

## **TUTELA ANTICIPATORIA Y PROCESO CIVIL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA**

*Por Ana Clara Pauletti*

INDICE: I-Introducción; II-El proceso civil visto desde los derechos fundamentales; III- Adecuación de las formas para la efectividad de la tutela; IV-La tutela anticipada de urgencia según el caso “Pardo”.

### **I.-INTRODUCCION**

El máximo Tribunal Federal, en autos “Pardo, Héctor Paulino y otro c/ Di Césare, Luis Alberto y otro s/ art. 250 del C.P.C.”, sentencia del 6 de diciembre de 2011<sup>1</sup>, reconoció la tutela anticipada de urgencia (entendida como adelantamiento provisorio del fallo principal que se persigue), ya sin alusión a otras figuras de similar linaje. Lo hizo, destacando que ese anticipo de jurisdicción, permitía asegurar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, y la necesaria búsqueda del valor eficacia que debe perseguir toda resolución jurisdiccional.-

Se trata de un juicio de daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito, donde los actores en representación de su hija incapaz, dedujeron un incidente de tutela anticipatoria para que el demandado y su compañía aseguradora, pagaran el costo de diversos elementos ortopédicos, y una suma mensual para sufragar la atención médica y los gastos que exigían el cuadro de salud de la joven, consistente en un estado vegetativo, con una cuadriplejía espástica de carácter irreversible. Invocaron la falta de recursos económicos y la presunción de responsabilidad prevista en el art. 1113, párrafo segundo, segunda parte, del Código Civil, constancias de la causa penal e informes médicos, precedentes de la Corte Suprema, normas constitucionales y tratados internacionales que tutelan el derecho a la vida, a la salud, derechos de los menores y de las personas discapacitadas.-

En la primera instancia se admitió la medida anticipatoria solicitada, aunque el tribunal de alzada revocó la decisión señalando que a diferencia de las medidas cautelares clásicas, la admisión de la petición exigía la “casi certeza” de que el derecho pretendido existía, cuando del informe de accidentología vial obrante en la causa penal, surgía que la joven podía no haber sido por completo ajena a la producción del evento, de modo que si bien podía existir verosimilitud del derecho, impedía tener por acreditada aquella exigencia mayor. Queja mediante, los recursos extraordinarios deducidos contra esa decisión por los reclamantes y la Defensora Pública de Menores e Incapaces, fueron receptados por la Corte Suprema.-

Este precedente dejó al descubierto, que el derecho procesal de nuestro tiempo, excede en mucho el texto legal de los códigos adjetivos, redimensionados merced a los derechos procesales provenientes de la Constitución, los Tratados Internacionales y del derecho a la tutela judicial efectiva como un derecho fundamental en sí mismo.-

El fenómeno queda manifiesto en el “control de convencionalidad por omisión” realizado en “Pardo”, cuando se apuntó que el anticipo de jurisdicción solicitado, tendía a remediar un agravio a la integridad de la persona, tutelada por la Convención Americana

---

<sup>1</sup> CS, Fallos: 334:1691.

sobre los Derechos Humanos y por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 5.1 y arts. 10, 17 y 25, respectivamente) <sup>2</sup>.-

Anticipo que el fallo anunciado muestra el perfil innovador y activista del más alto órgano judicial de la República, y da cuenta de logros y esfuerzos desarrollados en nuestra disciplina, para acercar los resultados de la justicia, al modelo de eficacia que imponen valores y preceptos constitucionales y supraconstitucionales vigentes.-

## II-EL PROCESO CIVIL VISTO DESDE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

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

En esa tónica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos explicó que el artículo 25.1 de la Convención que contempla la obligación de los Estados Parte de garantizar a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales, supone que, además de la existencia formal de los recursos, éstos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados ya sea en la Convención, en la Constitución o en las leyes, y que no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios <sup>3</sup>.-

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

Se ve de ese modo, porqué la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental en sí mismo, ya que se trata precisamente del derecho de todo individuo a hacer valer judicialmente sus derechos (no solo los fundamentales), mediante técnicas procesales idóneas para la efectividad de los mismos, que presupone las garantías clásicas del contradictorio, y suma como exigencias nuevas (en términos de Marinoni), que la “prestación de justicia del Estado”, sea oportuna, a veces preventiva y siempre efectiva <sup>4</sup>.-

