

LOS PROCESOS URGENTES. RESOLUCIONES ANTICIPATORIAS Y AUTOSATISFACTIVAS. ¿BILATERALIDAD O DEBATE POSTERGADO?

ADRIANA RITA FERNÁNDEZ

Un sistema es un conjunto de elementos interrelacionados destinados al cumplimiento de un objetivo. Cada sistema se integra a otros sistemas superiores y está compuesto por otros sistemas menores que forman el conjunto y a las cuales se los denomina subsistemas. Dentro de esta concepción la cautela procesal es un subsistema dentro del proceso, aunque la entidad tiende a dispersarse haciendo difícil su ordenamiento estructural. Su objetivo es proteger pruebas, cosas o personas para que el proceso transite por un camino seguro de que se podrá realizar adecuadamente, la sentencia a obtener puede ser ejecutada y los sujetos a proteger sean inmediatamente resguardados de un perjuicio o un peligro.

De tal manera y siguiendo a Falcón podemos definir a los sistemas cautelares como una medida o un conjunto de medidas tendientes a resguardar los derechos de las personas, ya sea por anoticiamiento (judicial o extrajudicial), por actuación sobre bienes o personas (de modo judicial o extrajudicial), por actuación sobre las pruebas del proceso o sobre la pretensión. Entonces, los sistemas cautelares aparecen por anoticiamiento o actuación.

La diferencia entre los procesos “cautelares” y los llamados “anticipos de tutela” permite restringir los primeros a aquellos de carácter accesorio y provisional por los que se procura el resguardo de la decisión que pudiera corresponder adoptar en el llamado proceso “principal”. El fundamento de este tipo de procesos es evitar que el derecho por el cual se acciona no se vea afectado durante el tiempo anterior a su reconocimiento, y puede consistir en el resguardo de bienes, cosas o personas, como en el mantenimiento o alteración de situaciones de hecho con vistas a que aquel derecho no sufra un perjuicio de carácter inminente o irreparable durante el trámite que llevaría a su reconocimiento.

Dentro de la categoría de procesos cautelares se encuentran por un lado las medidas de prueba anticipada, y por otro, las medidas cautelares propiamente dichas. Las primeras previstas en el art. 326, CPCCN. Las segundas suponen una amenaza que podría frustrar el cumplimiento de la sentencia definitiva y pueden consistir en:

- Embargo preventivo
- Secuestro de cosas cuya guarda sea indispensable para asegurar el resultado de la sentencia definitiva (secuestro de la cosa litigiosa y secuestro conservatorio)
- La intervención judicial
- La inhibición general de gravar y vender bienes
- La prohibición de innovar - medida de no innovar- y la medida innovativa o incoativa
- La potestad cautelar genérica, concepto que abarca cualquier otra medida que pueda resultar necesaria para evitar que el derecho pueda sufrir un perjuicio inminente o irreparable.

Tenemos que mencionar como dato característico esencial de las medidas cautelares que su objeto nunca coincide con el del proceso principal. Ni aún en el caso de la medida innovativa o de no innovar, porque una cosa es ordenar el cumplimiento de una determinada conducta o actividad de manera precautoria, es decir provisional y hasta que se decida sobre su pertinencia y otra es decidir que la obligación existe, en cuyo caso se continuaría con la conducta a partir de la sentencia, sobre la base de una decisión firme y título incontrovertible.

Los requisitos esenciales y generales para la procedencia de toda medida cautelar son la existencia de la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora. Cuando hablamos de verosimilitud nos referimos a un derecho en expectativa, que no ha merecido una evaluación definitiva respecto de su existencia y que puede ser más o menos incierto o presentar mayor o menor grado de conflictividad, que pueda predicarse su existencia (*fumus bonis iuris*). Por otro lado, las medidas cautelares son urgentes y lo son porque su razón de ser es la existencia de un riesgo o peligro que amenaza la integridad de un posible derecho, de tal modo que de no adoptarse alguna medida podría sobrevenir un daño que transformará en tardío e ineficaz cualquier posterior reconocimiento al respecto. Si no existiera peligro en la demora, no habría justificación alguna para el dictado de una medida cautelar.

Pero existen ciertas circunstancias de carácter procesal en los que la ley presume alguno o ambos requisitos, eximiendo al peticionario de su prueba y restringiendo la discrecionalidad del juez en la apreciación de la admisión de la medida. Tal el caso de la previsión del art. 62 inc. b), L.O. (falta de contestación de la demanda), art. 209 inc. 1°, CPCCN (que el deudor no tenga domicilio en la República) y los supuestos del art. 212, inc. 1° CPCCN (en el caso del art. 63), inc. 2° (siempre que por confesión expresa o ficta derivada de la incomparecencia del absolvente a la audiencia de posiciones, o en el caso del artículo 356, inciso 1, resultare verosímil el derecho alegado) e inc. 3° (si quien la solicita hubiese obtenido sentencia favorable, aunque estuviere recurrida).

