PEYRANO, Jorge W. ; obcit; pag. 105.-

⁷ GARROTE, Ángel Fermín, La tutela Judicial anticipada. Las medidas de satisfacción anticipada y las medidas autosatisfactivas; Rubinzal Culzoni; 2004; pag 738.-

iniciación de un proceso principal, so pena de caducidad de la respuesta jurisdiccional urgente obtenida. Para encuadrarse en el esquema, quien está interesado en conseguir una tutela jurisdiccional “urgente”, deberá crear o des crear una acción principal, que frecuentemente no le interesa, para poder encausar el requerimiento que formula respecto de una pronta tutela jurisdiccional.

b) Ofrece adecuada respuesta a los interrogantes que plantean muchas disposiciones legales que, a las claras, establecen soluciones urgentes no cautelares.

c) Es una inapreciable herramienta para hacer cesar ciertas conductas o vías de hecho -en curso o inminentes- contrarias a Derecho respecto de las cuales el aparato cautelar resulta inoperante o, por lo menos, ineficiente.⁸

3.-Medidas cautelares y sus requisitos:

El artículo 272 del Código Procesal Civil y Comercial de nuestra provincia, dispone: “Sin perjuicio de las medidas autorizadas por el artículo 390, los que sean o vayan a ser partes en un proceso y tengan motivos para temer que la producción de las pruebas que les sean necesarias se haga difícil o imposible por el transcurso del tiempo, pueden solicitar el aseguramiento de dichas pruebas”. En lo que resta del Título V, encontramos los presupuestos comunes a las demás medidas precautorias, que podrán ser utilizadas en función de las circunstancias de la causa, para asegurar de manera provisoria el cumplimiento de la sentencia.-

⁸ IBIDEM.-

Podemos definir la medida cautelar, como aquel remedio arbitrado por el Derecho para apaciguar los riesgos que la duración del proceso, puede suponer para la eficacia de los eventuales pronunciamientos que se dicten al final del mismo.

El proceso es el instrumento a través del cual las partes ejercitan su derecho a la acción. Se trata por tanto de una sucesión de actos, en los que las partes en contradicción, alegan los hechos y producen la prueba de las alegaciones, introduciendo argumentaciones jurídicas para que el órgano jurisdiccional pueda dictar lo más inmediato posible, una sentencia acertada y justa. Por todo ello podemos concluir que el proceso no es inmediato, se necesita un cierto tiempo más o menos largo, para poder dictar una sentencia que respete todas las garantías jurisdiccionales, con lo cual el factor tiempo, es un elemento que puede jugar en contra de aquella parte que decide acudir a los órganos jurisdiccionales para obtener la satisfacción de su pretensión, pues se deja abierta la posibilidad de que, el demandado adopte conductas o realice actos aislados que impidan o dificulten gravemente la efectividad de la sentencia, que al final venga a conceder la satisfacción al actor. Mediante la adopción de una medida cautelar se consigue incidir en la esfera jurídica del demandado adecuada y suficiente para lograr tal finalidad.-

Entre sus requisitos podemos mencionar:-

- a) Verosimilitud: significa la probabilidad de su Existencia y su Acreditación para que este sea Atendible y no una simple finalidad al concluir el proceso.

Para la demostración del derecho, muchas veces es necesario la mera alegación de circunstancias fácticas o la aportación de elementos probatorios, los que se pueden efectivizar en el mismo escrito de solicitud a través del trámite sumario. Se deben presentar todos los medios probatorios para que, por lo menos se demuestre la apariencia de verdad (apariencia de Derecho).-

Es decir en algunos casos basta la enunciación clara y lógica de la petición, en otras este requisito se presume por la calidad del solicitante o por circunstancias fácticas del caso y en otros necesitara de elementos probatorios para formar la clara convicción del juez para la admisión de la cautelar. Finalmente es el juez quien se encarga de ver si existe verosimilitud o no.

b) Peligro en la demora: Existe el peligro de que si una parte espera hasta que termine todo el proceso, la decisión final no sea eficaz y no se pueda cumplir.

c) Contracautela: Garantía real o personal, en caso de que la medida causa algún perjuicio, para que el solicitante de la medida cautelar responda por estos daños. No puede atribuírsele responsabilidad al juez, porque está autorizado a actuar sobre una apariencia. Normalmente lo que se usa en el Poder Judicial es la Fianza.

Distinto es el caso de la Caucción curatoria: Promesa de que se paga si es que se causa el perjuicio. El juez la admite en situaciones extremas.

d) Proporcionalidad y adecuación: La medida cautelar debe ser proporcional y adecuada, para que la medida cause el menor daño posible a quien va a sufrir sus consecuencias y va a soportarla por todo el proceso; es decir, que la medida sea lo menos

lesiva posible. La adecuación tiene que ver con la congruencia entre lo que se solicita en la demanda y lo que se pide en la medida cautelar.

4.-Características de las medidas cautelares:

La medida cautelar genérica cuenta entre sus características con la INSTRUMENTALIDAD, por cuanto carece de un fin en sí misma, y se encuentra subordinada y ordenada funcionalmente a un proceso principal del cual depende, para asegurar el cumplimiento de la sentencia.-

Otra de las características es que es VARIABLE, puede ser levantada durante el proceso, si deviene en inverosímil. También se puede aumentar (la cuantía), por ejemplo, en el caso de que se demuestre mediante pruebas que un bien vale más de lo que se creía inicialmente. También se puede dar el caso que el demandado entregue una carta fianza para levantar un embargo. Es variable en función de la verosimilitud, del peligro en la demora, o en la proporcionalidad / adecuación. PROVISIONAL, es decir sólo hasta que se dicte la sentencia. Si se declara infundada la demanda, se levanta la medida cautelar. Se vuelve medida de ejecución si se declara fundada.

“IN AUDITA PARS ”: Se dicta sin escuchar a la otra parte. En las medidas cautelares, el derecho de contradicción queda suspendido. El hecho que no se escuche a la otra parte, puede implicar mayor riesgo de que se cause daño, por eso siempre es importante la contracautela.-

5.-Diferencias entre lo Cautelar y lo Urgente:

Lo cautelar se identifica porque no moviliza derechos ni altera situaciones jurídicas o fácticas y tampoco otorga una tutela coincidente sino “divergente”, ya que en las cautelares ortodoxas lo concedido (embargo de un bien), no concuerda con el contenido de la futura sentencia final condenatoria, por ejemplo, al pago de una suma de dinero.

Se observa que en numerosos fallos los tribunales bajo el nombre y ropaje de una medida cautelar innovativa conceden verdaderas tutelas anticipadas. De manera que en la actualidad bien podemos hablar de dos tipos de medidas innovativas: las que se conceden con carácter “cautelar”, y tienden a asegurar el resultado práctico de otro proceso; y aquellas otras que bajo el nombre de “medida innovativa”, se libran como “tutela anticipada”, y otorgan en forma anticipada total o parcialmente el objeto mediato de la pretensión contenida en la demanda. Sin embargo, en la práctica, no es fácil encontrar las diferencias entre ambos institutos, por cuanto contienen una estrechísima similitud y producen muchas veces idénticos efectos, que hacen que la línea divisoria entre ambos resulte difícil de determinar.

En forma sintética, resulta didáctica la diferenciación que efectúan Kaminker y Arazi entre ambos institutos: la innovativa exige verosimilitud e irreparabilidad del perjuicio, exige contracautela, accesoria del proceso de conocimiento, pero audiencia posterior.