---

<sup>2</sup> Del “control de convencionalidad” o inspección de adecuación al “corpus iuris” convencional de los derechos humanos, al “ius cogens” y a la jurisprudencia de los tribunales supranacionales, ver: CS, “Recurso de hecho deducido por el Fiscal General ante la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N°7537”, del 02/12/2008, y “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ recurso de casación”, del 31/08/2010, ambos en sitio web de la CSJN; voto del Dr. J.C.Hitters en SCBA, “P.L., J. M. c. I.O.M.A.”, del 18/08/2010, en: LLBA 2010 (noviembre), 1126, rev. LL, 22/02/2011, 4; HITTERS, J.C.: “Derecho Internacional de los Derechos Humanos – Influencia de los Tratados en el Derecho Interno – Responsabilidad de los Jueces”, p.42/43, y 97, editado por la SCJBA, 2009.

<sup>3</sup> CIDH, caso “Abrill Alosilla y otros vs. Perú”, sentencia del 04/03/2011, en sitio web de la CIDH.-

<sup>4</sup> MARINONI, L.G.: “El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva”, p.219 y sgtes., Palestra, 2007. Para Berizonce, el derecho a la tutela judicial efectiva, comprende al menos y no taxativamente, el debido proceso y garantías del contradictorio, el libre e irrestricto acceso a la jurisdicción, una sentencia intrínsecamente justa dictada en plazo razonable y de ejecución efectiva, tanto como las medidas cautelares, urgentes y anticipatorias necesarias, sea para asegurar el cumplimiento de la sentencia, o como decisión provisional anticipada de mérito (BERIZONCE, R.O.: “Tutelas Procesales Diferenciadas”, p.21). Por estos días sentó la Corte que se configura el vicio de denegación de justicia, cuando a las personas se les impide acudir al órgano judicial para la tutela de sus derechos —derecho a la jurisdicción— y cuando “la dilación indebida del trámite del proceso se debe, esencialmente, a la conducta negligente del órgano judicial en la conducción de la causa, que impide el dictado de la sentencia definitiva en tiempo útil (Fallos: 244:34; 261:166; 264:192;

Sabemos ahora, que para la Suprema Corte de Justicia, medidas como el anticipo de jurisdicción o anticipatorias necesarias por la urgencia, quedan comprendidas por el aludido principio cardinal del derecho procesal actual, y vértice de la escala valorativa constitucional, por tratarse de vías aptas durante el trámite del juicio, para asegurar el adecuado servicio de justicia y evitar el riesgo de una sentencia favorable, pero ineficaz por tardía.-

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

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

Para hablar de derechos fundamentales, podemos simplificar su definición optando por anunciarlos diciendo que éstos son los que habrían de concretar las exigencias de la dignidad humana, o desde un enfoque más jurídico, como aquellos derechos humanos morales que se encuentran normativizados con ese fin, en los textos constitucionales, y en tratados internacionales y documentos de ese tipo; pero el problema más importante que hoy se asume, no es el de conceptualizarlos ni fundamentarlos, sino el de protegerlos <sup>5</sup>.-

Por eso es aceptado, que revisten también el carácter de derechos fundamentales, los procedimientos que se deben observar para la operatividad de esos derechos, comprendidos en los llamados por Alexy, “derechos de protección” <sup>6</sup>.-

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

### **III-ADECUACION DE LAS FORMAS PARA LA EFECTIVIDAD DE LA TUTELA**

Para la Corte Suprema, el procedimiento civil debe viabilizar la protección del derecho material, de modo adecuado y si es preciso, con mecanismos preventivos, se cuente o no con regulación positiva.-

Esto se patentiza en “Pardo”, donde adelantando el resultado que se obtendría en el final del juicio, sin desdeñar el derecho de defensa de la parte demandada, se procuró evitar el perjuicio que conllevaría la espera de la tutela final, adoptando por su idoneidad y

---

300:152; 305:504; 308:694; 314:1757; 315:1553 y 2173; 316:35 y 324:1944)” (CS, “Rizikow, Mauricio c/ Mº de Justicia y DDHH— s/ daños y perjuicios”, del 08/11/2011, en sitio web de la CSJN).

<sup>5</sup> Con cita a N. Bobbio, COMANDUCCI, P.: “Democracia y Derechos Fundamentales”, en “Democracia, derechos e Interpretación Jurídica”, N°5, p.78, Ara Editores.

