

# Tutelas provisionarias de derechos en el proceso civil (\*)

Alvaro J.D. Pérez Ragone (\*\*)

Abogado. Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Tucumán, Argentina, 1997.

## 1 Punto de partida: conflicto terminológico y conceptual.

Tratar las tutelas provisionarias de derechos implica incursionar en un laberinto donde los espejos de los términos y los conceptos se entremezclan y, en algunos casos, se arriba a un caos de Torre de Babel<sup>(1)</sup>. Trataremos, en efecto, que Ariadna nos salve con su hilo conductor sacándonos de este laberinto. El problema se centra en dos puntos: (i) la diferente forma de regulación de las tutelas provisionarias (términos que más tarde nos encargaremos de aclarar) en el derecho universal comparado; y (ii) el tratamiento -muchas veces impropio- de un derecho, acudiendo a bases aclaratorias comparadas cuando los tópicos divergen y las traducciones literales no se sientan bien. Pero

veremos que el problema, como dijimos, es más de términos que de concepto, es decir, nos referimos a lo mismo pero de diferentes maneras.

### 1.1 Sobre el término tutela en el proceso civil contemporáneo (la instrumentalidad del proceso).

Uno de los graves problemas que aquejan al proceso civil contemporáneo es, sin duda, el tiempo del *iter* procesal<sup>(2)</sup>. Acontece que el proceso lleva inherente el tiempo necesario para instrumentalizar el derecho sustancial, mas no cabe duda que éste muchas veces no puede aguardar a la *res iudicata* para realizarse, simplemente porque cuando ésta se dé, el derecho material devino ilusorio. Esta es -no debe olvidarse- la razón teleológica del proceso.

(\*) En el marco del Seminario celebrado en el bello Trujillo, Noviembre de 1999 (Perú). Organizado por la Asociación Civil Ius et Veritas, con el profundo agradecimiento del autor a los organizadores y en especial al maestro y amigo, profesor Juan Monroy Galvez por tan exquisito convite.

(\*\*) Felicitación "Presidencia de la Nación" por promedio nacional en Derecho. Mención Extraordinaria *Summa Cum Laude* por el más alto promedio desde la creación de la Facultad. Premio "Consejos de Graduados U.N.T. por promedio académico en Abogacía 1997". Premio "Corte Suprema de Justicia de la Nación" 1997 por promedio y antecedentes nacionales en Abogacía. Profesor de Derecho Internacional Privado-Litigación y Derecho Procesal Internacional (Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino). Estudiante invitado de investigación (1995) en la Universidad Federal de Parana Brasil (Instituto de Derecho Procesal). Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Becario Konrad Adenauer Stiftung año 2000, para realización de LLM y Doctorado en la Universidad de Colonia-Alemania por invitación del Institut für Verfahrensrecht -Instituto de Derecho Procesal-, bajo la supervisión y dirección como tutor del Profesor Doctor *Honoris Causa* Hans Prütting.

(1) Respecto a lo que entendemos por término y concepto, tomamos las explicaciones vertidas por la lógica formal, siguiendo a Jacques Maritain y a Regis Jolivet. Por "concepto" debe entenderse la operación elemental del espíritu captando y aprehendiendo la esencia de un objeto (lo que algo es), mientras que por "término" debemos entender la expresión de un concepto en su grafía o sonoridad (la expresión de lo que decimos que algo es). Sucede que muchas veces podemos expresar un algo con determinado término que conduce a confusión de referencia, ya que puede existir otro término que designe mejor a ese concepto y viceversa. Los conflictos de términos son menos importantes que los conceptuales, al final los términos son meros sonidos o grafías que inclusive mutan de idioma a idioma. Ver al respecto MARITAIN, Jacques. *El orden de los conceptos-lógica*. Club de Lectores, 1984. pp.31-89; JOLIVET, Regis. *Lógica y Cosmología*. LoLhé, 1976. pp.55-72. Para tener otra visión y terminología pero en relación a la misma materia ver STEBBING, Susan. *Introducción a la lógica moderna*. México: FCE, 1975. pp.1-31.

(2) CAPPELLETTI, Mauro. *Problemas da reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas*. En: MARINONI, L.G. (coordinador). *O Processo Civil Contemporâneo*. Curitiba: Jurúa, 1994; Ver del mismo autor, *Os Métodos alternativos de solucao de conflitos no quadro do movimento universal de acesso a justica*. En: *Revista de Processo*. No.74, 1994. pp.82 y ss.

Allí donde no haya instrumentalidad eficaz y justa, ese *quid* será cualquier cosa menos proceso. Debe tenerse presente qué se entiende por proceso y cuál es su télesis<sup>(3)</sup>; nada menos y nada más que lo atinente a efectivizar la paz social, a realizar la justicia legal y la social, que es una forma más elegante de nominar la realización del derecho material; que implica hacer de ese hontanar de derechos, deberes, cargas y poderes, una particularización en el sujeto último del derecho, el ser humano y su bienestar<sup>(4)</sup>. La procesalística del *common law*, resume esto de bienestar efectivizado por el proceso, sencillamente en encontrar la justa, eficiente y económica resolución de un conflicto. Ello es una forma moderna de designar la consecución del bien común y los individuos como participados de este.

Es esto lo que modernamente se denomina proceso justo<sup>(5)</sup>. Que, valga la salvedad, no puede haber proceso que no detente dicho atributo so pena de ser *in se* una *contradictio in adjecto* irrefutable.

Es notable la preocupación en el derecho italiano sobre esta problemática actual, especialmente cuando, para palearla, se recurren a artificios jurídicos que terminan oscureciendo y hasta impidiendo el funcionamiento de determinados institutos<sup>(6)</sup>.

No es ninguna novedad la preocupación de la doctrina procesal por la decadencia del proceso civil según los cánones tradicionales por lo que, sin ningún ánimo iconoclasta, precisamos despojarnos de varios prejuicios (que son muchas veces perjuicios para las partes) en torno al proceso civil.

Se reitera el distingo -y utilidad práctica de la misma- entre derecho material y formal, mero distingo que no implica separación o diferenciación lógica. Entiéndase, ambos van de la mano, uno no puede ser sin el otro, la dependencia funcional es inherente a cada entidad conceptual<sup>(7)</sup>. No debe olvidarse que la mera captación didáctica o académica de las órbitas de mención no implica negar su calidad ontológica de unidad<sup>(8)</sup>.

- (3) HAZARD, G y TARRUFFO, M. *American Civil Procedure*. Yale Univ. Press, 1993. pp.214-215. Un importante *approach a the legal justice and the social justice*, partiendo de los ideales de igualdad, autonomía y acceso de los individuos sumándosele la apertura en la participación social. Sencillamente el proceso tiende a efectivizar la justicia como valor realizable que consistirá en armonizar estos objetivos-ideales.
- (4) HAZARD, James F. Jr. y LEUBSDORF, J. *Civil Procedure*. Little Brown & Co., 1992. pp.1-3. La función del proceso civil define el *decision-making process* para la efectividad del derecho sustancial definido como los derechos, deberes y poderes de personas e instituciones en relación. El efectivizar el derecho sustancial implica: a) la resolución de controversias o disputas como objetivo principal, desinteresarse objetivamente a los implicados; b) secundariamente persigue garantizar al justiciable que será escuchado por el órgano jurisdiccional con equitativo costo económico y temporal, a fin de arribar a un pronunciamiento que asegure la solución legal del caso. Todo ello asumido que la justicia sustancial será el soporte de todo el despliegue formal y sustancial.
- (5) FRIEDENTHAL, J y otros. *Civil Procedure*. West Pub, 1993. p.1, donde los autores establecen con suma precisión que el establecimiento de reglas de procedimiento obedece sencillamente a encontrar la justa, eficiente y económica resolución de un conflicto. Igualmente ver: COUND, J. y otros. *Civil Procedure Cases and Materials*, West Pub, 1997. p.1: donde claramente se demuestra la funcionalidad del proceso civil, a saber: a) la resolución del caso concreto; b) la satisfacción del interés social en ello; c) la resolución, que debe ser acorde a determinados lineamientos predeterminados; d) estos lineamientos se efectivizan a través de un sistema de reglas; KOCH, H y-DIEDRICH, F. *Civil Procedure in Germany*. München: Kluwer-Beck, 1998. pp.35-36; donde los autores resaltan las garantías fundamentales de rango constitucional atinentes al proceso. En igual sentido, ver GARCIA DE ENTERRIA, E. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid. Civitas. Cap.I; MORELLO, Augusto. *Las garantías y la efectividad de la tutela judicial*. En: *Estudios de derecho Procesal*. Tomo II. Buenos Aires: Platense, 1998. p.977 y ss.; donde el maestro expresa con la claridad que siempre lo caracteriza la verdad que abrazamos y que propugnamos: "Si la efectividad de las técnicas (acciones y remedios) y de los resultados jurisdiccionales es la meta que en estas horas finiseculares signa la eficiencia en concreto de la actividad jurisdiccional, ese propósito es notorio y cobra novedosa presencia como exigencia perentoria del Estado de Derecho, en el clásico brocárdico *ubi remedium ibi ius*". El mismo autor sintetiza esta meta funcional del proceso actual con la terminología "el proceso justo", en LL, 6-6-90. Igualmente, ver en *El proceso en el ordenamiento jurídico*. En: *Estudios de derecho procesal*. Tomo I. Buenos Aires: Platense 1998. pp.1-4 la adecuación del proceso a la realidad en la cual pretende instrumentalizar el derecho sustancial. Puede verse asimismo en MORELLO, Augusto. *El proceso como realidad social*. En: *Estudios...* Op.cit.: Tomo I. pp.23-34. Sucede que la doctrina ha conceptualizado como una de los marcos, metas, esencia o elementos -como quiera calificárselo- del proceso su **efectividad-utilidad**. Ver MORELLO, Augusto. *Un proceso civil útil*. En: *Estudios...* Op.cit.: Tomo I. pp.35-46.
- (6) PRÓTO PISANI, Andrea. *Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile*. En: *Revista de Diritto Civile*. Italia, 1987. pp.115-119.
- (7) JAUERNIG, O. *Zivilprozessrecht*. München: Auflage, 1998. pp.1-18; GRUNSKY, W. *Zivilprozessrecht*. Berlín: Luchterhand, 1997. pp.1-5.; SCHELLHAMMER, K. *Zivilprozessrecht*. Heidelberg: Müller, 1996. pp.1-3; SCHOLSSER, P. *Zivilprozessrecht I*. pp.1-2; SCHILKEN, E. *Zivilprozessrecht*. Köln: Carl Heymanns, 1995. pp.1-3; STÜNER, R. *Der deutsche Prozessrechtslehrer am Ende des 20. Jahrhunderts*. En: *Verfahrensrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts -Festschrift für Gerard Lüke*. Herausgeben Prof. PRÜTTING, H., RÜSSMANN, H. München: Beck, 1997. pp.829-844.
- (8) CADJET, Loic. *Droit judiciaire privé*. Litec, 1992. pp.4-7.

Sucede que el justiciable no sólo tiene derecho a una tutela jurisdiccional del Estado, sino -y *rectius*- a una adecuada y efectiva tutela jurisdiccional, en tanto poder-deber del Estado<sup>(9)</sup>.

Por si ello fuera poco, coincidentemente reflorece el empleo del término tutela, no como un complejo institucional o de difícil comprensión, sino más bien sencillo en su prístino significado: protección, resguardo, defensa. Entiéndase por tal todos los medios, facultades, haz de herramientas que el derecho brinda para asegurar y posibilitar su eficacia, pudiendo tener este haz un origen inmediato o mediato en la ley<sup>(10)</sup>. En ese cauce se condice el empleo de tutela por la doctrina<sup>(11)</sup>. Igualmente resulta reiterado el uso del sentido y finalidad en toda la elaboración de lo necesario para resguardar con efectividad el derecho material<sup>(12)</sup>.

Ello necesariamente nos lleva a tener en cuenta no sólo la naturaleza última de la función jurisdiccional, en esencia discrecional<sup>(13)</sup>, como opuesto a mecánico. Entendido el ejercicio de la prudencia jurídica como acto volitivo contenido en la forma jurisdiccional, se debe también considerar además cómo esa función se refleja en la sociedad, los poderes

del juez como integrantes y engranajes de lo político (en el sentido de constitutivo e integrante de la *polis*)<sup>(14)</sup>. No debemos perder de vista que el juez ejerce una función, es decir un cúmulo de derechos y deberes, y no es un convidado de piedra al proceso que al final subsume el caso en la norma. Disentimos con esta cosmovisión de la actividad jurisdiccional. En nuestra óptica el juez juega un papel fundamental de orden social, preponderante, a saber: es el cauce de materialización de lo que postulamos instrumentalidad del proceso; es quien en definitiva pondera y realiza el acto último de aprehensión de un dato fáctico o sociológico en un punto normativo, ponderando axiológicamente con lo justo. Es quien sintetiza (o debe hacerlo, como función exigible) la tridimensionalidad del Derecho<sup>(15)</sup>. Esta visión moderna, e insertando al juez activamente en la realidad sobre la que debe actuar, lo hace responsable de su *dicere*, de sus pronunciamientos, en la dinámica del Estado de Derecho<sup>(16)</sup>.

Con ello es fácil concluir, sencillamente conjugando lo tratado en estos puntos, que el juez en su función y ejercicio de poder también debe ser un engranaje de armonización activa<sup>(17)</sup>. Derecho material,

- (9) MARINONI, Luiz G. *Efectividades do processo e tutela de urgencia*. Porto Alegre: Fabris, 1994. p.65. Cabe mencionar la reciente sanción del Código Procesal Constitucional en la Provincia de Tucumán (Ley 6.944, publicada el 8 de Marzo de 1999), que pretende servir de cauce formal de instrumentalización eficaz del derecho sustancial. Enuncia en su artículo 2 que "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro medio efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra los actos que violen o amenacen sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Provincial, Nacional, la ley o los Tratados aún cuando tal lesión sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones públicas".
- (10) LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando. *La tutela de las obligaciones de hacer y de no hacer en el derecho argentino*. En: Genesis. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, No.5, 1997. pp.423 y ss. En igual sentido véase DI MAJO, A. *La tutela civile dei diritti*. Milano: Giuffrè, 1993. pp.5-7.
- (11) MORELLO, Augusto. *Anticipación de Tutela*. Buenos Aires: Platense, 1996. pp.5-8; del mismo autor: *La tutela anticipatoria ante la larga agonía del proceso ordinario*. En: *Estudios...* Op.cit.:Tomo I. pp.935 y ss.; LORENZETTI, R. *La tutela civil inhibitoria*. LL 1995, C-118; NICOLAU, N. *La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional*. LL 1996-A-1247; ANDORNO, L. *El denominado proceso urgente (no cautelar) en el derecho argentino como instituto similar a la acción inhibitoria del derecho italiano*. JA 1995-II-887.
- (12) PEYRANO, J.W. *La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y Evolución*. JA, Num. Esp. *Medida Autosatisfactiva*, Julio 1998
- (13) BAPTISTA DA SILVA, O. *Antecipacao de tutela e responsabilidade objetiva*. En: *Genesis. Revista de Direito Processual Civil*. No.8, 1998. p.303., sobre la discrecionalidad en el acto jurisdiccional. Contrario a la denominada *mechanical jurisprudence*, muy reflexivo, terminante y clara posición -a la que adherimos- de HART, H.L. *The concept of law*. Cap.VII. Ed. Oxford Press., 1961. pp.128, 272- 276. Ver igualmente REYNOLDS *Judicial Process*. West Pub. 1991. pp.107-157.
- (14) Poderes del juez: MORELLO, A. Perfil del juez al final de la centuria. LL 9/6/98; claramente expone que "los años finales de la década instalan al juez como el gran operador en la renovación del significado filosófico, técnico y político del noble oficio de juzgar y factor de un equilibrio que no es otro que el movimiento por el acceso a la justicia..."; LORENZETTI, R., *El juez y las sentencias difíciles*. LL 25/2/1998.
- (15) BAUR, F. *Zeit und Geisteströmungen im Prozess*. ÖJBl. 1970. p.45. Del mismo autor, ver *Funktionswandel des Zivilprozess?* En: *50 jährigen Bestehen der Tübingen Jur. Fak.*, 1977. p.159; JAUERNING, O. *Materialles Recht und Prozessrecht*. Jus, 1971. p.329; SCHWAB-GOTTWALD. *Verfassung und Zivilprozess*. En: *Effektiver Rechtsschutz*, 1983; ZÖLLNER. *Materialles Recht und Prozessrecht*. AcP 190 (1990). p.471; GILLES. *Bedeutung und Funktionswandel des Prozessrechts*. Jus., 1981. p.402.
- (16) CAPPELLETTI-GARTH. *Trends and ideas in civil procedure* En: *International Encyclopedia of Comp. Law*. XVI, 1987.
- (17) JAMES y otros. Op.cit.: pp. 310-311, sobre la necesidad de conjugar y armonizar las metas de política general con las de la eficiencia judicial con el crisol de los valores sociales como elemento armonizador y sistémico. Sucede que en la organización de la *polis*

derecho formal instrumental, tutela efectiva, debido ejercicio de la función jurisdiccional, hacen a la realización de lo justo. Todo se conjuga, en nuestro eje temático, en la necesidad del empleo útil del engranaje y reglas de juego prefijadas, en nuestro caso, de un engranaje especial denominado proceso<sup>(18)</sup>. La vinculación de la persona con este particular engranaje se da ante y eventualmente (posibilidad y acceso a la justicia), dentro de él (debido proceso), o luego de él (haciendo efectivo plenamente lo que en él se determinó)<sup>(19)</sup>. Este enunciado simple tiene en todos los ordenamientosraigambre de derecho natural constitucionalizado<sup>(20)</sup>.