La anticipación, certeza suficiente y peligro de frustración del derecho, con contracautela, accesoriedad del principal, pero con audiencia anterior o previa. Y en cuanto a la relación entre el resultado pretendido para la sentencia y el de la cautela, refieren que

en la innovativa es similar en todo o en parte, mientras que en la anticipación es idéntico, también en todo o en parte.-

A diferencia de la cautelar, lo urgente es una situación de grave riesgo para el patrimonio moral o material del justiciable, un pronto desplazamiento de derechos en favor de aquel; es decir que legitima la prestación de una tutela anticipada de urgencia que busca disminuir dicho riesgo. Se materializara entonces una tutela coincidente, porque lo concedido al requirente de una tutela anticipada de urgencia concordará, en todo o en parte, con el contenido de la futura sentencia final condenatoria. La urgencia, funciona como acelerador de los tiempos normales de tramitación de un proceso, satisfaciendo, aunque sea provisoriamente, lo requerido, con anterioridad a que se pronuncie la sentencia final correspondiente.-⁹

6.-Diferencias salientes entre los procesos urgentes:

1.- La medida autosatisfactiva es un proceso autónomo, la tutela anticipada, es una fracción de un proceso cuya tramitación continua.- La autosatisfactiva es una solución urgente no cautelar que genera procesos autónomos, lo que la diferencia del proceso cautelar. Su resolución tiene valor de cosa juzgada.- A diferencia de las autosatisfactivas, la tutela anticipada no es un proceso independiente. Su solicitud debe insertarse en un proceso principal, siendo el factor de “urgencia”, el acelerador de los tiempos, que realmente llevaría aquel para producir derechos a su favor. Cuando se obtiene la resolución anticipada y es favorable, puede ser recurrible, pero se debe resolver primero

⁹PEYRANO, Jorge W.; obcit; pag 107.-

el proceso principal y luego puede confirmar, modificar o dejar sin efecto la medida anticipada.-

2- La autosatisfactiva busca solucionar la urgencia que justifica su utilización, la tutela anticipada, intenta solucionar una urgencia que no originó el inicio del proceso principal, pero que se inserta en él. Es decir la tutela anticipada, no es lo que desencadena el inicio del proceso principal, sino que es un reclamo indemnizatorio que surge por la insatisfacción de lo reclamado principalmente.-

3-La tutela anticipada, al estar inserta en un proceso principal resulta irrelevante si exige debate o pruebas; en las autosatisfactivas no debe realizarse obligatoriamente un debate o pruebas, pero está relacionado con la resolución favorable que pretende lograr el requirente en sus planteos.-

4- La autosatisfactiva requiere mayor grado de verosimilitud, que la tutela anticipada.-La primera establece un proceso autónomo que busca dar respuesta a la urgencia que justifica su aplicación. Y entre los requisitos que se requieren, es justamente el de una muy fuerte verosimilitud; al igual que las medidas cautelares, la sentencia autosatisfactiva como regla, se dicta sin la audiencia de la otra parte. Pero, en el caso del instituto en tratamiento la falta de audiencia de la contraparte ha sido denominada “bilateralidad postergada”. Esa bilateralidad postergada implica, que el demandado podrá ejercitar su derecho de defensa en juicio a través de la deducción de los recursos que correspondan o en excepcionales casos, el Juez podrá conferir audiencia a la contraparte, la que no excederá de otorgarle la posibilidad de expresarse, pero no en toda su amplitud sino de manera sumarísima.-

Dijimos que la bilateralidad postergada, el demandado puede ejercer su derecho de defensa en juicio en una oportunidad distinta a la de la contestación de la demanda, debido a la rapidez con que debe atenderse la pretensión en juego. Ello torna necesario que el accionado ejerza su derecho a ser oído en oportunidad de entablar los recursos que caben contra la sentencia autosatisfactiva.

El destinatario de la medida recién tomaría conocimiento de la misma en el momento de cumplimiento de la resolución judicial, salvo que se configure previamente un acotado contradictorio. La petición de una medida autosatisfactiva genera un proceso autónomo al no ser tributario ni accesorio de otro, ya que la sentencia que recaiga en su trámite agota la pretensión del requirente, adquiriendo carácter de cosa juzgada.

Los recursos a entablar contra la sentencia dictada son en primer lugar, el demandado puede interponer recurso de reposición ya que se entabla contra una resolución que no ha sido sustanciada. También puede interponerse contra la sentencia autosatisfactiva el recurso de apelación. Para que la sentencia autosatisfactiva funcione correctamente, es decir resolviendo el fondo de la cuestión y tornando ejecutiva la sentencia dictada, el recurso debe proceder con efecto devolutivo, lo cual implica que la interposición de aquel remedio no suspende la ejecución de la sentencia. El efecto devolutivo se explica porque si lo que han venido a suplantar las sentencias autosatisfactivas son las fallas y excesivas dilaciones del proceso clásico, si la apelación procediera con efecto suspensivo aquella celeridad devendría inoperante y se dejaría en manos del demandado alongar el procedimiento de modo de ganar tiempo en el cumplimiento de la prestación.

La promoción de Juicio declarativo posterior, aquella bilateralidad postergada de la que hemos explicado en este trabajo, se ve reflejada también en la posibilidad que tiene el condenado autosatisfactivamente de entablar un juicio declarativo posterior de oposición a la medida. El actor de este nuevo juicio debe dirigir su pretensión a invalidar aquella sentencia ofreciendo y produciendo pruebas que contradigan lo dicho y probado por el actor en procedimiento anterior. En este nuevo proceso, el debate será más amplio y pleno pudiendo el actor decir y probar todo lo que no pudo durante el procedimiento. A fin de no dejar carente de validez práctica la sentencia autosatisfactiva, la acción declarativa que interponga el originariamente demandado no suspende los efectos de aquella.-

En cuanto a lo referente a si el recurso de apelación y la demanda declarativa posterior son excluyentes o no, el artículo 232 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia del Chaco determina que “elegida una vía de impugnación, se perderá la posibilidad de hacer valer la otra”. Esta solución es similar a la del último párrafo del artículo 305 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa.-

Para concluir, si configurásemos a la medida autosatisfactiva como un verdadero proceso autónomo, que concluyera con una sentencia definitiva susceptible de adquirir eficacia de cosa juzgada, muy probablemente sí existiría la eliminación del derecho a la defensa; entendiendo que al adquirir este derecho el carácter de fundamental en nuestro sistema constitucional, debe garantizarse siempre en todo tipo de proceso, esto es, debe poder ejercitarse plenamente en cualquier tipo de juicio, con independencia de que ese permita acudir, posteriormente, a otro proceso, por lo que la realización de un proceso, por muy urgente que fuese con la sola audiencia de una parte, comportaría, de un punto de

vista práctico o real, la eliminación en el mismo del principio básico de la bilateralidad, sin la cual difícilmente podría hablarse de la existencia de un proceso”¹⁰

7.- Conclusión:-

En este capítulo, desarrollamos las diferencias existentes entre estos tres conceptos. La doctrina interpreta que tanto la tutela anticipada, o medida anticipatoria, integra un conjunto dentro del cual se incluye a las medidas cautelares y la denominada autosatisfactiva, conformándose así la categoría de los procesos urgentes, pero no deben ser confundidos.-

Como pudimos observar, los procesos urgentes, se diferencian de las medidas autosatisfactivas y de la tutela anticipada, por ser este último un proceso autónomo que persigue dar respuesta a la urgencia que justifica su utilización; siempre y cuando la materia en cuestión admita un debate comprimido, de prueba simplificada, despachable favorablemente y que contenga una fuerte verosimilitud, o apariencia de “buen derecho”.-

La tutela anticipada de urgencia, requiere de apariencia de “buen derecho”, pero en menor medida. Está diseñada para solucionar una urgencia que ha sido el motivo de la iniciación del proceso principal en el cual se inserta.-

Lo cautelar, como ya expresamos no modifica derechos, ni altera situaciones, así como tampoco concuerda con el contenido de la futura sentencia final condenatoria.-

¹⁰Fallo:- “Abentin Ana Maria c/ Carransa, Juan Carlos y otros s/ Medida AUTOSATISFACTIVA” en La Ley Online; Año 2012 en www.laleyonline.com.ar.-

Las diferencias que actualmente están vigentes, no son las mismas que hace un tiempo, se ha producido un cambio, se han desarrollado nuevos Institutos Procesales que deben ser aprovechados. Esta nueva categoría de “Procesos urgentes” ya ha sido incorporada en varios países vecinos, además de ser incorporados en muchas de las provincias de nuestro país.-

Es necesario comenzar a pensar en su incorporación en el Código Procesal Santafesino, para satisfacer las necesidades de los justiciables.-

Capítulo III

Jurisprudencia específica de la tutela anticipada.-

SUMARIO: 1. Introducción.2. Análisis del fallo “Camacho”.- Análisis del fallo “Pardo”.- 4.Jurisprudencia rosarina; Análisis de D`ambrosio, Marcelo c/ Quiroga, Julio s/ Daños y perjuicios”.-5.Conclusión. -

1.- Introducción:

En este capítulo vamos a analizar la decisión adoptada por la Corte Suprema de Justicia en el caso “Camacho Acosta”, el cual sin lugar a dudas produjo un quiebre fundamental, al considerar a la medida cautelar innovativa como una decisión excepcional, porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado.

Dichas medidas precautorias se encuentran encausadas a evitar los perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad de los jueces y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva.-

2.-Análisis del fallo Camacho Acosta:

En el fallo se destacan notas esenciales que muestran claramente la manifestación de la Corte en cuanto a la adopción de la medida cautelar innovativa, la Tutela Anticipada.-

Puntualmente, el caso “Camacho Acosta c/Grafi Graf SRL”, ha venido a constituirse en Argentina en un leading case.

