

MEDIDAS CAUTELARES Y TUTELA ANTICIPADA. LO NUEVO Y DIFERENTE

por Jorge W. Peyrano

I. Introducción

Ferrajoli permanentemente predica sobre la necesidad de respetar las diferencias y la conveniencia de no permanecer indiferente frente a lo distinto, vale decir acerca de lo impostergable de un hacer algo en pos del referido respeto(1).

Conocido es que al filósofo francés, de raíces estructuralistas, Gilles Deleuze -autor, junto a otros muchos libros, de “Diferencia y repetición” (1968)- se lo reconoce como el pensador de la “diferencia”. Básicamente, sus enseñanzas parten de que la “repetición”, el canon, el orden establecido, contribuyen a construir “codificaciones” que posibilitan su más sencillo consumo por los usuarios del sistema de que se trate. Claro está que ello presenta la desventaja de la “cristalización” de los conocimientos y la palmaria dificultad resultante en abrirse a lo nuevo y diferente. Afortunadamente, existen en el seno de los diversos sistemas de conceptos -siempre siguiendo las líneas trazadas por Deleuze y Guattari en “El anti-Edipo”(2)- las llamadas “líneas de fuga” que son una suerte de válvulas de escape del orden establecido. Se ha explicado, con razón, que abrir una línea de fuga es zafar de las codificaciones y ejercer lo inédito. Todo acontecimiento que pueda ser una línea de fuga cuestiona la fortaleza del orden establecido. La creación siempre se produce sobre una línea de fuga, que es una huída por la cual se abandona lo que debía ser en pos de algo diferente. Tal huida no constituye una renuncia a la acción porque es un movimiento absolutamente activo. Y es cierto porque la aparición de una “línea de fuga” conlleva algo nuevo y creativo, diferente a lo que existía hasta entonces.

Ciertamente que el Derecho en general y el Derecho Procesal en particular, son campos propicios para el aprovechamiento de las categorías y herramientas forjadas por los citados pensadores galos(3). Las principales creaciones pretorianas aparecidas en los últimos años han sido el devenir de “líneas de fuga” claramente perceptibles. Interesa subrayar que los mencionados autores franceses señalan que el surgimiento de “líneas de fuga” suele poner en marcha maniobras tendientes a obturarlas, de modo tal que lo nuevo, creativo y diferente no emerja o, al menos, no se consolide.

II. El canon cautelar

El canon cautelar (lo “repetido”, en la materia) proclama como características *sine quibus non* de toda medida precautoria que durará lo que dure el proceso principal al cual sirve(4), que su finalidad no puede ser otra que la de asegurar el resultado

práctico perseguido por el proceso sustantivo(5) y que son exigibles parejamente los presupuestos requeridos para su dictado(6).

Sucede que circunstancias especiales se han erigido en verdaderas “líneas de fuga” que posibilitan y exigen apartarse válidamente, en determinados casos, de las referidas “verdades canónicas”. Antes de exponer -pormenorizadamente- cuáles fueron las circunstancias que permitieron y permiten apartarse de las susodichas tres “verdades” del canon cautelar, se impone destacar que existían presagios previos acerca de lo que ocurriría. Veamos, por ejemplo, el supuesto mencionado consistente en que la duración del proceso cautelar se encuentra supeditado, en todas las hipótesis, a la duración del proceso principal(7). Es que hace tiempo milita una corriente de opinión que pese a la tesis prevaleciente contraria(8), comenzó “a vislumbrar que en supuestos de cautelares de particular energía (la prohibición de innovar y la medida cautelar innovativa, por ejemplo), a veces resulta inconveniente asignarle a una precautoria una eficacia extendida. Es que dicha durabilidad puede favorecer desde maniobras extorsivas del requirente, hasta que éste se desentienda de la marcha del proceso principal porque ya ha logrado buena parte de su designio al conseguir una tutela cautelar de máxima energía. En mérito de tales razones, no faltan casos en los cuales los jueces fijan plazos cortos (prorrogables, claro está) de días (60, 90 días) para la duración de la eficacia de ciertas medidas cautelares (9).