El peligro en la demora que exige el art. 62 inc. a), L.O. con relación a la integridad y solvencia patrimonial, cuando lo que se intenta resguardar no es un valor de carácter dinerario, sino de documentos y archivos, por vía analógica, debe entenderse configurado cuando se pruebe que el presunto deudor está realizando maniobras o actos tendientes a lograr su ocultamiento o desaparición.

Dicho ello, cabe señalar que el sistema cautelar nacional actual, difiere en gran medida del canon cautelar prevaleciente durante décadas en la materia.

En efecto, Jorge Peyrano nos habla de una "línea de fuga", diciendo que es una suerte de válvula de escape de un sistema u orden establecido. Expresa que "abrir una línea de fuga" es zafar de las codificaciones y ejercer lo inédito. La aparición de una línea de fuga conlleva a algo nuevo y creativo, diferente de lo que existía hasta entonces.

Explica Peyrano que si a esa concepción la extrapolamos al ámbito del dogma precautorio, conforme el cual no puede otorgarse por vía cautelar lo que es tema de la futura sentencia de mérito, aparece como "línea de fuga" del referido dogma cautelar, el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Camacho Acosta", donde existió la necesidad de generar pretorianamente una nueva herramienta (la tutela anticipada), que es una tutela coincidente porque la

necesidad del justiciable (de obtener precautoriamente una prótesis bioeléctrica para su antebrazo seccionado, dado que la demora impediría colocarla en el futuro) legitimó el abandono de la ortodoxia en el referido caso otorgándose precautoriamente lo que era materia de la sentencia de fondo.

Al decir de Peyrano las percepciones de que el canon cautelar no puede reclamar plena vigencia en la especie, de que las herramientas cautelares con que se cuenta resultan inadecuadas en un supuesto dado para prestar una protección cautelar idónea y de la necesidad de adoptar nuevas medidas de implementación respecto de las precautorias existentes, son las causas próximas del surgimiento de las denominadas “medidas cautelares diferentes” o heterodoxas.

Las medidas cautelares diferentes son las consecuencias de “líneas de fuga” que han venido a oxigenar y a actualizar al sistema precautorio.

Desde hace un tiempo los esquemas procesales tradicionales, basados en el respeto por el derecho de defensa en juicio, sustentados en el principio de bilateralidad y orientados a permitir cierta amplitud de debate y prueba, han sido puesto en cuestión por su supuesta falta de eficacia a la hora de proveer las respuestas inmediatas que los derechos requieren, habiéndose llegado a sostener aun cuando pueda ser demasiado extrema, que muchas veces el proceso sirve sólo para dilatar aún más el incumplimiento de las obligaciones de dar, hacer o no hacer por parte del demandado que se aprovecha de este dispositivo para fines espurios no previstos por la C.N. y las leyes de procedimiento, para cobijar el sobreentendido “derecho de defensa en juicio” (olvidándose que ese derecho también ampara al actor). Por ello la denominada “procesalística moderna” ha promovido con insistencia la necesidad de concebir tutelas judiciales urgentes para situaciones de excepción en las que los procesos de conocimientos ordinarios resultarían inadecuados, siendo la característica común de tales figuras la prevalencia del principio de celeridad que, sobre la base de un derecho que se presenta con una fuerte probabilidad de existencia, reduce o posterga las posibilidades de debate a efectos de otorgar una tutela inmediata y por consiguiente, en principio más eficaz, por medio de una resolución favorable, que a diferencia de la que corresponde a las medidas cautelares tradicionales, supone a su vez, al menos generalmente, un pronunciamiento sobre el fondo .

Integran esta categoría los despachos interinos de fondo o resoluciones anticipatorias, los mandatos preventivos y las medidas autosatisfactivas y en lo sustancial obedecen a la necesidad ética y social de consagrar ciertas tutelas diferenciadas o preferentes, que se valen de diversas técnicas orgánico-funcionales y procesales tendientes, en general, a brindar protección efectiva a ciertas situaciones o derechos fundamentales.

Entre tales técnicas procesales adquieren particular relevancia y operatividad, como se adelantara, las medidas anticipatorias, satisfactivas y urgentes.

Los casos enunciados tienen cierta analogía con las medidas cautelares y con otros procesos urgentes como los sumarísimos y el amparo, pero no se confunden con ellos.