## 1.2 El cauce procesal y la tutela requerida: de la tutela y de lo provisorio.

De esta última cabe el distingo entre: vías ordinarias y vías diferenciadas.

Las vías diferenciadas se verifican en cuanto se verifiquen o no estos aspectos que corresponden a una u otra, uno negativo y otro positivo: (i) El positivo tiene calidad de diferenciación en los elementos subjetivos de legitimación (el interés difuso) u objetivos de materia (medida anticipatoria), o de resultado, o de alcance (alcance *erga omnes* de la cosa juzgada). Habrá, consecuentemente, diferenciación o calificación por alguna de las tres esferas descritas. (ii) El negativo, según que entren o no en el proceso ritual tradicional de conocimiento. Entiéndase que si se verifican alguno de los datos negativos y el positivo de calificación, nos encontramos frente a una tutela diferenciada. No es arriesgado intitular la situación

actual como de colapso del proceso, lo que se ve robustecido por el nacimiento de las tutelas jurisdiccionales diferenciadas, ya que hay intereses que no pueden encajar dentro del esquema tradicional del proceso, partiendo de la visión del acceso a la justicia<sup>(21)</sup>.

Las tutelas diferenciadas, a su vez, se distinguen por su específico acicate de actuación en:

a) Tutelas de urgencia (acicate temporal o sucedáneo): amparo, cautelar, anticipatoria, autosatisfactiva.

b) Tutelas conminatorias (acicate en la reticencia injustificada): astreintes, conminaciones no pecuniarias, *contempt of court* o desobediencia judicial.

c) Tutelas de realización: monitorio, *injunctions*, podría haber la autosatisfactiva, *secundum eventum probationis*.

d) Tutelas preventivas: tutela inhibitoria.

No tenemos pudor en llamarlas hijas no dilectas del proceso ordinario. En efecto, tienen actuación allí donde la necesidad ritual del tiempo afectó la meta real del proceso, entendida como la instrumentación de la realización del derecho material<sup>(22)</sup>. Ese precisamente es el problema, ya que uno de los principios (prejuicios) es identificar la *res iudicata* con jurisdiccionalidad y hasta con presupuesto necesario para la satisfacción del derecho pretendido. Nada más errado, a nuestro criterio, que esta premisa. La cosa juzgada material precisa un tiempo ineludible, mas las tutelas diferenciadas de urgencia precisamente actúan en ese espacio temporal necesario para que, una vez culminado, no haya sido el proceso un actuar sin

necesariamente hay una pluralidad de intereses en juego, como postulándose en prioridad. Necesario es discriminar cuáles intereses deben primar, ello es una jerarquización ponderada de intereses.

(18) Es pilar fundamental en la aprehensión del proceso partir de "la necesidad de servirse del proceso no debe ir en contra del actor que tiene razón"; CALAMANDREI, P. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Traducción Sentís Melendo. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1945. p.4.

(19) GARCÍA DE ENTERRÍA sostiene que la mora judicial, "(...) está traicionando el principio general de Derecho según el cual la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón", En: *Las batallas por las medidas cautelares*. Segunda Edición. Madrid: Civitas, 1995. pp.120-121. Supra nota 3. Igualmente, menciónese lo sostenido por GONZALEZ PÉREZ, Jesús. "El derecho a una tutela jurisdiccional despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero en el Acceso a la Justicia; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable y tercero, la plena efectividad de sus pronunciamientos. Acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia". En: *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Civitas, 1984. p.40.

(20) Sobre los fines del proceso, ver LENT, F. *Diritto processuale civile tedesco*. Traducción Edoardo Ricci. Morano Edit., 1962. pp.16-17.

(21) Respecto a la teoría de las tutelas diferenciadas, véase PROTO PISANI, A. *Sulla Tutela Giurisdizionale Diferenziata*. En: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova. No. 4, Oct-Dic. 1979. pp.537-591; MONTESANO, L. *Luci ed ombre in leggi e proposte di Tutele Diferenziate nei processi Civili*. En: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova. No. 4, Oct-Dic. 1979. pp.593-603; CARPI, F. *Flashes sulla tutela giurisdizionale differenziata*. En: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova. No. 1, Marzo 1980. pp.237-242; ARMELÍN, D. *Tutela jurisdiccional diferenciada*. En: MARINONI, Luis G. (director) *O processo civil contemporaneo*. Jurua, 1994.

(22) DINAMARCO, Candido. *A instrumentalidades do processo*. Sao Paulo: Malheiros, 1994. pp.243-265.

utilidad o, peor aún, un actuar con consecuencias concretas injustas. Además, es interesante recordar la insistencia -que posee fundamento chiovendano y post-chiovendano- en el sentido de que sólo hay jurisdicción donde hay una resolución capaz de producir cosa juzgada material. La idea de unir jurisdicción a cosa juzgada material, que dio origen al mito de la cosa juzgada, está destinada a desaparecer en vista de las nuevas exigencias del mundo contemporáneo, que ya no puede esperar la cosa juzgada material (esto es la declaración relevante, que solamente puede ser producida por la cognición exhaustiva) para la realización de los derechos<sup>(23)</sup>. No es apenas la cualidad de cosa juzgada material que da contenido jurídico a una resolución, ni es apenas la tutela marcada por la cosa juzgada material que incide sobre las relaciones substanciales.

Aparentemente el punto de partida de calificabilidad de la medida cautelar sería el de ser una medida provisionaria, pero entendido lo provisionario como lo temporario. Nosotros entendemos que se debe distinguir conceptualmente lo provisionario de lo temporal, ya que lo segundo refiere a lo que tiene una duración limitada en el tiempo; mientras que lo primero alude a lo que es apenas un paso en un *iter* y que aguarda algún punto sucesivo que detente el atributo de la definitividad<sup>(24)</sup>. No todo lo provisionario es cautelar, pero lo cautelar es provisionario en tanto parte apenas de un juicio de probabilidad y pende de una eventual sentencia definitiva. El nudo gordiano radica en atribuir su justo valor a las sentencias interinales -las dictadas durante el *iter* procesal que no detentan definitividad- entendiendo que las mismas pueden contener cautela o satisfacción por anticipatoriedad del *petitum* de la parte, es decir, lo atinente a la pretensión de la *litis*<sup>(25)</sup> (Baptista da Silva). Desmitificar el principio del *nulla executio sine titulo* debe ser un necesario punto de partida.

Por otro lado, corresponde distinguir entre proceso cautelar y tutela cautelar<sup>(26)</sup>, distingo que debemos realizar por dos motivos: (i) uno de orden

conceptual, ya que el estudio del proceso en sí mismo -como técnica o como medio de actuación del derecho material-, nada tiene que ver con las posibles materias o sustancias que integran su contenido, de modo que al aludir al proceso cautelar, mentamos apenas un instrumento y no la sustancia contenida en éste. (ii) El segundo motivo es evitar una confusión de terminología jurídica entre el procedimiento establecido por el legislador para la consecución de la tutela cautelar, en tanto vehículo -proceso cautelar- a través del cual normalmente se viabilizaría una tutela cautelar. La necesidad de una pureza conceptual nos lleva a que propugnemos el empleo de un término mucho más general para poder incluir especies que tienen entre sí notas comunes, pero también notas diferenciadoras. De modo que el término general que nos permitirá zanjar este intríngulis terminológico y conceptual será el de **tutela diferenciada de urgencia**. Por ahora bástenos enunciar que no todo proceso cautelar -en tanto trámite procedimental que arribe a una sentencia provisionaria asentada sobre *periculum in mora et fumus bonis iuris*, con el aditamento de traba de la contracautela- será un vehículo que siempre y necesariamente conduzca o viabilice una tutela cautelar.

Como ha sucedido en el derecho comparado, el proceso cautelar se ha expandido en su alcance, para vehiculizar pretensiones o tutelas que no son cautelares sino esencialmente diferentes, aun cuando el cauce sea similar o igual. Ello es lo que se denomina la expansión del proceso cautelar, entendido como la expansión de las tutelas temporarias o de urgencia diferenciadas, sencillamente donde el proceso de conocimiento no cumplió eficazmente su meta, fenómeno de expansión vislumbrado por la doctrina<sup>(27)</sup>. En efecto, razones de variado tipo sustentaron el desborde del procedimiento cautelar respecto de las pretensiones que por él se encauzaban, como enseña Fritz Baur: las nuevas condiciones de la civilización, factores psicológicos de litigación, necesidades social de protección y, en especial, la morosidad deficitaria del proceso ordinario

(23) MARINONI, Luis G. *Tutela cautelar e tutela antécipatoria*. En: *Revista Dos Tribunaris*. Sao Paulo, 1994.

(24) Distingo que lo tomamos de CALAMANDREI, P. *Instituzione*. pp.36-37; igualmente véase el derrotero esbozado por el maestro brasileño BAPTISTA DA SILVA, O. *Curso de Processo Civil*. Vol. III. Porto Alegre: Febris, 1993. pp.38-44.

(25) BAPTISTA DA SILVA, O. *Decisões Interlocutorias e sentenças liminares*. En: *Juris* No.51, 5/3, 1992. pp.127-169.

(26) En este distingo seguimos a BAPTISTA DA SILVA, O.; *Op.cit.*, pp.9-10.

(27) BAUR FRITZ. *Studien zum einstweiligen Rechtsschutz*. Tübingen: Mohr (Paul Siebeck). pp.11-18. Traducido al portugués por Editorial Fabris, 1985.

llevaron a munirse del instrumento de la tutela provisoria temporal. También es ello coincidentemente sostenido por Grunsky<sup>(28)</sup>. Bástenos los trazos precedentes para aclarar que aun cuando nos refiramos al proceso y tutela cautelar, bien puede emplearse -y con ese sentido lo haremos- proceso y tutela provisoria.

## 2 El proceso, la cognición y el tiempo.

No debemos olvidar que el tiempo es inherente al proceso. Los códigos se encargaron perfectamente de ordenar el *onus* o distribución de la carga de casi todo: de la prueba, del impulso procesal, de la impugnación, etc. Pero no lo hicieron tan perfectamente del tiempo. El tiempo es una dimensión de la cual es necesario regular quién cargará con el perjuicio que ese desgaste de tiempo genera. Ciertamente la doctrina alemana habla de daño o costo marginal del proceso<sup>(29)</sup>, aludiendo al tiempo como distorsión que genera un perjuicio no contemplado como reponible ni resarsible. Inclusive el profesor español Victor Fairén Guillén trata el tema, curiosamente, dentro del capítulo de las costas en una de sus obras<sup>(30)</sup>. Realmente no es erróneo concluir que los sistemas procesales en muchos casos han cargado estas costas, ello es, la carga del tiempo en el actor. De allí que no resulte erróneo concluir con Marinoni en que el “proceso es un instrumento que normalmente perjudica al actor que tiene la razón<sup>(31)</sup>”.

Por ello es que debe admitirse la posibilidad de la actuación atributiva en el proceso de manera aun provisoria, cosa que implica de alguna manera salirse de los cánones tradicionales tanto de la cognición definitiva de la cosa juzgada cuanto del *nulla executio sine titulo*. Importante *quaestio* del proceso actual reside en el convencimiento exigido al juez para emitir resoluciones que tengan eficacia instrumental-sustancial. Se le exige certeza o un juicio de verosimilitud que esconde uno de inequívocidad. Nos

explicamos. El magistrado no debe otorgar parcial, ni providencialmente un bien de la vida a alguna de las partes, aun cuando haya ciertos datos que hagan aparecer como que de todos modos se le otorgará en la sentencia con autoridad de cosa juzgada; esto porque durante el proceso el magistrado debe mantener una absoluta imparcialidad para no favorecer a ninguna de las partes, y aun porque su cognición no tiene certeza para incidir en el ámbito sustancial.

---

La crisis de la justicia civil está a los ojos de todos; es preciso que los tribunales acepten la obviedad de que no puede haber efectividad sin riesgo o si es mejor permanecer paralizado por el miedo, en la imparcialidad de la ordinariedad, donde el juez (imaginan los ingenuos) no causa perjuicio a nadie.

---

Nada más erróneamente interpretado que estas premisas. Vaya nuestra opinión:

a) El magistrado no es imparcial, si por imparcial se entiende la quietud y el simple deber de observar y proveer a los requerimientos de los litigantes<sup>(32)</sup>, fruto del principio dispositivo. El magistrado debe velar por la igualdad de actuación de las partes en el proceso, mas no sólo de una igualdad aparente y ritual sino sustancial, debe tener una efectiva actuación en el sentido de que es el primer interesado y obligado a tomar todos los recaudos para tener una cognición justa de la *litis*. Esta pretendida imparcialidad no debe ser ciega a la desigualdad sustancial manifiesta de las partes. Debe, al contrario, velar por el efectivo acceso a la justicia de los litigantes<sup>(33)</sup>. En síntesis, con el -a nuestro criterio- errado concepto de imparcialidad, fácticamente se estará siendo parcial, ya que se

(28) El profesor alemán Wolfgang Grunsky recientemente entendió y sostuvo la expansión de la tutela provisional en especial mediante la vía cautelar de los derechos, en *La imposición efectiva del derecho ante los tribunales públicos y tribunales arbitrales*. En: R.D.C.O., Buenos Aires, año 31, 1998. pp.309-318, esp. pag 317.

(29) ANDOLINA, Italo. *Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milano: Giuffrè, 1993. pp.20-22.

(30) Nos referimos obviamente a la magistral *Doctrina General del Derecho Procesal*. Barcelona: Bosch, 1990. pp.556-561, habla de costo psicológico de proceso.

(31) MARINONI, L.G. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execucao imediata da sentenca*. Sao Paulo: Dos tribunais, 1998. p.21.

(32) DINAMARCO, Candido. *A instrumentalidades do Processo*. Sao Paulo: Malheiros, 1994. p.170.