Y qué decir del pensamiento canónico conforme al cual invariablemente las cautelares sólo pueden funcionar para asegurar el resultado práctico de un proceso principal, cuando la medida innovativa ha sido reiteradamente utilizada -a partir de “Camacho Acosta”(10)- para generar, pretorianamente(11) la llamada “tutela anticipada de urgencia”. Ésta en vez de perseguir asegurar algo (v.gr. embargar para luego ejecutar y posibilitar que un acreedor se reúna con su crédito) consigue acelerar los tiempos normales de un proceso **-privilegiando** la “urgencia” por sobre la “certeza- de modo tal que el demandante pueda ya mismo obtener (reversiblemente) todo o parte de lo reclamado con visos de gran verosimilitud(12). Casi huelga consignar lo rendidor que ha sido el empleo de la medida cautelar innovativa de un modo heterodoxo para dar cabida en la Argentina a la tutela anticipada de urgencia(13); útil que, en otros países (Brasil, por ejemplo), posee regulación legal tiempo ha.

Asimismo, tampoco faltaban quienes denunciaban la inconveniencia de no formular discriminaciones a la hora de valorar la concurrencia de los tres presupuestos cautelares requeridos (peligro en la demora, apariencia de buen derecho y contracautela). Más aún: “En la actualidad, muchos estrados judiciales enfrentados a situaciones de excepción consideran que no deben concebirse a los susodichos recaudos como compartimientos estancos sino cual si fueren “vasos comunicantes”; vale decir, como si se tratare como enseña el Diccionario de la Real Academia Española de “recipientes unidos por conductos que permiten el paso de un líquido de unos a otros”, lo que entraña que cuando asciende el contenido de uno descende en otros y viceversa. Cuando se traduce dicha concepción a lo concreto se tiene que si, por ejemplo, se registra una acentuada verosimilitud del Derecho, se podrá ser menos exigente a la hora de graduar la

contracautela y hasta a dispensar la prestación de ella. Igualmente, vgr., si el *periculum in mora* del caso marca un daño inminente y muy grave, los tribunales pueden conformarse con un cumplimiento lábil del recaudo *fumus boni iuris*. Obviamente, no se agotan las combinaciones posibles con las enumeradas”(14).

III. Algo acerca de las “líneas de fuga” que permitieron y/o convalidaron los citados apartamientos del pensamiento canónico en terreno cautelar

1. El dogma de acuerdo con el cual la vigencia de la cautelar debe coincidir con la del proceso principal al cual sirven

Las peculiaridades del caso “Grupo Clarín y otros -Medidas cautelares”(15) que hacían vislumbrar el desarrollo de un proceso principal (una pretensión mere declarativa de inconstitucionalidad) que podía ser objeto de maniobras y/o entorpecimientos por parte de la actora y de la demandada y su trascendencia social e institucional, provocaron que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en dos resoluciones interrelacionadas(16) vino a terminar de legitimar la existencia de la categoría de las cautelares temporarias; consagrando así la posibilidad, v.gr, de que una precautoria cesara antes del juicio principal al cual sirve si es que la tramitación de este último insumiera un tiempo mayor que el que normal y razonablemente debía demandar(17). Más todavía: explicitó que la conducta procesal de las partes observada en el principal(18), podía y debía influir sobre la duración de la cautelar en cuestión (una prohibición de innovar).

2. La “línea de fuga” que posibilitó la aparición de la tutela anticipada de urgencia actuando sobre la base de una medida cautelar innovativa.

Sin duda, que fue el citado precedente “Camacho Acosta” el que posibilitó (forzado por las circunstancias) el abandono de la idea de que las herramientas cautelares sólo podían ser utilizadas en función asegurativa. Forzado o no, lo cierto es que atendió la necesidad de un justiciable de obtener una prótesis bioeléctrica para su antebrazo seccionado dado que la demora impediría colocarla en el futuro. He aquí el acontecimiento que funcionó como exitosa “línea de fuga” de la insistentemente repetida idea acerca de que las herramientas cautelares únicamente pueden emplearse en función asegurativa.

3. La “línea de fuga” que convalidó la doctrina de los “vasos comunicantes” en materia de exigibilidad de los presupuestos cautelares.

