



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Tutela Jurisdiccional de Urgencia

Relatório Nacional (Argentina)¹

(Provisional measures: National Report – Argentina)

María Victoria Mosmann

Professor of Civil Procedure and Director of Research at the Ateneo de Derecho Procesal at the Universidad Católica de Salta, Argentina. Lawyer.

Palavras-chave: Relatório Nacional. Argentina.

Keywords: National Report. Argentina.

Resumo: O presente artigo corresponde ao relatório nacional sobre o tema, apresentado no I Congresso Argentina-Brasil, que teve lugar em São Paulo, Brasil, 2012.

Abstract: The following paper was the Argentine National Report about the subject presented at the I Congress Argentina-Brazil of Civil Procedure, at São Paulo, Brazil, 2012.

Sumario: 1. Introducción. 2. Antecedentes. 3. Tutelas de urgencia. 3.1. Medidas autosatisfactivas. 3.1.1. La doctrina. 3.1.2. Legislación. 3.2. Tutela de urgencia que adelanta el objeto mediato del proceso de modo interinal (tutela anticipada). 3.2.1. La doctrina. 3.2.2. La jurisprudencia. 3.2.3. Legislación. 3.2.4. Algunas precisiones respecto a la legislación procesal nacional. 3.3. Cautela material y tutela inhibitoria. 3.3.1. La doctrina. 3.4. La tutela preventiva. 3.4.1. La doctrina. 3.4.2. La acción preventiva y el Proyecto de Reforma y unificación del Código

¹ Texto preparado para o I Congresso Argentina-Brasil de Direito Processual e apresentado em São Paulo, dezembro de 2012.



Civil y Comercial. 4. La tutela jurisdiccional de urgencia y la crisis de la tutela ordinaria. 4.1. Tutela de urgencia y debido proceso. 4.2. Plazo razonable y acceso a la justicia. 5. Visión crítica del contexto nacional de la tutela de urgencia.

1. Introducción:

Conceptualizar la temática desde la doctrina y jurisprudencia nacional resulta complejo², en tanto difieren sustancialmente los abordajes de los distintos autores y tribunales del país, circunstancia que nos lleva a afirmar que, abrir el debate a la problemática resulta un acierto de los organizadores de este encuentro, dado que es evidente que la materia requiere una esmerada atención académica, ya que su desarrollo actual – luego de 25 años de aportes doctrinarios y jurisprudenciales- tal vez justifique repensar lo hecho y sentar las bases de una teoría general de la tutela de urgencia, con relación a la cual, aspiramos hacer algún aporte crítico.

2. Antecedentes

Sostiene la doctrina nacional³ que la denominación procesos urgentes cobró carta de ciudadanía en el XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal de 1995, hace casi veinte años, cuando se sostuvo que “la categoría de proceso urgente es más amplia que la de

² FALCON, en su tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, da comienzo al Capítulo referido a Los Sistemas de Anticipación de Tutela afirmando que “la cuestión de la tutela anticipada está plagada de indefiniciones y confusiones. Diversos institutos emergentes de la necesidad de los tiempos que corren concurren desde distintos ángulos a la solución de diversos problemas, tomando prestado a veces otros procedimientos o creando soluciones para los nuevos casos. La necesidad de regular sistemas procesales adecuados para diversas instituciones por un lado y aptos para responder a las urgencias y complejidades de nuestro tiempo, por el otro, ha dado lugar a que tanto la doctrina como la jurisprudencia, ante la ausencia de una legislación sobre la materia, elabore conceptos que van hacia nuevos sistemas procesales, cuya formación y desarrollo está en sus comienzos, no obstante que sus bases conceptuales tienen más de tres cuartos de siglo” (FALCON, E., *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, T. IV, Medidas Cautelares, pág. 799)

³ ROJAS, Jorge, *Sistemas cautelares atípicos*, Rubinzal Culzoni, pág. 27.



proceso cautelar; así, pues comprende las denominadas medidas autosatisfactivas y las resoluciones anticipatorias”.

La doctrina nacional ha sido conteste en admitir estas vías especiales diferenciadas de tutela, así la Comisión VI de las VII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (Junín 1996), declaró 1) Corresponde regular legalmente como categoría autónoma y diferenciada al llamado proceso urgente, género que se caracteriza por registrar en su seno un reclamo acentuado de una pronta, expedita y eficiente respuesta jurisdiccional. El mismo está integrado, entre otras, por las siguientes especies: las medidas cautelares, las medidas autosatisfactivas, las sentencias anticipatorias y la variante de ésta última especie, constituida por la llamada cautela material. 2) Ínterin se concreta la regulación legal sugerida puede recurrirse –en casos absolutamente excepcionales- al Art. 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación o normas análogas igualmente consagratorias del poder cautelar genérico, para proporcionar soluciones urgentes no cautelares.

Este surgir de las tutelas jurisdiccionales de urgencia en nuestro medio, se debe a la preocupación puesta de manifiesto por la excesiva demora de los procesos tradicionales, en casos en los que ella aparecía como una causa directa de la pérdida del derecho reclamado⁴.

Los procesos de urgencia surgen ante la ausencia en el derecho procesal civil de tutela genuinamente preventiva, sin que las medidas cautelares respondan al criterio de necesidad de urgencia en los tiempos que corren⁵.

En este marco han aparecido involucradas la tutela anticipada, la medida innovativa, la sentencia anticipada, la cautela material, la cautela autónoma, la tutela inhibitoria y la medida autosatisfactiva entre otras, figuras respecto de las cuales Rojas dice que “más allá del *nomen iuris* utilizado, que por supuesto implica realizar distinciones, en líneas generales conjugan un mismo tipo de variables, a saber: por un lado la configuración de un

⁴ Ello, más allá que los orígenes de la tutela sumaria, según relata Taruffo, aparece remontada a la decretal *Saepe contingit* de 1306 (TARUFFO, M., *Determinación de los hechos y contradictorio en Paginas sobre justicia civil*, M. Pons, Madrid – Barcelona, 2009, trad. M. Aramburo Calle, pág. 270 y ss.)

⁵ FALCON, E., *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, t.IV, Medidas cautelares, pág. 801



daño; por otro, la existencia de una pretensión que origina un proceso judicial, y finalmente la necesidad de evitar que el paso del tiempo, por el solo y simple desarrollo de un proceso, agrave la existencia de ese daño, sea actual, inminente o en ciernes”⁶, poniendo de resalto así el factor tiempo como una preocupación común.

La crisis de la tutela ordinaria entonces, fue lo que condujo a la proliferación de tutelas diferenciadas, vinculando el derecho material reclamado con la forma que le daría protección jurisdiccional, adaptándola a sus particularidades, poniendo de resalto el rol realizador del derecho procesal, y haciendo efectivo el cumplimiento de la garantía a la tutela judicial efectiva, superando el marco conceptual clásico de las medidas cautelares, que aparecen en él comprendidas, pero sin agotarlo.

La tutela jurisdiccional de urgencia, es comprensiva no solo de las medidas cautelares, en tanto, como pacíficamente entiende la doctrina, lo urgente excede a lo cautelar⁷. En esa línea de pensamiento, e intentando dejar de forzar las formas de las medidas cautelares, Rojas propone la utilización de la voz sistema cautelar, al cual define como “las formas que se estructuran en un determinado ordenamiento procesal para la actuación de la ley con carácter asegurativo o protectorio”⁸.