Se trataba de un infortunio laboral que había derivado en la amputación de un antebrazo de un trabajador gráfico.-

Iniciada la correspondiente demanda resarcitoria, cuya dilucidación se prolongaría tres o cuatro años como mínimo, el actor postuló el despacho de una medida innovativa consistente en que ya mismo se le abonara un importe, mucho más reducido que el del reclamo total, que le permitiera adquirir una prótesis bioeléctrica.-

El postulante se preocupó de demostrar prima facie- la verosimilitud del derecho material alegado, ofreció contracautela y –lo más destacable- probó asimismo que le irrogaría un “perjuicio irreparable” (material, físico y hasta psíquico) si es que no se accedía a su pedido.-

En primera y segunda instancias dicha cautelar fue desestimada con el argumento de que en cualquier supuesto no puede otorgarse por la senda cautelar, lo que sólo puede ser concedido a través de un pronunciamiento de mérito firme.-

Recién merced a una queja intentada para ante la Corte Nacional, ésta hizo lugar al “pago anticipado” del precio de la prótesis en cuestión. Al obrar de este modo, el más alto Tribunal argentino hizo varias cosas: a) dictó una sentencia anticipada que importó una condena a un pago parcial de lo demandado, teniendo a tal efecto en cuenta las premisas corrientemente requeridas en la materia por la doctrina especializada, inspirada, en buena medida, en las últimas reformas procesales civiles brasileñas, a saber: “certeza suficiente” o “prueba inequívoca”, de que se cuenta con el Derecho material alegado; oferta de contracautela; que se trate de un derecho fácilmente revertible y coexistencia de la posibilidad de que se consume un “perjuicio irreparable” en detrimento del requirente si no se le concede (total o parcialmente) de inmediato lo que reclama en sede judicial; y b) le

dio un nuevo sesgo a la medida innovativa al decretar que con su auxilio se puede obtener cautelarmente la percepción de una suma de dinero.-

Se trataba, entonces, de un típico proceso de daños por responsabilidad objetiva, en el que se sostuvo que era procedente un anticipo jurisdiccional a través de una medida cautelar que identificó como innovativa y se apoyó –al margen de disidencias doctrinarias en la letra del artículo 232 del Código Procesal, diferenciándola de la medida de no innovar que consagra el artículo 230 de ese cuerpo legal.-

La Corte tuvo en cuenta, además, la conducta obstruccionista de la parte demandada, quien trataba de insolventarse, de ahí el alcance de la petición, pues en un primer momento se había solicitado un embargo pretendiendo asegurar el futuro cumplimiento.

Pero paradójicamente, con fecha 27 de junio de 1997, es decir menos de dos meses antes que la Corte resolviera este caso, el 07 de agosto de 1997, la Excma. Cámara Civil, había decidido en un pleito de similares características al mencionado, en el que un niño había perdido, al mes de su nacimiento, su brazo derecho por una aparente mala praxis médica, que estaba siendo debatida en el pleito, y requería por vía cautelar la provisión de una prótesis, para que pudiera adaptarse a las clases que debía iniciar en el colegio primario, del modo menos traumático posible, que ello no era viable por la vía intentada.

Sostuvo la mayoría del tribunal interviniente en ese fallo que “...la medida cautelar innovativa no resulta la vía adecuada para satisfacer el interés del incapaz dado el estado del proceso principal, el criterio severo y estricto con el que deben apreciarse las medidas de esta índole y el valor de los bienes de ambas partes que se hallan en pugna”.

Aclarando además la mayoría que de resolver en el sentido peticionado, la acción base ya habría sido juzgada, estimándosela como si hubiese ganado la parte.

El criterio de la minoría pese a ser anterior al pronunciamiento de Camacho Acosta, sigue ese lineamiento, y sostiene, entre otras cosas que: "...es obvio que el reclamante podría obtener la prótesis mediante la interposición de una acción de amparo, en tanto no hubiese un procedimiento más idóneo. Sin embargo no debe caerse en excesivos ritualismos y, en la especie, debe valorarse que el pedido ha sido formulado judicialmente en un incidente dentro de un pleito principal en que se persigue la reparación de daños y perjuicios derivados de una supuesta mala praxis, bajo la forma de medida cautelar, lo cual lo asemeja al amparo. Al ser así, carece de sentido e importaría un dispendio de la actividad jurisdiccional, remitirlo a la iniciación de una demanda o vía diferente, cuando en el presente caso se han acreditado las circunstancias de hecho necesarias para resolver".

En el caso "Camacho Acosta" el juez de grado desestimó la medida en una resolución que fue confirmada por la Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, el cual entendió que el recurrente no había dado cumplimiento al recaudo de la verosimilitud del derecho. El actor interpuso recurso extraordinario contra dicho pronunciamiento porque -según sostuvo- la resolución apelada no había respondido los argumentos planteados en defensa de su posición y había desechado, sin justificación válida, las pruebas agregadas por su parte que demostraban la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora por la falta de colocación de la mencionada prótesis.-

La Corte Nacional sostuvo entre los fundamentos los siguientes:

9º) 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. 1º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.-

10º) 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.-

11º) 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.-

12º) 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 ínsita 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.-

En estos sumarios podemos advertir que lo más trascendente es la vía a través de la cual se manifiesta la tutela anticipada, y no es otra que la de las medidas cautelares, debido a que la Corte destaca la importancia de la medida innovativa distinguiéndola de las de no innovar.-Además la medida a adoptar, refiriéndose al suministro de la prótesis del brazo, se encuadra perfectamente en las medidas cautelares genéricas.-

La opinión de la Corte en este fallo, es sumamente clara en cuanto a que esta medida es una tutela anticipada, como también respecto su carácter excepcional, y el efecto que provoca el dictado de la misma, generando así una tutela diferente de la que implica una medida cautelar propiamente dicha.-

El máximo Tribunal reconoce que la medida cautelar innovativa tiene carácter excepcional, y configura un anticipo en la jurisdicción favorable respecto del fallo final, por eso considera que los jueces deben ser más exigentes en los requisitos que hacen a la procedencia de esta medida, para lograr diferenciar a esta tutela anticipada. -

3.- Análisis de caso Pardo:-

En abril de 2008 una menor de edad fue embestida por un auto en la ciudad de SanRafael, provincia de Mendoza, como consecuencia del accidente la niña quedó en

estado vegetativo con una cuadriplejía de carácter irreversible. Sus padres, en su representación, iniciaron un juicio por daños y perjuicios contra el conductor del rodado y su compañía aseguradora y peticionaron, como tutela anticipatoria, el pago de diversos elementos ortopédicos con más un monto mensual para pagar los gastos imprescindibles para la vida de la menor.-

La actora demostró la falta de medios económicos y de cobertura médica privada como así también la imposibilidad del hospital público, de cubrir sus necesidades vitales. Además acreditó que la demora en el inicio del proceso asistencial, terapéutico y de equipamiento ortopédico, agrava su estado de salud y pone en riesgo su vida.

En primera instancia, el juez hizo lugar a la tutela anticipada, pero ésta fue revocada por los integrantes de la Sala A de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, quienes entendieron que no se encontraba acreditado la verosimilitud del derecho con la intensidad que requiere este tipo de dirigencia precautoria.¹¹

El fallo fue recurrido ante la Corte Suprema de Justicia por la víctima y por la Defensora Pública de Menores e Incapaces.-

El Máximo Tribunal de Justicia de la Nación revocó el procedimiento de la Sala A de la Cámara Nacional Civil e hizo lugar a la pretensión de los recurrentes.-

Los puntos más importantes del precedente son los siguientes:

¹¹Fallo:- "Corte Suprema de la Nación Pardo, Héctor Paulino y otro c. Di Césare, Luis Alberto y otro s/art. 250 del C.P.C.; La Ley Online; Año 2011:- En www.laleyonline.com.-

a. Se determina como principio, que el derecho procesal moderno exige poner el acento en el valor eficacia"de la función jurisdiccional" y en el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido que su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales, cuya protección se requiere.-

b. Se acepta expresamente la tutela anticipada como instituto procesal diferente a las medidas precautorias normales aun cuando éste no haya encontrado recepción legislativa nacional.-

c. Se reitera el criterio adoptado en el precedente "Camacho Acosta".-

d. Se establece como principio que el grado de certeza del derecho exigible para hacer lugar a una tutela anticipada es superior a la verosimilitud que se requiere en las medidas precautorias.-

e. Se establece como requisito de admisibilidad, tanto la gravedad del daño como la irreparabilidad del perjuicio que se produciría de mantenerse la situación de hecho existente. Adviértase que en el caso el riesgo es la muerte de la niña, de continuar la situación en el estado actual.-

La sentencia dictada por la Corte Suprema de la Nación en el caso Pardo pone de relevancia que la eficacia del derecho requiere soluciones dúctiles que sin una legislación específica anticipen la tutela que requiere el justiciable cuando existe peligro vital y aguda verosimilitud en el derecho.-

Aún sin una normativa procesal moderna el juez está obligado a no desentenderse de los principios constitucionales que del debido proceso utilizando la

analogía y la interpretación integradora para dar cabida enviejos moldes los nuevos a modernas cuestiones.-

No se puede dejar de advertir que no todos los derechos pueden recibir una tutela anticipatoria, que las más de ellos deberán soportar los tiempos del litigio para lograr su realización, ya que con las estructuras judiciales actuales es imposible brindar tutela efectiva inmediata a la totalidad de los derechos, no obstante el imperativo constitucional de lograrlo. Ello así hay que priorizar y al hacerlo todas aquellas situaciones donde peligre la vida o la integridad personal deben indefectiblemente recibir un tratamiento diferenciado tal como lo ha hecho el Máximo Tribunal del País en el caso que comentamos.