<sup>6</sup> ALEXY, R.: “Teoría de los Derechos Fundamentales”, p.398. Según Marinoni sólo cuando otro derecho fundamental es objeto de la decisión, se configura una evidente prestación jurisdiccional de protección, pero aun cuando no decida sobre un derecho fundamental, obviamente responde al derecho fundamental a la efectiva tutela jurisdiccional (MARINONI, L.G.: ob.cit., p.230).-

efectividad, un instituto procesal no normativizado <sup>7</sup> como lo es la tutela anticipatoria de urgencia, dando detalle de las exigencias que habilitan su procedencia.-

No es nuevo para la Corte afrontar la ausencia de soluciones procesales específicas, ya que ha puesto especial acento en que cabe al juez establecer las pautas especiales que enderecen y viabilicen una discusión <sup>8</sup>, y hasta subrayando la “mora” del legislador en la regulación de las acciones de clase, destacó la obligación de los jueces de darle eficacia al artículo 43 párrafo segundo de la Constitución Nacional, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular <sup>9</sup>, y con esa inteligencia ha ido fijando mojones en torno a los procesos colectivos <sup>10</sup>.-

Ha advertido además, sobre la primacía que merecen los derechos fundamentales, y la necesidad de garantizarlos a través de la adecuación de la normativa que los afecte <sup>11</sup>, o las vías expeditivas que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, evitando que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con especial resguardo constitucional <sup>12</sup>, y se recordará que ese máximo tribunal, hace algunas décadas ya, dijo que los jueces debían restablecer de forma inmediata las garantías constitucionales vulneradas, y consagró pese a la ausencia de regulación positiva, la vía del amparo <sup>13</sup>.-

Lo repasado, no hace más que demostrar, la flexibilización del principio de legalidad de las formas que caracterizó al proceso civil clásico, para dar paso al principio de adecuación de las formas, que en nuestro tiempo permite al Poder Judicial buscar los caminos que posibiliten garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados <sup>14</sup>.-

En “Pardo”, los jueces de nuestro cimerio Tribunal, “se pusieron el sayo”, e invocando la tutela judicial efectiva debida por el Estado, como parte del mismo, no se retrajeron frente a la inacción del legislador en la implementación de técnicas procesales anticipatorias, sino que interpretaron el procedimiento desde una perspectiva constitucional, con la mirada puesta en las necesidades de los derechos materiales a proteger.-

---

<sup>7</sup> Tampoco lo estaba ni lo está, la medida innovativa aceptada por conducto de la “medida cautelar atípica” en “Camacho Acosta” (Fallos: 320:1633). En el año 2006, la Provincia de Corrientes incorporó mediante Ley N° 5745 al Código Civil y Comercial, el art.232 bis, que recepta la “medida cautelar innovativa”.

<sup>8</sup> CS, 18/09/2007, “Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional y otra”, LL, 2007-F, 111, Fallos: 330:4134; “Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros”, 22/08/2007, en: LL, 05/09/2007, 8; Fallos: 330:3663, entre otros.-

<sup>9</sup> CS, 24/02/2009, “Halabi, Ernesto c/P.E.N. -ley 25.873 dto. 1563/04- s/ amparo - ley 16.986”, Fallos: 332:111.

<sup>10</sup> Refiere Oteiza que la CSJN paulatinamente con avances y retrocesos ha ido dando pautas sobre el alcance de la protección prevista en el art. 43 CN, no sólo en la caracterización de los derechos colectivos, sino en el análisis del tipo de proceso a emplear (OTEIZA, E.: “La constitucionalización de los derechos colectivos, y la ausencia de un proceso que los ampare”, en “Procesos Colectivos” AADP, Rubinzal Culzoni Editores).

<sup>11</sup> CS, 5/07/2011, in re: “M. M. M. G. c/ Ministerio de Economía (Estado Nacional) s/ incidente - familia”, en sitio web de la CSJN; del 21/09/2004, en “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.”, Sup.Especial La Ley 2004 (septiembre), 39, Fallos: 327:3753; del 24/10/2000, “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social. Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”, en LL, 2001-C, 32, Fallos: 323:3229.