Falcón⁹ define a los sistemas cautelares como una medida o conjunto de medidas tendientes a resguardar los derechos de las personas, ya sea por anoticiamiento (judicial o extrajudicial), de actuación sobre bienes o personas (de modo judicial o extrajudicial), por actuación sobre las pruebas del proceso o sobre la pretensión. Este análisis que razona desde la visión sistémica¹⁰, afirma que la idea de sistema cautelar es superior a la de medidas cautelares y es útil para explicar los nuevos fenómenos que comprenden el modelo cautelar en general, desechando la idea de identificación de lo urgente con lo cautelar.

⁶ ROJAS, J. *Sistemas Cautelares Atípicos*, Rubinzal Culzoni, pág. 77

⁷ PEYRANO, J., *La medida autosatisfactiva*, en Peyrano, J., *Medidas Autosatisfactivas*, Rubinzal Culzoni, pág. 19.

⁸ ROJAS, J., *Sistemas cautelares atípicos*, Rubinzal Culzoni, pág. 534.

⁹ FALCON, E., *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, t. IV, sistemas cautelares, pág. 803.

¹⁰ Entienden al Sistema como el conjunto de elementos interrelacionados destinado al cumplimiento de un objetivo.



Vargas¹¹ destaca que bajo la influencia de la doctrina italiana en la Argentina se comenzó a hablar de una “tutela urgente” y cita las modalidades que Giovanni Arieta y Federico Carpi incluyen en dicha categoría, las que – como veremos- fueron seguidas por la doctrina nacional.

El primero sostiene que la denominada tutela urgente puede presentarse bajo tres modalidades distintas de protección jurisdiccional: a) Tutela propiamente cautelar; b) Tutela concedida por medido de preliminares satisfactivas bajo la forma de medidas provisionales, de tipo interdictal, para ser confirmada después o revocadas por la sentencia proferida en el “proceso principal”; c) Formas de tutela satisfactiva autónoma, por dispensar la proposición de una demanda plenaria subsiguiente, para ser intentada, como en las dos hipótesis anteriores, por quien haya obtenido la tutela urgente satisfactiva.

Federico Carpi, los clasifica en tutela urgente satisfactiva autónoma, tutela satisfactiva interinal y tutela cautelar propiamente dicha.

En esa línea, la doctrina nacional clasifica las técnicas de anticipación, tendientes a brindar *tutelas urgentes* según que el pronunciamiento respectivo: a) provea una protección puramente interinal aunque suficiente para componer de momento, tempranamente y de modo provisional, la litis, anticipando el objeto mediato pretendido; b) dispense una tutela de virtualidad definitiva, en tanto recayendo sobre el objeto mismo de la pretensión agota y consume la litis, total o parcialmente, tornando inútil la sentencia final sobre el fondo, por la irreversibilidad de hecho de sus efectos, análogos al propio pronunciamiento de mérito, inclusive en cuanto a su ejecutoriedad¹².

Arazi y Kaminker¹³ realizan la siguiente clasificación: 1.- Cautelares clásicas (embargo preventivo, secuestro, inhibición general de bienes, medida de no innovar, intervención judicial, prohibición de contratar, anotación de litis), esto es las contempladas

¹¹ VARGAS, A., *Teoría General de los procesos urgentes*, Medidas Autosatisfactivas, Dir. Jorge W. Peyrano, Rubinzal Culzoni, pág. 75 y sgtes..

¹² BERIZONCE, R.

¹³ ARAZI y KAMINKER, *Algunas reflexiones sobre la anticipación de la tutela y las medidas de satisfacción inmediata*, en Medidas autosatisfactivas, dir. Jorge W. Peyrano, Rubinzal Culzoni, 1999, pág. 44 y ss.



entre los artículos 209 a 231 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y los que siguen su línea; 2.- Cautelares genéricas, consagradas en el artículo 232 del mismo cuerpo normativo –dentro de las que destacan las medidas cautelares innovativas-; 3.- Sentencias anticipatorias –contempladas en diferentes normas como el artículo 375 del Código Civil-; 4.- Medidas autosatisfactivas, que en la Nación no tienen consagración legal pero si en varias provincias argentinas.

Peyrano¹⁴ afirma que la locución proceso urgente sirve para aludir al género dominado por el factor temporal y que reconoce las siguientes especies: a) proceso cautelar clásico; b) medidas autosatisfactivas; y c) tutela anticipatoria.

3. Tutelas de urgencia

Encontramos entonces, de modo coincidente en las clasificaciones doctrinarias citadas¹⁵, que los autores que nos guían en el análisis concurren en calificar como modalidades de tutela de urgencia a las clásicas medidas cautelares, a las que adelantan el objeto mediato del proceso de modo transitorio, y también aquellas que resuelven el caso de modo definitivo tornando innecesario el desarrollo del posterior proceso. Es con relación a estas últimas formas que habremos de explayarnos revistando la doctrina y jurisprudencia nacional respecto a las tutelas jurisdiccionales de urgencia.

¹⁴ PEYRANO, J., *Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia*. Medidas autosatisfactivas. JA-1997- II, pág. 926 y sgtes.

¹⁵ FALCON no sigue la línea descripta y distingue procesos rápidos de procesos urgentes, y dice que “los procesos rápidos han sido establecidos por el legislador prescindiendo de etapas procesales o de elementos de conocimiento en función de una celeridad mayor para el logro de las pretensiones, postergando el conocimiento o aspectos de la bilateralidad para un proceso posterior”, los procesos urgentes “pueden tener o no una vía procesal que los cobije y junto con ellos aparecen los despachos interinos de fondo, como una modalidad, si se quiere, que puede ser considerada propia. Aquí la urgencia, mucho mayor que en los proceso rápidos, puede referirse a todo el proceso o surgir a partir de un momento del mismo, y no tiene la misma naturaleza de las medidas cautelares, pues está dirigido hacia el logro de la pretensión y no al resguardo de la misma”, entre los rápidos enumera el proceso de amparo, el juicio ejecutivo, el proceso monitorio, los interdictos, las reparaciones urgentes y las acciones posesorias, y el proceso sumarísimo. *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, t. IV, Sistemas cautelares, pág. 808 y sgtes.



3.1. Medias autosatisfactivas (o de satisfacción inmediata)

3.1.1. La doctrina

El precursor de la figura, el profesor Santafesino Jorge Peyrano, las define como “un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables, que se agota con su despacho favorable, no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento”¹⁶.

Los presupuestos son la existencia de una situación de urgencia o peligro de la demora, una fuerte probabilidad de que los planteos del peticionante sean atendibles, y el otorgamiento de contracautela cuando a criterio del tribunal esta sea procedente, se decretan *inaudita parte*. El propio mentor de la figura ha planteado que en determinados casos y de manera excepcional, podría ser provechoso arbitrar alguna suerte de mínima sustanciación de forma previa a su dictado. Podemos afirmar que la doctrina, la jurisprudencia y la legislación han receptado la llamada medida autosatisfactiva con distintos alcances, pero en todos los casos justificando su operatividad a partir de una urgencia o estado de necesidad que no admite dilaciones¹⁷.