Respecto de los procesos sumarísimos y en especial del amparo, la distinción con la anticipación de la tutela es clara ya que, como vimos, ésta se adopta en un proceso determinado, adelantando la decisión, pero tal proceso debe continuar

hasta su finalización, y si durante la secuela de éste cambiaren las circunstancias, la tutela anticipada podrá quedar sin efecto.

Por su parte el objeto de las medidas cautelares no es satisfacer la pretensión del peticionario sino asegurar que la sentencia que vaya a dictarse en el proceso principal sea cumplida. Sin embargo, tanto la anticipación de la tutela como la satisfacción inmediata de la pretensión toman de las medidas cautelares los requisitos de éstas: verosimilitud del derecho (sin exigir la absoluta certeza ya que ella es materia de la sentencia de mérito dictada en un procedimiento de pleno conocimiento) y peligro en la demora; aun cuando ambos se valoran con mayor rigor que en el proceso cautelar por el objeto diferente. También de las medidas cautelares se recoge la exigencia de la contracautela cuando ello sea posible sin que se torne ineficaz la decisión.

Se ha sostenido que se tratan de técnicas específicas que pueden reducirse a la categoría general de tutela sumaria, al estilo de un plenario abreviado, caracterizado por la simplicidad de las formas y la superficialidad del conocimiento judicial.

El problema sustancial se plantea en los mecanismos anticipatorios y satisfactivos, para alguna parte de la doctrina, cuando se deciden sin el contradictorio de las partes o aun con bilateralidad, pero sin que haya una verdadera fase instructoria.

La anticipación de la tutela ha sido admitida desde antiguo; Rivas señala que en el derecho europeo la legislación francesa contemplaba esos procedimientos desde el siglo XVI y en la actualidad se han multiplicado, como medio de superar los perjuicios que provoca el tiempo que insume el proceso.

El mismo Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina incorporó en el año 1995, el art. 680 bis que dispone: "En los casos que la acción de desalojo se dirija contra intrusos, en cualquier estado del juicio después de trabada la litis y a pedido del actor, el juez podrá disponer la inmediata entrega del inmueble si el derecho invocado fuese verosímil y previa caución por los eventuales daños y perjuicios que se puedan irrogar".(Artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 24.454 B.O. 7/3/1995).

En la discusión que puede originar la llamada bilateralidad en este tipo de medidas diferentes, cabe hacer una muy importante distinción. En el campo del Derecho los principios son los presupuestos jurídicos básicos de existencia y construcción del estado jurídico de una comunidad. Si bien los principios tienen diversos orígenes, aquí nos interesan los constitucionales o constitutivos del Estado tomados como imperativos de una filosofía política de formación. Los principios suelen confundirse con los sistemas a los que algunos autores también los llaman principios, pero la diferencia es clara, como bien destaca la doctrina: un principio no puede ser dejado sin efecto sino por un acto constituyente, donde se modifiquen los parámetros de la constitución jurídica y social del Estado, esto es, sin una reforma constitucional. Por ejemplo, en el caso para modificar la estructura basada en el principio de bilateralidad habría que hacer un cambio en el modelo de manera que se pudiese condenar sin oír a la parte, o sin considerar lo que diga. Un sistema, en cambio, es un modelo para aplicar en determinados campos, que luego por concordancia con sus normas permite aplicar el régimen a otros casos no previstos, como sistema de oralidad o de escritura, de tribunal unipersonal o

colegiado, etc. En esta línea de pensamiento, un sistema se puede aplicar o variar por otro. Los principios tienen una sola cara, los sistemas pueden tener dos o más caras y cualquiera de ellas puede aplicarse, aunque ello dependa de cuestiones de conveniencia, sistematización, oportunidad, mejor técnica o que reflejen una mejor relación con los principios.

Sabido es que uno de los elementos esenciales modernos del sistema procesal es el principio de bilateralidad o principio de contradicción que es aquel según el cual el tribunal no puede decidir, en ningún caso, si la persona contra quien se ha propuesto la pretensión o la acusación no ha tenido oportunidad de ser oída, cuestión que deriva de la C.N. que declara la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos (art. 18). Para cumplimentar este principio el sistema procesal prevé un modo de hacer conocer a los interesados el reclamo, generalmente a través de las notificaciones.

Entrando ya en el campo de lo cautelar que es lo que nos convoca, enseña Falcón que una de las confusiones más corrientes es considerar a los sistemas cautelares como medidas cautelares, las que muchas veces se toman inaudita pars. Pero éste no es un requisito de las medidas cautelares en todos los casos y muchos menos de los sistemas cautelares, pues es una relación de género (sistema cautelar) a especie (medida cautelar, subsistema). El tema no es la falta de bilateralidad, sino que ella nunca puede faltar.