<sup>12</sup> CS, “Y., G. C. c. Nuevo Hospital El Milagro y otra”, 06/06/2006, LL, 2006-D, 402, Fallos: 329:2179; “María, Flavia Judith c. Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado provincial”, 30/10/2007, Fallos: 330:4647.

<sup>13</sup> CS, “Siri, Angel S.”, 27/12/1957 y “Samuel Kot S.R.L.”, del 05/09/1958. Ilustrativo resulta recordar las palabras de Linares Quintana celebrando “Siri”: “La Corte Suprema de Justicia de la Nación —guardián e intérprete final y definitivo de la Ley de las leyes de la República— acaba de pronunciar una sentencia, cuya doctrina señala un acontecimiento verdaderamente trascendental en la historia de nuestro más Alto tribunal, ubicando a dicho fallo, por sus notables proyecciones institucionales, a la altura de los más importantes dictados en cualquier época por aquél” (LINARES QUINTANA, S.: “Modificación de la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el amparo de la libertad”, en: LL, 89, 532, Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales Tomo II, 883).

<sup>14</sup> CS, 18/09/2007, “Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional y otra”, LL, 2007-F, 111, Fallos: 330:4134.

#### IV-LA TUTELA ANTICIPADA DE URGENCIA SEGÚN “PARDO”

La Corte Suprema reiteró en esta oportunidad, que las medidas cautelares pueden enfocar sus proyecciones mientras dure el litigio, sobre el fondo mismo de la controversia, consolidando de esa manera, su ya expuesta noción de la función judicial de prevención, pero esta vez habló de “tutela anticipatoria”, y no de medida innovativa, como lo hizo en “Camacho Acosta”<sup>15</sup> y en “Provincia de Salta c. Estado Nacional”<sup>16</sup>, lo cual muestra un apropiado afinamiento técnico.-

Es que si bien la tutela anticipada posee caracteres comunes con las medidas cautelares típicas (entre ellas las innominadas del art. 232 CPCCN donde se subsume la innovativa), también cuenta con detalles que las distinguen.-

Comparten los caracteres de la instrumentalidad y la provisionalidad, que no producen efectos de cosa juzgada material (se lo mencionó en “Camacho Acosta” y en “Pardo), ni su acogimiento configura prejuzgamiento, que son de ejecutabilidad inmediata, revisten carácter urgente y en ambos casos se exige contracautela. Sin embargo, si bien la tutela anticipatoria de urgencia accede a un proceso principal, no puede decirse que sea meramente instrumental, ya que actúa directamente (si bien como un anticipo provisional), en el derecho material<sup>17</sup>.-

Por otra parte, la finalidad u objeto de la medida cautelar y los de la tutela anticipada son distintos.-

En efecto, mientras las cautelares tienen por fin asegurar la eficacia de la sentencia (anotación de litis, medida de no innovar, medida cautelar genérica) o de la ejecución futura de una sentencia de condena (embargo, inhibición general de bienes, interventor recaudador, secuestro, etc.), la tutela anticipada tiene por objeto la satisfacción inmediata total o parcial de la pretensión contenida en la demanda (tutela coincidente) cuando de la insatisfacción pueda derivarse un perjuicio irreparable<sup>18</sup>.-

Esto explica que difieran los requisitos de admisibilidad, o que se pida algo más, tanto en la verosimilitud del derecho, como en el peligro en la demora, cuando de lo que se trata, es de adelantar el resultado que se persigue en el juicio.-

Así, frente a la verosimilitud del derecho de las medidas cautelares, en las tutelas anticipadas se exige una suerte de “plus”, designado como “convicción suficiente”, “certeza provisional” o “fuerte probabilidad”, por lo que el juez debe contar con indicios bastantes, como para inferir un grado elevado de probabilidad, o de convencimiento, de que el derecho por el que se reclama, existe<sup>19</sup>; mientras que el recaudo del peligro en la demora, está ligado a la chance seria, del perjuicio irreparable<sup>20</sup>.-

---

<sup>15</sup> Del 07/08/1997, en Fallos: 320:1633.

<sup>16</sup> Del 19/09/2002, en Fallos: 325:2367.

<sup>17</sup> Sobre la instrumentalidad y estabilidad atenuadas de las tutelas anticipadas, ver: OTEIZA, E.: “Las Tutelas cautelares y Anticipadas. Informe Argentino”, Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, T.I, p.402 y sgtes., Chile, 2010.