Recientemente, en “Pardo”(19), la Corte federal no sólo ha ratificado -todavía con más energía- el ideario de “Camacho Acosta”, sino que ha procedido a recibir la mencionada categoría de los “vasos comunicantes” en ocasión de analizar -en el marco de una tutela anticipada de urgencia- los presupuestos cautelares de la innovativa hecha valer por los padres de una menor que sufriera un accidente como consecuencia del cual quedara en estado vegetativo.

La lectura de “Pardo” deja entrever -además de confirmar que la tutela anticipada de urgencia ya es doctrina recibida- que la Corte federal “también consideraría aplicable a la tutela anticipada de urgencia el nuevo canon cautelar conforme al cual los recaudos de viabilidad de las cautelares se encuentran íntimamente relacionados de modo tal que una fuerte dosis **de uno de ellos** (la “urgencia” en la especie, por lo grave del estado de salud de la víctima que no admitía dilaciones porque se producirían daños irreparables) determina una cierta flexibilidad o “aflojamiento” en el análisis de los restantes”(20). Y si así procedió fue porque, seguramente, tomó nota que de acatar en la especie el canon cautelar clásico ello habría revertido en el dictado de una resolución notoriamente odiosa e injusta.

IV. Lo distinto dentro de lo diferente. La aplicación del principio del “esfuerzo compartido” en el campo de la tutela anticipada de urgencia

También se registran “diferencias dentro de la diferencia”, vale decir que han funcionado “líneas de fuga” que han operado sobre modificaciones anteriores al orden establecido originando así nuevos sesgos en herramientas jurídicas de reciente data. Dicho supuesto que nos ocupa, viene en cierto manera a completar la anteriormente traída a cuenta “tutela anticipada de urgencia”. Como de costumbre, las peculiaridades del caso (pluralidad inusual de sujetos convocados a formalizar, de manera despareja, aportes económicos tendientes a dar respuesta a una tutela anticipada de urgencia sobre la base, en varios casos, de responsabilidades sociales o institucionales más que jurídicas) contribuyeron para delinear una “línea de fuga” nueva y diferente. Veamos el precedente que otorgó adecuado formato jurídico a la referida “línea de fuga”.

Poco tiempo ha, la Cámara Federal de Córdoba resolvió el caso “Bello”(21), donde -invocando el principio del “esfuerzo compartido”- se prorrateó económicamente el gran costo derivado de un trasplante atípico de médula ósea a practicarse en E.E.U.U.

En la especie, a diferencia del marco usual, no existían dos o tres responsables (y destinatarios de la tutela anticipada de urgencia del caso) con un claro deslinde del alcance jurídico (y consiguientemente económico) de sus respectivas responsabilidades. En supuestos de preservación del derecho a la salud, de ordinario entra en juego la responsabilidad solidaria. En cambio, sucedió que se ponderaron no sólo responsabilidades jurídicas sino también institucionales o sociales y hasta si se quiere familiares. Por ello es que resolvió, creativamente, lo siguiente: “a) Disponer que los padres del menor, señores E.S.B (DNI N°...) y S.P.C (DNI N°..) depositen en primera instancia y a la orden de ese Tribunal y para estos autos una cuenta de depósito judicial en el Banco de la Nación Argentina, el monto total de lo recaudado en la colecta pública propiciada para la operación de trasplante de medula ósea de su hijo menor en el Hospital de Niños Amplatz de la Universidad de Minessota, EEUU, cualquiera sea el origen de los fondos obtenidos; todo lo cual es condición previa necesaria e insalvable para ello posterior cumplimiento por parte de los demás obligados a los costos que insumirá la ejecución de la tutela anticipada acordada y de este modo exista suficiente control judicial de las sumas dinerarias recaudadas que den lugar al depósito señalado,