El criterio de que el principio de bilateralidad es esencial en todo tipo de proceso, lo es también en los sistemas cautelares. Esto no impide que el principio de bilateralidad pueda mostrarse de diversa forma o en distintos momentos y que el mismo se desarrolle en cada una de manera diversa.

Así llama bilateralidad inmediata a la previa a tomar la medida, regla sustancial en los sistemas cautelares que no debe confundirse con las medidas cautelares. Bilateralidad contemporánea, en el que el traslado de la medida se da en el mismo acto en que la medida es tomada. El tercer caso es la bilateralidad postergada, cuando se hace conocer la decisión a la contraria para que ejerza su derecho de defensa una vez dictada. Por último, la bilateralidad difusa o sin participación del afectado y la bilateralidad optativa. La primera se da cuando la ubicación de la persona que debe ejercer su derecho no puede ser localizada por diversas razones (edictos, ausentes, rebeldes) y la segunda tiene lugar cuando la bilateralidad es dispuesta por el magistrado.

Aclarado ello y sobre lo que volveremos luego, existen ciertos supuestos que resulta necesaria la satisfacción urgente de una pretensión en forma total o parcial, por el daño irreparable que originaría cualquier dilación y ello nos conduce a la “anticipación de tutela” y las “medidas de efectividad inmediata”.

Estas resoluciones urgentes admiten la siguiente clasificación: a) casos donde es necesario continuar el proceso por tratarse de decisiones provisionales, susceptibles de ser modificadas en la sentencia definitiva; denominaremos a éstos como anticipación de tutela; y b) decisiones definitivas que ya no pueden ser modificadas porque el objeto del proceso se agota con ellas y no admiten cambios posteriores, sin perjuicio del derecho de los afectados a requerir algún tipo de reparación si aquellas fueron obtenidas sin derecho, cosa que podrá hacer en un juicio posterior; las llamaremos a éstas medidas de efectividad inmediata. Ejemplo

del primer supuesto sería la condena anticipada en un juicio por daños y perjuicios, para hacer frente a un gasto urgente que no admite demora sin grave riesgo para la víctima del hecho que produjo el daño; del segundo la realización de un acto que una vez celebrado no es posible retrotraer las cosas al estado anterior ya que la pretensión del peticionario quedó totalmente satisfecha; otros supuestos podrían ser la suspensión de la celebración de una asamblea societaria; o impedir el uso del nombre o de la imagen en una publicación próxima a editarse, etc.

En cuanto a los despachos interinos de fondo o resolución anticipatoria (tutela anticipada) ha sido definida como aquella providencia dictada en un proceso con anterioridad a la definitiva, que otorga provisoriamente al actor, en forma total o parcial, la pretensión principal. Su fundamento radicaría en la irreparabilidad del daño que pudiera provocar la demora en el dictado de la sentencia, la cual no podría ser evitada mediante una medida cautelar clásica, o sea una que no adelantara transitoriamente la decisión sobre el fondo.

Se denomina “mandato preventivo”, “acción preventiva” o “tutela inhibitoria” (tal las distintas denominaciones dadas por la doctrina a esta figura), a la decisión adoptada en el transcurso de un proceso que tiene como finalidad evitar el acaecimiento, repetición, agravación, o persistencia de daños potencialmente posibles, tanto respecto de las partes como de terceros, de cuya eventual ocurrencia el juez haya tomado conocimiento a partir de un proceso sometido a su conocimiento, existiere o no algún vínculo preexistente entre los derechos objeto de esta protección y aquellos que las partes actúan en el respectivo proceso.

A diferencia de las anteriores, el mandato preventivo no implica certeza sobre el derecho objeto de la controversia ni un anticipo relativo a la pretensión principal. Se trata de un supuesto en que el órgano jurisdiccional, en el marco de un proceso existente, ha tomado conocimiento de una situación de potencial riesgo sobre derechos de terceros determinados o indeterminados, a partir de lo cual puede aun oficiosamente emitir las órdenes judiciales necesarias (aun respecto de terceros ajenos al proceso), a efectos de evitar que se produzca un daño o que, si éste ya se ha producido, se agrave o repita.

No obstante su naturaleza precautoria, se distingue de una medida cautelar innovativa genérica dado que su objeto no es resguardar el cumplimiento de la sentencia, sino evitar daños futuros respecto de derechos que no configuran el objeto de la controversia.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación regula la llamada acción preventiva de daños y prevé que procede la misma cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento, no exigiendo la concurrencia de ningún factor de atribución (art. 1711). Se encuentran legitimados para reclamar quienes acrediten un interés razonable en la prevención del daño (art. 1712). La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer según corresponda, debiendo ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad (art. 1713).