<sup>18</sup> DE LOS SANTOS, M.: “Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas”, en JA 1997-IV-800, misma autora en “El lanzamiento anticipado en la reforma procesal civil”, JA 2003-IV-955.

<sup>19</sup> No por agravadas las exigencias, debe perderse de vista, que aun con sus diferencias, la tutela anticipatoria de urgencia, es una medida de tipo cautelar, y que como tal, la fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida, sino de un análisis provisorio y en términos de probabilidad, acerca de la existencia del derecho discutido, pues de lo contrario, “...si estuviese obligado a extenderse en consideraciones al respecto, peligraría la carga que pesa sobre él de no prejuzgar...”. De ese modo lo

Como lo explica Peyrano, en estos procesos urgentes, no se pretende asegurar el efecto práctico de otro proceso, sino solucionar "urgencias puras" que encierran la posibilidad de que el requirente sufra un grave perjuicio, o un verdadero "periculum in damni" y no un simple "periculum in mora" <sup>21</sup>.-

La tutela anticipada se distingue además de las medidas cautelares despachables "inaudita parte", porque como principio, la solicitud se bilateraliza (sea por la vía del traslado o de la celebración de audiencia), y en general, el juez que la concede, cuenta con menor flexibilidad para sustituir lo pedido, por su directa relación con el perjuicio irreparable que se procurará sortear. A su vez, el anticipo de tutela material, impone al proveyente desplegar una mayor motivación justificatoria (racional y controlable) de su juicio provisional <sup>22</sup>.-

La sentencia que se anota, reafirmó el criterio que sentó la Corte Suprema en el precedente "Camacho Acosta", en cuanto a la "mayor prudencia" que se requiere en la apreciación de los recaudos que hacen a la procedencia de estas "tutelas coincidentes", aunque admitió que se trata de un asunto, que ha suscitado diferentes cuestiones en doctrina y jurisprudencia y no ha encontrado aún recepción legislativa <sup>23</sup>.-

En el punto, si bien se pronunció sobre la inadmisibilidad del argumento recursivo que objetaba que el "ad quem", haya pretendido "casi certeza", para el despacho de la medida, ingresó al requisito de verosimilitud, objetando que se no se evaluara la presunción de causalidad que surgía de la imputación objetiva —a título de riesgo creado— formulada en la demanda en los términos del art. 1113, segundo párrafo, segunda parte, del Código Civil, tanto como la mención de la Cámara a la incidencia causal que la conducta de la víctima podría haber tenido en la producción del evento apuntada por aquella, lo cual, significaba en términos de la Corte, una restricción injustificada al ámbito de aplicación de aquella teoría, y no resultaba sustento bastante para denegar la procedencia de la tutela requerida.-

Este aspecto reviste interés en materia probatoria, ya sea a los efectos de la "certeza provisional", que el juez deberá alcanzar frente a un pedido de anticipo de jurisdicción, o para la "convicción" con la que dictará la sentencia definitiva, pues, es común observar que los efectos prácticos de la norma de fondo referida se diluyen, cuando se minimizan las presunciones y cargas de la prueba que fija.-

---

expuso la Corte al conceder una medida innovativa que anticipaba el objeto de la pretensión (CS, "Municipalidad de San Luis c/ San Luis, Provincia de s/ acción declarativa de Certeza", del 11/07/2007, en Fallos: 330:3126).

<sup>20</sup> En un evidente adelanto parcial de jurisdicción, la Corte observó la situación de emergencia extrema, para justificar la recepción de un pedido cautelar tendiente a que los demandados realizaran las acciones adecuadas para cubrir las necesidades básicas de los destinatarios de la acción, donde verificó "suficiente verosimilitud en el derecho y en particular la posibilidad de perjuicio inminente o irreparable" (CS, 18/09/2007, "Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional y otra", LL, 2007-F, 111, Fallos: 330:4134).

<sup>21</sup> PEYRANO, J.W.: "Procesos cautelares, urgentes y tuitivos de la ley. Tendencias sistémicas", en: LL, 2009-C, 1061-LLP 2009 (julio), 667.

<sup>22</sup> Al regular la posibilidad del anticipo de tutela, dice el art.273 inc.1º del Código del Proceso Civil de Brasil, que en la decisión de anticipar la solicitud original, el juez fijará con claridad y precisión, las razones de su convicción.

