

## UNA CONFIRMACIÓN DE QUE LA JURISDICCIÓN ANTICIPADA ESTÁ ENTRE NOSOTROS.

Por Jorge W. Peyrano.

La muy rica resolución de la Corte federal en comentario, presenta múltiples e interesantes facetas para la glosa. Nos limitaremos aquí, aunque no es tarea sencilla, a analizar algunos costados procedimentales provenientes de tan trascendente decisión. Así, no nos extenderemos sobre el “control de convencionalidad por omisión” llevado a cabo y tampoco sobre el jugoso tema traído a cuento consistente en señalar que la eventual concausalidad de la víctima de un siniestro no es motivo suficiente para descartar la aplicabilidad de una tutela anticipada de urgencia en favor de ella.

Entendemos que debemos comenzar por consignar que “Pardo” constituye una reafirmación –más contundente si se quiere- de la doctrina establecida por el máximo tribunal nacional en materia de tutela anticipada de urgencia. Es que ya en el muy citado “Camacho Acosta” (1) y en “Provincia de Salta contra Estado Nacional” (2), había tenido oportunidad de establecer cuál era su criterio (favorable) en el asunto.

Recordemos que la emisión de una sentencia anticipatoria –concretada siempre según la doctrina judicial argentina, mediante el despacho de una medida cautelar innovativa- presupone la concurrencia de varios requisitos severos (escuchar al destinatario de la sentencia anticipatoria, acreditar *prima facie* una fortísima verosimilitud del derecho alegado por la actora, prestar contracautela real e idónea para, en su caso y momento, restituir lo percibido provisoriamente, que la traslación de derechos provisoria que dispone sea sobre materia fácilmente reversible), entre los cuales destaca el factor “urgencia” que funciona como un acelerador de los tiempos normales del proceso civil legitimante de que el órgano jurisdiccional se aparte del curso programado por el legislador sin que por ello se pueda reputar de prematuro (y consiguientemente, nulo) el pronunciamiento anticipado del caso (3).

Además, cabe acotar que se registra, en un plano más especulativo todavía, la existencia de otro factor acelerador de los tiempos normales para sentenciar en procesos civiles cual es la evidencia, novedad que ya cuenta con predicamento en Brasil. Estamos hablando, entonces, de la tutela anticipada de evidencia donde -concurriendo un *fumus boni iuris* acentuado representado por la circunstancia de que el caso se encuentre incurso en algunos de los supuestos tasados al efecto (por ejemplo, existencia de jurisprudencia obligatoria en la materia que define la litis), se dé la posibilidad de que la sustancia de lo anticipado admita su repetición y que la prestación de contracautela sea idónea- pueda la demandante reunirse anticipadamente con todo o parte de lo reclamado (4). Se trata de una tutela anticipada que mira al requirente pero no para darle respuesta a una urgencia, sino para anticiparle lo que pretende con visos de extremada y objetiva (porque ha sido previamente tasada) verosimilitud y cuya satisfacción postergan inicualemente los tiempos normales de tramitación de los procesos (5).

Ambas vertientes de la tutela anticipada, la de urgencia y la de evidencia, son hipótesis de tutelas coincidentes porque sus sustancias coinciden con el de una futura e

hipotética sentencia favorable a la actora. Ya hemos expresado que cuando prospera una medida innovativa con corazón de anticipo del juicio de mérito, se genera una tutela coincidente en el sentido de que la prestación otorgada concuerda (en todo o en parte) con lo que se reclama que forme parte de la futura sentencia de mérito favorable (6). Obviamente, dicha coincidencia no se registra en el caso del despacho de una cautelar que no constituya una tutela anticipada.

Tan señalada invención pretoriana –que todavía lo es predominantemente y pese a que ya existen cuerpos legales que la regulan expresamente (7)- merecía un nuevo espaldarazo jurisprudencial del volumen del presente para terminar de imponerse en los estrados tribunalicios, por más que no faltan precedentes judiciales de grado aislados sobre el particular (8). Pero no se trata sólo de subrayar aquí el respaldo que involucra todo pronunciamiento de un tribunal de máxima jerarquía, sino también de poner de resalto el avance y los cambios que la decisión bajo la lupa acarrea respecto de la doctrina de la tutela anticipada de urgencia. Veamos, a renglón seguido, algunos.

En primer lugar, importa la ratificación de la crisis que vive el concepto de que la satisfacción de las pretensiones del demandante únicamente le pueden ser brindadas por la cosa juzgada que le resulte favorable. El reconocimiento de la operatividad de tutelas anticipadas de urgencia y los consiguientes desplazamientos patrimoniales (aunque fueran provisorios y reversibles) que entrañan, dan por tierra con el susodicho concepto.