Por su parte la medida autosatisfactiva supone la satisfacción definitiva de una pretensión de urgente necesidad, en el marco de un proceso autónomo (un

proceso cuya finalidad es exclusivamente la satisfacción de tal derecho), y eventualmente sin previa audiencia de la requerida, la cual deberá cuestionar la medida en el marco de los recursos respectivos.

Como una eventual excepción al principio de bilateralidad de los procesos, su limitada aplicación requiere, por un lado, una fuerte probabilidad respecto de la existencia del derecho a tutelar, y por otro, la necesidad de una tutela inmediata imprescindible, es decir, una situación de tal naturaleza que no admita sustanciación sin riesgo de un daño inminente e irreparable, esto es cuestiones de extrema urgencia. Cualquiera sea el presupuesto de hecho que se adopte para determinar su aplicación, lo cierto es que la petición debe ser analizada en relación con los recaudos generales de su procedencia y teniendo en cuenta el carácter restrictivo de su interpretación e implementación excepcional.

La procedencia de medidas autosatisfactivas está supeditada a la concurrencia simultánea de circunstancias infrecuentes derivadas de una urgencia impostergable en la que la respuesta jurisdiccional aparece como perentoria. Exige también una fuerte verosimilitud sobre los hechos, con grado de certidumbre acreditada con el requerimiento inicial o una sumaria comprobación. También supone la superposición o coincidencia entre el objeto de la pretensión cautelar con la material o sustancial, ya que su despacho favorable agota la cuestión de fondo ante el consumo del interés jurídico del peticionante .

El pronunciamiento autosatisfactivo es definitivo y no transitorio, característica de la cual no participan las medidas cautelares que, por su propia naturaleza, son provisionales y no causan estado.

Este tipo de medidas urgentes no cuenta, al menos en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación vigente, con previsiones expresas que las regulen, siendo su ocasional admisión el producto exclusivo de decisiones judiciales y de su promocionada aceptación doctrinaria.

A diferencia de la pretensión cautelar, el dictado de una resolución anticipatoria de carácter autosatisfactivo, requiere la acreditación de la denominada "urgencia pura", que se configura cuando existe una fuerte posibilidad de que el justiciable sufra un daño irreparable si no obtiene una respuesta jurisdiccional inmediata. En síntesis, una medida autosatisfactiva no solo requiere la configuración de los mismos recaudos que se exigen para el dictado de una medida cautelar nominada, sino que tales recaudos deben aparecer aún más fuertemente acreditados.

Su gran diferencia con una medida innovativa, consiste en que ésta es cautelar, precautoria y provisoria y en cambio las autosatisfactivas deciden por sí mismas la situación de modo definitivo, el objeto se cumple con el dictado de la resolución pretendida. De todas formas, vale aclarar que la medida cautelar innovativa no obstante sus caracteres, requiere, de por sí, suma precaución y prudencia para evaluar si se encuentran o no reunidos los recaudos exigibles para su admisión.

Las medidas anticipatorias, difieren de las cautelares clásicas, especialmente por sus efectos: no garantizan el derecho pretendido sino que lo adelantan, por lo cual no solo debe ponderarse la irreparabilidad del perjuicio del peticionante de la medida, sino también el del sujeto pasivo de ésta, quien podría verse afectado de manera irreversible si la resolución anticipatoria es derogada, de lo cual entonces

se deriva que la alteración del estado de hecho o de derecho, debe encararse con criterio restrictivo y solo podrá concederse la innovativa si existe certidumbre acerca del daño inminente e irremediable de no accederse al cambio de situación. El problema que se presenta en estos mecanismos anticipatorios y satisfactivos, se da cuando se deciden sin el contradictorio de las partes o aún con bilateralidad sin una fase instructoria verdadera. El debido proceso constitucional requeriría para su configuración la observancia irrestricta del principio del contradictorio, la determinación probatoria de la verdad de los hechos relevantes que solo se lograría a través de un modelo de cognición amplio.

Es más, se ha tildado a la medida autosatisfactiva de no respetar el debido proceso, por cuanto quebranta la igualdad de las partes en el proceso, viola la defensa en juicio del demandado, y el juez no detenta el carácter de tercero imparcial en relación con las partes.

Consideramos que sólo por excepción y de modo restringido resultaría admisible recurrir a estas medidas urgentes sin contradictorio previo en la necesidad de acordar tutela rápida y efectiva que el procedimiento común no puede dispensar en casos particulares de derechos o situaciones que las normas constitucionales consagran como necesidades de tutela preferente. Solo en tales casos acotados resultaría legítimo postergar y aun de manera excepcional prescindir de los principios que conciernen al proceso justo constitucional.