En contra de la conceptualización de Peyrano, se ha dicho que la medida autosatisfactiva es una tutela cautelar anticipada que no se agota con su despacho favorable, ya que la autosatisfactiva es la consecuencia de que la contraria admita que ese despacho favorable interino se transforma en definitivo¹⁸.

También ha sido cuestionado su *nomen iuris*, expresando que lo que genera más dudas no es su “apellido” Autosatisfactiva, sino su nombre “medida”, porque cuando se alude a una “medida” no puede interpretarse más que eso, que no alcanza la envergadura de

¹⁶ PEYRANO, J., *Medidas autosatisfactivas*, Rubinzal Culzoni, pág. 27.

¹⁷ ROJAS, J., *Sistemas cautelares atípicos*, Rubinzal Culzoni, pág. 220

¹⁸ FALCON, E., *Tratado de derecho procesal civil y comercial*, t. IV, Sistemas cautelares, pág. 887.



un proceso, circunstancia que raya con su inconstitucionalidad, ya que si se agota con el simple despacho favorable de la jurisdicción, caen con todo su peso aquellos principios liminares que sostienen el debido proceso¹⁹.

2.1.1. Legislación

En tanto nuestro país, tiene una forma de gobierno federal, es potestad reservada de las provincias regular sus procesos jurisdiccionales, por lo que citaremos diversos ordenamientos provinciales que han receptado esta figura.

- Artículo 232 bis incorporado por ley 4559 del CPCC de la Provincia de Chaco

"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, éste podrá exigir la prestación de cautela suficiente. Los despachos favorables de medidas autosatisfactivas presuponen la concurrencia de los siguientes recaudos y quedarán sujetas al régimen que a continuación se describe: a) que fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación de fondo o procesal; b) que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines; c) los jueces podrán fijar límites temporales a las medidas autosatisfactivas que despacharen y disponer, a solicitud de parte, prórrogas de las mismas. No rigen en la materia los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar; d) los jueces deberán despachar directamente la medida autosatisfactiva postulada o, excepcionalmente según fueran las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y reducida sustanciación, que no excederá de conceder a quien correspondiere la posibilidad de ser oído; e) el legitimado para contradecir una medida autosatisfactiva ordenada, podrá optar para impugnarla entre la interposición directa del recurso de apelación que será

¹⁹ ROJAS, J. , *Sistemas cautelares atípicos*, Rubinzal Culzoni, pág. 219.



concedido en su caso, con efecto devolutivo, o iniciar un juicio declarativo general sumario de oposición cuya promoción no impedirá el cumplimiento de la decisión judicial impugnada. Elegida una vía de impugnación, se perderá la posibilidad de hacer valer la otra. También podrá solicitar la suspensión provisoria de la medida autosatisfactiva que lo afectare, en el supuesto de que acredite *prima facie* la existencia de la posibilidad de sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación, previo ofrecimiento y prestación de contracautela suficiente".

- Art. 785/790 del CPCC de la Provincia de Corrientes:

Art. 785. Petición urgente. Ante solicitud fundada de parte, explicando con claridad en qué consisten sus derechos y su urgencia y aportando todos los elementos probatorios que fundamentan la petición y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, el juez o tribunal deberá excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas, según fueren las circunstancias del caso, valoradas motivadamente y se podrá exigir la prestación de caución real o personal, determinando en estos casos la vigencia.

Art. 786. Presupuestos. Para poder dictar resolución favorable se presuponen la concurrencia de los siguientes presupuestos.

- a) que fuera necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias a derechos según la legislación procesal o de fondo.
- b) Que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines.
- c) Se podrán fijar límites temporales a las medidas autosatisfactivas que se despachen y disponer, a solicitud de parte, prórrogas de las mismas.

Art. 787. Sustanciación. Los jueces deberán decretar directamente la medida autosatisfactiva postulada o excepcionalmente según fueren las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa reducida sustanciación, que no excederá de conceder a quien correspondiere la posibilidad de ser oído.

Art. 788. Suspensión provisoria. Se podrá solicitar la suspensión provisoria de la medida autosatisfactiva que lo afectare, en el supuesto que acredite *prima facie* la existencia de la posibilidad de sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación, previo ofrecimiento y prestación de contracautela suficiente.

Art. 789. Imputación. El legitimado para contradecir la medida autosatisfactiva ordenada, podrá optar para impugnarla entre la interposición directa del recurso de apelación que será concedido en su caso, con efecto devolutivo, o iniciar un proceso declarativo general sumario de oposición cuya promoción no impedirá el



cumplimiento de la decisión judicial impugnada. Elegida una vía de impugnación, se perderá la posibilidad e hacer valer la otra.

Art. 790. Principios de instrumentalidad. Caducidad. No rigen en la materia los principios de instrumentalizad y caducidad propios del proceso cautelar”.

- Art. 305 del CPCC de la Provincia de La Pampa

"Quien se encuentra en la situación prevista por los arts. 302 de este Código y 1 de la ley 703 (ALJA 1976-A-574), la que modifique o sustituya, y sostenga que la protección de su interés jurídico no requerirá de la ulterior promoción de un proceso de conocimiento, podrá solicitar al juez que adopte las medidas autosatisfactivas que sean necesarias, en caso de que la protección judicial no pueda ser lograda por otra vía legal eficaz. Por ello deberá explicar con claridad en qué consiste su derecho y su urgencia y aportar todos los elementos probatorios que fundamenten la petición. El juez se pronunciará con la urgencia que el caso requiera, concediendo o denegando la medida. Cuando sea posible, la sustanciará previa y brevemente con quien corresponda. Al decretar la medida, el juez podrá: 1) exigir al peticionante caución real o personal. En este caso, determinará cuál ha de ser su vigencia; 2) limitar la vigencia temporal de la medida, sin perjuicio de su ulterior prórroga. Podrá también modificarla, sustituirla o dejarla sin efecto, cuando las circunstancias ulteriores lo justifiquen. A las medidas autosatisfactivas no les será aplicable el art. 201. El legitimado para oponerse a la medida, podrá: a) pedir la suspensión, en caso de que pueda sufrir un perjuicio de imposible o difícil reparación; para ello deberá ofrecer caución suficiente; b) interponer recurso de revocatoria. El mismo deberá ser acompañado de toda la prueba que lo fundamente. El juez lo resolverá sin más trámite o lo sustanciará en forma breve, cuando exista posibilidad de hacerlo; c) interponer recurso de apelación directo o en subsidio al de revocatoria, que será concedido en efecto devolutivo; d) promover el proceso de conocimiento que corresponda, cuya iniciación no afectará por sí sola la vigencia de la medida. Interpuesto el recurso de apelación se pierde la posibilidad de iniciar este proceso".