4.-Jurisprudencia Rosarina:

-Análisis de “D’ambrosio, Marcelo c/ Quiroga, julio s/ Daños y Perjuicios”:

El pronunciamiento del Dr. Alejandro Martín, juez de primera instancia de distrito en lo Civil y Comercial de la 17ª Nominación de Rosario, en el mes de diciembre de 2008, en el contexto de la citada causa de daños y perjuicios, el actor solicitó como objeto cautelar que se reintegre la posesión de los inmuebles que seguidamente individualiza a fin de evitar la consumación de daños y perjuicios irreparables.-

En el inmueble en cuestión se desarrollaba una explotación gastronómica y por su cercanía a la playa en una ciudad balnearia atraía a múltiples turistas, devengando extraordinarios ingresos por temporada.

Los dueños de la propiedad habían vendido el usufructo a quienes explotaban el comercio, pero luego éstos usurparon su propio inmueble, usufructuando por los actores, impidiéndoles a éstos usar y gozar del mismo, desarrollar su actividad gastronómica, y obtener altísimos ingresos en la época estival que se aproximaba.

Los titulares del comercio, a su vez, habían desarrollado numerosos contratos de publicidad, por cuantiosas sumas, para la próxima temporada estival que al tiempo de la solicitud cautelar, se encontraba muy cercana.

La medida cautelar innovativa, se formuló en el contexto de dicha causa por daños y perjuicios, con el objeto de evitar la generación de mayores daños, los que de haberse proseguido en ese estado de cosas se estimaban en una millonaria suma, por lo que, de hecho, resultarían de imposible reparación, si se considera la situación económica-financiera de los accionados.-

El juez Alejandro Martín, mediante resolución N° 2408 del 12 de diciembre de 2008, que por cierto nunca fue apelada por los destinatarios de la medida, quedando inmediatamente firme, consideró acabadamente probada la verosimilitud del derecho, y se procedió hacer efectiva la medida desalojando el inmueble al titular de la nuda propiedad, y posibilitando el acceso del locatario y el desenvolvimiento del negocio .-

Mediante la medida se logró la restitución del uso y goce de un inmueble dado en usufructo, que fuera usurpado por el demandado, quien a su vez era el nudo propietario del predio, a quien se le reclamaban daños y perjuicios por la privación de la posesión.-

Si bien esta medida pudo haberse enmarcado en un proceso de desalojo, o en el de una acción posesoria, el juez consideró apropiado y eficiente el aprovechamiento de esa causa de daños y perjuicios ya iniciada, evitando a la jurisdicción un degaste inútil y a la parte una demora evitable.- En efecto la medida cautelar innovativa en ese contexto ya creado, el del juicio de daños, como el remedio más rápido y funcional a los fines de quien se veía ante un daño inminente, grave e irreparable. Funcionó de hecho, no sólo como un digno sustituto de otros procesos previstos en la ley formal, sino además, como el medio más recomendable, pues sin negar las garantías básicas, en el caso se acreditó muy fuertemente la verosimilitud del derecho, se consideró especialmente la particular urgencia y la irreparabilidad de perjuicios cuantiosos, tornándose la herramienta ideal para resolver en concreto.-

Considero valido encauzar la pretensión de desocupación inmediata del inmueble por vía cautelar aprovechando el contexto aportado por causas que no tienen por objeto principal la restitución del dominio o posesión, toda vez que se accede a un idéntico resultado, con menor costo, mayor rapidez, y concentración de los actos, consagrando así los principios de la Tutela judicial efectiva y de economía procesal, evitando innecesariamente el degaste que la deducción de una demanda de desalojo u otras legalmente previstas.-

Nuevas necesidades surgidas del actual ritmo de vida de los justiciables a través de herramientas procesales que resulten “proporcionales” y “adecuadas” a aquellas de acuerdo con una valoración de las circunstancias de modo, tiempo y lugar. Ello supone otorgar a los jueces un menú ampliado de soluciones procesales que éste podrá utilizar de acuerdo con la concreta necesidad de las partes.-

No quedan dudas, que el juez rosarino obro atinadamente al “circunstanciar” el despecho de la aludida cautelar innovativa inyectada en un proceso de daños que ya se encontraba en trámite, la que asimismo, resulto sucedánea de otros procesos previstos legalmente para conseguir el mismo objetivo.-

Razones de economía procesal y Tutela judicial efectiva auspician soluciones eficientes como las del leadingcase “D’ambrosio” evitando la demora y evitando el desgaste jurisdiccional y económico que implicarían la engorrosa iniciación de un juicio de desalojo o en su caso el de acciones posesorias.-

La modalidad expuesta, es un excelente paso a la simplificación de las formas en pos de la concreción de la tutela judicial efectiva.-

5.-Conclusión:-

El caso "Camacho Acosta", resuelto por la Corte Suprema, ha planteado, claramente el tema de la tutela anticipada, identificándose así a una suerte de tutela urgente de parte del órgano jurisdiccional, antecedente necesario para el desarrollo del tema en análisis.-

En dicho proceso, como ya lo dijimos, se dio un anticipo de la jurisdicción, sobre lo que sería objeto de decisión, más tarde, en la sentencia de mérito, como consecuencia de la pretensión reclamada. Este criterio nos da una idea de la cuestión analizada.-

No obstante, desde un punto de vista fáctico, muchos autores han sostenido que la tutela anticipada no es un hallazgo de biblioteca, o un producto académico, es

reconocer las exigencias de una nueva realidad, que es la necesidad de la gente en cuanto a la urgente administración de justicia en ciertos casos en concretos.-

Y es esa figura la que viene a reconocer la Corte en el "Camacho Acosta", el 7 de agosto de 1997.

Sostuvo la Corte que "...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 sin que ello implique incurrir en prejuzgamiento".

La Corte expresamente dijo que ambas medidas cautelares pueden importar un anticipo jurisdiccional, lo que no va en contra de la naturaleza de las mismas, sino que, en los casos que correspondiera si dictado, los jueces deben extremar los recaudos al fallar, por el alcance que el pronunciamiento puede tener respecto a la sentencia definitiva que se deba dictar en autos.

Como conclusión del fallo en cuestión, se pueden observar los siguientes tópicos: el régimen de la medida innovativa; y el prejuzgamiento frente a la posibilidad de anticipar un pronunciamiento jurisdiccional.-

La sentencia dictada por la Corte de la Nación en el caso Pardo vuelve a ratificar todo lo dicho anteriormente por ese órgano jurisdiccional, resaltando que muchas veces para que los fallos sean justos será necesario además de un pronunciamiento acorde a la ley, que este no llegue tarde.-.-

Aún sin una normativa procesal moderna el juez está obligado a no desentenderse de los principios constitucionales que del debido proceso utilizando la

analogía y la interpretación integradora para dar cabida enviejos moldes los nuevos a modernas cuestiones.-

Con la incorporación legislativa de estas medidas, se logra mantener la igualdad de condiciones entre ambas partes ante la jurisdicción, evitando un daño irreparable, y se demuestra que la tutela anticipada no sólo cautela, sino que además protege al justiciable, logrando una sentencia útil.-

Capítulo IV

Breve reseña de la tutela en el derecho comparado y en algunas provincias argentinas:

SUMARIO:1.-Introducción.-2.-Tutela Anticipada en la legislación brasilera.-3.-Tutela Anticipada en la legislación uruguaya.-4.-Tutela Anticipada en la legislación peruana.-5.-Tutela Anticipada en países europeos.-6.- Tutela Anticipada y su recepción en ordenamientos provinciales.-7.- Conclusión.-

1.-Introduccion:

En este capítulo desarrollaremos la inserción de la tutela anticipada, tanto a nivel provincial, debido a que varias provincias argentinas han incorporado la medida a sus ordenamientos, como también en países latinoamericanos y en el derecho comparado.