(33) MARINONI, L.G. *Novas Linhas Do Processo Civil*. Sao Paulo: Rev. Dos Tribunais, 1994. pp.71-77.

favorecerá, con la omisión, a ahondar el desequilibrio en el litigio, donde *ab initio* una de las partes tiene desigualdad sustancial y/o procesal respecto a la otra. ¿No sería acaso más imparcial, si tuviera una intervención-actuación en pro de que efectivamente las partes actúen en igualdad de condiciones?

b) Otra *quaestio* raramente planteada, no menos importante y con atisbo más filosófico, es el grado de conocimiento que debe tener un magistrado para efectivizar durante el proceso un acto atributivo. Entendemos por acto atributivo todo aquel que -en este caso- proporciona un beneficio patrimonial o extrapatrimonial a cualquiera de los litigantes y que tiene directa vinculación con el objeto de la *litis* y el *petitum* de las partes<sup>(34)</sup>. El Derecho es ciencia del deber ser, de allí que el grado de cognición exigido no debe ser siempre el ser que es la *res iudicata* (certeza). Es necesaria la actuación, durante el proceso y a los fines de la urgencia atributiva, del juicio de probabilidad o verosimilitud<sup>(35)</sup>. En esto seguimos al maestro Calamandrei, en tanto hay casos donde la actuación del magistrado ha menester la mera verosimilitud del derecho, entendida como la calidad de ese derecho alegado y probado de manifestarse como más probable frente al opuesto. A esto súmese el criterio de urgencia -mas aun, la lesión actual- y se tendrá la necesidad de mayor empleo de este juicio de lo aparente-probable. Algún espíritu inquieto inquirirá sobre el riesgo -si por tal se entiende el posible daño a la contraparte cuyo derecho es menos verosímil y no amenazado- de tener que anticipar una satisfacción no pudiendo, en caso de serle favorable la sentencia final, volver a restablecerse como antes del beneficio que debió otorgar al adversario.

Contestamos, tendrá todas las garantías para ese eventual perjuicio, mas como *hic et nunc* hay otro derecho más verosímil y amenazado, valorativamente merece la actuación tutelar so consecuencia de que sea a este derecho el que reconozca la sentencia final, mas entonces será tarde para satisfacerlo, pues ya no es útil al requirente.

Estamos en la órbita del cómo debe captar y ponderar la realidad a decidir sobre la que incidirá el juez<sup>(36)</sup>; no se olvide que la prudencia jurídica implica siempre un acto de ponderación y de análisis de consecuencias futuras del resultado de la función jurisdiccional o prognosis de efectos futuros en la realidad eventual de igual o similar contenido. He ahí el contenido político de lo jurisdiccional<sup>(37)</sup>. La cognición en el proceso puede ser enfocada horizontal o verticalmente<sup>(38)</sup>. En el primer caso (horizontal), estamos en el ámbito de la amplitud, cognición total o parcial, según se traten todas las cuestiones que atañen a la *litis* o sólo algunas (en el caso de las acciones policiales para restituir la posesión hay parcialidad, respecto a un posterior petitorio). En el segundo caso (vertical), estamos en el ámbito de la profundidad, según sea mayor o menor el grado de cognición necesario en relación con la certeza. O existe o no existe certeza; la segunda situación proponemos nominarla de apariencia de derecho o de verosimilitud *lato sensu*. De acuerdo al grado aproximativo de uno al otro tendremos:

a) Cognición superficial: donde hay un simple juicio de verosimilitud *strictu sensu* (el caso del grado necesario para hacer lugar a una demanda).

b) Cognición sumaria: donde hay un grado más profundo, cual es un juicio de verosimilitud posible

(34) Tomamos la terminología "actos atributivos", adaptando para nuestros propósitos explicativos al proceso, del sentido dado en el derecho patrimonial, lo hacemos extensivo al ámbito extrapatrimonial. Así: VON TUHR, Andreas. *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*. Vol. III-1. pp.57-72. SANTORO PASSARELLI, Vide. *Doctrina general del Derecho Civil*. En: *Revista de Derecho Privado*. 1964. pp.26 y ss. Como lo demostraremos, vaya este adelanto en el caso de la medidas cautelares, no vemos atribución ninguna respecto a la pretensión principal de la *litis*, podrá decirse que el hecho de concederse al requirente es ya "atribuir", no lo dudamos; más lo que nos interesa es que ese atribuir no será nunca de un bien de la vida que correspondería -se entienda- atribuirlo mediante sentencia con cognición exhaustiva en faz definitiva.

(35) CALAMANDER, Piero. *Verità e Verosimiglianza nel Porcesso Civile*. En: *Revista de Diritto Processual*. Padova, Cedam, Volume X, Parte I, 1955, pp.167-171; VIDE, Sergio Cotta. *Variazioni in tema di processo*. En: *Riv. Internazionale di Filosofia del Diritto*. Vol. IV, Serie-LXX, No.93, 1993.

(36) CARDOZO, B. *The nature of the judicial process*. Yale Univ. Press., 1949. pp.36, 179.

(37) REYNOLDS, W. Op.cit.: pp.104-105; donde analiza el empleo necesario de la *formal logic and informal induction* para la valoración en prospectiva del eventual pronunciamiento jurisdiccional, es decir como repercutirá este pronunciamiento para esta situación aquí y ahora respecto de situaciones análogas de planteamiento en un futuro: entiéndase es la ponderación del impacto político del *judgement* en la sociedad, dato que no debe ser obviado por el magistrado al momento de pronunciarse. No se diga que ello es únicamente verdadero en el sistema del *Common law*, errónea conclusión.

(38) WATANABE, Kazuo. *Da Cognicao no Processo Civil*. En: *Rev. Dos Tribunais*. Sao Pablo, 1987. pp. 83-91.

(en la concesión de una cautelar). Inclusive en este estadio cognitivo puede exigirse mayor excepcionalidad de otorgamiento como mayor grado cognitivo, en tanto cognición sumaria profundizada, donde el grado es el de la verosimilitud probable o certeza probable sucedánea (fuerte probabilidad, que en realidad se vincula con la excepcionalidad de la medida antes que con la profundidad; por ejemplo, el juicio valorativo de otorgamiento de una medida autosatisfactiva).

c) Cognición exhaustiva: donde el grado exigido es la certeza (la requerida en la sentencia final).

No deben confundirse técnicas de cognición con procedimientos de conocimiento, que son la organización ritual del proceso de conocimiento: ordinario, sumario, sumarísimo. Por regla, el justiciable debe aguardar la cognición exhaustiva para tener una atribución patrimonial o extrapatrimonial segura, normativa y jurídicamente, mas sucede que, como venimos diciendo, durante el proceso puede verse el derecho instrumentado amenazado a tal punto que de no tomarse recaudos a tiempo, la resolución favorable fundada en una cognición exhaustiva pueda ser ficticia e inútil en su momento. Con esta clasificación libre tratamos de conjugar las ya existentes y realizadas por la doctrina<sup>(39)</sup>. Esta materia no debe ser nunca excluida de toda consideración, y debe ser necesariamente incluida en los tópicos de tratamiento, debido al escaso tratamiento que ha tenido en materia civil<sup>(40)</sup>. Cabe dar cabida a otros términos que en realidad, como aclaramos, se amoldan al esquema de tratamiento que

dimos<sup>(41)</sup>. En realidad el problema se plantea por tratar de exigir el arribo a la verdad objetiva y material, cuando apenas puede arribarse a un estado de convencimiento subjetivo sobre la verdad, pero nunca a la verdad misma<sup>(42)</sup>.

### 3 El problema terminológico en el derecho comparado.

Como primera aclaración, entendemos que el auxilio del derecho comparado es esencial no tanto porque autores como Carnelutti, Ihering o Savigny lo hayan sostenido, sino que nuestros fundamentos son más sencillos y casi de sentido común. Debe dejarse de lado la errónea consideración de que el derecho y las elaboraciones doctrinarias foráneas son ajenas al derecho local; se olvida que el término genérico derecho sigue siendo el mismo, de modo que no solo no es inútil dogmatismo comparatista, sino que es sencillamente derecho<sup>(43)</sup>. Las instituciones no dependen conceptualmente del juicio que, de la realidad donde se deben implementar, aventureros de lo desconocido se atrevan a formular. La realidad exige vías eficientes y eficaces de acceso a la jurisdicción y de realización del derecho sustancial que no toleran más dilaciones. Por otro lado, no puede dejarse de lado que las instituciones contempladas no son una creación *ex-nihilo*, sino que tienen un reconocido sustento nacional e internacional, con la diferencia que quedaron solo en propuestas y proyectos de *lege*

(39) CARBONE, C. A. *El nuevo concepto "fuerte probabilidad" como recaudo de las medidas autosatisfactivas y su proyección hacia un nuevo principio general de derecho*. ED, diario del 17/11/98; PEYRANO, J. W. *Informe sobre las medidas autosatisfactivas*. LL, 1996-A-999; del mismo autor *Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medida autosatisfactiva*. Libro del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 1998; donde se predica que el sustento gnoseológico para el otorgamiento de una medida distinta de la cautelar reside en que se sustenta en "algo más que la mera verosimilitud".

(40) Se critica lo sostenido por Marinoni como aplicable solo al derecho brasileño (ver CARBONE, C. A. Op.cit.; p.2 *ab initio*). Discrepamos con el autor de tamaña crítica. No solo lo esbozado por el jurista brasileño es aplicable al derecho brasileño sino a cualquier derecho, sencillamente es "teoría general del derecho". Conviene, como lo hace el jurista del vecino país, discriminar -y ese es el método que empleamos en el presente párrafo temático de tratamiento- entre los grados de cognición judicial (consecuentemente los términos de designación de los niveles) y el cauce formal o procedimiento en la cual aquella debe actuar. Creemos que al menos en la doctrina existe un caos terminológico (que podría ser excusable, ya que las palabras al menos son solo sonidos adaptables) pero se le suma un caos conceptual (y esto si es grave porque no es excusable la errónea o difusa significación esencial).

(41) Artículo 67 sobre medidas autosatisfactivas del Anteproyecto de código procesal civil y comercial de la provincia de Buenos Aires. MORELLO, Augusto y otros.; donde se emplean los términos "interés tutelable cierto y manifiesto", lo que en nuestra conceptualización equivale a verosimilitud probable o certeza probable sucedánea (probabilidad).

(42) Al respecto, véase lo sostenido por: GERHALD, Walter. *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá: Themis, 1985. pp. 131-149. El autor propone los distintos grados de cognitivos exigidos: a) convicción = certidumbre o ausencia de dudas; b) verosimilitud rayana en seguridad o certeza y verosimilitud preponderante o grande.

(43) Este posicionamiento no puede ser desconocido por la doctrina. Ya Pascal había criticado que la justicia se veía limitada por el solo hecho de que mutaba el derecho cruzando solo el río. La diversidad de leyes y reglas jurídicas de un país a país no puede comprenderse sino como solo deviniente de la diversidad de civilizaciones; así los datos históricos, reales, ideales, sociales, funcionales y económicos mutan la exteriorización mas no la naturaleza idéntica del derecho, ello ha sido sostenido por el profesor eminente de la Universidad de Burdeos, E. Agostini (ANGOSTINI, Eric. *Direito Comparado*. Traducción del francés. Portugal: Resjurídica, 1995. p. 9.



ferenda, en algunos casos, en otros, en pruritos dogmáticos no factibilizados.

Resulta interesante cómo en el derecho comparado procesal se pueden encontrar claramente dos términos de designación, a saber: (i) medidas o tutelas provisionarias (derecho alemán, *common law*, derecho francés, derecho y litigación internacional); (ii) medidas o tutelas cautelares, anticipatorias y autosatisfactivas (derecho luso-italico-iberoamericano). En realidad las segundas designaciones son especies de lo provisorio, pero el detalle designativo de las especies y no del género (lo provisorio), hace necesario elaborar construcciones argumentales para diferenciar las especies en un excesivo prurito dogmático, cuando en realidad todo

se solucionaría designando por el género y no por la especie<sup>(44)</sup>. Así lo señala la doctrina alemana<sup>(45)</sup>.

Como se verá, definitivamente hay varios puntos de contacto, por no decir coincidencias entre las construcciones de unos y de otros<sup>(46)</sup>. No debemos descartar la clasificación, sustancialmente no diferente de la doctrina del *common law*<sup>(47)</sup>, en una perspectiva o en otra<sup>(48)</sup>, donde el régimen de las *injuctions* y *provisional mesures* tiene raigambres ya en el sistema del *equity* de modo que su recepción es explícita y efectiva<sup>(49)</sup>. Igualmente, véase el derecho francés en el *Ancien Code* antes de la reforma en nuestro siglo en la década del 70 hablaba de *des mesures conservatoire* (Libro II, título I). La reforma introdujo el denominado *Les ordonnances de référé* (artículos 893-896)<sup>(50)</sup>, que

- (44) Este mismo autor ha venido sosteniendo la necesidad de diferenciar entre lo cautelar y lo anticipatorio. Véase PÉREZ RAGONE, A. *Concepto Estructural y funcional de la tutela anticipatoria*, ED 2/7/99; o en *Revista de Derecho Procesal*. No.3, España, 1999, en prensa. Debe reconocer este autor que este esfuerzo de distinción resultaría hartamente relevado de adoptarse la designación (*término*) de tutela provisionaria, donde poco interesa que anticipe, conserve o cautele.
- (45) Resulta de interés la clasificación realizada por BAUR, F: Op.cit. pp.265-273 : *einstweiliger Rechtsschutz* (tutelas provisionarias de derechos; algunas contienen las que son para nosotros medidas cautelares) que tienen las siguientes especies : a) *Arrest* (§916-934 *Zivilprozessordnung* –ZPO-) o medida conservatoria de una pretensión dineraria en juicio actual o eventual de ejecución, es el embargo b) *einstweilige Verfügungen* (resoluciones provisionarias) (§ 935-945 ZPO); medidas que no tienen una pretensión dineraria las que a su vez pueden ser : b.1 *Sicherungsverfügung* (§ 935 ZPO); medida conservatoria destinada a cautelar una pretensión no dineraria ; b.2 *Regelungsverfügung* (§ 940 ZPO) medida destinada a regular un estado en interés de la “seguridad jurídica o de derecho” - traducción libre de *Rechtsfriedens*, la literal sería “paz jurídica” que el lector tome la que más le place nuestra sugerencia suena como más cercana a la realidad justamente la que damos como traducción literal- prohibiendo u ordenando alguna conducta ; b.3 *Befriedigungs- oder Leitungsverfügung* (medida incluíble in § 940); medida satisfactiva o de cumplimiento de la prestación. Es en realidad esta última especie la que nos interesa y que se adecua al marco conceptual que dimos de la anticipatoriedad . En detalle, BAUR (p.271), esclarece que en casos donde podría haber un *Arrest* este tendría solo una función conservatoria o de cautela pero en la especie de medida satisfactiva; con provisoriedad se satisface la pretensión. Como puede verse la regulación es genérica no con la especificidad del código brasileño o el italiano. En el § 945 del ZPO *Shadensersatz*, se contempla una medida innominada y residual en materia de daños y perjuicios cuando del empleo de las dos especies anteriores puede devenir un riesgo , en ciertos casos puede implicar una anticipatoriedad por ejemplo siendo conexas a un juicio de daños y perjuicios. Finalmente, véase el excelente cuadro explicativo del desaparecido maestro F. Baur que fuera profesor en la Universidad de Tübingen, en pp. 274-275.
- (46) Igualmente respecto a la clasificación antes dada coincidentemente puede verse la elaborada por los profesores PÜTTING, Hanns Pütting y LÜKE, Gerard. *Lexikon des Rechts-Zivilverfahrensrecht*. Berlin: Luchterhand, 1995. pp.8-10. Igualmente puede consultarse MUSIELAK, Hans-Joachim. *Grundkurs ZPO*. München: Beck, 1995. p.606, 614-616; ZEISS, W. *Zivilprozessrecht*, , Tübingen: Mohr (Paul Siebeck), 1997. p.273; JAUERING, O. *Zivilprozessrecht*. München: Beck 25 Auflage, 1998. p.34-35, 39; BAUR, F. y GRUNSKY, W. *Zivilprozessrecht*. Berlin: Luchterhand, 1997. pp.276-291; SCHELLHAMMER, K. *Zivilprozessrecht*. Heidelberg: Müller, 1996. pp.1946-1953; PAULUS, Ch. *Zivilprozessrecht*. Berlin: Springer, 1996. pp. 699,703, 716; SCHLOSSER, P., *Zivilprozessrecht I*, pp.8, 250, 188; BAUMBACH-LAUTERBACH-ALBERS-HARTMANN. *Zivilprozessordnung Kommentar*. München: Beck, 1999. p. 935; DUNKEL-MOELLER-BAUR-FELDMEIR-WETEKAMP. *Handbuch des vorläufigen Rechtsschutzes*. 2da. ed. 1991; SCHUSCHKE, Walker. *Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz*, Tomo II, 1995.
- (47) FRIEDENTHAL y otros. Op.cit.; pp.698-703; donde brillantemente elaboran una teoría general de los *provisional remedies*. Complementátese ello con el tratamiento en particular de las *preliminary injuctions and temporary restraining orders*, que son el género de las diligencias y medias provisionarias en el sistema del *common law* (pp.703-707).
- (48) Véase igualmente HAZARD, G y TARRUFFO. Op.cit.; pp.196-197.
- (49) Aparte de la bibliografía citada, ver: : COUND, J. y otros. Op.cit.; pp.1083-1086; WRIGHT-MIKLLER & KANE. *Federal practice and procedure, Civil*. 2da. ed. West Pub., 1995. pp.2947-2950; LEUBSDORF, *The standard for Preliminary Injunction*. En: *Harvard Law Review*. No. 525, 1978. Ver un excelente comentario al fallo *leading case* en la materia: *American Hospital Supply Corp v. Hospital Products, Ltd*. En: *Iowa Law Review*. No.1175, 1987 ; RENDEMAN. *Inadequate remedy at law prerequisite for an injunction*, En: *University Florida Law Review*. No.346, 1981; LAYCOCK. *Injunctions and the irreparable injury rule*. En: *Saint Texas Law Review*. No.1065, 1979. Para un análisis práctico del funcionamiento de este instituto en el derecho americano, ver SCHREVE, G. y RAVEN HANSEN. *Understanding civil procedure*. Bender, 1994. pp.452-453.
- (50) CADIET,Loic. *Droit judiciaire privé*. Litec, 1992. pp.524-529; ESTOUOP. *Procédures rapide*. Litec, 1990; MARTIN, R. *Chron. 158 (Référé, theatre d'apparence)*, 1979; PERROT, *Evolution des référé*. Mélanges Hébraud, 1981. p.645; ROUSSE. *Nature et finalité des mesures*. Gaz. Pal., 1977; BRU,Cézar y Hébraud et Signolle. *La jurisdiction du président du tribunal*. 5ta. ed. Tomo I. Litec: Des référés, Litec,1978.