- Art. 5 de la ley 11.529 de Violencia Familiar de la Provincia de Santa fe:

"Medidas autosatisfactivas. El juez interviniente, al tomar conocimiento de los hechos denunciados, medie o no el informe a que refiere el artículo anterior, podrá adoptar de inmediato alguna de las siguientes medidas, a saber: a) ordenar la exclusión del agresor de la vivienda donde habita con el



grupo familiar, disponiendo -en su caso- la residencia en lugares adecuados a los fines de su control; b) prohibir el acceso del agresor al lugar donde habita la persona agredida y/o desempeña su trabajo y/o en los establecimientos educativos donde concurre la misma o miembros de su grupo familiar; c) disponer el reintegro al domicilio a pedido de quien ha debido salir del mismo, por razones de seguridad personal...".

3.2. Tutela de urgencia que adelanta el objeto mediato del proceso de modo interinal (tutela anticipada)

Esta figura, aún hoy carece de recepción normativa, a excepción de algún Código Procesal de Provincia que la recepta. Ha sido abordada intensamente por la doctrina y adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

3.2.1. La doctrina

Para Rojas la tutela anticipada aparece dentro de los sistemas protectorios en los que se superpone el objeto de la cautela con la pretensión sustancial. La define como el “sistema cautelar en virtud del cual la jurisdicción a través de una actuación asegurativa o protectoria resguarda – manteniendo o alterando- una determinada situación de hecho o de derecho, propendiendo a la eficacia del proceso y la utilidad de la sentencia definitiva, a través de una inmediata actuación de la ley que evite un daño, o los riesgos de un menoscabo que resultan evidentes o inminentes”²⁰. Para el autor es una medida cautelar y no una sentencia anticipada, entiende que no es necesaria una regulación diferenciada, sino tal vez una adecuación, tal como disponer que el dictado de una cautelar de estas características no implica

²⁰ ROJAS, J., *Sistemas Cautelares Atípicos*, Rubinzal Culzoni, pág. 150.



prejuzgamiento, o tal vez mejorar la denominación utilizando una más comprensiva – medida de no innovar e innovativa- abandonando el uso de “medida de no innovar”.

Calamandrei denominaba a este tipo de resoluciones judiciales como “providencias temporales”, consistiendo ellas en una decisión interina, que constituye un anticipo del juez sobre aquello que debería ser materia de su decisión de mérito, y que al superponerse con ella, lleva cierta confusión respecto a qué tipo de decisión es la que adopta el juez, pues por sus proyecciones implica un anticipo de la sentencia misma, para lo cual conviene tener presente que el proceso aún se encuentra en trámite. Rojas interpretando al maestro de Florencia explica que la representación del daño debe estar configurada por la urgencia en sí misma, como presupuesto tradicional, también por el tiempo que insuma el desarrollo del proceso judicial, y además por la posibilidad de que esos daños, por las circunstancias apuntadas (urgencia y proceso), se puedan agravar, con lo cual el sentido del proceso quedaría totalmente desvirtuado ya que empeoraría la situación que trata de encauzar. Entiende que por más que implique un anticipo de la jurisdicción favorable al resultado final esperado en el pleito, siempre tienen carácter provisional, con todas las implicancias que ello tiene para ese tipo de decisiones.

En posición contraria a la precedente, Peyrano sostenía que “el dictado de una sentencia anticipatoria no engendra un proceso accesorio o instrumental de otro principal, sino que dentro del mismo proceso principal se postula y obtiene la resolución anticipatoria, dicha resolución en vez de asegurar la futura realización de un derecho, realiza ya mismo el derecho material sometido a juicio y antes de que éste finalice”²¹, opinión que recientemente ha modificado afirmando que la tutela anticipada de urgencia en Argentina es un segmento eventual de un proceso de conocimiento, que es promovido para conseguir una aceleración, con efectos provisorios y reversibles, buscando solucionar una urgencia que no ha sido el motivo desencadenante del proceso principal²².

²¹ PEYRANO, J., *La tutela de urgencia en general y la tutela anticipatoria en particular*, ED 163-786

²² PEYRANO, J., *Medida Autosatisfactiva y tutela anticipada de urgencia*, LL 21/09/2012, 1



Gozaíni²³, afirma que la tutela anticipada forma parte del elenco de las tutelas de urgencia, y le permite al juez satisfacer la pretensión antes de llegar a la sentencia final, para hacerlo entiende que la certeza es ineludible, la urgencia debe ser manifiesta, y la posibilidad de revertir el anticipo un elemento esencial para el test de admisión.

3.2.2. La jurisprudencia

En nuestro país la recepción de la figura la instaló la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Camacho Acosta”²⁴. El caso refiere a un accidente sufrido por un trabajador, que tuvo como consecuencia la amputación de un brazo del actor. El reclamante puso de manifiesto en el proceso indemnizatorio, que la tardanza en la colocación de la prótesis del brazo, hasta el momento de la sentencia definitiva le provocaría un perjuicio irreversible en la posibilidad de recuperación física y psíquica de su parte, y reclamó un decisión jurisdiccional eficaz para modificar el estado de hecho en que se encontraba. Allí, se dictó una tutela anticipada, utilizando para ello la figura de la medida innovativa, dejando en claro su provisoriedad en tanto su dictado es de carácter provisional, y que más allá de sus proyecciones en tanto satisface la pretensión deducida, no puede ser confundida con una decisión de mérito. Descarta esta última posibilidad, en razón que el estado actual de nuestra legislación no está concebida la sentencia anticipada.

Esa misma posición fue reiterada por el mismo Tribunal en el caso “P., H. P. y otro c. Di Césare, Luis Alberto y otro s/ art. 250 del CPC”, del 06 de diciembre de 2011. Allí se dijo que “el anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de ese tipo de medidas cautelares, lleva insita una evaluación de la amenaza inminente de los daños definitivos y del peligro de permanencia en la situación actual 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, logre la medida necesaria y oportuna de la

²³ GOZAINI, O., *Precisiones y pareceres sobre la tutela diferenciada*, LL 2009-D, 255

²⁴ CSJN 320:1633, 05 de Agosto de 1997; J.A. 1998-I-465 y L.L. 1997-E-653



jurisdicción que el caso requiere, aseveración que no importa, cabe aclarar, una decisión final sobre el reclamo de los demandantes formulado en el proceso principal”.

3.2.3. Legislación

En el marco del sistema normativo federal de Argentina, encontramos que la Provincia de La Pampa, ha regulado la tutela anticipada en el art. 231 del Código Procesal Civil y Comercial, dentro del Capítulo III de las medidas cautelares, en los siguientes términos: “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 efectivice contracautela suficiente. 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.”

Se critica a esta norma haber incorporado elementos propios de una sentencia anticipada, contradictorios con el marco de los sistemas cautelares, generando mayor confusión que contar con sistemas cautelares como los vigentes, con algunos ajustes como los que propone Rojas, a los que ya nos referimos.

La Provincia de Río Negro, en la modificación introducida al art. 230, en el año 2007, previó la tutela anticipada como medida cautelar innovativa.



En el año 2009, en la Provincia de San Juan se produjo una reforma integral del Código Procesal Civil y Comercial. En ella se incluyó la tutela anticipada en el art. 242, con un sistema muy similar al incorporado en el Código Procesal de la Provincia de La Pampa.