Además analizaremos cuales son las legislaciones más completas, y en cual nos guiaremos para reformar nuestro Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe para incluir la medida.-

2.- La tutela anticipada en la Legislación brasilera:

En este país, el art. 273 del C.P.C, prevé el instituto nominado como “Anticipación de la Tutela”, sin embargo resulta importante mencionar que el artículo de referencia no está ubicado dentro de los procesos cautelares, sino entre las disposiciones generales de los procesos de conocimiento, lo que nos obliga a pensar acerca que su naturaleza no es precautoria. Así es que el dictado de una resolución anticipatoria no engendra un proceso accesorio de otro “principal”, sino que dentro del mismo proceso principal se postula y obtiene resolución anticipatoria. Dicha resolución en vez de asegurar

la futura realización de un derecho (lo que es característico de lo cautelar) realiza ya mismo el derecho material sometido a juicio y antes de que éste finalice.-¹²

Se establece que “El juez podrá, a requerimiento de parte, anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la petición inicial, desde que, existiendo prueba inequívoca, se convenza de la verosimilitud de la alegación y los presupuestos son: 1) Exista fundado temor de daño irreparable o de difícil reparación; 2) Esté caracterizado por abuso de derecho de defensa o el manifiesto propósito retardatorio (malicioso) del demandado, (peligro en la demora) 3) El requirente debe prestar contracautela y si obtiene el dictado de la sentencia anticipatoria, ella se incorporará dentro del proceso principal que seguirá su trámite, no representando una incidencia separada. El principal seguirá su curso, y la sentencia de mérito revocará o confirmará la sentencia anticipatoria.-¹³

La doctrina brasileña en su mayoría, entiende que se puede postular la emisión de una resolución anticipatoria en cualquier momento, siempre que se hubiera presentado la demanda principal. Nuestra doctrina nacional, considera conveniente decretar la sentencia anticipatoria sólo después de contestada la demanda o de transcurrido el plazo para contestarla.-

3.-La tutela anticipada en la legislación uruguaya:

¹²PEYRANO, Jorge W; La tutela de urgencia en general y la tutela anticipatoria en particular en “Temas modernos de derecho procesal”; Ed Dike; año 1998, pag 163.-

¹³PEYRANO, Jorge W; Los nuevos ejes de la reforma procesal civil: la medida autosatisfactiva en “Temas modernos de derecho procesal”; Ed Dike; año 1998, pag.-169.-

El Código General del Proceso del Uruguay, regula tanto la Tutela de Evidencia, como la de urgencia, pero circunscripta a la tramitación de la segunda instancia. En la misma los cuerpos colegiados podrán resolver en cualquier momento, el estudio en el acuerdo por unanimidad de votos y en los siguientes casos: 1) Si se tratare de cuestiones simples o reiteradas por el tribunal; 2) Si existiere jurisprudencia del tribunal sobre el caso y éste decidiere mantenerla, 3) Si hubiere manifiestas razones de urgencia; 4) Si fuere evidente la finalidad de retardar innecesariamente el proceso.-¹⁴

4.-La tutela anticipada en la legislación peruana:

El ordenamiento procesal Peruano legisla sobre medidas anticipadas en su artículo 618 que dispone que "Además de las medidas cautelares reguladas, el Juez puede adoptar medidas anticipadas destinadas a evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva."

En el año 2008 el legislador peruano avanzó sobre el tema, estableciendo en el artículo 674 del Código Procesal Civil, la posibilidad de dictar medidas anticipatorias a las que llama Medida temporal sobre el fondo. Textualmente la citada norma dispone "Excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide o por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución

¹⁴ MEDINA, Graciela; Tutela anticipada y daño vital; www.gracielamedina.com; año 2012.-

anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta.¹⁵

5.- Tutela anticipada en países europeos:

La corte de Justicia de la Unión Europea afirma en diversos pronunciamientos que los Estados miembros de la Unión Europea son libres de disciplinar como crean sus reglas procesales internas pero con la condición de garantizar la eficacia de la tutela. Por lo tanto se requiere contar con la tutela de urgencia.

La fuerza expansiva de los pronunciamientos de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas ha llevado a que muchos países aggiornen su legislación en lo referente a la Tutela Cautelar, entre ellos cabe mencionar: Italia, Portugal y Alemania.

El código italiano en el art. 700 incluido en la sección sobre las providencias de urgencia dispone: "Condiciones para la concesión. Fuera de los casos regulares de las precedentes secciones de este capítulo, quien tuviese fundados motivos para temer que durante el tiempo que transcurre para hacer valer su derecho por la vía ordinaria, éste sea amenazado de un perjuicio inminente e irreparable, puede pedir una medida al juez de proveimiento de urgencia que, según la circunstancias, sea idónea para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el mérito".

Por su parte el código de Portugal dispone Art. 381. 1: "Siempre que alguien muestre fundado recelo de que otro cause lesión grave y difícilmente reparable a su

¹⁵IBIDEM.-

derecho, puede requerir, la providencia conservatoria o anticipatorio concretamente adecuada a asegurar la efectividad del derecho amenazado.

En sentido similar legisla el Código Alemán, según la reforma de 2000-2002, contiene dos artículos que se relacionan con el tema que estamos tratando: Artículo 935: "Medidas cautelares referidas al objeto litigioso. Son admisibles medidas cautelares respecto a objeto litigioso, cuando se temiera que a través de una variación de las circunstancias existentes pudiera frustrarse o dificultarse de manera considerable la realización del derecho de una parte".

Artículo 940: "También resultan admisibles medidas cautelares con el objetivo de regular provisionalmente una situación relacionada con una relación jurídica litigiosa, en tanto esa regulación, en especial ante relaciones jurídicas litigiosas de cierta duración, resulte necesaria para prevenir perjuicios importantes o para evitar un peligro inminente o por otros motivos".¹⁶

6.- Tutela anticipada y su recepción en los ordenamientos provinciales:

En este punto analizaremos la recepción de la Tutela anticipada en nuestro país, es decir las provincias que adoptaron este Instituto, y los alcances de las mismas. Anteriormente mencionamos que la Tutela Anticipada encuentra fundamento en el art. 43 CN, y que se le concede rango constitucional, pero también dijimos que no es suficiente para el ejercicio cotidiano, donde resulta conveniente que existan claras normas procesales

¹⁶ GREYF, Jaime; Medidas Cautelares; RubinzalCulzoni; Primer edición 2002; pag 118.-

que indiquen a los justiciables tanto cómo pedir, como cuáles son los requisitos de procedencia involucrados, efectos del dictado de una medida y su régimen recursivo.

Así lo han entendido algunas provincias como Río Negro, La Pampa, Entre Ríos, Chaco, Corrientes y San Juan que han legislado explícitamente sobre el tema, con diferentes alcances.

Una de las regulaciones procesales más completa es la que encontramos en el código de La Pampa. La misma dispone expresamente en su artículo 231 sobre la Tutela anticipatoria y su Procedimiento. Art. 231 "El juez podrá anticipar, luego de la traba de la litis, a requerimiento de parte, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la demanda o reconvencción si: 1) existe verosimilitud del derecho en un grado mayor que en las medidas cautelares ordinarias. 2) se advierta en el caso una urgencia impostergable tal que si la medida anticipatoria no se adoptare en ese momento, la suerte de los derechos se frustraría. 3) se requiere contracautela suficiente. 4) la anticipación no produzca efectos irreparables en la sentencia definitiva. La decisión no configurará prejuzgamiento.

Por su parte, Código Procesal Civil de la Provincia de Río Negro, prevé la tutela anticipada como medida cautelar innovativa, en su artículo 230.- "Podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio, 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 pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria.

En sentido similar al del Código de La Pampa, el Código Procesal Civil de la Provincia de San Juan dedica el Capítulo IV a la Tutela Anticipada, y en su artículo 242 establece expresamente que "sin que configure prejuzgamiento, el Juez o Tribunal, podrá, a requerimiento fundado de parte y de manera excepcional, anticipar parcial o totalmente los efectos de la tutela pretendida en la demanda o en la reconvención, cuando concurren los siguientes presupuestos: 1- Convicción suficiente sobre la probabilidad cierta del derecho que la sustenta. 2- Urgencia de la medida en tal grado que de no ser adoptada de inmediato cause al peticionante la frustración del derecho o un daño irreparable equivalente. 3- Falta de efectos irreversibles de la anticipación sobre la sentencia definitiva. 4- Otorgamiento de contracautela real suficiente, salvo en los casos en que el peticionante se encontrare legalmente exento de darla."

La Provincia de Chaco modernizó su Código Procesal Civil e incluyó entre las medidas cautelares a las medidas autosatisfactivas en su artículo 232 bis, que dice "Los jueces a pedido fundado de parte, respaldado por prueba que demuestre una probabilidad cierta de que lo postulado resulta atendible y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, deberán excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas. Según fueren las circunstancias del caso, valoradas motivadamente por el juez, este podrá exigir la prestación de cautela suficiente."