por la extensión de la redacción del artículo habilita medidas conservatorias o anticipatorias<sup>(51)</sup>. En el derecho procesal internacional<sup>(52)</sup> –por ejemplo en lo atinente al proceso arbitral internacional–, cuando las medidas se deben materializar en extraña jurisdicción al tribunal<sup>(53)</sup>, cabe lo mismo para otras *alternative dispute resolution*<sup>(54)</sup>. Incluso cabe la inquietud sobre un tópico poco tratable en la litigación doméstica, la tutela debida de la competencia y jurisdicción que

alguna de las partes postula para sí<sup>(55)</sup>. En materia de integración o mercados comunes, respecto de la Comunidad Económica Europea (CEE) también se contemplan medidas amplias<sup>(56)</sup>.

Con distinto criterio lo ha hecho y navega la doctrina en el derecho lusitano-italico-iberoamericano<sup>(57)</sup>. Igualmente el elaborado por nuestra doctrina<sup>(58)</sup>. Las interesantes elaboraciones en la clasificación de la doctrina italiana iniciándonos por Chiovenda<sup>(59)</sup>,

- (51) Artículo 484 del Código Procesal Civil: «*L'ordonnance de référé est une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas, ou la loi confère à un juge qui n'est saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires.*».
- (52) Para la materia de la jurisdicción internacional: ACHWEBEL, Stephen M. *Justice in international law*. Cambridge: U. Press, 1994. pp.171-223; BROWLIE. *Public international law*. Oxford, Chapter XIV. p.292.; BRILMAYER, Lea. *Conflict of Laws*, p.267; en especial, los conceptos de: poder, conveniencia y soberanía; BORN, G. *International civil Litigation in United States Courts*. Pp.1-3; KROPLHER, J. *Internationales Privatrecht*. Pp.520 y ss.; AKENHURST, *Jurisdiction in International Law*, 46 Brit Y.B. int'l L. 145 (1972-73); WRIGHT C. & MILLER, A. *Federal Practice and Procedure*. 1969. p.1350-51; TARZIA, G. *Competenza Internazionale e Competenza Giurisdizionale per connessione*. En: *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*. Milano, 1969; SCOLES, E y HAY P. *Conflict of laws*. West Bulb, 1994. pp.269 y 309. *Adjudicatory jurisdiction: general theories compared and evaluate*. En: *Boston University Law Review*, pp.288 y ss.; GAUDEMET-TALLON, H. *La prorogation volontaire de jurisdiction en droit international privé*. Paris, 1965. pp.317 y ss.; KAUFFMANN-KOHLER, G. *La clause d' election de for dans les contrats internationaux*. Bale and Frankfurt. p.141; JODLOWSKI. *Les deux conventions relatives a la prorogation et a la derogation de la competence internationale en matiere civile*. En: *Recueil des Cours*. Vol.143, 1974. pp.555 y ss.
- (53) Pronunciamientos internacionales sobre dispuestas medias provisionarias en extraña jurisdicción, especialmente en materia arbitral: Sentencia del Tribunal de Amberes: en: 24 ILM 1639, 1640-41 g. 1 ICSID Rev. -FILI 380, 381 (1986). Ver también: MARCHAIS. *ICSID and the Courts*. News from ICSID 4, 5, 1986. Ver también FRIEDLAND. *Provisional Measures and ICSID Arbitration*, 2 Arb. Int'L 335, 354 (1986).
- (54) Aplicabilidad de los principios en materia de *alternative dispute resolution*: SCHLOSSER. *Internationale private Schiedsgerichtsbarkeit*. 2da. ed. Tübingen: Mohr, 1989. pp.264 y 270; BORN. Op.cit.: pp.461-74; GOLDENBERG, SANDER, ROGERS. *Dispute Resolution-Negotiation, Mediation and other processes*. Aspen Law & Business, 1995. pp.71-73; SANDROCK. *Welche Kollisionsrecht hat ein Internationales Schiedsgericht anzuwenden?*. En: *Recht der internationale Wirtschaft*, 1984. pp. 934,935; VINCENT, J. Y GUICHARD. S. *Procedure Civile*. 24ta. ed. Paris: Dalloz, 1996. p.435 y ss.; SCHIZZEROTTO, G. *Dell'arbitrato*. 3ra. ed. Milano: Giuffre, 1988. p.525; BROWER Charles y GOODMAN Ronald. *Provisional measures and the protection of ICSID jurisdictional exclusivity against municipal proceedings*. En: *Revista F. I. Law Journal*. p.431 y ss. En este sentido, véase: *Holiday Inns v. Morocco*, ICSID ARB/72/1, Tribunal's decision dated July 2, 1972-leading case-; Lalive, the first "World Bank" arbitration (Holiday v. Morocco)-in Some Legal Problems, 1980 Brit. Y. B. Int'l L. pp.123, 136-37; *Atlantic Triton v. Guinea*. ICSID ARB/84/1 y su comentario en FERIEDLAND. Op.cit., 2 Arb. Int'l 335; *Maritime international nominees establishment (MINE) v. Guinea*. ICSID ARB/84/1. Sobre las denominadas *antisuit injunctions*, ver: BORN, G. Op.cit.: pp.475 y ss.; *Cargill, Inc. V. Hartford Accident & Indemnity Co.* (531 F. Supp. 710 (D. Minn. 1982); *China Trade and Development Corp. V. My Choong Yong* ( 837 F. 2d. 33 –2d. Cir. 1987); *Cour d'Appel de Rennes*; citado en el 112 Journal de Droit International, 1985. p.925; *Revue de l'Arbitrage* 439, 24 ILM 340 ( 1985) ; 2 News from ICSID , No.2-7 (1985) ; Fallo del 18 de noviembre de 1986 Cour de Cassation. En: *Journal du Droit International* 125 (1987). 2 ICSID Rev.-FILJ 182 (1987).
- (55) Véase el problema principal de las medidas provisionarias en la litigación internacional, donde según dijimos, el tema de discusión se centra más sobre la jurisdicción que sobre el efecto anticipatorio o cautelar de la medida ordenada. Ver en especial: GEIMER, R., *Internationales Zivilprozessrecht*. pp. 399b, 615, 1767, 1216, 2006; SCHMITT, Otto. Op.cit.: SCHLOSSER P., *Das Recht der internationalen...*Op.cit.: p.142, 403, 760, 775; SCHACH H., *Internationales Zivilverfahrensrecht*. München: Beck, 1996. p.823; JUNKER, A., *Internationales Privatrecht*. München: Beck, 1998. p.254. Igualmente, ver Supra nota 54 en lo que se refiere a las denominadas *antisuit injunctions*.
- (56) Para un análisis de la materia en la órbita de la integración, en la CEE, ver: KROPHOLLER, J. *Europäisches Zivilprozessrecht-Kommentar zu EuGVÜ und Lugano-Übereinkommen*. p.1,12, 24. Especial comentario al artículo 24 de la Convención de referencia. Heidelberg: Recht und Wiss, 1996; HOGAN. *The judgment convention and mareva injunctions in the United Kingdom and Ireland*, En: *European Law Review*, 1989, p.191; EILERS. *Massnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes im europäischen Zivilrechtsverkehr*, 1991, MEIR, Isaak. *Besondere Vollstreckungsteil nach dem Lugano-Übereinkommen*. En: *Schwander das Lugano-Übereinkommen*. St. Gallen, 1990. p.157.
- (57) Véase otro criterio en : CAPRI; Federico. *La tutela d'urgenza*. Atti del XV Convegno Nazionale. Bari, 1985. p.56: a) Tutela urgente satisfactiva ; b) Tutela satisfactiva interinal ; c) Tutela cautelar propiamente dicha.
- (58) Condice con fenómenos tales como: la anticipación, la cautela y la satisfacción. Criterio elaborado por VARGAS, A. *Tutela judicial efectiva, acción, bilateralidad, prueba, y jurisdicción en la teoría general de las medidas autosatisfactivas*. En: *JA*, 1998. p.5.
- (59) Clasificación de Chiovenda, *Instituzioni di dir. Proc. Civ.* Tomo I, No.82. Napoli: Jovene, 1953. p.241 y ss. Diferencia la medida provisionaria cautelar o conservatoria (...) per garanzia della sua futura attuazione pratica", aludiendo a la voluntad de la ley, ya elabora un inicio de la tutela cautelar como autónoma, donde menciona un supuesto de *accertamenti con funzione esecutiva*, valiendo aclarar que alude a la condena con reserva y al decreto *ingiuntivo*.

siguiendo luego por Calamandrei<sup>(60)</sup> y Carnelutti<sup>(61)</sup> para finalizar con Tarzia<sup>(62)</sup>; así el sistema del *Nuovo Codice* con la reforma no cabe duda de su filiación<sup>(63)</sup>. En estos ordenamientos se contempla con suficiente explicitéz la tutela anticipatoria, así en el caso del derecho brasileño<sup>(64)</sup> que creemos tiene la mayor completitud y sobre el cual giró nuestro estudio (sin menospreciar que lo legislativamente receptado no obsta para que se infiera de nuestro ordenamiento). La esencia del instituto es una, cualesquiera sean los

- (60) CALAMANDREI, P. Introducción al estudio...Op.cit.; donde los *provvedimenti cautelari* -primera especie- no pueden ser calificados por el contenido sino por el efecto jurídico del proceso al que se anexa y no por la provisoriedad, ya que hay otras medidas que siendo provisionarias no son cautelares. Respecto a la condena con reserva- segunda especie-, es un supuesto de provisoriedad que tiene por meta devenir en definitiva, mientras que en la cautelar la provisoriedad está en el fin mismo de la medida. Pero he aquí una tercera especie en los *provvedimenti* que por el peligro de daño en la demora del pronunciamiento definitivo, con una medida cautelar es que *anticipi provvisoriamente gli effetti del provvedimento definitivo* (ver p.18). El maestro en otra obra, *La sentenza dichiarativa di fallimento come provvedimento cautelare*. En: *iv. Dir. Comm.* Tomo I, 1936, p.279; critica con agudeza -tesis a la cual adherimos- la siguiente clasificación de las resoluciones jurisdiccionales, a saber: declarativas, ejecutivas y cautelares. Sencillamente se clasifica especies que difieren entre sí por una razón obvia, no son especies sino géneros con caracteres propios, es decir la heterogeneidad de elementos dificulta desde el punto de vista lógico que se los englobe como calificables por genero próximo, y diferencias específicas, su esencia difiere, mal cabría por ende una clasificación de tal naturaleza. En conclusión, arriba a la captación de las siguientes especies cautelares por el contenido: las conservativas de prueba o de instrucción anticipada; las que tienen en mira asegurar una futura ejecución forzada del derecho in litis; las que inciden interinamente en una controversia; y las que imponen una caución. En puridad son reducibles a dos las especies a saber, conservatorias e innovativas. (Ver p.26 de la primera obra citada).
- (61) CARNELUTTI, F. *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*. Traducción de Jaime Guasp, Barcelona: Bosch, Barcelona, 1942. p.62-64. Entiende que el proceso cautelar sirve mediatamente al proceso principal, por ser la garantía del desarrollo o del resultado de un proceso distinto, es decir una cautela para el definitivo. El maestro enuncia que hasta entonces la clasificación se centró en proceso cautelar conservatorio o innovativo de la tutela, consistiendo el primero en prohibir e imponer el segundo. Pero la verdad, concluye esa clasificación es incierta, v.g. respecto del embargo preventivo que sería ejemplo de la primera clase en realidad equivale incluso a una transformación cuando hay remoción de la cosa embargada. Sucede que en realidad -note el lector que acá refuta el eje argumental clasificatorio de Calamandrei- la clasificación se obtiene **no tanto por los efectos del proceso, mas sí por sus fines** (tesis que abrazamos). Sencillamente el fin del proceso definitivo depende de dos series de condiciones: a) que el órgano pueda disponer de los medios necesarios (pruebas y bienes); b) que al fin la situación de hecho pueda adaptarse a la situación jurídica declarada o constituida por el proceso. Pero advertencia, piénsese -siempre reproduciendo el pensamiento del maestro- respecto a la segunda condición, ya que la primera es evidente por sí, por ejemplo en un proceso de alimentos en cuanto se dirige a una sentencia justa, sería inútil si durante la espera el que los pide se muere de hambre, e igualmente sería inútil el proceso de reivindicación de una cosa si durante su curso quien la posee logra esconderla o destruirla. Según estas dos hipótesis, el proceso cautelar se divide en proceso **cautelar instrumental y final**. El primero entra en la categoría de los que tienden a garantizar los **medios** del proceso definitivo (el embargo preventivo); el segundo en cambio el segundo sirve para garantizar la **utilidad práctica del proceso definitivo** (un proceso de urgencia fundado en el artículo 700 dirigido a una condena provisional de alimentos). Aun cuando nuestra disidencia se encamine a considerar cautelar a lo que el maestro pone como ejemplo "proceso de urgencia"-que coherentemente para nosotros reviste otra entidad cual es la anticipatoriedad-, lo de "utilidad práctica" es suficientemente amplio para nuestra tesis, de modo que una satisfacción anticipada provisionaria hace a la "utilidad" de la futura y eventual satisfacción definitiva que podría no ser tal de no verificarse el presupuesto contenido en lo provisorio el resultado de lo definitivo es literal y esencialmente un *anacronismo injust*, entendiéndose el proceso no satisfizo su fin.
- (62) TARZIA, G. *Il nuovo processo cautelare. Introduzione*. Milano: Cedam, 1993; Allorio, E. *Per una nozione di processo cautelare*. En: *Riv. Dir. Proc.* No. 1, 1936. p.18; donde se orienta a la elaboración de una teoría sustancial de la tutela; igualmente sobre lo cautelar genérico: ver: PISANI, Proto. *Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile*. En: *Riv. Dir. Civ.*, No. 1, 1987. p.109, ver igualmente del mismo autor, *Procedimenti cautelari*. En: Enciclopedia Giurídica. Roma, 1991.
- (63) Aparte de la bibliografía total citada en el presente artículo específicamente puede verse: LA CHINA, V. Sergio. *Diritto processuale civile la novella del 1990*. Milano: Giuffrè, 1991. pp. 46 y ss.; RICCI, Edoardo F. *I provvedimenti interinali e cautelari*, En: *La riforma del processo civile*, Milano: Giuffrè, 1991. pp.51 y ss.; CAPRI, Federico. *È sempre tempo di riforme urgenti del processo civile*. *Revista trimestrale di diritto e procedure civile*, 1989. pp.81 y ss.; BORGHESI, Doménico. *L'anticipazione dell'esecuzione nella riforma del processo civile*. *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1991. pp. 1991 y ss.; RICCI, Edoardo. *A tutela anticipatoria in Italia*. En: *Rev. de Dir. Proc. Civil*. Curitiba, No.4, 1997.
- (64) Tutela anticipatoria en el derecho brasileño: MARINONI, L.G. *A antecipacao da tutela na reforma do processo civil*. Sao Paulo: Ed. Malheiros, 1996; del mismo autor, *A reforma do C.P.C. e a efetividade no processo*. En: *Genesis. Revista de Direito Processual Civil*. No.1. Curitiba, 1996. pp.87 y ss.; del mismo autor, *Tutela antecipatoria, julgamento antecipado e execucao imediata da sentenca*. En: *Rev. dos Trib. Sao Paulo*, 1997; DINAMARCO, C. *A reforma do Código de Processo Civil*. Sao Paulo: Malheiros, 1995. pp.138-148; FANTONI, N. *A tutela jurisdiccional antecipada a luz da efetividade da Constituicao e do prestigio da funcao jurisdiccional*. En: *Genesis. Revista de Direito Processual Civil*. No.1. Curitiba, 1996; *Aspectos polemicos da antecipacao de tutela*, obra coordinada por Arruda Alvim Wambier Artículos vinculables en la reforma del proceso civil brasileño son los que reproducimos y que en nuestro criterio - con todas las críticas que se puedan esgrimir- sirven a nuestros propósitos de elaboración de una teoría general temática sobre la anticipatoriedad, es sobre el contenido conceptual más que terminológico sobre el cual nos desenvolveremos con la óptica lógica y gnoseológica que planteamos en la nota precedente sobre los "tropos jurídicos". Nuevo artículo 273 del Código Procesal Civil del Brasil, según modificación de la Ley 8.952, del 13 de Diciembre de 1994.- Artículo 273: "El juez podrá a requerimiento de parte anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la demanda, desde que existiendo pruebas inequívocas, se convenza de la verosimilitud de la alegación y:

términos de su regulación. Igual recepción se da en el código procesal de Portugal<sup>(65)</sup>. Cabe la mención del derecho uruguayo<sup>(66)</sup>. En el caso de Argentina, la recepción es con una incipiente elaboración de la doctrina al respecto<sup>(67)</sup>, con proyectos legislativos de recepción explícita<sup>(68)</sup>, como con sendos pronunciamientos jurisprudenciales de acompañamiento que la admiten o la deniegan.

Empero ello, se topa con este nuevo instituto, tanto que en solo contados casos se insinúa la anticipatoriedad con tal término pues normalmente aluden a medida innovativa y, dentro del trámite cautelar, refutado por la tesis que abrazamos, pero que en definitiva es en la práctica casi la única vía, con la del amparo, para procedimentalmente solicitar tal *petitum* ya por el Supremo Tribunal de País<sup>(69)</sup>, ya por

- I.- Haya fundado temor de daño irreparable o de difícil reparación; o
  - II.- Quede caracterizado el abuso de derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado.-
  - 1º.- En la decisión que anticipa la tutela, el juez indicará, de modo claro y preciso las razones de su convencimiento.-
  - 2º.- No se concederá la anticipación de la tutela cuando hubiera peligro de irreversibilidad de la resolución anticipatoria.-
  - 3º.- La ejecución de la tutela anticipatoria observará, en lo que corresponda, lo dispuesto en los incisos I y II del artículo 588.-
  - 4º.- La tutela anticipatoria podrá ser revocada o modificada en cualquier tiempo, mediante decisión fundada.-
  - 5º.- Concebida o no la anticipación de la tutela, proseguirá el proceso hasta la sentencia final.-Complemento de consulta, artículos de reformados:
- Artículo 798.- Además de los procedimientos cautelares específicos, que este código regula en el capítulo II de este libro, el juez podrá determinar las medidas provisionales que juzgue adecuadas, cuando hubiera fundado temor de que una parte, antes del juzgamiento de la lista, cause al derecho de la otra lesión grave y de difícil reparación.-
- Artículo 588.- La ejecución provisoria de la sentencia, se hará de la misma manera que la definitiva observando los siguientes principios:

- I.- Corre por cuenta y responsabilidad del acreedor, que prestará caución, obligándose a reparar los daños causados al deudor.-
- II.- No importa los actos que importen alienación del dominio, ni permite, sin caución idónea, el levantamiento del depósito en dinero;
- III.- Queda sin efecto, sobreviniendo sentencia que modifique o anule la que fue objeto de ejecución, restituyéndose las cosas al estado anterior.-

- (65) FERREIRA DA SILVA. *Providencias Antecipatorias no Processo Civil Portugues*. En: *Revista de Derecho Procesal*. No.1. Rubinzal-Culzoni, 1998. pp.363-382.
- (66) En el derecho uruguayo: ABAL OLIU, A. *Medidas provisionales y anticipadas*.(artículo 317 del Código Procesal Civil). En: *VIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*. Universidad Montevideo, 1995. pp.28-29; TARINGO, E. *Lecciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*. F.C.U. Vol. II. Montevideo, 1994. p.350. Estas medidas empero son consideradas de naturaleza cautelar por BARRIO DE ANGELIS, D.; en *El proceso civil*. Volumen II. Montevideo, Editorial Idea, 1990. p.89-90.
- (67) La tutela anticipatoria en las diversas ramas del derecho : a) en el derecho de fondo, ver ANDORNO, Op.cit.; RIVAS, A. *La jurisdicción anticipatoria y la cosa juzgada provisional*; BERIZONCE, R. *Tutela anticipada y definitiva*. Tomo IV. J.A., 1996. p.741; b) en sus especiales ribetes procesales: RIOS, G. *La inyección santafecina*. JS. pp.3-27; DE LOS SANTOS, M. *La medida cautelar innovativa y el anticipo de la sentencia: su ubicación entre los llamados "procesos urgentes"*. Tomo I. J.A., 1996. p.633 ; LORENETTI, R. y LÉPORI, I. *Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe*. Santa Fe, 1996. pp.815 y 885; c) en materia del derecho de familia: BERIZONCE, R. *La tipicidad del proceso de familia y su reflejo en la tutela cautelar y anticipatoria*. En: *Rev. de Der. Procesal*. No.1. Ed. Rubinzal Culzoni, 1998. En derecho laboral, ver VITANTONIO, Nicolás. *Medida autosatisfactiva y derecho laboral*. Ponencia. En: *Libro de Ponencias*. UN. del EN, 1997; donde si bien en relación a otro tema roza nuestra materia; en derecho administrativo, ver COMADIRA, J. R. *Las medidas cautelares en el proceso administrativo*. LL 1994-C- 699; en materia tributaria ver MONTI, L. y FERREIRO, Vietito A.M. *Las medidas cautelares en materia tributaria*, LL 26/11/98.
- (68) Anteproyecto de reformas del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires, 1997. En este Anteproyecto, elaborado sobre la base del propuesto para la Nación por los doctores Augusto Mario Morello, Isidoro Eisner, Mario Kaminker y Roland Arazi; se contemplan expresamente la tutela anticipada y las medidas de efectividad inmediata, de la siguiente forma: Artículo 65 (Tutela anticipada). El juez podrá anticipar, luego de la traba d ela litis, a requerimiento de parte, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la demanda o reconvenición si: 1) Existe convicción suficiente acerca del derecho invocado; 2) se advierte en el caso tal grado de urgencia que si la medida no se adoptase en ese momento se causaría daño irreparable al peticionario; 3) se efectivice contracautela suficiente salvo que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 200, el peticionario se encontrase exento de darla; 4) la anticipación no produzca efectos irreparables en la sentencia definitiva. Artículo 66 (Uterioridades). Solicitada la tutela el juez designará audiencia con carácter urgente, a la que serán citadas las partes interesadas: concluída la misma y sin otra sustanciación, resolverá. El proceso donde se anticipó la tutela continuará hasta su finalización; si al momento de dictarse la sentencia o durante la secuela del mismo cambiasen las condiciones, la tutela anticipada podrá quedar sin efecto. El régimen de los recursos y las eventuales modificaciones de sustancia y contracautela, será el establecido para las medidas cautelares. Artículo 67 (Medidas de efectividad inmediata). En aquellos supuestos excepcionales en que concurran de modo evidente los siguientes requisitos: 1) Se acredite la existencia de un interés tutelable cierto y manifiesto; 2) su tutela inmediata sea imprescindible, produciéndose en caso contrario su frustración; 3) no fuese necesaria la tramitación de un proceso de conocimiento autónomo; se podrán disponer las medidas que la índole de la protección adecuada indique, bajo la responsabilidad del peticionario. Si el juez lo entendiera necesario requerirá contracautela.
- (69) De la Corte Suprema de justicia de la nación (CSJN) en el caso Unión Obrera metalúrgica de la República Argentina contra Sociedad Mixta Siderurgia Argentina, del 26 de diciembre de 1991. Se dijo que "corresponde dejar sin efecto la decisión que hizo lugar a la medida cutelar dando por satisfecho el presupuesto relativo a la verosimilitud del derecho sobre la base de un convenio cuya naturaleza y alcance constituye el meollo de la acción principal de modo que configura un adelanto del resultado útil del proceso". En

otros<sup>(70)</sup>. Esto de alguna manera se ha transpolado al sistema procesal del MERCOSUR<sup>(71)</sup>. Así, la normativa vigente es el denominado Protocolo sobre medidas cautelares de Ouro Preto de 1997. Es indubitable la

el caso Camacho Acosta, M. contra Graff, con nota aprobatoria de Morello; la CSJN dejó sin efecto la sentencia que rechazara una medida cautelar de innovar solicitada por la actora en el marco de un proceso de daños y perjuicios, tendiente a que se impulsara a los demandados el pago de una prótesis en reemplazo de su antebrazo izquierdo que había sido amputado por una máquina propiedad de aquellos. Afirmó que aunque las resoluciones en materia cautelar no son en principio revisables por el recurso extraordinario, tal principio debe ceder cuando el recurrente ha puesto de manifiesto que la tardanza en la colocación de la prótesis hasta el momento de la sentencia definitiva le provocará un perjuicio irreversible. Conveniente es reproducir el considerando 7: “El anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de las medidas cautelares innovativas, no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie -según el grado de verosimilitud- los probados intereses de aquel y el derecho constitucional de defensa del demandado”. Igualmente puede verse Dahigren contra Cáceres (10/12/96); Universidad Nacional de Mar del Plata contra Estado Nacional (19/5/97) rechazando la medida solicitada, empero resulta interesante resaltar el voto en disidencia del doctor Petracchi: “La pretensión que constituye el objeto del proceso cautelar no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal sino de un análisis de la mera probabilidad a cerca de la existencia del derecho discutido. Ello es lo que permite al juzgador se expida (sic) sin necesidad de efectuar un estudio acabado de las distintas circunstancias que rodean toda la relación jurídica. De lo contrario, si estuviese obligado a extenderse en consideraciones al respecto, peligraría la obligación que pesa sobre él de no prejuzgar, es decir de no emitir opinión o decisión anticipada de cualquiera de las partes”; CSJN, agosto 24 - 993. Bulacio Malmierca, Juan C. y otros contra Banco de la Nación Argentina. La Ley, 1994-B; CSJN, noviembre 23 - 995. Grinbank, Daniel E. contra Estado Nacional, 1996-A, 1218.