3.2.4. Algunas precisiones

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “P., H. P.” del año 2011, afirma que el debate respecto al grado de certeza del derecho exigible en el marco de la tutela anticipada “ha suscitado diferentes cuestiones en doctrina y jurisprudencia y no ha encontrado aún recepción legislativa”, reclamando así una regulación diferenciada para este tipo de tutela anticipada, caracterizada por la urgencia del caso y la irreparabilidad del daño que se invoca, poniendo en evidencia que en el parecer del tribunal no es suficiente el marco regulatorio cautelar y es necesaria una regulación particularizada.

3.3. Cautela material y tutela inhibitoria

3.3.1 Doctrina

Berizonce²⁵ expresa que las denominadas medidas cautelares sustanciales o cautelares materiales, se insertan en un territorio más amplio que es el de la denominada tutela civil inhibitoria, de finalidad esencialmente preventiva y raigambre constitucional. Sostiene que la tutela civil tradicionalmente vinculada a la propiedad - interdictos y acciones posesorias- se expande a la esfera de otros derechos, que reciben también trato preferente en la magnitud protectora, como los derechos actorales o intelectuales, el derecho a la intimidad, los derechos de la personalidad que incluye la inhibición del trato discriminatorio, el derecho al nombre y la proscripción de la violencia familiar, el que tutela la calidad de vida, el derecho de

²⁵ BERIZONCE, R., *Tutela Anticipada y Definitoria*, JA 1996-IV



réplica, y la acción de daño temido en las relaciones de consumo, en general la tutela del consumidor y del medio ambiente. Entiende que esta tutela provisional puede lograrse a través de mandatos de innovar o de no innovar ya mediante cautelas materiales o medidas anticipatorias.

El mismo autor, entiende que no puede reconocerse a los jueces atribuciones suficientes para pronunciar tutelas anticipatorias susceptibles de producir efectos materiales definitivos sin expreso reconocimiento legal, salvo que se dé bajo condición de excepcionalidad, en supuestos de urgencia impostergable y amenaza concreta de daño irreparable y estricta sujeción, en su otorgamiento, en la verificación de la concurrencia de los requisitos típicos de la tutela anticipada, y que aún así requieren audiencia de la contraria. Concluye que las medidas anticipatorias revisten autonomía, derivada de sus caracteres propios, diversos de los que perfilan a las medidas cautelares asegurativas, por lo que están sujetas a reglas específicas y diferenciadas.

De Lazzari, en su ponencia presentada en el XVII Congreso Nacional de derecho Procesal (Santiago del Estero 1993), señalaba que el efecto que producía una cautela material provocaba la innecesariedad de un proceso principal que le diera sustento, porque se entendía agotado en la realidad de los hechos el objeto de la pretensión que había dado origen al proceso.

Lorenzetti²⁶, relata que el modelo de tutela inhibitoria surgió en Roma a fin de proteger el derecho de propiedad, y se sustenta en la noción de derecho absoluto, exclusivo y oponible *erga omnes*, llegando la evolución a la actualidad aplicándose estos instrumentos a los derechos y bienes fundamentales, y sostiene que de un análisis sistemático del bloque constitucional argentino, se deduce una regla constitucional respecto a su carácter iusfundamental.

Destaca que la esfera íntima y privada del individuo encuentra esta protección en el art. 1071 bis del Código Civil, también en el caso de protección de la propiedad intelectual

²⁶ *Tutela civil inhibitoria*, LL 1995-C 12 17



(art. 79 de la ley 11.723), la ley 23.592 también la prevé para el caso de trato discriminatorio, asimismo el derecho de réplica reconocido en la Convención Americana de Derechos Humanos es una tutela inhibitoria, en virtud del art. 2618 del Código Civil el juez puede hacer cesar las actividades de vecinos que causen molestias por el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o daños, asimismo la acción de daño temido en las relaciones de consumo, y la tutela inhibitoria del mercado.

El autor citado sostiene que la tutela inhibitoria tiene finalidad preventiva, que el elemento activante es la posibilidad de un ilícito futuro, prescinde de la verificación del daño siendo suficiente la amenaza, el ilícito debe ser susceptible de ser detenido en sus efectos futuros, la culpa no tiene ninguna relevancia en tanto no es posible evaluar el elemento subjetivo de una conducta antijurídica futura, es habitual que se refiera a perjuicios que no son monetizables y sobre bienes infungibles.

No restringe a esta tutela al ámbito cautelar, sino que admite ser tramitada como una acción definitiva. Ambas tutelas, la definitiva y la cautelar están unidas por la finalidad preventiva, y ambas admiten una concretización mediante mandatos de innovar y de no innovar.

Las distingue en tanto la tutela final está relacionada no tanto con el peligro en la demora, sino con la amenaza de daño.

3.4. La tutela preventiva

3.4.1. Doctrina

Peyrano, define a la tutela preventiva como aquella que “persigue evitar el acaecimiento, repetición, agravación o persistencia de daños potencialmente posibles, conforme al orden normal y corriente de las cosas, a partir de una situación fáctica existente; existiere o no algún vínculo jurídico preexistente con el legitimado pasivo de ella. De tener



éxito, se traducirá, por lo general, en una orden de hacer o de no hacer que busque verter o modificar la situación fáctica que genera el riesgo de daño (o de persistencia o repetición) que justifica su promoción”²⁷. Aparece la doctrina nacional alineada, una vez más, con la procesalística italiana. Calamandrei²⁸ distinguía con una relación de genero a especie, la tutela preventiva y la tutela cautelar, explicando que la primera actúa ante un daño inminente, o ya producido para evitar su prolongación en el tiempo y/o el agravamiento de la lesión ya causada, en contraposición a la tutela represiva que actúa ante el daño consumado.

Gozaíni, explica que la definición podría ser la misma para la tutela inhibitoria, pero lo preventivo supone, además de un mandato específico de hacer o no hacer, adelantarse al peligro y eludir la actuación ex post facto, y que la tutela preventiva de carácter procesal cuenta con apoyos constitucionales que se explanan desde las garantías implícitas contenidas en los arts. 14, 28, y 33 y de modo específico de los arts. 41, 42 y 43 de la Carta Magna. Afirma que no es propiamente una tutela inhibitoria sino la expresión de una función jurisdiccional de tipo preventivo (por lo autónomo) no cautelar (porque es independiente del proceso principal).

En argentina, el reconocimiento constitucional de los derechos contenidos en los arts. 41 (ambiente), 42 (consumidor), y 43 (discriminación, datos personales, libertad individual), impone como corolario el derecho a la tutela preventiva. Ya que “afirmar ciertos derechos que por su naturaleza son inviolables y no poner a disposición del justiciable un proceso realmente preventivo, es lo mismo que apenas proclamar estos derechos, con un objetivo meramente demagógico y mistificador”²⁹.

²⁷ PEYRANO, J., *La acción preventiva*, Lexis Nexis – Abeledo Perrot, 2004, pág. 36

²⁸ CALAMANDREI, P., *Providencias cautelares*, traducción de Santiago Sentis Melendo, 1945, pág. 40.