Sabemos que, en general, las medidas cautelares se ordenan "inaudita pars" postergándose el contradictorio para una vez que ellas se hayan cumplido. No obstante, tal postergación no es de la esencia de las cautelares ya que cuando se pueda cumplir cabalmente el principio de contradicción sin que se frustren las mismas, así deberá hacerse, como sucede por ejemplo en algunos supuestos de protección de personas o en el derecho de familia. En los casos que son materia de esta disertación (tutela anticipada y autosatisfactiva) sólo cuando la urgencia sea tal que no sea posible oír a la parte afectada, se prescindirá de la bilateralidad previa, pero ello será excepcional.

La bilateralidad inmediata es aquella por la cual, frente a un requerimiento jurisdiccional de cualquier índole, antes de resolver sobre el mismo, se comunica la contraria este requerimiento para que se manifieste al respecto y eventualmente presente las pruebas que hacen a su derecho. Esta bilateralidad inmediata pareciera que es patrimonio de los reclamos principales del proceso o de los incidentes en general. Sin embargo, lo es también de las medidas cautelares, al decir de Falcón. Hay que tener en cuenta que la bilateralidad inmediata no se refiere a que la otra parte se entere de la medida más o menos concomitante con su dictado, sino que previo a tomar la medida se de traslado específico para la defensa o que pueda intervenir aún sin traslado, y que recién luego se resuelva sobre la cautelaridad .

En cambio, en el caso clásico de las medidas cautelares tradicionales, la medida generalmente se toma inaudita pars. Si el afectado no ha tomado conocimiento de las medidas con motivo de su ejecución (bilateralidad contemporánea), se le notificarán personalmente o por cédula dentro de los tres días (art. 198, CPCCN). Vemos que en el caso no hay traslado previo, sino solamente la posibilidad de una revocatoria o apelación de parte del embargado, con las limitaciones que tiene un

recurso, que no permite plantear una defensa amplia por no poder incluir prueba, entre otras cosas.

Por ello esta modalidad ha sido criticada por parte de la doctrina por presentar un bloqueo de la defensa en juicio, la que aparece limitada en muchos aspectos. Entre ellos, Enrique Falcón quien considera que las medidas cautelares inaudita pars debieran seguir el criterio del proceso monitorio. El proceso monitorio ha sido adoptado por varias provincias argentinas y se trata de una técnica judicial para reclamar obligaciones. Es un procedimiento judicial rápido y económico que permite reclamar el cumplimiento de determinadas obligaciones, cuando la persona demandada no se opone al proceso. En cuanto a su trámite, con posterioridad a que el juez examina si la situación está comprendida en la ley, basada generalmente en documentos o datos de muy alta fehaciencia, dicta sentencia monitoria, para la cual no es citada la otra parte. Una vez dictada la sentencia, se le notifica a la parte afectada para que ejerza el derecho de defensa que le corresponda, impugnando la sentencia generalmente como una verdadera defensa con todos los caracteres de ésta.

En la práctica judicial, estas medidas de efectividad inmediata se adoptan sin necesidad de que tramite un proceso autónomo con todas sus etapas; incluso puede prescindirse de la bilateralidad en supuestos excepcionales; no obstante al igual que el amparo, estas medidas tienen sustento constitucional ya que el art. 43 de la Constitución Nacional prevé una acción expedita y rápida, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, cuando se restrinjan, alteren o amenacen con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías no sólo reconocidos por la Constitución o un tratado, sino también por una ley.

Las circunstancias de cada caso en particular determinarán si la satisfacción se obtiene por el procedimiento del amparo que regula una ley especial o por el aún más expedito de la medida de efectividad inmediata.

El art. 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires asegura la tutela judicial continua y efectiva. En ciertos supuestos, la tutela efectiva sólo se obtiene si la medida se toma inmediatamente.

Aún más, entre los distintos aspectos que son destacables en el Código Civil y Comercial de la Nación -ley 26994- vigente desde 1/08/2015, radica en la cantidad de normas de neto corte procesal que se encuentran a lo largo de todo ese ordenamiento y encuentran su fundamento en la necesidad de hacer operativos los institutos de fondo que el mismo regula.

En estos casos el CCCN, fue más allá de lo que significa una cautela tradicional, consagrando diversos sistemas –que si bien tienen un carácter asegurativo por la cautelaridad que conllevan- entendiendo por cautelar -voz que deriva de cautela- aquello que importa prevenir, precaverse, desde luego de algo que puede generar un daño o un menoscabo o una afección a un derecho o una prerrogativa.