ello en resguardo de la confianza pública y transparencia de administración de fondos de terceras personas ajenas a este juicio de amparo... c) Ordenar que la Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles (OSECAC) deposite en el término de cinco (5) días hábiles de notificada que los padres hayan dado cumplimiento con la obligación exigida precedentemente, en la misma cuenta de depósito judicial que se abra en el Banco de la Nación Argentina a tal efecto a la orden del Tribunal y para este juicio de amparo, la suma de Pesos Ciento Cincuenta mil (\$150.000) como parte de pago del tratamiento médico del menor, bajo apercibimiento de imposición de astreintes o multa de Mil Pesos (\$1.000) diarios en caso de incumplimiento o retardo injustificado (art.666 bis del Código Civil); d) Establecer que una vez efectuadas y cumplidas las prestaciones médicas necesarias para atender a la enfermedad del menor en el extranjero, el Estado Nacional rinda cuentas ante el juez Federal de primera instancia para determinar el costo total del tratamiento, de lo cuál una vez deducido los aportes efectuados por los padres y la obra social demandada, afrontarán en la proporción del ochenta por ciento (80%) el Estado Nacional, y el veinte por ciento (20%) el Estado Provincial”(22). El Tribunal interviniente viene así a establecer que existía una mancomunación de responsabilidades -que no excluía la de los propios accionantes y la de una obra social que debía aportar la suma que hubiera insumido la intervención quirúrgica en cuestión si se hubiera realizado en el país- con porcentajes distintos; todo en el seno de un amparo(23). También aquí se le dispensó aplicación a la doctrina de los “vasos comunicantes” para de tal guisa relevar la exigencia de contracautela, habida cuenta de la fortísima presencia de los otros presupuestos.

Importa subrayar la aplicación en el caso del principio de Equidad denominado “del esfuerzo compartido”(24), tan utilizado para proporcionar soluciones viables a la problemática suscitada por la reciente pesificación asimétrica decretada en nuestro país. Sospechamos que estamos ante un fallo precursor y que en materia del derecho a la salud, dicho principio será más de una vez invocado para convalidar que tratándose de una tutela anticipada de urgencia corresponde, a veces, concretar un prorrateo económico desparejo de responsabilidades; máxime cuando se trate de hipótesis donde la cobertura asistencial del caso no fuera indudable.

V. Cierre

El procesalismo argentino y los estrados judiciales nativos han venido repitiendo lo sostenido hace más de un siglo y ello no ha dado buenos frutos. No habrá llegado el momento de “pensar diferente” -como quería Steve Jobs- y de arriesgarnos a cambiar? El miedo a equivocarse no sólo impide la creatividad, sino también el progreso. Nos parece, entonces, que hay que tener la audacia de quien tiene poco para perder (la repetición machacona de lo “sabido y probado”) y mucho para ganar (recibir lo diferente y así legitimar lo nuevo); y así pensar en ideas renovadoras en pos de un proceso civil distinto y mejor.