²⁹ MARINONI, L., *La efectividad de los derechos y la necesidad de un nuevo proceso civil*, en <http://www.marinoni.adv.br/>



3.4.1 La acción preventiva y el Proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial

El Poder Ejecutivo Nacional mediante el dictado del Decreto 191/2011 dispuso la creación de una Comisión formada por Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci con el objeto de elaborar un Anteproyecto de reforma a los Códigos Civil y Comercial acorde con la reforma Constitucional del año 1994 y con la consecuente incorporación a nuestra legislación de diversos Tratados de Derechos Humanos. El Anteproyecto fue concluido y entregado al Ejecutivo en marzo de este año, y actualmente el Anteproyecto ya convertido en proyecto del Poder Ejecutivo Nacional es sometido a audiencias públicas que se desarrollan en todo el país. Dicho proyecto³⁰ prevé normas de carácter procesal, y entre ellas, al incorporar en el art. 1710³¹ el deber de prevención del daño, seguido a ello en los arts. 1711, 1712 y 1713 dispone la acción preventiva, la legitimación para su reclamo y previsiones respecto a la sentencia a dictarse respectivamente.

En particular el art. 1711 del Proyecto dice que “La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño”, y luego el art. 1713 “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; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad”.

³⁰ <http://ccycn.congreso.gov.ar/>

³¹ ARTÍCULO 1710 del Proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial.- Deber de prevención del daño. *Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable; tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo.*



En los fundamentos dados por los autores del Anteproyecto destacaron respecto de la acción preventiva que los presupuestos son: “a) autoría: que en este caso puede consistir en un hecho o una omisión de quien tiene a su cargo un deber de prevención del daño; b) antijuridicidad: porque constituye una violación del mentado deber de prevención; c) causalidad: porque la amenaza del daño debe ser previsible de acuerdo con el régimen causal que se define en artículos siguientes; d) no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución, que es lo que, además de la función, diferencia a esta acción de la obligación de resarcir”; determina criterios para la sentencia de finalidad preventiva: a) se distingue entre la tutela definitiva que surge de una proceso autónomo cuya finalidad es únicamente la prevención, de aquellos en que es provisoria; b) en ambos supuestos la sentencia puede establecer obligaciones de dar, hacer o no hacer, según los casos; c) el contenido y extensión de estas obligaciones debe estar guiado por: la necesidad de evitar el daño con la menor restricción de derechos posible; la utilización del medio más idóneo; la búsqueda de la eficacia en la obtención de la finalidad; d) el juez puede disponer esas medidas a pedido de parte o de oficio”.

El proyecto de reforma del ordenamiento de fondo civil y comercial, se enrola así en la función tripartita de la responsabilidad que contiene los deberes de prevenir, reparar y sancionar. Y es respecto de la tutela de la persona humana y los derechos inherentes a ella, como también en los derechos colectivos que la prevención aparece como prioritaria en tanto, como se dijo, el reconocimiento de estos derechos sin la asignación de una tutela preventiva es tanto como reconocer derechos de papel con una efectividad inexistente.

4. La tutela jurisdiccional de urgencia y la crisis de la tutela ordinaria

La defensa de los derechos en el proceso insume tiempo, éste es el que permite hacer efectiva la garantía de la bilateralidad. Pero también el tiempo, aparece como uno de los factores que puede ocasionar pérdida de derechos. Surgen así las crisis del sistema,



en tanto el afianzamiento de uno de los roles del tiempo en el proceso puede colocar en crisis al proceso mismo. Aflora así, un aparente sistema de doble binario³², entre “hacer bien” y “hacer pronto”.

4.1. Tutela de urgencia y debido proceso

Berizonce, siguiendo a Carpi, destaca que el pluralismo de la oferta procesal es positivo si está encaminado a garantizar las posiciones de los débiles, la realización de los derechos fundamentales y de la persona, por la urgencia en las situaciones particulares, cuando el proceso ordinario se revela inútil, pero sostiene que todo tiene un límite. El propio código y numerosas leyes especiales han creado procedimientos anticipatorios de los más diversos, tanto que es difícil, cuando no imposible, individualizar un tratamiento común a todos ellos, salvo el generalísimo aspecto de la técnica de la anticipación³³. Propone retornar al proceso de cognición madre en desmedro de la balcanización que supone la no querida proliferación indefinida de las tutelas urgentes³⁴. Estas aparecen como medidas cautelares, anticipatorias y satisfactivas, y entiende el autor citado que por la forma en que están reguladas y se actúan en la práctica pueden aparecer como lesivas del modelo teórico del proceso justo. Las califica como técnicas específicas que, junto con otras diversas, pueden reducirse a la categoría general de *tutela sumaria*, que se caracteriza por la simplicidad de las formas.

Centra el análisis en la determinación de, en qué condiciones puede considerarse que las mentadas *tutelas sumarias no cautelares* son compatibles con los principios que definen el modelo del proceso justo, y a que en los mecanismos anticipatorios y satisfactivos, cuando se deciden sin el contradictorio de las partes, o aun con bilateralidad pero

³² ANDOLINA, I., *Il tempo e il processo*, Scritti Scelti de Italo Andolina, Università di Catania, Torino, 2009, v. I, pág. 31 y sgtes.

³³ BERIZONCE, R., *Tutelas de urgencia y debido proceso*. Hacia la reconstrucción del proceso de cognición y su articulación con las tutelas de urgencia; CARPI, F., *La simplificazione dei modelli di cognizione ordinaria e l'oralità per un processo civile efficiente*, relación sintetizada al Seminario en homenaje a Ada Pellegrini Grinover, Sao Paulo, agosto de 2009, RePro, N° 178, 2009, pp. 281 y ss.

³⁴ BERIZONCE, R., *Tutelas de urgencia y debido proceso*, RDP, 2010-1, Rubinzal Culzoni, pp. 77 y ss.



sin que haya una verdadera fase instructoria, no hay en estos casos la posibilidad de una determinación efectiva de los hechos de la causa, y por ello la decisión judicial se funda tan sólo en la verosimilitud de los hechos alegados por el actor. La derogación del modelo constitucional del proceso justo debe reducirse al mínimo, configurarse en términos limitados y restrictivos, y su introducción debe fundarse en razones particularmente fuertes. Berizonce afirma que el “hacer bien” y “hacer pronto” deben ser articulados para asegurar el mejor y más efectivo rendimiento de la tutela jurisdiccional.

Para De los Santos, existen dos nociones diversas de “debido proceso”, según la primera el debido proceso requiere que se respeten todas las garantías procesales fundamentales. Esta concepción hace coincidir la noción de debido proceso con la observancia exclusiva de las garantías fundamentales del proceso definidas por la doctrina y la jurisprudencia constitucional desde hace tiempo, pero se desentiende de la naturaleza y la calidad de la decisión que concluye el proceso. Conforme una segunda interpretación, existe un debido proceso si éste está construido de modo tal que, además de asegurar la efectividad de las garantías, se logren decisiones justas. Desde esta óptica no es posible reducir la justicia de la decisión a la corrección del procedimiento del que ella se deriva. Sostiene que para neutralizar los efectos del tiempo en el proceso es necesario incluir técnicas de anticipación (medidas anticipadas y autosatisfactivas) como complemento de las medidas cautelares y amparo, y que también debe regularse la ejecución provisoria de sentencia bajo determinadas condiciones³⁵.