En el caso de las tutelas anticipatorias, siguiendo a Rojas y solo a título de ejemplo podemos mencionar el art. 60 del CCCN que contempla lo que la ley 26.529 denominada “Ley del paciente”, consagraba en su art. 29. Estas directivas anticipadas, las pueden brindar aquellas personas plenamente capaces, a los fines indicados, para resguardar su integridad física. Por su parte el art. 483 del CCCN establece la posibilidad de medidas también de carácter protectorio. Por

ejemplo, la autorización para llevar a cabo un acto por uno de los cónyuges cuando requiera conformidad del restante, si su negativa resulta injustificada; o bien la designación de un tercero como administrador de la masa de bienes que integran el acervo de la sociedad conyugal. El art. 544 que replica de algún modo el viejo art. 374 del Código de Vélez, al contemplar la fijación de alimentos provisionales antes o durante el desarrollo del juicio de alimentos, típica figura de tutela anticipada que se extiende para los casos de filiación (art. 586).

Además, el nuevo Código Civil y Comercial ha creado una tutela preventiva en el art. 1032, que surge como manifestación de la excepción de incumplimiento contractual (*exceptio non adimpleti contractus*), que contemplaba el viejo art. 1201 del Código de Vélez. Así se dispone que se podrá suspender el propio cumplimiento si los derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo en su aptitud para cumplir o su solvencia. En el caso, tal como expresa Jorge Rojas, estamos prácticamente ante una norma que brinda una especie de autotutela o autoprotección, toda vez que cuando una parte incumple las obligaciones que contractualmente había asumido, porque sufre un menoscabo significativo que la inhibe a esos fines (grave) o ellos se reflejan en su solvencia, la contraparte estaría habilitada a suspender su propio cumplimiento, con lo cual no es que se solicita al juez la tutela anticipada para dejar de cumplir sus obligaciones, sino que es ella misma quien adopta esa decisión, conforme surge de la propia norma. Esta norma debe vincularse con la anterior (art. 1031), en donde se refleja claramente la excepción de incumplimiento contractual antes referida, y se habilita a la suspensión del cumplimiento de las obligaciones contractuales hasta que la otra parte cumpla u ofrezca cumplir las suyas. Y agrega ese artículo, que esta suspensión puede ser deducida judicialmente por vía de acción o de excepción, con lo cual, como se puede advertir, está habilitada para el cumplidor la vía de hecho o preventiva que contempla el art. 1032, o bien la judicial para obtener la tutela que importaría –anticipadamente- dejar de cumplir sus obligaciones cuando su co-contratante no cumpla las que están a su cargo u ofrezca cumplirla.

En estos casos el juez no podrá estar sujeto exclusivamente a los recaudos tradicionales que surgen del Código Procesal, sino que en algunos casos, por la evidencia misma de la situación planteada, o bien, por la entidad de la materia objeto de debate, o por la índole de los derechos involucrados, el juez deberá ponderar la situación planteada, con la amplitud que brinda el Código Civil y Comercial de la Nación, dándole la posibilidad de adaptar su decisión –más allá de su carácter provisional- a las circunstancias del caso concreto.

Nos enseña Rojas que en el caso de las tutelas anticipadas no se puede recurrir solo a los presupuestos o requisitos de viabilidad de las medidas cautelares tradicionales que contempla el Código Procesal, ya que nos encontramos frente a diversos sistemas cautelares, que por su amplitud y apertura brindan la posibilidad a la jurisdicción de llenar su contenido con las adaptaciones que sean necesarias para lograr el mejor cometido que la ley persigue, que no es otra que resguardar el acceso a la jurisdicción brindando una tutela efectiva e inmediata, a la cual se accede a través de tutelas anticipatorias. El enfoque sistémico del proceso, brinda la posibilidad al legislador de darle al juez –en el caso por vía legislativa- las

herramientas necesarias para adaptarlas al caso concreto, con la apertura suficiente que brinda una norma amplia, no solo por su falta de nominatividad, sino precisamente porque de su inespecificidad, más allá del ámbito preciso en el cual se encuentren inmersas, surge el empoderamiento de la jurisdicción para brindarle una mayor amplitud a su accionar a los fines de propender a una tutela efectiva, que ya no importa que tenga carácter provisional, sino que como bien lo destaca el CCCN, esa también resulta una vía adecuada para brindar protección inmediata al justiciable que así lo requiera.

La doctrina nacional y sus autores se muestran inclinados a aceptar estas medidas urgentes. Destacada doctrina se ha pronunciado acerca de que la eventual procedencia de una medida autosatisfactiva es de carácter excepcional y, por lo tanto, su ponderación debe ser estricta.