- (70) Otros tribunales: The Coca Cola Company y otros contra Nac. Civ. y Com. Fed., Sala 2da., 22/10/93. En: JA 1994-II-214/15. “Corresponde hacer lugar a la medida innovativa y ordenar el cese inmediato, previa contracautela suficiente, de la campaña de publicidad comparativa”. Helizkowsky, M. y otros contra Programa de Salud S.A., Juzgado Nacional Comunitario. No.11, 1ra. instancia firme, 23/12/93; Pesce contra Confederación Argentina de Judo, Cam. Nac. Civ., sala de feria, 22/7/92. En: JA 1994-III-165, p.171; Schroder J. y otro contra Estado Nacional -Secretaría de recursos naturales y humanos-. Contencioso-administrativo, Sala 3ra., 3/2/1995; Sup. Jurisp. Adm. JA 4-9-95; Supremo Gobierno de la provincia de Tucumán contra Compañía de aguas del Aconquija S.A. s/ acción meramente declarativa de certeza-Incidente medida cautelar deducido por la actora”, CSJTucumán, 23/4/98, donde se denegó la medida solicitada. En nuestro artículo aprobatorio del fallo nuestra tesis se centra en la carencia de derecho verosímil y la cuestionable vía del proceso principal meramente declarativo para tamaña cautelar (que en realidad implicaba una anticipatoriedad); ver nuestro artículo: *La pretensión anticipatoria camuflada como cautelar*. En: *Génesis. Revista de Derecho Procesal*. No.8. Curitiba, 1998; CNCiv., Sala A, diciembre 21-98. Libonati, Domingo y otros contra Municipalidad de la Capital”. En: La Ley, 1986-C, 347, con nota de Jorge W. Peyrano; CNFed. Contencioso-administrativo, Sala IV, febrero 6-992. Orsi, Guillermo J. contra Estado nacional -Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. En: La Ley, 1992-C, 563-DJ, 1992-2-585; CNCiv., Sala D, noviembre 16-990. Akerman, Fernando contra Club Náutico Hacoaj. En: La Ley, 1992-C, 164, con nota de Susy Inés Bello Knoll; CNFed. Civil y Com., Sala II, setiembre 1-989. Laboratorios de Especialidades Farmacéuticas contra Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados. En: La Ley, 1991-D, 573, J. Agrup., caso 7374 donde se dijo: “En tanto el dictado de la medida cautelar innovativa importa el anticipo de una eventual sentencia favorable, la verosimilitud del derecho debe surgir de manera manifiesta de los elementos obrantes en la causa y requiere algo más que un *fumus bonis iuris*”; CNCiv., Sala F, diciembre 7 - 990. - Seery, Daniel contra Municipalidad de Buenos Aires. En: La Ley, 1991-D, 573, J. Agrup., caso 7377; TS Córdoba, Sala penal, julio 31 - 989. Caruso, Miguel A, LLC, 1990-417; CNTrab., sala VII, agosto 1 - 990. Giavone, Juan C. contra Auxicar, S. A.. DT, 1990-B, 2706; CApel. CC Santa Fe, Sala I, diciembre 28 - 987. Instituto Autárquico Provincial de Obra Social contra Federación Médica de la Provincia de Santa Fe, J. 81-639; CNCiv., Sala de feria, julio 24 - 992. Labinca S.A. contra Municipalidad de Buenos Aires. En: La Ley, 1993-B, 4; CNFed. Contencioso-administrativo, Sala 3ra., mayo 3 - 995. - Villareal, Raúl contra Caja Nacional de Ahorro y Seguro En: La Ley, 1995-D, 139. - DJ, 1995-2-647; CNCiv., Sala C, marzo 1-994. A. de A., N. contra A., A. En: La Ley, 1994-C, 585, J. Agrup., caso 9852; CNCiv., Sala B, octubre 15-993. Munilla, Horacio L. contra Federación Porteña de Patín. En: La Ley, 1995-C, 682, J. Agrup., caso 10.344; CNFed. Civil y Com., Sala II, diciembre 28 - 995. Rizzo Romano, Alfredo H. y otros contra Estado Nacional -Corte Suprema de Justicia de la Nación. En: La Ley, 1996-E, 128; CNCiv., Sala C, febrero 15 - 996. Ybáñez, Juan A. contra Municipalidad de Buenos Aires. En: La Ley, 1996-E, 109 - DJ, 1996-2-1142; CNCiv., Sala A, mayo 20 - 996. Edificadora Pinsur S. A. contra Conobras S. A.. En: La Ley, 1996-E, 209 - DJ, 1996-2-1360; CCivil y Com. Salta, Sala III, julio 4, 1996. Inmobiliaria Guerrisi S. R. L. y otros. En: La Ley, 1997-B, 48 - DJ, 1997-1-645; CNFed. Civil y Com., Sala I, setiembre 5, 1996. Skybridge S. A. contra Meitetsu Express Corp. En: La Ley, 1997-C, 956 (39.501-S); CNFed. Contencioso-administrativo, Sala III, febrero 21, 1997. Defensor del Pueblo de la Nación contra Estado Nacional. En: La Ley, 1997-E, 513; CNCiv., Sala I, agosto 28, 1997. Sodeguit Vivas de Verrascina, Luz contra Barraca Asunción S.C.A.. En: La Ley, 1997-F, 936 (39.970-S); ST Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, junio 16-994. Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur contra Departamento Ejecutivo de la Municipalidad de Ushuaia. ED, 162-14; CCivil, Com. y Laboral, Rafaela, setiembre 5, 1997. Enrique De Tita, Daniela contra Colegio de Psicopedagogos de la Provincia de Santa Fe, LL Litoral, 1997-1015; CCivil y Com. Santa Fe, Sala I, marzo 14, 1997. Ferrero Versino, Alicia B. contra Provincia de Santa Fe, LL Litoral, 1997-479; Juz. Civil y Com. No.7. Santa Fe, firme, octubre 23, 1996. Squaglia, Norberto P. contra Ministerio de Salud y Medio Ambiente, LL Litoral, 1997-1008, ejemplar fallo donde se dijo: “La satisfacción del derecho material producida con motivo del dictado de una medida cautelar innovativa no excluye el posterior dictado de una sentencia sobre el mérito de la cuestión debatida que, en todo caso, confirme y ratifique lo resuelto en forma cautelar.” Cabe empero resaltar el ya mencionado Código Procesal Constitucional de Tucumán, que detenta sustrato lógico fundacional de estructural tutelares como la que es objeto de este estudio, en este es nuestro criterio se recepta expresamente la Tutela anticipatoria en el artículo 59, en tanto, habilita la resolución del amparo “interlocutoriamente”.

(71) En la órbita del MERCOSUR, ver PEYRANO J. W. *Las medidas cautelares concretadas a título de cooperación judicial internacional*

influencia de la ley de enjuiciamiento española para la incorporación del término cautelar cuando bien se podría haber empleado provisorio<sup>(72)</sup>. El exhuberante y deleitable código procesal civil peruano de 1993 transita por iguales carriles, pero aparte de receptor todos los institutos, los engloba bajo el nombre del Título IV "Proceso Cautelar" (artículos del 608 al 697) de la Sección V. Sobre el detalle de la clasificación de las medidas contenidas en el capítulo II del mencionado título y sección: (i) medidas para la futura ejecución (embargo, secuestro, intervención, otros); (ii) medidas temporales sobre el fondo (anticipación); (iii) medidas innovativas; (iv) medida de no innovar (resulta curioso ver la gran similitud con la clasificación elaborada en el derecho alemán<sup>(73)</sup>).

#### 4 Tutelas provisorias y derecho de defensa.

No faltará quien afirme que el derecho de defensa se vería lesionado si una parte recibe satisfacción anticipada de un derecho en desmedro de la otra.

Este aserto no es nada mas que una cosmovisión del *due process of law* y su implicancia en el derecho de defensa, que no corresponden a realidad jurídica alguna. Mas aun hace lugar a petición de principio: ¿quién tiene derecho de defensa? ¿será que sólo el requerido o afectado actual o eventualmente por la medida?

Menester es hacer el siguiente planteo: no debe verse solo el derecho de defensa desde una óptica procesal, en la que se defiende al que es pretendido; debe verse también desde una óptica sustancial en la que se defiende al titular de un derecho. Mas que nunca es menester resaltar que tanto es titular de este derecho quien pretenda como quien es pretendido<sup>(74)</sup>. No sólo aquél que es pretendido tiene este derecho; también quien pretende tiene derecho a un proceso debido que

le asegure la real (no ilusoria y ficticia) y efectiva realización práctica -no sólo teórica- de su derecho objeto de la pretensión.

Necesariamente debemos recurrir al criterio de probabilidad (que lo vemos como consecuente recurrente del deber-ser que es inherente al Derecho) y valorar los derechos en cuestión afectados. A esto súmese los entornos de urgencia o reemplazantes como el abuso de derecho de la contraparte en el proceso y se tendrá el marco que hace ineludible reconocer que hay quien tiene sustancial y procesalmente-aun probablemente- un derecho digno de tutela inmediata, un derecho que debe ser ahora defendido. Ello desde la exclusión de la acción directa como medio de solución de conflictos y la delegación transestructural al Estado de la función de dirimición de conflictos, como función (poder-deber)<sup>(75)</sup>.

La preocupación exagerada con el derecho de defensa fruto de una visión excesivamente comprometida con el liberalismo, no permitió, por mucho tiempo, la percepción de que el tiempo del proceso no puede ser una carga (*onus*) solamente para el actor. Edoardo Ricci, escribiendo sobre el proyecto Rognoni, alertó por el hecho de que las oposiciones dilatorias son tanto más estimulantes cuanto más el proceso -gracias a su duración- se presta a premiar a la resistencia como fuente de ventajas económicas, haciendo parecer más conveniente atender a la decisión desfavorable que cumplir con puntualidad<sup>(76)</sup>. El abuso del derecho de defensa es más perverso cuando el actor depende económicamente de un bien de la vida requerido, hipótesis en que la dilación acentúa la desigualdad entre las partes transformando el tan decantado principio de la igualdad en una abstracción irritante<sup>(77)</sup>.

Es preciso dejar en claro que la técnica anticipatoria no es nada más que una técnica de distribución del *onus* (carga) del tiempo del proceso. Todos piensan

en el ámbito de los países del MERCOSUR. En: *Análisis del Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto de 1994*; en especial, pp.342-343. Publicado en: *Revista de Derecho Procesal Civil*. No.1, Rubinzal Culzoni, 1998. En especial el problema deviniendo de la legislación diferenciada; casos donde expresamente se contempla la jurisdicción anticipada (Brasil y Uruguay), o casos en los que no v.g. Argentina, tema que merece una análisis que no es el objeto de este artículo.

(72) Ver al respecto el brillante estudio de PODETTI, R. *Tratado de las Medidas Cautelares*. Buenos Aires: EDIAR, 1969. pp.13 y 15.

(73) Supra nota 45.

(74) BATIPSTA DA SILVA, O. *A Plenitude de defesa no Processo Civil*. En: DE FIGUEIREDO REIXEIRA, Salvio (coordinador) *As Garantias do Cidadão na Justiça*. Sao Paulo: Saraiva, 1993.

(75) Véase al respecto, MONROY GALVEZ, J. *Introducción al Proceso Civil*. Bogotá: Temis, 1996. pp.1-9

(76) RICCI, Edoardo. *Il Progetto Rognoni di riforma urgente del processo civile*. En: *Revista di diritto processuale*, 1987. p.631.

(77) "Un'esperienza elementare insegna che la durata del processo in aggrava progressivamente il peso sulle spalle della parte piu debole, così da idebolirla sempre più." CARNELUTTI, F. *Diritto e processo*. Nápoli: Jovene, 1958. p.357.

que está de acuerdo con la lógica el desaparecimiento de la medida cautelar cuando el juez, en la sentencia de fondo, afirma la no existencia de mérito, afirma la no existencia del derecho cautelado. Nadie percibe que es contraria a esta misma lógica la imposibilidad de la ejecución de la sentencia pendiente de recurso. Ahora, si el juez afirma que existe el derecho, no es lógico imponer al actor el *onus* del tiempo del procesamiento recursivo. Alguien diría: es que si el tribunal reforma la sentencia, un grave perjuicio podrá haber sido impuesto al demandado. La misma preocupación debería asaltar a aquel que así objeta cuando percibe (si es que percibe) que el tribunal reformando la sentencia que implicó la revocación de la medida cautelar, puede dar al actor un resultado absolutamente inútil.

Un sistema que consagra, casi de forma absoluta la necesidad de confirmación de la sentencia para la realización de los derechos, debe considerar atentamente la problemática del abuso de derecho de recurrir<sup>(78)</sup>.

La crisis de la justicia civil está a los ojos de todos; es preciso que los tribunales acepten la obviedad de que no puede haber efectividad sin riesgo o si es mejor permanecer paralizado por el miedo, en la imparcialidad de la ordinariedad, donde el juez (imaginan los ingenuos) no causa perjuicio a nadie.

## 5 Necesidad de una armonización terminológica a partir de las simetrías conceptuales.

### 5.1 Identidad de los requisitos de otorgamiento y caracteres y del grado de cognición exigido para el otorgamiento.

Puede decirse que las tutelas provisionales detentan los siguientes caracteres: (i) instrumentalidad; ello es, sirven, refieren o dependen de un juicio eventual definitivo; (ii) variabilidad o sujeción a las condiciones de hecho y de derecho sustentatoria de la

urgencia; (iii) provisionalidad; pues se fundan en un juicio sumario de cognición o de verosimilitud cercana a la certeza en más o menos<sup>(79)</sup>. La esencia de lo provisional ya la hemos tratado *in extenso*, partiendo de que es posible un juicio provisional, en tanto no final y que se sustente apenas en verosimilitud y no en certeza. La provisionalidad -reiteramos- tiene una *liecon* lógica con la sentencia final y definitiva. Si nos centramos en los requisitos de otorgamiento, denominaremos requisitos reales a los que deben concurrir y que hacen al fundamento de la tutela diferenciada de urgencia anticipatoria: el *periculum in mora* y el *fumus bonis iuris*, accediendo a ver si se dan en la realidad mediante una cognición sumaria. Por su parte, la contracautela es requisito de efectivización de la medida. Todo ello se conjuga en lo que se denomina peligro de irreparabilidad o gravedad de daño actual o eventual. Es posible la concesión de la tutela no sólo cuando el daño es apenas temido, más igualmente cuando el daño está siendo o ya fue producido. En el primer caso, deben estar presentes elementos o circunstancias de hecho que permitan al juez concluir, aun con base en probabilidad, que el daño es inminente (puede ocurrir en breve) y que por eso es justificable (considera la situación jurídica que se va a proteger) la concesión de la tutela. En los casos en que el comportamiento ilícito se caracteriza como actividad de naturaleza continuada o como pluralidad de actos susceptibles de repetición, como por ejemplo en el caso de concurrencia desleal o de difusión de noticias lesivas a la personalidad individual, es posible al juez dar la tutela para inhibir la continuación de la actividad perjudicial o para impedir la repetición del acto<sup>(80)</sup>.

Hay irreparabilidad cuando los efectos del daño sobre el derecho no son reversibles. Cuando los efectos del daño son reversibles, el daño será de difícil reparación si las condiciones económicas del demandado no autorizan suponer que será efectivamente reparado. El daño también es de difícil reparación si difícilmente podrá ser precisamente

(78) Es preciso atender a lo que dice Ovidio Baptista da Silva "o réu que sofre a excução de uma medida liminar, ou alguma outra forma de excução provisória, depois declarada ilegítima, terá direito de pedir indemnização dos danos que essa norma de realização antecipada, que se imagina va ser direito do autor, lhe tiverem causado. O autor, ao contrário, que se veja obrogado a suportar a demora natural do procedimento ordinário, como instrumento de uma determinada "lide integral", não terá qualquer direito a reclamar os prejuízos, às vezes gravíssimos, que esse retardamento lhe causar." En: *A plenitude de defesa...* Op.cit.

(79) Al respecto los caracteres mencionados se encuentran explicitados en el artículo 612 del Código Procesal del Perú.

(80) RAPI SARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987. p.82; ARIETA G. I. *provvedimenti d'urgenza*. Padova: Cedam, 1985. p.133/134.

individualizado o cuantificado. Así, tenemos el ejemplo del caso de desvío de la clientela -hipótesis en que además de la difícil cuantificación del daño emergente, existe una acentuación del perjuicio- donde con el pasar del tiempo del procedimiento ordinario va ocurriendo un progresivo apartamiento de los clientes<sup>(81)</sup>.

Hay todavía casos en que el daño irreparable amenaza un derecho conexo a un derecho patrimonial. La víctima del accidente automovilístico que en virtud de un acto ilícito queda imposibilitada de mantenerse económicamente puede tener irreversiblemente perjudicados derechos fundamentales, como el derecho a la salud. La jurisprudencia italiana al admitir, la anticipación del pago de una suma de dinero, alude en general a la tutela de derechos constitucionalmente protegidos.

Según Proto Pisani, el derecho patrimonial con función no patrimonial en cuanto destinado a garantizar una situación de libertad o a la satisfacción de una necesidad primaria debe ser tutelable a través de la tutela sumaria urgente<sup>(82)</sup>. Para la valoración de la irreparabilidad es imposible la no consideración de la persona titular del derecho que pueda ser irreparablemente perjudicado. Esto no significa una personalización del perjuicio, sino apenas la necesidad de la irreparabilidad del perjuicio, siendo considerado en relación con la persona del titular del derecho.

El peligro de daño inminente o de irreparabilidad asegurada o difícil (*periculum in mora*) nos lleva a comprender y diferenciar mejor entre las formas de ejecución provisoria y la ejecución de las medidas provisionales. En otras palabras, difiere la seguridad de la ejecución que simplemente asegura una eventual ejecución de la ejecución para seguridad, donde para seguridad realmente se ejecuta aun provisoriamente pero se ejecuta al fin<sup>(83)</sup>. Respecto del *fumus bonis iuris*, este se relaciona directamente con el derecho invocado y con la cognoscibilidad que de

éste se pueda tener debiéndose contentar el órgano jurisdiccional apenas con la verosimilitud probable. Hay casos, empero, que la exteriorización del derecho es tal que absorbe al peligro en la demora (es la urgencia sustancial o palmaria). Así, el caso de una impostergable asistencia quirúrgica no puede dudarse de la impostergabilidad absoluta.