Rojas³⁶ sostiene que La importancia de las formas es la importancia de nuestra materia. La instrumentalidad del Derecho Procesal, se refleja palmariamente en este aspecto, pues merced a ella, no solo las normas del derecho sustancial se tornan operativas, sino que además, así también resulta visible el proceso. Por lo tanto, la relación de la que debemos ocuparnos, consistiría en la compatibilización de aquellas formas que resultan esenciales para la conformación de un proceso judicial de carácter urgente, con los principios fundantes de un verdadero proceso. Esto es, un proceso que nos muestre, al desgranarlo, la reunión de los

³⁵ De LOS SANTOS, M., *El debido proceso ante los nuevos paradigmas*, LL 2012-B, 1062..

³⁶ ROJAS, J, *Nuevas formas para los procesos urgentes*, ponencia presentada en el XX Congreso Nacional de Derecho Procesal.



principios liminares que nos permita su categorización como tal, y que a su vez, permita reducir o evitar -según las alternativas que se planteen- los riesgos que importa la consumación de tiempo por parte de aquellos “moldes” tradicionales, por todos conocidos. Ha sostenido Chiovenda –a comienzos de siglo- que: “la experiencia ha demostrado que las formas en el juicio son tan necesarias y aún mucho más que en cualquiera otra relación social, pues su falta nos lleva al desorden, a la confusión y a la incertidumbre...muchas –sostenía- son consecuencia de las condiciones sociales y políticas del tiempo, pero otras son restos de antiguos sistemas, que se transmiten por un aferramiento a veces justo, otras irrazonable, a la tradición, y por el espíritu conservador que domina la clase forense, como en todas las clases que se educan con una larga preparación técnica”.

4.2. Plazo razonable y acceso a la justicia

En fallo reciente la Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo que “se impone señalar que el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, que reconoce con jerarquía constitucional diversos tratados de derechos humanos, obliga a tener en cuenta que el art. 8 inc. 1 del Pacto de San José de Costa Rica, referente a las garantías judiciales, prescribe no sólo el derecho a ser oído sino también el de ejercer tal derecho con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable”³⁷.

Más recientemente – en el mes de agosto del corriente año- el Estado Argentino fue declarado responsable por la Corte Interamericana de Derechos Humanos -en lo que aquí nos interesa-, de haber excedido el plazo razonable en el proceso civil por daños, vulnerar el derecho a la protección judicial, el incumplimiento de la obligación de garantizar sin discriminación el derecho de acceso a la justicia³⁸.

³⁷ CSJN, “Losicer”, L. 216. XLV, del 26 de junio de 2012.

³⁸ CIDH, “Furlan y familiares vs. Argentina”, 31 de agosto de 2012



En el fallo dictado en el caso “Furlan y familiares vs. Argentina” se dijo que si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo resultará necesario que el proceso avance con mayor diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve.

Esta reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana se inserta en un contexto de precedentes en los que dicho tribunal sostuvo que dentro del marco del orden regional de derechos humanos, el derecho a la tutela judicial efectiva y la consecuente exigencia a los Estados de que provean recursos internos adecuados y eficaces en la tutela de los derechos fundamentales son reconocidos como un pilar básico del propio Estado de Derecho³⁹. El acceso a la justicia no es un concepto abstracto, sino que determinados derechos, y situaciones subjetivas de los justiciables exigen conformar el derecho de acción de un modo tal que permita su efectiva salvaguarda⁴⁰.

El sistema interamericano parte de una perspectiva del acceso a la justicia en sentido lato, con el que interactúan diversas garantías, mediante un examen del cúmulo de las actuaciones judiciales internas en miras, justamente, a obtener una percepción integral, que permita ponderar si satisfacen los estándares, del mismo se han desprendido el reconocimiento del derecho a la verdad dentro del derecho de acceso a la justicia, el principio de igualdad de armas, el derecho a contar con una decisión fundada relativa al fondo del asunto, el derecho al plazo razonable del proceso⁴¹.

Esta visión hace ya tiempo fue puesta de resalto por la señera palabra de Morello⁴², quien proponía una regulación genérica para la ordenación de la tutela urgente “en caso de extrema urgencia, cuando se encuentren en peligro derechos fundamentales de las personas, el juez podrá resolver la pretensión del peticionario acortando los plazos previstos para el proceso sumarísimo y tomando las medidas que juzgue necesarias para una tutela real

³⁹ CIDH, “Caso Lopez Alvarez”, sentencia del 1-2-2006, voto del Juez Cancado Trindade.

⁴⁰ En este sentido, en la Opinión Consultiva CIDH 11/90, se analizaron situaciones tales como indigencia y carencia de asistencia jurídica, cuando implican barreras u obstáculos al acceso a la justicia.

⁴¹ SAGÜES, S., *Una aproximación a los procesos urgentes*, RDP 2012-1, pág. 321 y sgtes.

⁴² MORELLO y ARAZI, *Procesos urgentes*, JA 2005-I-3, fasc. 13



y efectiva; excepcionalmente podrá decidir sin sustanciación. Las normas que regulan las medidas cautelares serán de aplicación supletoria, en lo que fuese pertinente y compatible con la petición”⁴³.

La tutela jurisdiccional de urgencia entonces aparece como una forma de instrumentar la garantía de la 'tutela judicial efectiva en tiempo útil', (Art. 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional), y podríamos decir que la tutela de urgencia, en armonía con el derecho de defensa, conforma la garantía del debido proceso de acuerdo al mandato del máximo Tribunal Nacional y de la Corte Interamericana.

5. Visión crítica del contexto nacional de la tutela de urgencia

El panorama de la tutela de urgencia en argentina desde el abordaje doctrinario es inorgánico y asistemico, y cuenta con escasa recepción legislativa.

Respecto del estado de situación desde el punto de vista jurisdiccional, tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como la Corte Interamericana –tal como surge de los precedentes citados- han destacado la necesidad de acentuar la instrumentalidad del derecho procesal, y su carácter realizador del derecho fondal.

En ese contexto entendemos, que se produce un desajuste interpretativo en la visión de gran parte de la doctrina nacional, que aparece divorciada del mandato de los mencionados tribunales. El análisis doctrinario realizado desde las figuras que proponen, abandonó el estudio desde el derecho pretendido por el justiciable y centró el análisis en las formas procesales, con una visión endogámica que se muestra disfuncional en relación al objetivo buscado.

⁴³ Previsión que también tomó el Anteproyecto de Código Modelo para Iberoamerica, que en su art. 280 dice que “fuera de los casos regulados en los artículos anteriores podrá el tribunal adoptar las medidas provisionales y anticipativas que juzgue adecuadas para evitar que se le cause a la parte, antes de la sentencia, una lesión grave o de difícil reparación o para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo”



El *nomen iuris* es un aporte en gran medida irrelevante y que contribuye a la confusión al dar nacimiento a nuevas figuras sólo en forma aparente⁴⁴, cuando ellas podrían ser englobadas en categorías interpretativas que revelen su real esencia y –desde allí– permitan sistematizarlas.