Por añadidura, el fallo en comentario parece aceptar que la presunción de causalidad (responsabilidad, dice) que decreta el artículo 1113, párrafo segundo, segunda parte del Código Civil (9), podría servir de suficiente argumentación para considerar que concurre la verosimilitud del derecho calificada, propia de la tutela anticipada de urgencia. Corresponde aclarar que, aparentemente, la Corte federal no descarta la exigencia –tantas veces requerida por los estrados judiciales- de que el despacho de una tutela anticipada de urgencia vaya acompañada de la demostración prima facie de una fortísima verosimilitud del derecho; limitándose a expresar que razones de técnica recursiva le impiden pronunciarse sobre el punto referido.

Igualmente, es digno de ser resaltado que el tribunal cimero de nuestro país ahora también consideraría aplicable a la tutela anticipada de urgencia el nuevo canon cautelar conforme al cual los recaudos de viabilidad de las cautelares se encuentran íntimamente relacionados de modo tal que una fuerte dosis de uno (la “urgencia” en la especie, por lo grave del estado de salud de la víctima que no admitía dilaciones porque se producirían daños irreparables) determina una cierta flexibilidad o “aflojamiento” en el análisis de los restantes. No podía ser de otra manera, dado que siempre y en todos los casos de tutelas anticipadas nacionales (salvo los casos de La Pampa y San Juan que poseen soluciones legales en el rubro) “se motorizan” –a diferencia de Brasil que lo considera una contingencia posible de ciertos procesos- mediante el despacho de una cautelar innovativa (10). Y sabido es que en la actualidad se abre paso, cada día con más vigor, la doctrina pretoriana de los vasos comunicantes. Sobre ella, hemos tenido oportunidad de manifestar que constituye opinión recibida que los presupuestos del despacho de cualquier medida cautelar son: verosimilitud o apariencia del Derecho invocado (fumus

boni iuris), peligro en la demora (*periculum in mora*) y contracautela. Mientras los dos primeros hacen a su procedencia, el último atañe al cumplimiento de la medida precautoria de que se trate. En la actualidad, muchos estrados judiciales enfrentados a situaciones de excepción consideran que no deben concebirse a los susodichos recaudos como compartimientos estancos sino cual si fueren “vasos comunicantes”; vale decir como si se tratara –como enseña el Diccionario de la Real Academia Española- de “recipientes unidos por conductos que permiten el paso de un líquido de unos a otros”, lo que entraña que cuando asciende el contenido de uno desciende en otros y viceversa. Cuando se traduce dicha concepción a lo concreto se tiene que si, por ejemplo, se registra una acentuada verosimilitud del Derecho, se podrá ser menos exigente a la hora de graduar la contracautela y hasta a dispensar la prestación de ella. Igualmente, vgr., si el *periculum in mora* del caso marca un daño inminente y muy grave, los tribunales pueden conformarse con un cumplimiento lábil del recaudo *fumus boni iuris*. Obviamente, no se agotan las combinaciones posibles con las enumeradas (11).

Por fin, reclaman una fuerte adhesión los “considerandos” postreros donde se exalta la empinada colocación que posee el valor “eficacia” en el proceso civil moderno (12), se memora que la misión de los procedimientos es hacer realidad los derechos prometidos (sólo prometidos por los códigos de fondo) y se alaba la figura de un juez profiláctico que procure evitar daños o, por lo menos, que los daños no persistan o se agraven (13). Respecto de esto último, resulta significativa la preocupación del Tribunal cimero nacional en tener en cuenta que en el caso se registraba una amenaza inminente de daños definitivos, amén del peligro que involucraba la permanencia de la situación existente. Ello revela que no le repugna el funcionamiento de la llamada “jurisdicción preventiva”, una de cuyas manifestaciones es la denominada “acción preventiva” o “tutela inhibitoria” que ha merecido la siguiente descripción: “es aquella que persigue evitar el acaecimiento, repetición, agravación o persistencia de daños, patrimoniales o morales, 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 revertir o modificar la situación fáctica que genera el riesgo de daño (o de persistencia o repetición) que justifica su promoción” (14). Desde otra perspectiva, se la ha descrito “como una orden o mandato dictado por la autoridad judicial, a petición de quien tiene fundado temor de sufrir un daño, o de que se produzca la repetición, continuación o agravamiento de un daño ya sufrido, y que va dirigido al sujeto que se encuentra en condiciones de evitar tal resultado dañoso, mediante la realización de una determinada conducta preventiva, o la abstención de la actividad generatriz de tal resultado. Dicho de otro modo, se trata de una acción dirigida a hacer cesar un estado actual de cosas que necesariamente ha de conducir a una futura lesión; acción que pretende, sobre todo, obtener que una persona desista de un determinado comportamiento, o lo modifique” (15). Ciertamente que en el caso, el requirente de la tutela anticipada de urgencia que nos ocupa no ha promovido una acción

preventiva, pero también lo es que la Corte federal para convalidar los efectos de aquella parece convocar el ideario de la “jurisdicción preventiva”.