En realidad las medidas autosatisfactivas, no son medidas cautelares sino típicos procesos urgentes, en el capítulo siguiente serán examinadas las diferencias.-

Debemos mencionar al código de Entre Ríos, aunque que si bien no contiene un capítulo específico para las cautelares anticipatorias, trata algunos supuestos

que pueden ser considerados casos de tutelas urgentes en los arts. 604 bis y ter cuando trata la denuncia de daño temido y la oposición a las legislaciones urgentes.

Otro supuesto de legislación provincial sobre Tutela Anticipada lo constituye el Código Procesal Civil de Corriente, que recepciona en el artículo 232 bis. la Medida cautelar innovativa: diciendo que:" Es una medida cautelar excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o derecho existente antes de la petición de su dictado. Requisitos: 1. Probabilidad y no simple verosimilitud del derecho invocado 2. Peligro en la demora.3. Perjuicio irreparable 4. Contracautela."

El repaso por las legislaciones provinciales nos convence de la necesidad de contar con una legislación provincial en nuestro Código Procesal Civil y Comercial que reglamente expresamente la tutela judicial efectiva.¹⁷

7.- Conclusión:

Estas legislaciones, nos permiten en esta investigación, evaluar las distintas posibilidades que debemos tener en cuenta para la incorporación de la medida a nuestro ordenamiento provincial. Con referencia a ellas se han planteado soluciones muy diversas, por ejemplo en Código Procesal Civil y Comercial de Perú, se regulan en forma separada la medida innovativa, de la prohibición de innovar, y además que el Juez incurre en prejuzgamiento al dictar una cautelar; pero para poder introducirlas a nuestro Código Procesal Civil y Comercial, es necesario que se incorporen junto con las medidas

¹⁷IBIDEM, pag 126.-

precautorias, y no como muestran algunos ordenamientos de modo autónomo, porque podría provocar efectos no deseados. Las medidas cautelares como están reguladas, no requieren modificación alguna, no conviene lesionar su operatividad, porque se han constituido para combatir los tiempos en el proceso y resguardar a los justiciables.- Distinto resultaría realizar algunos ajustes, en lo que respecta al prejuzgamiento, conforme se destaca en el leading case “Camacho”, o la confusión que genera la denominación “prohibición de no innovar”, y establecer con más claridad una medida de no innovar e innovativa, para que se pueda demostrar la igualdad de las partes ante la jurisdicción, logrando a través de este diseño, mayor agilidad del proceso.-

Es realmente importante, que se actualice el sistema procesal con este nuevo fenómeno, provocado por las necesidades del justiciable, que nos permitan soluciones anticipadas durante el proceso de conocimiento, trayendo consecuencias normales esperadas en la sentencia definitiva.-

Capítulo V

Incorporación de la tutela anticipada en el Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe.-

SUMARIO: 1.-Introducción.-2.- El proceso civil visto desde los derechos fundamentales.-. 3.- Medidas Urgentes no reguladas.- 4.- Conclusión.-

1.- Introducción:

En este último capítulo estudiaremos las diversas posibilidades de incorporar la Tutela Anticipada a nuestro Código Procesal Civil y Comercial.-

Analizaremos el Proceso civil visto de los Derechos fundamentales.-

También desarrollaremos las medidas urgentes no reguladas.-

Veremos los principales beneficios ante esta incorporación, como así también la preocupación por parte de la doctrina en este tema.-

2.-EL PROCESO CIVIL VISTO DESDE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES:

En el caso “Pardo”, la Corte Suprema fue contundente, en cuanto a que la respuesta jurisdiccional debe ser idónea y suficiente como para resguardar los derechos fundamentales en juego.-

En esa tónica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos explicó que el artículo 25.1 de la Convención que contempla la obligación de los Estados Parte de garantizar a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos

violatorios de sus derechos fundamentales, supone que, además de la existencia formal de los recursos, éstos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados ya sea en la Convención, en la Constitución o en las leyes, y que no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios .-

Por eso, el supremo tribunal nacional, tuvo en cuenta al acoger el anticipo de tutela pedido, que los actores habían acreditado insuficiencia de sus medios económicos, falta de cobertura médica privada, las carencias de hospital público zonal para el cuidado de su hija, y que la demora en el inicio del proceso asistencial, terapéutico y de equipamiento ortopédico requeridos hasta el momento de la sentencia definitiva, agravaría su delicado estado de salud, con claro riesgo de vida, de donde surgía la necesidad de otorgar una “tutela jurisdiccional efectiva” para modificar esa situación y evitar mayores perjuicios.-

Se ve de ese modo, porqué la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental en sí mismo, ya que se trata precisamente del derecho de todo individuo a hacer valer judicialmente sus derechos (no solo los fundamentales), mediante técnicas procesales idóneas para la efectividad de los mismos, que presupone las garantías

clásicas del contradictorio, y suma como exigencias nuevas, que la “prestación de justicia del Estado”, sea oportuna, a veces preventiva y siempre efectiva .-

Sabemos ahora, que para la Suprema Corte de Justicia, medidas como el anticipo de jurisdicción o anticipatorias necesarias por la urgencia, quedan comprendidas por el aludido principio cardinal del derecho procesal actual, y vértice de la escala

valorativa constitucional, por tratarse de vías aptas durante el trámite del juicio, para asegurar el adecuado servicio de justicia y evitar el riesgo de una sentencia favorable, pero ineficaz por tardía.-

Y como hablar de técnicas anticipatorias, implica hacerlo de la plena e integral efectividad del proceso, de modo coherente y con evidentes connotaciones axiológicas y filosóficas, el Supremo tribunal declaró que adscribe a la moderna concepción del proceso, que exige poner el acento en el valor “eficacia” de la función jurisdiccional, en el carácter instrumental de las normas procesales, y en que la finalidad de éstas radica en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección se requiere.-

Trasluce la sentencia por todo lo dicho, una perspectiva constitucional del proceso civil, donde el mismo se justifica, en el aseguramiento de todos los derechos, y con mayor razón, de los llamados “derechos fundamentales”.-

Para hablar de derechos fundamentales, podemos simplificar su definición optando por anunciarlos, diciendo que éstos son los que habrían de concretar las exigencias de la dignidad humana, o desde un enfoque más jurídico, como aquellos derechos humanos morales que se encuentran normativizados con ese fin, en los textos constitucionales, y en tratados internacionales y documentos de ese tipo; pero el problema más importante que hoy se asume, no es el de conceptualizarlos ni fundamentarlos, sino el de protegerlos .-

Por eso es aceptado, que revisten también el carácter de derechos fundamentales, los procedimientos que se deben observar para la operatividad de esos derechos, comprendidos en los llamados, “derechos de protección”.-

De allí la significación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva realizado por la Corte en el fallo “Pardo”, como de su convalidación de la tutela anticipada como técnica procesal idónea frente a la urgencia, contenida en aquél derecho fundamental.-

3.- Medidas urgentes no reguladas:

Algunos Códigos procesales, que contienen la normativa referida a “las medidas cautelares genéricas” suelen incluir en estos títulos el despacho de medidas no típicas. Opera como un reemplazo, a la que es posible recurrir al momento de la petición o despacho de una cautelar no típica, además los presupuestos de las medidas cautelares específicas (carácter de verosímil, peligro que el tiempo puede generar, y la contracautela)son los mismos que los de las medidas atípicas; pero si la medida cautelar innovativa no cumple con los presupuestos anteriormente citados, o no los comparte, ¿se

puede ensamblar a las cautelares típicas? La doctrina y la jurisprudencia estudiaron la cuestión:

Las medidas innovativas como cautelar, se considera excepcional y tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado; medida que se traduce en la injerencia del juez en la esfera de los justiciables a través, de la orden

de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resueltas consumadas de una actividad de igual tenor.¹⁸

La tutela anticipada y la medida cautelar innovativa, han sido estudiadas con esfuerzo por la doctrina, y llegaron a la conclusión de que los límites diferenciativos entre ellas, son difusos. Para mostrar claramente esos límites, lo haremos a través de un ejemplo, en un caso en donde exista un juicio de filiación y uno de alimentos provisionales. La acumulación de la pretensión alimentaria no es posible a otro proceso, aclarando entonces que no han sido los alimentos los pretendidos y por lo tanto no se trata de la anticipación de la tutela; Es que en el caso de que la paternidad fracasara, lo pagado no serían alimentos, sino una obligación impuesta judicialmente en ese proceso en el cual se pretendía el reconocimiento filiatorio.-

La medida cautelar innovativa tiene por objeto imponer conductas o la omisión de un hacer o la imposición de un pago, distinto de aquello que es pretendido al demandar. En cambio, la tutela anticipada, lo que peticiona anteriormente a la resolución definitiva, es todo o parte de lo que se quiere demandar.-

Existe una gran variedad de opiniones en cuanto a la necesidad de regular este Instituto procesal.