J.W.P

NOTAS

- (1) **FERRAJOLI, Luigi**, “Derecho y Razón”, Madrid 1998, Editorial Librería Jurídica Valerio Abeledo, *passim*.
- (2) **DELEUZE, Gilles y Félix GUATTARI**, “El anti-Edipo”, Barcelona 1985, Editorial Paidós, *passim*.
- (3) **PEYRANO, Jorge W.**, “Aprovechamiento del pensamiento contemporáneo por el Derecho Procesal Civil actual”, en La Ley 2011-D página 1313.
- (4) **KIELMANOVICH, Jorge**, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado”, Buenos Aires, Buenos Aires 2005, Editorial LexisNexis Abeledo Perrot, tomo I, pág. 288 y ss.
- (5) **FALCÓN, Enrique**, “Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial”, Santa Fe 2006, Editorial Rubinzal Culzoni, tomo IV, página 96.
- (6) **ARAZI, Roland**, “Medidas cautelares”, Buenos Aires 1997, Editorial Astrea, página 7/8.
- (7) Cabe acotar que dicho dogma no surge de texto legal alguno (vide “El plazo en las medidas cautelares”, de **Jorge W. PEYRANO**, en La Ley boletín del 26 de octubre de 2010).
- (8) **PEYRANO, Jorge W.**, “Tendencias pretorianas en materia cautelar” en “Problemas y Soluciones procesales”, Rosario 2008, Editorial Juris, página 202.
- (9) *Ibidem*, página 202.
- (10) Conf. el comentario de “Camacho Acosta” de **Roland ARAZI**, titulado “Tutela Anticipada” en Revista de Derecho Procesal”, Editorial Rubinzal Culzoni N° 1 página 391.
- (11) Por ahora, únicamente las provincias de La Pampa y San Juan han regulado legalmente a la tutela anticipada de urgencia.
- (12) **PEYRANO, Jorge W.** “El dictado de decisiones judiciales anticipadas. El factor evidencia”, en La Ley 2011-B, página 773: “Una manifestación exitosa de justicia temprana está dada por lo que se ha dado en llamar tutela anticipada. Existe ésta cuando la matriz del proceso en cuyo seno se reclama su despacho no permite decir que se trata de una hipótesis de justicia temprana. Empero, la concurrencia de factores tales como la urgencia o la evidencia funcionan como aceleradores excepcionales de los tiempos de un procedimiento normalmente más moroso en admitir el desplazamiento de derechos”
- (13) **PEYRANO, Jorge W.** “Tendencias y proyecciones de la doctrina de la tutela anticipada”, en “Nuevas tácticas procesales”, Buenos Aires 2010, Editorial Nova Tesis, , página 163: “Si bien “Camacho Acosta” no señala que la innovativa será la única vía de ahí en más en todos los fallos pronunciados en la materia, se ha echado mano a la cautelar genérica (prevista por el codificador en ciertos distritos) y más concretamente a la innovativa (producto todavía pretoriano) para fundar la enorme mayoría de las sentencias que han decretado una tutela anticipada”
- (14) **PEYRANO, Jorge W** “Tendencias pretorianas en materia cautelar” página 201.

(15) **PEYRANO, Jorge W.** “Sobre el límite razonable de vigencia en ciertas cautelares”, en J.A. 2011- I página 973 y siguientes y “Suspensión de la aplicabilidad del Artículo 161 de la Ley de Medios. Luces y Sombras del Fallo de la Corte”, en La Ley, boletín del 29 de mayo de 2012.

(16) Aludimos a las decisiones de la Corte federal emitidas en la causa “Grupo Clarín y otros-Medidas cautelares” los días 5 de octubre de 2010 y 22 de mayo de 2012.

(17) **PEYRANO, Jorge W.**,”Sobre el límite razonable de vigencia de ciertas cautelares”, página 973: “Lo que ha dicho la Corte es que resulta conforme a Derecho que se fije un plazo judicial de vigencia razonable para la duración de una cautelar de máxima energía, y que el vencimiento de tal término pretoriano puede registrarse con anterioridad a la consolidación de cosa juzgada sobre la pretensión de fondo. Vale decir que ha acogido el instituto de las cautelares temporarias, al menos cuando se trata de precautorias de máxima energía, cuales son los casos de la prohibición de innovar y de la medida innovativa”.

(18) La Corte federal en su ya citada resolución del 22 de mayo de 2012 declaró, en su parte final lo siguiente: “Que, finalmente, corresponde señalar a las partes que lo aquí decidido en cuanto al plazo de vigencia de la medida cautelar podrá ser revisado en caso de que se verificasen conductas procesales orientadas a obstaculizar el normal avance del pleito”.

(19) Puede consultarse el fallo y nuestro comentario en “Revista de Responsabilidad Civil y Seguros” de febrero de 2012, Editorial La Ley, página 189 y siguientes.

(20) *Ibidem*.

(21) *Conf.* el fallo y nuestro comentario en “La tutela anticipada de urgencia frente a destinatarios con responsabilidades mancomunadas” ,en Doctrina Judicial del 18 de abril de 2012, página 8 y siguientes.

(22) *Ibidem*.

(23) *Ibidem*

(24) **PEYRANO, Jorge W**, en “Efectos de la emergencia económica en las relaciones jurídicas”, Buenos Aires 2012, Editorial Nova Tesis, página 23 y 32. En dichos lugares, destacamos que se trata de una regla de Equidad que procura distribuir armónicamente un mal común entre acreedor y deudor, legitimando inclusive que la repartición no sea igualitaria cuando las circunstancias del caso así lo aconsejaran.