La existencia de los requisitos reales puede a veces verse superada por uno sucedáneo, que no hace mas que dar por supuesto la existencia de aquellos. Nos referimos al abuso del derecho. Sucede que el sistema procesal civil debe ser capaz de atender al principio constitucional de efectividad, según lo venimos exponiendo; debe racionalizar la distribución del tiempo del proceso y excluir toda conducta abusiva en él, que por algunos son consideradas hasta un derecho del requerido que no tiene razón sumariamente sabido. La defensa es un derecho en la medida de su ejercicio razonable y no postergable de los derechos del que *prima facie* le asiste la razón, y cuyo derecho corre serio peligro de frustración. Sencillamente si el *onus probandi* se rige por las reglas de la invocación, ¿por qué no aplicar igual criterio a la distribución del onus temporal? Debemos necesariamente tomar como presupuesto la teoría general del abuso del derecho<sup>(84)</sup>. Principio es que en el proceso rigen postulados de moralidad que las partes no pueden quebrantar<sup>(85)</sup>. Coincidimos con Peyrano sobre el criterio interpretador de la existencia del abuso del derecho, a saber, *favor processum*. Nos pronunciamos por el criterio funcional o instrumental para la determinación de la conducta abusiva en el proceso, por el principio de instrumentalidad del proceso al cual adherimos. Consecuentemente, cuando el acto resulta disfuncional en el marco procesal, es decir, no se condice con el fin propio del proceso, es calificable de abusivo. Clasificación del abuso: a) el proceso como medio, uso de la estructura para la obtención de lo no otorgado

(81) ARIETA, G. Arieta: Op.cit.: p.130.

(82) PROTO PISANI, Andrea. *Appunti sulla giustizia civile*. , Bari cacucci, 1982. p.382.

(83) Ver este acertado distingo en Baptista da Silva O., *Curso...*, Op.cit.: p.31.

(84) Para un tratamiento global de la materia de abuso del derecho: ver *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. No.16 sobre *Abuso del Derecho*, Editorial Rubinzal Culzoni, 1998. Nos eximimos de citar la vasta bibliografía existente en el derecho argentino y comparado sobre la materia en general. Téngase presente el artículo 1071 del Código Civil Argentino: "El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no pueden constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos . Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe , la moral y las buenas costumbres".

(85) Sobre la moralidad que debe regir en la relación procesal como especie de relación jurídica, ver lo brillantemente elaborado por PEYRANO, J. W. En: *El proceso civil. Principios y fundamentos*, p.174. Buenos Aires: Astrea, 1978.



por el ordenamiento jurídico; b) el procedimiento o uso de las estructuras procesales. Nuevamente coincidimos con Peyrano que en el primero media violentación de la buena fe-creencia, mientras que en el segundo, de la buena fe-lealtad<sup>(86)</sup>. Así, el abuso puede darse en el proceso o del proceso mediante una conducta procesal abusiva. Creemos que cabe su aplicabilidad por el principio de eficacia, coincidiendo así con Marinoni al respecto<sup>(87)</sup>. La idea de abuso del derecho de defensa, para ser precisada, obliga a retomar el concepto de condenación con reserva. En una determinada perspectiva, la condenación con reserva permite una decisión con fuerza de cosa juzgada material, sin la cognición de determinadas excepciones que hacen parte de la situación litigiosa y que quedan reservadas (por la ley, que fija los límites del objeto litigioso o los límites de la defensa) para dar contenido a otra demanda, que puede ser propuesta contra el actor de la demanda donde fue imposible la cognición de determinada cuestión que fue reservada.

Se utiliza en este acto la técnica de cognición parcial<sup>(88)</sup> en la anticipación en caso de abuso de derecho con la reserva -para el momento posterior al de la anticipación- del derecho del demandado de producir pruebas. Se trata de una condenación con reserva del derecho a la producción de pruebas, lo que evidencia el empleo de la cognición sumaria. Tal tutela provisionaria es posible cuando los hechos constitutivos del derecho del actor están probados y los hechos impositivos, modificativos o extintivos alegados por el demandado en una valoración (cognitiva) sumaria, son considerados infundados. El criterio es racional, y tiene por objeto evitar que el demandado abuse del derecho de defensa (excepción sustancial indirecta infundada) para retardar la realización de un derecho que aparece desde luego evidente (hechos constitutivos del derecho debidamente probado)<sup>(89)</sup>.



## 5.2 Simetría conceptual y asimetría terminológica

Realmente cuando se toman los sistemas Lusitano-Itálico-Iberoamericano, el caos terminológico a cerca de las tutelas provisionarias es extremo. Así se habla de :

a) Medidas cautelares. Referidas a asegurar la eficacia útil de una resolución por venir, y no anticipar directamente en el plano sustancial el efecto de esa resolución. Si bien en ambos casos estamos en la provisoriedad, simplemente por no tener res iudicata, véase que en un caso se puede haber quitado a uno, pero no dado a otro (cautelaridad). “La medida cautelar es una especie de las denominadas tutelas de urgencia, que puede ser conceptualizada como la tutela accesoria e instrumental que, fundada en cognición de probabilidad,

(86) Sobre el abuso del derecho en una de sus especies en el proceso, o del proceso o mediante conducta procesal abusiva, ver : PEYRANO J. W. *Abuso del proceso y conducta procesal abusiva*. En: Revista de Derecho privado y comunitario. pp.67-83; del mismo autor ver *Otro principio procesal :la proscripción del abuso del derecho en el campo del proceso civil*. pp.159-925 y ss.; del mismo autor; *Responsabilidad derivada del abuso del derecho en el ámbito del proceso civil santafesino*. En: *Tácticas en el proceso civil*. Tomo II. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 1984. pp.153 y ss, en especial, pp.155 y 156; VALLEJO, E. *El abuso del derecho en el ámbito del derecho procesal civil*. En: *Ponencias, XI Congreso Nacional de Derecho Procesal*. p.254 y ss.; GIOVANNONI, A. *El abuso del derecho en el proceso*. En: *Ponencias, XI Congreso Nacional de Derecho Procesal*; VESCOVI, E. *El abuso del derecho en el ámbito del proceso civil*. En: *Ponencias, XI Congreso Nacional de Derecho Procesal*.

(87) MARINONI, L.G. *A tutela anticipatoria fundada em abuso de direito de defesa*. En: *Génesis. Revista de Direito Processal Civil*. No.5. Curitiba, 1997. pp.389 y ss.

(88) MARINONI, L.G. *Efectividad do processo e tutela de urgencia...* Op.cit.; p.11 y ss.; WATANABE, K. Op.cit.; p.83 y ss.

(89) PROTO PISSANI, Andrea. *Appunti sulla tutela sommaria (note de iure condito e de iure condendo)*. En: *I processi speciali, studi offerti a Virgilio Andriolli dai suoi allivi*. Jovene, 1979. pp. 311 y ss.

tiende a amparar-cautelar o salvaguardar- un resultado útil de eventual contenido en una sentencia de mérito futura. Las medidas cautelares han de consistir en una forma especial de tutela jurisdiccional donde la tutela del derecho debe limitarse a una forma de protección menor (*minus*) o diferente (*aliud*) en relación a la satisfacción correspondiente teniendo un objeto constitutivo o condenatorio”. Resulta finalmente esclarecedor el pronunciamiento del tribunal brasileño que reproducimos<sup>(90)</sup>. Contentadas con una cognición sumaria<sup>(91)</sup>.

b) Tutela anticipatoria o anticipación de tutela. Conceptuamos a la tutela anticipatoria como “una tutela diferenciada de urgencia que, con base en una cognición sumaria (juicio gnoseológico de lo posible); y llenado los requisitos de procedencia, satisface anticipadamente al requirente, otorgándole una atribución o utilidad que pudiera probablemente obtener en la sentencia futura con autoridad de cosa juzgada material”. Es una especie de las tutelas de urgencia que integra las nuevas preocupaciones por la efectividad del proceso. Es de mencionar la reciente reforma del Código Procesal Civil de Brasil, en cuanto ubica este instituto (nuevo artículo 273) en las disposiciones generales de los procesos de conocimiento (véase la posibilidad de aplicar por subsidiariedad a otros procedimientos), no correspondiendo al Libro III del proceso cautelar. Por ello, es necesario distinguir la anticipatoriedad de la cautelaridad ya que “las arduas cuestiones que suscita la tutela anticipatoria comprensiva de la protección interinal y las providencias satisfactivas ponen en jaque

ciertos principios viscerales en que se asienta el propio sistema jurisdiccional. Así concebida esa tutela anticipatoria en cualquiera de sus variantes resulta, sin duda, diversa de la cautelar por manera que no parece ajustado a la disciplina procesal el intento de subsunción (...)”<sup>(92)</sup>. Es decir, se da un supuesto de antelación en el tiempo<sup>(93)</sup>. Precisamente no hay *res iudicata material* (véase la posibilidad de un proceso de cognición que podría entablar la parte agraviada por la medida) ya que sólo hubo una cognición fundada en un juicio de probabilidad. Vale decir, un derecho aparecía más probable que otro, en estado de peligro (urgencia) o contradecido por un derecho que más o menos probable, sumaba actuaciones del pretendido titular dilatando de mala fe el proceso. Se efectiviza una resolución provisoria, formalmente interlocutoria<sup>(94)</sup>. Lo que hay -ésta es la diferencia específica con la tutela cautelar- es no resguardo de lo eventualmente útil, sino directamente concesión atributiva, total o parcial satisfaciendo en el plano del derecho material al tutelado. En materia laboral, las anticipatorias de pago de créditos son basadas en general en la exigencia del sustento del trabajador, garantizado por el artículo 36 de la constitución italiana.

c) Tutela autosatisfactiva. Ella integra las tutelas de urgencia pero no detenta provisoriedad. Nos explicamos. Habiendo de entrada descrito los problemas de diferenciación con la herramienta con la cual guarda mayor similitud (nos referimos a la tutela cautelar), cabe, en primer lugar, que la diferenciamos del resto de las tutelas diferenciadas. El resultado es

(90) Concluyendo coincidentemente con el tribunal brasileño : “*O processo cautelar nao se presta para a antecipacao da eficacia do providimento jurisdiccional que será objeto da futura acao principal vale dizer o processo cautelar é inadecuado para a antecipacao da tutela. O processo cautelar tem por finalidade precípua assegurar o resultado util do processo principal, este que será de conhecimento ou de execucao. O processo cautelar, por tanto, nao e substitutivo nem sucedaneo do processo de conhecimento ou do processo de execucao. Estes realizam a pretencao material do demandante; aquele, assegura a eficacia do seu resultado. Assim, o objeto do processo cautelar, como a sua denominacao revela, é proporcionar cautela para o resultado do processo principal, cautela esta que nao se confunde com a tutela.*” Apelacao desprovida, (TJPR-AC 44106-5 (12.723)-Ac. 1ra. Cam. Civ.-Rel:Des. Pacheco Rocha), con excelente comentario de Giacomo A., Leonardo R., *Suspensao dos efeitos de resolucao de Camara Municipal. Tutela cautelar ou tutela anticipatoria?*, in Genesis.R.D.P.C, No. 5 1997.

(91) CALAMANDREI, P. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Traducción Sentís Melendo. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1945. p.4; donde en una teoría de sistematización de las providencias cautelares deja sentado un punto de partida y principista al cual adherimos, a saber : las providencias cautelares deben contentarse en lugar de la *certeza* que solamente podría lograrse a través de largas investigaciones con la apariencia del derecho, emergente de una cognición mucho mas superficial.

(92) BERIZONCE, R. *Tutela anticipada y definitiva*... Op.cit.

(93) Indicación sobre el concepto de anticipación sentido de ubicuidad retrocedida en el plano temporal y en el plano de la programación jurídica, ver GELSI BIDART, A. *Indicación sobre el fundamento de la anticipación procesal*. En: *Derecho Procesal en vísperas del siglo XXI, Homenaje*. EDIAR, 1997. pp.197-202.

(94) Ver TARZIA, G. *Il nuovo Processo*... Op.cit. : Constantino, sobre el artículo 669 del Código en: *Provedimenti urgenti per il processo civile*. Comentario bajo la dirección de Tarzia-Cipriani, Padova, 1992, p.400.

sencillo, las diferencia lo que llamamos acicate de actuación. Queda pues, solo diferenciarla de la restante co-subespecie, la tutela autosatisfactiva, en lo que adheriremos a la doctrina vigente<sup>(95)</sup>, resaltando que la diferencia se da en varios aspectos. Esencialmente una confiere una atribución satisfactiva provisorio (la anticipatoria), mientras que la autosatisfactiva lo hace con definitividad. Ello conlleva dos consecuencias: (i) en la autosatisfactiva no hay dependencia de un proceso principal actual o eventual ella *in se* detenta principalía; (ii) el grado de cognición exigido será consecuentemente en la autosatisfactiva más profundo que en el sumario, pues requerirá cognición sumaria profundizada o grado de verosimilitud probable o fuerte.

d) Tutela inhibitoria. Aclaremos que ella puede actuar bajo el ropaje de lo definitivo cuanto de lo anticipatorio. Esta tutela, con acicate de preventivo mezclado con lo urgente deviene en urgencia preventiva del ilícito donde la pretensión puede ser provisorio o definitiva de prevención. Tal cual lo ha sostenido autorizada doctrina, la estructura del proceso clásico estaba pensada con la finalidad represiva, requería un *prius* de vulneración actual para arribar a un *posterius* de sanción<sup>(96)</sup>. Ello conllevará que todos los derechos merecen igual tratamiento, cuando nadie dudaría que un derecho personalísimo tiene jerarquía superior aun sobre derechos patrimoniales. Hay derechos que no pueden sino ser tutelados preventivamente, sencillamente porque vulnerados son de difícil o imposible reparación. Por ellas, el juez podría dictar cualquier medida de conservación o seguridad que la prudencia aconseje, para prevenir riesgos o que se produzcan otros daños, todo ello según las circunstancias del caso. La tutela preventiva o inhibitoria no solamente puede ser negativa (imponiendo un no hacer) sino positiva (imponiendo un hacer) tendiente a obstar la práctica, continuación

o reiteración de una conducta lesiva. Con ello no solo se tutela la lesión inmediata exteriorizada en el daño sino que además la lesión mediata exteriorizada en el solo ilícito, no se requiere lesión-daño. De esta manera se supera con creces lo contemplado en el Proyecto de unificación del Código Civil y Comercial Argentino de 1998 en su artículo 1586, donde el objeto es evitar un daño futuro. Mas aun, hablar de lesión permite incluir -tal cual lo propugnamos en el caso de lesión-daño- obstar la actividad lícita del estado en virtud de lo dispuesto por el artículo de comentario *in fine*, donde cabe ante la sola amenaza de lesión por actos del estado (sea lícita o ilícita) preventivamente obstarla. El amenazar del artículo permite la flexibilidad ponderativa del juez viendo para el futuro.

Creemos que en respeto a la puridad terminológica y para evitar anfibologías conceptuales, en nuestro criterio lo autosatisfactivo es equiparable -al menos conceptualmente y en su *télesis*- a la denominada tutela inhibitoria, ambos son procedimientos únicos que no acceden a otro. Tal vez podría invocarse el grado cognoscitivo exigible para una y para otra. Ello es exhaustivo para la inhibitoria, mientras que sería de cognición sumaria profundizada en el caso de la autosatisfactiva. A estas alturas y en nuestro convencimiento de que la estructura tutelar autosatisfactiva es (aun con la diferencia terminológica de designación) conceptualmente lo mismo que la tutela inhibitoria, y en tanto rito o técnica ritual de conocimiento ambas son exhaustivas, si se quiere con ello identificar como una rectificación de lo sostenido *supra*, no es sino simplificar al lector la conceptualización y captación de la realidad que con términos distintos pretende diferenciar dónde hay identificación.