Es evidente que el anticipo jurisdiccional que importa una tutela anticipada, nos lleva inexorablemente a señalar que la misma excede, como ya lo analizamos, el ámbito tradicional de las medidas cautelares, por eso consideramos que

¹⁸CECCHINI, Francisco Carlos; Medidas Cautelares; Tomo I; Editorial Rubinza Culzoni; Año 2010; pag. 29.-

existen dos ámbitos para las medidas cautelares, uno clásico, o normal, y otro excepcional, que si bien toma en cuenta algunos de sus parámetros o presupuestos, los excede claramente, dentro del cual debemos involucrar a la tutela anticipatoria. Calamandrei, sostenía respecto a ella que era una medida cautelar, y no otra cosa, pero a medida que avanzamos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Camacho-Acosta” sostuvo que era procedente un anticipo jurisdiccional a través de una medida cautelar que identificó como innovativa y se encargó al margen de disidencias doctrinarias de identificarla como innovativa, con apoyo en la letra del art. 232 del Código Procesal de la Nación, diferenciándola de la medida de no innovar que consagra el art. 230 de ese cuerpo legal. Sin embargo, en ese pronunciamiento, más allá del efecto vinculante que provoca desde un punto de vista moral, tuvo en cuenta algunos aditamentos que conviene que señalemos para demostrar el modo en que esa tutela anticipada, excede el marco tradicional de las medidas cautelares. Si bien tramitó como una medida innovativa, la Corte tuvo en cuenta la conducta obstruccionista de la parte demandada, quien trataba de insolventarse, de ahí el alcance de la petición, pues en un primer momento, se había solicitado un embargo pretendiendo asegurar el futuro

cumplimiento de la sentencia, y al advertir las maniobras de la demandada, y la imposibilidad de trabar aquella medida, se optó por esta que ahora nos ocupa.

Por el momento, y contando con el fuerte respaldo que le ha dado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y las claras manifestaciones que tiene este instituto, en la legislación positiva nacional en los art. 375 Cód. Civil, arts. 623 ter ó 680 bis C.P.C.C.N., o

bien la ley 24.417 contra la violencia familiar, su utilización puede respaldarse en lo que ha dado la Corte Suprema de Justicia de la Nación a esta figura, involucrándola con carácter excepcional, dentro de las medidas cautelares, en especial en la innovativa.-

4.-Conclusion:

El proceso judicial es considerado la más elevada forma que tiene el Estado moderno y democrático de resolver los conflictos entre éstos y el Estado. Por lo cual el buen desempeño de estos procesos, es decir, la prestación de un servicio eficiente y eficaz, constituye uno de los pilares de una buena organización gubernamental. Lo dicho se debe además a que el Estado debe prestar un servicio de justicia en condiciones tales que lleve a los ciudadanos al convencimiento de que existe, al menos, una parte del poder público que es garantía de los derechos individuales y sociales.-

El hecho de que el Estado asume el monopolio de la jurisdicción, conlleva una obligación por parte de este, que consiste en el deber de dar una respuesta útil, que sea efectiva, en tiempo oportuno, por lo cual el Estado debe brindar una tutela judicial “efectiva”. La principal herramienta procesal que brinda nuestro sistema y el comparado son las medidas cautelares, necesarias para cumplir con la tutela judicial efectiva y para que el Estado cumpla de manera eficiente. La sentencia tardía solo produce frustración; de allí que hay que observar la realidad y atender a los plazos reales de duración de los pleitos, guardando éstos con la tutela cautelar una relación de balance, “cuanto más eficiente y rápido es el proceso menos requiere de medidas cautelares, y por el contrario, cuanto más lento es el proceso, más se necesita de una tutela cautelar que funcione adecuadamente”.

Todo es debe ser analizado desde el punto de vista del ciudadano común, y no desde los magistrados judiciales, ya que los plazos de la gente, no son los mismos que los de la justicia.-

Capítulo VI

Propuesta final y conclusión:

SUMARIO: 1.- Conclusión. 2.- Propuesta final. -

1.-Conclusion final:

En este último capítulo, trataré de ser específica para lograr satisfacer mi objetivo, respecto de la incorporación de la Tutela Anticipada al Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe.-

En el marco del Proceso Judicial, nos enseñaron que existían las medidas precautorias que se ordenaban para asegurar el derecho de alguna de las partes y la eficacia de la sentencia definitiva; estas medidas precautorias son las Medidas Cautelares. Este ámbito se modificó considerablemente en la última década y vino a transformarse en una realidad más compleja, rica y sustanciosa, motivo de muchas discusiones, investigaciones, desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales, experimentando así una evolución superlativa en los últimos años.

Lo anteriormente expresado motiva a que hoy en día se torne imprescindible ampliar ese espectro básico, máxime a la luz de la reforma Constitucional de 1994 y la incorporación de los Pactos y Tratados con jerarquía constitucional o a la consagración de textos Constitucionales a nivel provincial.

Por otro lado, en las últimas décadas asistimos a una profunda transformación social. Vivimos en un país cada vez más consciente de sus derechos que clama por la inmediata satisfacción de los mismos, por una mejor y más eficaz justicia. Este

clamor social parece estar lejos de ser una moda o corriente pasajera de época, máxime aquellas ocasiones en que se ventilan en el proceso verdaderos dramas existenciales.

Sabemos que todo proceso tiene etapas que se desarrollan en el tiempo, y a cada etapa le corresponde un plazo, a veces cierto, a veces incierto. El tiempo de duración del proceso es la clave y el fundamento, la razón de ser de las medidas cautelares. Un tiempo en el cual se pueden deteriorar las expectativas, la integridad personal, las pruebas, el patrimonio, la eficacia de las decisiones judiciales, y en definitiva los derechos del postulante. Es cierto que la satisfacción instantánea de una pretensión resulta materialmente irrealizable, pero también es cierto que la prolongación desmedida en el tiempo acrecienta el perjuicio y lo vuelve intolerable. Ante estos reclamos la doctrina y la jurisprudencia nos brinda esta nueva herramienta; “Las Medidas Cautelares Modernas, La Tutela Anticipada”.-

Las Cautelares Modernas responden a una creación pretoriana que desde la reforma Constitucional de 1994 encontró sustento en la Convención Americana de Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” específicamente en los artículos 8 y 25 que consagran el principio de Tutela Judicial Efectiva” al decir: “Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable” (artículo 8, inciso 1); y al decir: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen” (artículo 25, inciso 1).-

Por lo tanto lo que se quiere demostrar, es que para que esta creación pretoriana obligue a los jueces, se debe consagrar expresamente en el plexo normativo, pero

sin embargo existe otro inconveniente. En muchos códigos procesales Provinciales se consagra la “cautelar genérica o innominada” que hace las veces de vía o compuerta, para petitionar una cautelar moderna por ejemplo el Art.232 C.P.C.C de la Nación: “Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia”; pero hay muchos códigos como en nuestra provincia de Santa Fe, que no contienen tal norma, por lo cual si bien el C.P.C.C no las prevé, muchas veces son admitidas por la jurisprudencia, pero esto implica que, según la corriente ideológica a la que se adscriba, para muchos jueces la vía será admisible y para otros no.-

Las Cautelares Modernas poseen algunas peculiaridades que generan contradicciones ya que no se armonizan con algunos Principios Procesales. Como ejemplos: la bilateralidad y el dictado in audita parte; la alteración del estado de hecho o de derecho del bien al tiempo de concederla; el anticipo de jurisdicción favorable anterior a la sentencia sin que ello implique prejuzgamiento, como lo sostiene la parte de la doctrina, que fue materia de discusión en el “XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal” celebrado en Santa Fe en junio de 2011 bajo el lema: “Para repensar el Proceso, revisemos los Principios”. ¿Los principios procesales son rígidos o flexibles? ¿Hay jerarquía de principios? ¿Dicha jerarquía es mutable? ¿Hay nuevos principios o emanaciones de segundo orden? Lo cierto es que como sostiene Jorge Rojas “las medidas cautelares diferentes son las consecuencias de líneas de fuga que han venido a oxigenar y actualizar el sistema precautorio”.-

La Tutela Anticipada o Sentencia Anticipada es una providencia accesoria a un proceso principal, que como explicamos en el capítulo II, no son medidas cautelares y que comparten ciertos presupuestos de procedencia.-

Considero que la lenta pero progresiva incorporación en los plexos normativos provinciales, respecto a la Sentencia Anticipada, si bien es operativa aún en ausencia de texto legal específico por medio de la aplicación de cierta jurisprudencia y en virtud del leading case Camacho Acosta, sería conveniente su incorporación legislativa a nuestro Código Procesal Civil y Comercial, para evitar malabares y artificios que atentan contra la seguridad jurídica.