Steve Jobs, el genio creativo de Apple predicaba acerca de la necesidad de “pensar diferente” en la búsqueda de un mundo mejor para todos. Y a fe que en la especie, así ha procedido el tribunal más prominente de la Nación Argentina. Ha “pensado diferente” porque no se ha resignado a seguir caminos fáciles y trillados. Y no era tarea simple obrar de tal modo cuando se trataba de dejar sin efecto un pronunciamiento de una Alzada muy distinguida que no merecía reproches técnicos significativos. El cometido fue bien realizado, y, además, constituye un verdadero hito en el devenir del panorama jurídico nacional.

### **NOTAS.**

1. Fallos: 320:1633
2. Vide su comentario, en “Nuevo reconocimiento de la jurisdicción anticipada por la Corte federal. Ratificación de la aceptabilidad de la argumentación pro terceros”, por Jorge W. Peyrano, en El DERECHO, T. 207, p. 632 y ss.
3. PEYRANO, Jorge W., “Las resoluciones judiciales diferentes. Anticipatorias, determinativas, docentes, exhortativas e inhibitorias”, en LA LEY, Boletín del 05 de diciembre de 2011.
4. PEYRANO, Jorge W., “El dictado de decisiones judiciales anticipadas. El factor evidencia”, en LA LEY, Boletín del 16 de marzo de 2011.
5. Conf. trabajo citado en nota 4, p. 2.
6. PEYRANO, Jorge W., “La palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa”, en “Medida Innovativa”, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Santa Fe 2003, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 31.
7. Artículo 231 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa: “Tutela anticipatoria. Procedimiento. 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 reconvención 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” ... Artículo 242 del Código Procesal Civil, Comercial y Minería de la Provincia de San Juan: “

Tutela anticipada. Sin que configure prejuzgamiento, el Juez o Tribunal, podrá, a requerimiento fundado de parte y de manera excepcional, anticipar parcial o totalmente los efectos de la tutela pretendida en la demanda o en la reconvencción, cuando concurren los siguientes extremos: 1) Convicción suficiente sobre la probabilidad cierta del derecho que la sustenta; 2) Urgencia de la medida en tal grado que de no ser adoptada de inmediato cause al peticionante la frustración del derecho o un daño irreparable equivalente; 3) Falta de efectos irreversibles de la anticipación sobre la sentencia definitiva; 4) Otorgamiento de contracautela real suficiente, salvo en los casos en que el peticionante se encontrare legalmente exento de darla”.

8. PEYRANO, Jorge W., “Escolio sobre los leading cases cordóbes y platense en materia de tutela anticipada”, en “Nuevas Apostillas Procesales”, Santa Fe 2003, Ed. Panamericana, p. 163 y ss.
9. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “Actuaciones por daños”, Buenos Aires 2004, Ed. Hammurabi, p. 163.
10. PEYRANO, Jorge W., “Tendencias y proyecciones de la doctrina de la tutela anticipada”, en “Nuevas Tácticas Procesales”, Rosario 2010, Ed. Nova Tesis, p. 163: “Si bien “Camacho Acosta” no señala que la innovativa será la única vía de ahí en más en todos los fallos pronunciados en la materia, se ha echado mano a la cautelar genérica (prevista por el codificador en ciertos distritos) y más concretamente a la innovativa (producto todavía pretoriano) para fundar la enorme mayoría de las sentencias que han decretado una tutela anticipada”.
11. PEYRANO, Jorge W., “Tendencias pretorianas en materia cautelar”, en “Problemas y Soluciones Procesales”, Rosario 2008, Ed. Juris, p. 201 y ss.
12. PEYRANO, Jorge W., “El valor eficacia en el proceso civil contemporáneo”, en “Cuestiones de Derecho Procesal”, Buenos Aires 1980, Ed. LA LEY, p. 19 y ss.
13. PEYRANO, Jorge W., “La jurisdicción preventiva civil en funciones”, en “Cuestiones Procesales Modernas”, Suplemento Especial de LA LEY de octubre de 2005, p. 51 y ss.
14. PEYRANO, Jorge W., “La Acción Preventiva”, Buenos Aires 2004, Ed. Lexis Nexis Abeledo Perrot, p. 36.
15. LLAMAS POMBO, Eugenio, “Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños”, en “La responsabilidad civil y su problemática actual”, obra coordinada por Juan Antonio Moreno Martínez, Madrid 2007, Ed. Dykinson.