Diversos pronunciamientos han reconocido, de una manera u otra, la tutela anticipada. En el señero fallo “Camacho Acosta, Maximino c. Grafi Graf, S.R.L. y otros” (7/08/1997) con motivo del recurso de hecho deducido por la actora, la Corte Suprema declaró admisible el recurso extraordinario y dejó sin efecto la sentencia que rechazó la medida cautelar de innovar solicitada por la actora en un proceso de indemnización de daños y perjuicios tendiente a que se 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. Dijo el Alto Tribunal que en ciertas ocasiones existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen a los jueces expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada sin que ello implique incurrir en prejuzgamiento; y cita el art. 5° inc. 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que tutela la integridad física y psíquica de las personas. Es interesante la definición que se da en el fallo sobre el anticipo de jurisdicción (aun como en el caso bajo la órbita de la medida cautelar innovativa): 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 la causa “Pardo, Héctor Paulino y otro c/ Di Césare, Luis Alberto y otro s/ art. 250 del C.P.C.” (6/12/2011) la Corte Suprema de Justicia reafirmó también el criterio sentado en el precedente “Camacho Acosta”, según el cual es de esencia de los institutos procesales de excepción como la medida anticipatoria requerida, 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 se encontraban enderezados, precisamente, a evitar la producción de perjuicios que podrían generarse en caso de inactividad del magistrado y tornarse de muy difícil o imposible reparación en oportunidad de dictarse el fallo final, en razón de que por el transcurso del tiempo y la urgencia que requería la tutela de los derechos en juego, sus efectos podrían resultar prácticamente inoperantes. Recordemos que en dicha causa los actores —que actuaban en representación de su hija incapaz— en el marco de un juicio por daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito, dedujeron un incidente de tutela anticipatoria a fin de que se condenara al demandado y a su compañía aseguradora a pagar una suma de

dinero para la adquisición de diversos elementos ortopédicos y otra suma mensual para sufragar la atención médica y los gastos que el cuadro de salud de la joven requería.

En ese orden de ideas, el Tribunal expresó que una moderna concepción del proceso exigía poner el acento en el valor “eficacia” de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido de que su finalidad radicaba en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección se requería, e hizo hincapié que en ese marco de actuación, las medidas anticipatorias se presentaban como una de las 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. La Corte concluyó que el anticipo de jurisdicción que incumbía a los tribunales en el examen de ese tipo de medidas cautelares, debía llevar ínsita una evaluación de la amenaza inminente de los daños definitivos y del peligro de permanencia en la situación actual –aspectos ambos que resultaban patentes en la causa- a fin de habilitar una resolución que, al conciliar los intereses de aquéllos, según el grado de verosimilitud, y el derecho constitucional de defensa del demandado, lograra la medida necesaria y oportuna de la jurisdicción que el caso requería, aseveración que no importaba una decisión final sobre el reclamo de los actores formulado en el proceso principal. Agrega que en tales condiciones, no debería dilatarse más el tiempo todavía útil para satisfacer las expectativas de los recurrentes en punto al tratamiento de la petición cautelar, por lo que correspondía admitir la procedencia de los recursos extraordinarios interpuestos, por la relación directa e inmediata entre lo resuelto y las garantías constitucionales vulneradas (art. 15 de la ley 48).

Concluimos que estas medidas urgentes se sitúan junto con otras que tienden a lograr la eficacia del proceso judicial. Así por ejemplo y entre muchas, la ampliación del concepto de legitimación a fin de proteger los llamados intereses difusos o colectivos; las nuevas facultades otorgadas a los jueces para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, aun supliendo la negligencia de las partes, facultades que se entienden casi en un deber casi inexcusable cuando la prueba omitida es esencial para la solución del litigio; las denominadas medidas cautelares sobre elementos de prueba para asegurar la eficacia de ésta, situación que muchas veces es dable obtenerla sin el conocimiento previo de la contraria (caso de las Historias Clínicas del paciente); la evolución del concepto de carga de la prueba y la teoría de la carga probatoria dinámica, permitiendo al juez apreciar las omisiones probatorias de acuerdo con la sana crítica e imponer el peso de la prueba en cabeza de aquella parte que por su situación se halla en mejores condiciones de acercar prueba a la causa, sin importar si es actor o demandada, entre otros.

Las medidas urgentes brindan mayor protección y facilitan de mejor modo el acceso a la jurisdicción, con el alcance de obtener una tutela efectiva e inmediata que resguarde aquellos derechos en disputa o que fueron vulnerados por acción o por omisión.

En palabras de Augusto Morello, frente al escepticismo de la gente en cuanto a la solución temprana y justa del conflicto por los jueces, esta evolución de conceptos tradicionales permite prever un proceso que responda a las exigencias de la

sociedad actual.