Por último es necesario destacar que este movimiento procesal activista argentino se encuentra ampliamente respaldado, a nivel latinoamericano, por una consolidada legislación de vanguardia brasileña, peruana, y uruguaya que velan por un cambio de paradigmas.

La necesidad de incorporar este Instituto procesal responde a una realidad en concreto, que es el tiempo de duración del proceso. Desde que éste se inicia hasta que es objeto de decisión, transcurre un tiempo, que se caracteriza por ser indeterminado, incierto, cambiante, y por supuesto dinámico, en cuyo iter pueden ocurrir circunstancias naturales o provocadas, que incidan en la futura, eventual y posible decisión y su también eventual ejecución. El tiempo es tomado como un pilar que sustenta y fundamenta la necesidad de una tutela de urgencia en general y de las sentencias anticipadas en particular.-

A su vez podemos ver, que si bien muchos autores hablan de la eficacia procesal, no la definen o especifican, no determinan cuál es su verdadero sentido.-

En base a una interpretación del pensamiento analizado podemos considerar que la eficacia de la que habla tal sector doctrinario hace alusión a una efectiva tutela en un momento oportuno, concibiendo de esta manera al “tiempo” como elemento fundamental para la satisfacción de los derechos, es decir ante pretensiones Urgentes respuestas igualmente Urgentes.

Esto se hace mediante distintos mecanismos o institutos tales como los que ha hecho mención en la presente investigación en donde se procura que se llegue a aquella respuesta otorgándoles mayores poderes a los jueces. Lo que se observa a la hora de valoración de los distintos presupuestos de admisibilidad de la sentencia anticipada, donde se vislumbra una marcada apreciación judicial discrecional de las mismas, trastocándola Garantía del Debido Proceso. -

Creo en primer lugar, que la tutela efectiva no se agota en el factor tiempo, ni en los mayores poderes que las disposiciones procesales puedan otorgar a los jueces; esta consideración supondría realizar una visión parcial y reduccionista del fenómeno abordado.-

Existe tutela judicial efectiva cuando existe un debido proceso conforme a su constitución.-

2.- Propuesta final:-

Ante todo lo aquí investigado, propongo dotar al Código Procesal Civil de nuestra provincia de este elemento acelerador, para solucionar problemas urgentes.-

Propongo incorporar un nuevo artículo en el Título V, Sección V de dicho cuerpo normativo, el que quedaría redactado de la siguiente manera:-

“Artículo 300 bis.- TUTELA ANTICIPATORIA.- PROCEDIMIENTO.- El juez podrá anticipar, a requerimiento de parte, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la demanda o reconvención, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1) existe verosimilitud del derecho en un grado mayor que en las medidas cautelares ordinarias.-

2) se advierta urgencia en el caso que en tal grado de que no sea adoptada de inmediato cause al peticionante la frustración del derecho o un daño irreparable.-

3) otorgamiento de contracautela.- El juez graduará la calidad y monto de la caución de acuerdo con la mayor o la menor verosimilitud del derecho y las circunstancias del caso.-

4) 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.-

La sentencia de Tutela anticipada podrá ser recurrible mediante el recurso de apelación dentro de los dos días de su dictado, con efecto devolutivo.-“

El ejemplo legislativo del cual me he basado para la confección del nuevo artículo, proviene del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa. Se reguló en el art.231. de dicho cuerpo normativo.-

Considero que este tipo de medidas, solo pueden solicitarse a pedido de parte, debido a que en ellas se ventilan pretensiones de índole privada.

En este sentido, sostengo que como se trata de una medida susceptible de producir efectos materiales definitivos, debe ser explícitamente regulada en la ley; a su vez considero también, que requieren para su otorgamiento la previa citación de la contraria, sin perjuicio de su impugnación mediante el recurso de apelación; al que se lo otorgará efecto devolutivo, ya que de lo contrario el decisorio “anticipado” perdería su razón de ser.-

BIBLIOGRAFIA:

a) General:

Libros:

- Alvarado Velloso, Adolfo; Concordancias explicadas del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe .Editorial Rubinza-Culzoni.-
- Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Entre Ríos.-
- Código Procesal Civil y Comercial de la provincia La Pampa.-
- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.-
- Peyrano, Jorge w; Código Procesal Civil y Comercial comentado
- Scavone, Graciela M. “Cómo se escribe una tesis” La Ley Libros Universitarios 2007.
- Terrile, Ricardo Alejandro. “La Constitución Material Escrita”. Río Editora. 2004.-

b) Especial:

Libros:

- Garrote, Ángel Fermín.- La Tutela Anticipada. Las medidas de satisfacción anticipada y las medidas autosatisfactivas.-.Editorial Dike.-2002.-
- Greif, Jaime. Medidas Cautelares, Rubinza-Culzoni.-1° Edicion 2002.-
- Kielmanovich, Jorge, L. Medidas Cautelares. Rubinza-Culzoni.-2000.-
- Peyrano, Jorge W. Aspectos concretos del proceso urgente de la Tutela anticipatoria. Las recientes innovaciones Brasileñas. La recepción por La Corte Suprema.- Revista del foro de Cuyo- Temas modernos del Derecho Procesal. Edicciones Dike.- Jornadas de Mendoza 14 al 16 de mayo 1998.-
- Peyrano, Joege W. Herramientas Procesales. Nova Tesis. Mayo 2013.- -Peyrano, Jorge w.- Medidas Autosatisfactivas. Rubinza-Culzoni. 2006.-
- Peyrano, Jorge w. Medidas Cautelares.Tomo I. Rubinza-Culzoni.-2010.-
- Rojas, Jorge. Medidas Cautelares. Tomo I. Rubinza-Culzoni.- 2010.-

Notas Periodísticas:

- Diario Judicial. "Tutela anticipada, la Corte dice "sí".-06/12/2012.-

Páginas Web:

-De los Santos, Mabel Alicia.-Las tesinas de Belgrano. Universidad de Belgrano. Junio 2003.- www.ub.edu.ar.-

-Medina, Graciela. Tutela anticipada y daño vital.-La ley 15/02/2012.-
www.gracielamedina.com.ar.-

INDICE

1. Dedicatorias y agradecimientos.....	1
2. Resumen.....	2
3. Estado de Cuestión.....	2
4. Marco Teórico.....	5
5. Introducción.....	6

Capítulo I

Conceptualización, clasificación y requisitos del Instituto Procesal.-

1. Introducción.....	10
2. Distintas definiciones de Tutela Anticipada.....	10
3. Ejemplificación de Tutela Anticipada.....	12
4. Tutela de Evidencia y de Urgencia.....	13
5. Requisitos y presupuestos.....	14
6. Conclusión.....	17

Capítulo II

Diferencia entre la medida Autosatisfactiva, las medidas Cautelares y la Tutela Anticipada.-

1. Introducción.....	19
2. Medidas Autosatisfactivas y sus requisitos.....	19
3. Medidas Cautelares y sus requisitos.....	21
4. Características de las medidas Cautelares.....	24
5. Diferencia entre lo Cautelar y lo Urgente.....	25
6. Diferencias salientes entre los procesos urgentes.....	26
7. Conclusión.....	30

Capítulo III

Jurisprudencia específica de la tutela anticipada.

1. Introducción.....	33
2. Analisis del fallo “ Camacho”.....	33
3. Analisis del fallo “Pardo”.....	39

4. Jurisprudencia Rosarina. Análisis del fallo Dambrosio, Marcelo c/ Quiroga, Julio s/ Daños y perjuicios.....	41
5. Conclusión.....	45

Capítulo IV:

Breve reseña de la tutela en el derecho comparado y en algunas provincias argentinas:

1.Introducción.....	48
2. Tutela anticipada en la legislación Brasileira.....	48
3. Tutela anticipada en la legislación Uruguaya.....	49
4. Tutela anticipada en la legislación Peruana.....	50
5. Tutela anticipada en Países Europeos.....	51
6. Tutela anticipada y su recepción en los ordenamientos provinciales.....	52
7. Conclusión.....	55

Capítulo V

Incorporación de la tutela anticipada en el Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe.-

1. Introducción.....	58
2. El Proceso civil visto desde los Derechos fundamentales.....	58

3. Medidas Urgentes no reguladas.....	61
4. Conclusión.....	64

Capítulo VI

Conclusión y Propuesta Final.

1. Conclusión Final.....	67
2. Propuesta Final.....	72

Bibliografía.....	74
-------------------	----