<sup>23</sup> A pesar de mostrar los repertorios jurisprudenciales de todo el país, el otorgamiento frecuente de estas tutelas de urgencia, sólo un puñado de legislaciones adjetivas provinciales, han regulado de modo expreso la tutela anticipada, tal el caso de los Códigos Procesales Civil y Comercial de La Pampa y San Juan. Es mayormente compartido en el ámbito científico, que el legislador está en mora en la materia, situación que no debería tardarse en revertir, mediante un régimen adecuado y suficiente de la figura. Sin dudas la tarea legislativa debería tener en miras la redacción del art. 273 del Código del Proceso Civil de Brasil, y los proyectos de reforma que hoy allí se discuten. En el tema ver el completo informe de su situación y proyecciones en Iberoamérica de Mabel De los Santos y Petronio Calmon: "Informe General sobre Tutelas Urgentes y Cautela Judicial", en "Derecho Procesal Contemporáneo", Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, T.I, p.365 y sgtes., Chile, 2010.

En efecto, tal como lo explica autorizada doctrina civilista, existe en el segundo párrafo del art. 1113 del CCiv una opción legislativa en favor de la víctima, conforme a la cual, se presume la relación de causalidad entre la cosa riesgosa y el daño, en cuya virtud el sujeto contra quien pesa el riesgo debe acreditar no sólo una causa ajena, sino también lógicamente su importancia, y a raíz de esa inversión probatoria, en todo caso de duda sobre concausalidad, el juez debe fallar en contra del demandado, pues es quien debía probar y no lo hizo satisfactoriamente<sup>24</sup>.-

Esto significa que en un examen provisional o interino, mediando un factor de atribución de responsabilidad objetivo, donde la relación de causalidad se presume, no basta la mera defensa acerca de una eventual contribución causal de la víctima o de un tercero por quien no se debe responder (sujeto a prueba), para impedir que pueda considerarse satisfecho el elemento de la certeza provisional que exige un anticipo de jurisdicción como el dictado por la Corte.-

Ahora bien, en rigor, si esos elementos alcanzaron al alto tribunal para que apreciara cumplida la “verosimilitud agravada”, lo fue merced a la interrelación o conexión que existe entre los requisitos de admisibilidad (conforme lo subrayó), y la relevancia que en este tipo de medidas adquiere la gravedad del cuadro de salud que presentaba la joven y los daños irreparables que se producirían de mantenerse la situación de hecho existente hasta el dictado de la sentencia. De modo que, como lo venía pregonado Jorge W. Peyrano, esa íntima relación entre los recaudos de procedencia verosimilitud del derecho y peligro en la demora, permite ante una fuerte dosis de uno, menor exigencia, cierta flexibilidad o “aflojamiento” en el análisis del restante<sup>25</sup>.-

El examen de admisibilidad de una medida cautelar del tipo demarcado por la Suprema Corte, debe atender a la par del “grado de verosimilitud” (referido a la fuerte probabilidad de que el derecho y por lo tanto los hechos que sustentan la pretensión existan), la entidad de la amenaza de daños definitivos (perjuicio irreparable), para, sin soslayar el derecho constitucional de defensa del demandado, lograr la medida necesaria y oportuna de la jurisdicción que el caso requiere.-

Suficientes pautas en definitiva, para la interpretación, el adecuado y medido uso de la tutela anticipada, cuya excepcionalidad, y limitación a situaciones graves y urgentes, está fuera de toda discusión.-

La jurisprudencia, ha mostrado en “Pardo”, que nada de rutinario le queda al derecho procesal civil, permanentemente sometido a la búsqueda de salidas y soluciones que, sin el sacrificio de las garantías del contradictorio, nos permitan contar con un “proceso justo”. Hoy por hoy, los códigos de forma significan solo el comienzo de ese desafío, bien enmarcado por la Corte Suprema, en el deber judicial de garantizar tutela jurisdiccional de máxima efectividad.-

---

<sup>24</sup> ZABALA DE GONZALEZ, M.: “Problemas causales en accidentes de tránsito”, en: RCyS 2011-X, 20.

<sup>25</sup> PEYRANO, J.W.: “Tendencias pretorianas en materia cautelar”, en “Problemas y Soluciones Procesales”, p.201, Rosario 2008, Ed. Juris.