Entendemos, y esto se nos presenta como central para entender el camino que sugerimos, que el análisis debe partir desde los conflictos, desde las necesidades que requieren una nueva forma para lograr su satisfacción, para luego diseñarla y nominarla.

La re-construcción o reingeniería de la teoría de la tutela de urgencia debe volver su mirada a los conflictos, a los asuntos de los individuos reales, y dentro de este universo encontrar los que resultan urgentes, en tanto las tendencias abstraccionistas, tras separar al derecho procesal de la realidad social en la que se inserta, nos han llevado en no pocos casos a la comisión de injusticias.

Sostiene Ferrajoli que “los derechos fundamentales, al consistir en normas y no en asertos, tienen una relación deontológica y no ontológica, normativa y no asertiva, con los deberes correlativos. Dicho de otra forma, la implicación de los deberes por parte de los derechos se refiere a su deber ser, antes que a su ser. Por consiguiente, en caso de que dichos deberes o garantías no sean introducidos por una adecuada legislación de desarrollo, no se produciría una negación o frustración de los derechos constitucionalmente establecidos (lo cual, por otra parte, supondría una inversión de la jerarquía de las fuentes, que permitiría a la legislación ordinaria derogar o, aún peor, frustrar el sentido normativo de la constitución) sino, más bien, su violación o su incumplimiento. Algo que se podría calificar, según los casos, como una antinomia indebida o como una laguna indebida”⁴⁵.

Así, en esta concepción, vemos al derecho de acción transformado de un simple derecho formal a una facultad con un contenido material que permite su ejercicio

⁴⁴ Peyrano “medida Autosatisfactiva”, Berizonce “cautela material”, Rivas “sentencia anticipatoria”, Morello “anticipación de tutela”, “cautela material”, Lorenzetti “tutela inhibitoria”, entre otros.

⁴⁵ FERRAJOLI, L., *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio jurídico Europeo, Madrid, 2008, pág. 201



eficaz⁴⁶, encuadrándose así dentro de los fundamentos y alcances de los derechos genéricos de la persona humana, permitiendo calificar a la acción como un derecho humano a la justicia⁴⁷.

Nos vemos en la situación de repensar la tutela jurisdiccional de urgencia a la luz de la eficacia⁴⁸ del proceso para lograr la concreción del modelo de “proceso justo”. Esta eficacia, en clave de derechos fundamentales, nos invita a revisar los contenidos que construyen la dignidad de la persona humana y la obligación del Estado de perseguir su realización y desarrollo.

Los derechos que no admiten demora en su protección, los irremplazables, en tanto no pueden ser sustituidos por condenas pecuniarias, son el motivo objetivo que exige una tutela que permita sostener su vigencia, es el derecho reclamado el que impone su impronta en los tiempos del proceso. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que “la moderna concepción del proceso exige 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 radica en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección se requiere, y en ese marco de actuación las medidas de la naturaleza de la solicitada [en el caso una medida anticipatoria] se presentan 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”⁴⁹.

También las especiales circunstancias de las partes aparecen ocupando un rol decisorio respecto a la urgencia del caso. La CIDH sentenció en el caso “Furlan y familiares vs. Argentina” que, si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo resultará necesario que el proceso avance con mayor diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve. Se consideró así, definitiva la situación de vulnerabilidad del

⁴⁶ ZAMUDIO, F., *Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso*, ponencia en las IX Jornadas Iberoamericanas de derecho Procesal, Madrid, 1985.

⁴⁷ BERIZONCE, R., *Efectivo Acceso a la Justicia*, LEP, pág. 9

⁴⁸ PEYRANO se pregunta ¿cuál es el proceso eficiente? A lo que responde que es aquel que presta el servicio de justicia en tiempo y forma adecuados a la situación de que se trate, y que en ese sentido será sinónimo de “proceso adecuado” a las circunstancias del caso, pero también deberá ser un “proceso útil” en el sentido que no se reflejará únicamente en una hoja de papel a modo de declaración académica sin resonancias prácticas en la vida y patrimonio de los justiciables, concluye que en sumatoria la conjunción de lo “adecuado” y lo “útil” configura un proceso eficiente. *Influencias del derecho de fondo sobre el régimen cautelar*, RDP 2009-2, pág. 35.

⁴⁹ CSJN, “Losicer”, L. 216. XLV, del 26 de junio de 2012.



actor, quien desde su discapacidad y condición de pobreza aparecía afectado de un modo tal que el transcurso del tiempo marcó definitivamente la evolución de su condición de minusvalía.

La urgencia se predica entonces respecto del conflicto o de la situación jurídica de las partes.

En esta visión seguimos las siempre señeras palabras del maestro Berizonce⁵⁰, quien asigna valor positivo a la excepcional circunstancia de sacrificar el contradictorio cuando “se trata de sujetos o situaciones jurídicas particulares con necesidad efectiva de una tutela especialmente rápida, que el procedimiento ordinario no está en capacidad de suministrar”. Estima que allí existe un fundamento objetivo para conceder por razones de política jurídica, un tratamiento procesal diferenciado con relación a las personas mencionadas en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, esto es niños, ancianos, mujeres, personas con discapacidad, y a condición que se demuestre que se encuentran en especiales dificultades para ejercitar sus derechos.

Lo urgente y movilizante entonces, -y que justifica el calificativo-, es la pretensión⁵¹ o la situación del pretensor, y esa premura del caso (en su faz objetiva o subjetiva), requiere soluciones urgentes, tal como la Corte Suprema de Justicia de la Nación o la Corte Interamericana ponen de resalto. Esa vinculación estrecha entre el proceso y la realidad extraprocesal es la que otorga efectividad al modelo de debate, en tanto de no concurrir al caso la atención excepcional que requiere, con la tutela ordinaria en su concepción tradicional resultará un esfuerzo estéril.

Finalmente, no puedo dejar de destacar que la crisis que dio origen a las tutelas de urgencia, no es un patrimonio del sistema nacional, sino que por el contrario, autores

⁵⁰ BERIZONCE, R., *Tutelas de urgencia y debido proceso*, RDP 2010-1, pág. 77 y sgtes.

⁵¹ “lo correcto es hablar de pretensión urgente y no de proceso urgente porque lo urgente es la pretensión cuyo titular procura una decisión pronta de la jurisdicción, si lo urgente fuera el proceso y no la pretensión, el daño al patrimonio o a otro tipo de derechos que la mora judicial ocasionaría no perjudicaría a nadie, pues el proceso no tiene titular, como sí lo tiene la pretensión” HERRERO, L., *Validez constitucional de las sentencias anticipatorias*, LL 2007-B-1177



como Taruffo⁵² sostienen que los cuestionamientos a la efectividad de la tutela jurisdiccional, que deriva esencialmente de los retrasos cada vez más largos de la justicia, frente a la creciente necesidad de soluciones rápidas y eficaces de las controversias, es el principal factor de crisis del sistema procesal y común a muchos ordenamientos. De allí la importancia del estudio comparado como método de análisis que permite acercar soluciones ya probadas en otras latitudes. Y es respecto de ello que cabe rescatar la valía de este encuentro que acorta distancias entre países con realidades similares.

⁵² Aut. cit., *Racionalidad y crisis de la ley procesal*, Doxa 22 1999