Como puede verse se simplificaría todo si designáramos con el género y no por las especies a las

(95) BAPTISTA DA SILVA O. *Curso de Procesal Civil...* Op.cit.; p.20.: CAPRI, F. *Provedimenti interinali di condona, esecutorieta e tutela delle parti...* 1990. p. 615. Respecto al criterio para el otorgamiento de aquellas medidas provisorias que implican anticipación satisfactiva del juicio de mérito resulta ilustrativo la transcripción de lo expresado por FRIEDENTHAL-KANE-MILLER, Op.cit.: p 705 ab initio: "*Courts also will use extreme caution if the preliminary injunction requested by the plaintiff would be substantially the same as the remedy that might be awarded at the end of the trial, and the remedy will not be awarded unless there is an order showing of necessity. That is, the applicant must show that is likely to suffer irreparable harm before a decision on the merits can be reached*" (el subrayado nos pertenece). Al respecto resulta ilustrativo el posicionamiento de los tribunales americanos respecto al otorgamiento de tales medidas in : Boyley contra Romney, 359 F.Supp. 596 (D.D.C. 1972); Acorn Employment Service, Inc.contra Mass, 261 App. Div. 178, 24 N.Y.S. 2d. 669 (1941), appeal denied 261 App. Div. 897, 26 N.Y.S. 2d. 315 (1941); Russian Church of Our Lady of Kozan contra Dunkel, 34 A.D. 2d. 799, 311 N.Y. S. 2d. 533 (1970); Mackesson & Robbins Inc. contra New York State Bd. Of Pharmacy, 226 N.Y.S. 2d. 271 (1962); Omega Importing Corp. contra Petri-Kine Camera Co., 451 F. 2d. 1190 (2d. Cir. 1971).

(96) Medida cautelar, anticipatoria y autosatisfactiva; diferencias ver DE LOS SANTOS, Mabel. *Medida Autosatisfactiva y medida cautelar - Semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales* En: Revista de Derecho Procesal. No.1, Ed. Rubinzal Culzoni, 1998.

medidas, como en el sistema alemán o del *common law*, donde no obstante se distinguen conceptualmente las especies, la designación terminológica por el género permite evitar equívocos conceptuales. Lo que sí podría describirse diferenciadamente son los distintos fenómenos<sup>(97)</sup>; a saber :

a) El fenómeno de la urgencia cautelar; donde solamente se tiende a asegurar un eventual resultado, se tiende simplemente a evitar la infructuosidad o utilidad de la sentencia de mérito<sup>(98)</sup>.

b) El fenómeno de la urgencia satisfactiva autónoma; donde pese a adoptarse una medida interinal provisorio, la satisfacción deviene de tal modo para el requirente que el proceso definitivo deviene inoficioso, se acentúa la actuación de la *tarditvita* <sup>(99)</sup> (se puede hablar de autosatisfacción accidental ya que no se perseguía, tornar inoficioso o carente de sentido al principal con lo provisorio empero ello sucede inevitablemente).

c) El fenómeno de lo urgente satisfactivo provisorio, donde se anticipa total o parcialmente lo que debería ser atribuido por la sentencia de mérito, de la cual depende la atribución provisorio para tornarse definitiva.

Como puede verse, en todos los casos juega un rol fundamental el concepto de la satisfacción, en tanto realización concreta y objetiva de la solución del conflicto. La satisfacción puede garantizarse (asegurarse o cautelarse), anticiparse acabada y autónomamente, o solo provisoriamente<sup>(100)</sup>.

### 5.3 Necesidad de adoptar una simetría terminológica.

En realidad acontece que, desde el plano normativo, la diferenciación entre lo cautelar, lo anticipatorio y lo autosatisfactivo se verifica sin problema alguno; pero no cabe duda que, desde el plano fáctico, la aprovechabilidad para el beneficiado

por la medida no cabe el distingo. Se satisface fácticamente de igual manera con lo provisorio cuanto con lo definitivo (por ejemplo, los alimentos provisorios, serán siempre alimentos aun cuando normativamente sean apenas provisorios)<sup>(101)</sup>. De modo que sería correcto una simetría terminológica con el término tutela provisorio, donde no causaría escándalo el divague sobre los conceptos y designaciones de las especies. Así, donde el Código Procesal Civil Peruano habla de proceso cautelar, bien es correcto leer proceso provisorio. Como puede verse, este intrínquilis sólo es de términos, mas no de conceptos que, de una u otra manera, el divague doctrinario de diferenciación, cuando partimos del género -lo provisorio- se vuelve hasta estéril, y sólo para deliete, convergente o divergente, conceptual.

### 6 Requerimiento y efectivización de la anticipatoriedad (*quaestio a cerca del accertamento o ejecución*). Dificultades legislativas y dogmáticas sistemáticas.

Vittorio Denti<sup>(102)</sup> ya dejó claro que la tutela de urgencia constituye un atributo fundamental de la función jurisdiccional y la Corte Constitucional Italiana ya afirmó que la tutela de urgencia representa un componente esencial e ilimitable de la tutela jurisdiccional, en los límites en que sea necesaria para neutralizar el peligro de daño irreparable<sup>(103)</sup>. Creemos que no podría vedar, como óbice para la concesión de la tutela, el hecho de ser requerida antes de oír al demandado, pues ninguna norma tiene el poder de controlar las situaciones de peligro<sup>(104)</sup>.

Es posible que sea necesaria la anticipación, en virtud del temor de daño, después de la fase instructoria, o después de las sentencias y antes de su elevación ante recurso concedido (no suspensiva).

(97) MARINONI, I.G. *Tutela Inhibitoria*. En: *Revista Dos Tribunais*. San Pablo, 1998. pp.25-50. Igualmente ver LORENZETTI, L.R. *La tutela civil inhibitoria*, LL. 1995-C; NICOLAU, N. *La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional*, LL 1996-A; recientemente ZAVALA DE RODRIGUEZ, M. *La tutela inhibitoria contra daños*. En: *Revista de responsabilidad civil y seguros*. En: La Ley, No.1, 1999, p.1 y ss.

(98) Sobre la medida cautelar, anticipatoria y autosatisfactiva, ver diferencias: DE LOS SANTOS, Mabel. Op.cit. Seguimos en esto a BAPTISTA DA SILVA, O. *Curso...*, Op.cit.; pp. 27-73.

(99) CALAMAN, P. *Introduzione...*Op.cit.; pp.56 y 72.

(100)Ibid: BAPTISTA DA SILVA, O. *Curso...* Op.cit.; p.50.

(101)BAPTISTA DA SILVA, O., Ibid, p.21.

(102)Ibid, p.23.

(103)VITTORIO DENTI, Intervento. *La tutela d'urgenza, Rimini. Atti del XV Convegno Nazionale*. Bari: Maggioli Editore, 1985. p.164.

(104)PROTO PISANI, Andrea. Op.cit.; p.118.

Empero ello, nada impide también el requerimiento de tutela sumaria satisfactiva en la alzada.

El párrafo tercero del artículo 273 del digesto brasileño afirma que “la ejecución de la tutela anticipada observará en lo que corresponda, lo dispuesto en los incisos II y III del artículo 588”. Sin embargo, la doctrina -a nuestro criterio, acertadamente- entiende que<sup>(105)</sup> la ejecución de la tutela sumaria no se somete a las reglas del libro del proceso de ejecución, así como la actuación de la tutela sumaria no constituye ejecución provisionaria<sup>(106)</sup>.

Las reglas del proceso de ejecución no fueron pensadas para dar actuación a las resoluciones sumarias<sup>(107)</sup>. No hace parte del espíritu de la ejecución de título la necesidad de actuación rápida. Además, la resolución sumaria por su propia esencia no constituye título ejecutivo. El título ejecutivo supone la existencia de un derecho cierto en cuanto que la resolución sumaria, como su nombre lo indica, tiene en su contenido apenas la probabilidad de la existencia de un derecho<sup>(108)</sup>. No sólo la mejor doctrina italiana niega la aplicación de las reglas del proceso de ejecución en la actuación de la tutela de urgencia<sup>(109)</sup>, como también la reciente reforma del Código Procesal Italiano (artículo 74 de la Ley 353/90) refutó la terminología ejecución al tratar de lo denominó *attuazione* de las providencias de urgencias.

El juez, a través de la resolución sumaria, da un orden. En la misma resolución sumaria, el juez debe

establecer los medios que podrán ser utilizados para que la orden sea cumplida. Justamente porque la actuación de la tutela sumaria no se subordina a las reglas propias del proceso de ejecución, es que se atribuye al juez una amplia latitud de poderes destinados a la determinación de los medios ejecutores. Así por ejemplo, es posible la imposición de astreintes diarias o la determinación también para el caso de inobservancia de la medida, de búsqueda y aprensión de la cosa o del uso de la fuerza policial.

En el caso de suma de dinero, no obstante, aplícanse las normas del proceso de ejecución, como parámetro operativo<sup>(110)</sup>. Sin embargo, prescindiéndose de la necesidad de la citación, se ordena el pago so pena de alguna medida de realización de bienes (como lo entiende la doctrina italiana y la brasileña al respecto). En vista de la necesidad de la observación del libro del proceso ejecutivo, queda el juez investido del poder-deber de dar la máxima celeridad al procedimiento<sup>(111)</sup>. No hace lugar las oposiciones del ejecutado, ya que las cuestiones del artículo pueden ser discutidas en el propio proceso de conocimiento. Pese a ello, Baptista da Silva O.<sup>(112)</sup> -en análisis que compartimos- encuentra escollos en la incorporación de este instituto en un odre procesal que tiene otro vino, el problema se centra en tres falencias: (i) partir del reinado absoluto del proceso ordinario como viabilizador de una mera actividad de aplicación de la ley en un racionalismo sumo; (ii) el régimen de las

(105)“El ciudadano tiene derecho a una adecuada tutela jurisdiccional (se incluyen las liminares), como surge irrenunciable el control jurisdiccional. El derecho a la adecuada tutela jurisdiccional es principio inherente a cualquier estado de derecho. Suprimir este tipo de tutela sumaria, v.g., es lo mismo que legitimar la autotutela privada”. MARINONI, L.G. *Efetividade do processo e tutela de urgencia...* Op.cit.; p.68.

(106)MARINONI, L. G. *Novidades sobre a tutela antecipatoria*. En: *Revista de processo*. Vol.69, enero-marzo, 1993. p.105.

(107)En otro sentido BERMUDES, Sérgio. Op.cit.; p. 38.

(108)La ruptura de las reglas que tratan del proceso de ejecución, absolutamente necesaria en vista de la ineffectividad de la sentencia condenatoria y de nuestro proceso ejecutivo, rompe con lo convencional. Así, véase DINAMARCO, Candido R. *Os generos de processo e o objeto da causa* En: *Genesis. Revista de Dir. Proc. Civ.* No.2, 1996. p.323; igualmente DOTTI, R.F. *A crise do processo de execucao*. En: *Genesis. Revista de Dir. Proc. Civ.* No.2, 1996. p.373. Para un análisis detallado de la búsqueda de armonización con la estructura general y principios del proceso ver la relación de la ejecución con las medidas provisionarias en JAUERNING, O. *Zwangsvolltreckungs und Insolvenzrecht*. München: Beck, 1996. p.56.

(109)Como dice Giovanni Verde, “Il terzo libro del codice di procedura civile é legato alla filosofia del titolo esecutivo. E una filosofica dai contomi incerti come tutte le filosofie. Di esa puó peritro con facilitá cogliersi il nucleo essenziale nell' esigenza che l' esecuzioni abbia di mira un assetto stabile delle situazioni materiali e non qualcosa di provvisorio e/o di strumentale e cadicabile”. En: *L' attuazione della tutela d' urgenza*; publicado en: *La tutela d' urgenza*, Rimini, Maggioli, edit., 1985.

(110)VACCARELA, V. Romano. *Titolo esecutivo, preceto, opposizione*. Torino: UTET, 1993. p.175; RICCI, Edoardo F., Op.cit.: p.58 ; ARRIETA, G. Op.cit.; p.313; CAPRI, F. *La miniriforma del l' esecuzioni forzata*. En: *Rivista trimestale di diritto e procedura civile*. 1992. p.1188; MONTELEONE, G. *Spigolature e duvvi sulla legge 26 Novembre 1990*. No.353. En: *Rivista di diritto processuale*, 1992. p.27/46.

(111)La expresión de Bruno Capponi, *sull' esecuzioni-attuazione dei provvedimenti d' urgenza per condanna al pagamento di somme*, En: *Rivista di diritto processuale*. 1989. p.94.

(112)MONTESANO, V. L. *La Tutela giurisdizionale dei diritti civile italiano*. Vol. XIV. Tomo 4. p. 259; atribuyendo al juez tal poder-deber en razón de la *evidenti esigenze di effettivita della tutela*.

costas, objetivo que podría en algunos casos devenir en injusto al denegarse la medida, perder el requirente en lo provisorio y luego resultar victorioso en el principal; (iii) la estructura recursiva, que no puede ser la misma que la de las otras especies de procedimientos so consecuencia de neutralizar la estructura anticipatoria contemplada.

Finalmente, alguien podría argüir que esta medida receptada no es en realidad de las cautelares, *rectius* anticipatorias, ya que hay *audita pars*. Respondemos diciendo que ello no hace a la esencia de lo cautelar o lo anticipatorio; de hecho hacemos notar que v.g. en el sistema procesal brasileño la regla en la acción cautelar es su otorgamiento luego de escuchar al requerido. Todo ello deviene de confundir lo procedimental accidental con lo procedimental esencial. Sucede como dice el autor de cita<sup>(113)</sup>, que introducir un instituto de esta naturaleza en un sistema legislativo preexistente con su filosofía puede darse de dos maneras: (i) o bien como incluida en un contexto sistemático, el cual deberá necesariamente sufrir modificaciones colaterales para la convivencia con el nuevo instituto; (ii) o bien dándole su entidad propia, siendo la materia por ese medio requerida una *litis* con entidad propia y con cognición de mérito, aun cuando provisorio. Sencillamente es tratar de dar cabida a la satisfacción

total o parcial anticipada mediante una sentencia interlocutoria.

## 7 Conclusiones.

Puede bien solucionarse el problema terminológico con la adopción del término **tutela provisoria** tal como sucede en otros sistemas. Como puede verse, se habla de lo mismo (simetría conceptual) por lo que conviene no descender a las especies, donde el divague doctrinario en algunos casos resulta estéril y sin practicidad alguna.

Para concluir, en todo hacer y elaboración humana hay niebla, como lo entendía don Miguel de Unamuno. La discontinuidad y lo difuso persiguen de consuno al hombre. La claridad no destruye la niebla, pero al menos la confrontación de conceptos, para arribar a una simplificación de términos, conlleva la facilidad de captación de los fenómenos. Lo cierto es que se debe conjugar la inevitable dimensión del proceso con la oportunidad del otorgamiento de la prestación jurisdiccional. Allí se da este fenómeno expansivo de lo provisorio. Entre los claros y los oscuros siempre existen los grises, respuestas, preguntas, dialéctica inevitable para arribar al menos a la simple aprehensión (concepto) para expresarla lo más adecuadamente (término).  $\text{A.E.}$

(113) BAPTISTA DA SILVA, O. *Antecipacao de tutela e responsabilidade objetiva*. En: Genesis. *Revista de Direito Processual Civil*. No.8. Curitiba, 1998. pp.296 y ss. Ejemplo de regulación diferente en materia de desalojo, artículo 680 del Código Procesal Civil argentino: "En los casos que la acción de desalojo se dirija contra intruso, en cualquier estado del juicio después de trabada la litis y a pedido del actor, el juez podrá disponer la inmediata entrega del inmueble si el derecho invocado fuere verosímil y previa caución real por los daños y perjuicios que se pudieren irrogar"; y del Código Procesal Civil de Tucumán, artículo 423: "Cuando la acción de desalojo se dirija contra el tenedor precario o intruso o se fundare en causales de vencimiento del plazo locativo o de falta de pago, a pedido del actor, y en cualquier estado del juicio, después de trabada la litis, el juez podrá disponer la inmediata entrega del inmueble, si el derecho invocado fuere verosímil y previa caución real por los daños y perjuicios que se pudieren irrogar. El trámite no suspende el curso del proceso. La resolución que se dicte será apelable. Si se hiciere lugar a la entrega del inmueble, el recurso se concederá con efecto suspensivo."