

LA MEDIDA AUTOSATISFACTIVA Y LA TUTELA ANTICIPADA DE URGENCIA EN EL PROYECTO DE CODIGO PROCESAL DE FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES¹

La tutela anticipatoria resulta, diversa de la cautelar, por manera que no parece ajustado a la disciplina procesal el intento de subsunción que le reste autonomía, desdibujando sus caracteres típicos
Roberto Berizonce

por Silvia L. Esperanza

SUMARIO: I. Palabras iniciales. II. La medida autosatisfactiva (MA). III. La Tutela anticipada de urgencia (TAU). IV. Palabras de cierre

I. Palabras iniciales

En el proyecto de Código Procesal de Familia, Niñez y Adolescencia², en los arts. 345³ y 346 se regula la Tutela anticipada de urgencia y en los arts. 561 a 568 la Medida autosatisfactiva. En el presente abordaremos brevemente las diferencias entre ambos institutos con el fin de despejar dudas, que sobre el particular se presentan.

Previo al tratamiento del tema que nos convoca, aplaudimos al legislador correntino, que al igual que sus pares de Chaco, Misiones, San Luis, San Juan, La Pampa y siguiendo el exitoso e irreprochable modelo brasileño ha regulado específicamente la Tutela anticipada de urgencia (TAU) evitando de esta manera toda confusión que se advierte en relación con las medidas cautelares⁴.

¹ Publicado en www.rubinzalonline.com.ar. Cita: RC D 1543/2020

² Proyecto que tiene sanción de la HC de Senadores (año 2019) y con estado parlamentario en la HC de Diputados de la provincia de Corrientes.

³ **Capítulo 4. Tutela jurisdiccional anticipada. ARTÍCULO 345. Requisitos.** Sin que configure prejuzgamiento, el juez puede, a requerimiento fundado de parte y de manera excepcional, anticipar parcial o totalmente los efectos de lo pretendido en la demanda o en la contestación, cuando concurren los siguientes extremos: a) Convicción suficiente sobre la probabilidad cierta del derecho que la sustenta, b) Urgencia de la medida en tal grado que de no ser adoptada de inmediato cause al peticionante la frustración del derecho o un daño irreparable equivalente, c) Carencia de efectos irreversibles de la anticipación sobre la sentencia definitiva. d) Otorgamiento de caución suficiente si pueden estar afectados derechos de terceros, d) Otorgamiento de contracautela si la tutela jurisdiccional anticipada importa un desplazamiento provisorio de derechos patrimoniales.

⁴ Sobre el tema, ver entre otros, PEYRANO, Jorge W., *La medida autosatisfactiva, hoy*, LL. 9.6.20. MARINONI, Luiz G., *De la tutela cautelar a la tutela anticipatoria*, www.academia.edu.ar. *A reforma do CPC e a efetividade no proces...Genesis, Rev. Dir. Proc.Civ. Curitiba, n.1. 1996, p. 87, con remisión a Proto Pisani a. y la regulación en Italia*, citado por BERIZONCE, Roberto, *Tutela Anticipada y definitiva*,

II. La medida autosatisfactiva (MA)

Debemos destacar que la MA -consideramos como denominación correcta “Proceso autosatisfactivo”- no es una medida cautelar ni tampoco una Tutela anticipada de urgencia (TAU), sin embargo, comparte con esta última la categoría de justicia temprana, aunque el proceso en donde se peticiona no reviste tal calidad.

La MA es un requerimiento urgente, autónomo, de carácter excepcional, formulado al órgano de la jurisdicción para que provea inmediatamente la pretensión de fondo y que se agota con su despacho favorable⁵, justamente lo urgente de la pretensión lleva al actuar de la jurisdicción de modo temprano. Vale decir que la MA reclama la previa verificación de la urgencia como factor intrínseco, propio del instituto.

Coadyuva a una mejor eficiencia de la prevención la MA por la finalidad de evitar un daño grave, irreparable o de difícil reparación ulterior o en la necesidad que su tutela sea imprescindible, produciéndose en caso contrario su frustración⁶.

La MA constituye su propio proceso, es un proceso autónomo, no necesita entablar una acción posterior -como ocurre con las medidas cautelares-, ni se da dentro de un proceso como sucede con la TAU. No admite amplitud de debate y prueba⁷, por tratarse de medidas urgentes implica limitar el conocimiento de lo ocurrido y el ámbito de discusión, es darle prioridad a la urgencia ya para evitar un perjuicio grave o irreparable⁸.

No esta direccionada a asegurar la eficacia práctica de la sentencia sino el derecho

J.A. 1996-IV. DE LOS SANTOS, Mabel A., *La prueba en la tutela anticipada de urgencia*, AR/DOC/2413/2009. OLMO, Juan Pablo, *Tutela anticipada: Un puente entre la justicia y los derechos humanos de niños con discapacidad*, AR/DOC/198/2013. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, “Algunos aspectos referidos a la eficacia del llamado “proceso familiar”, Derecho Procesal en vísperas del siglo XXI. Temas actuales en memoria de los profesores Isidoro Eisner y Joaquín Salgado, Bs. As., Ediar, 1997, págs. 79/132. PALACIOS, Carmen E., LARA CORREA, Edgardo W., *¿La libertad de circulación a la espera de una decisión administrativa? O la necesidad de incorporar en el ámbito del derecho administrativo nacional la figura jurídica de la tutela anticipada, con el propósito de solucionar cuestiones urgentes*, AR/DOC/3657/2005, CARBONE, Carlos, *Proyección de la tutela de urgencia. Panorama crítico de los perfiles procesales en torno a los reclamos judiciales contra la emergencia*, L.L. 20.7.2004, I. ESPERANZA, Silvia L., *La medida cautelar innovativa y la Tutela anticipada de urgencia en el proyecto de Código Procesal de Familia, Niñez y adolescencia de la provincia de Corrientes. Tutelas preventivas y de urgencia en la Ley de Familia de la provincia de Entre Ríos*.

⁵ ACOSTA, José V., *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes*, T. 6-A, Mave, p.108

⁶ DOMINGUEZ, María Cecilia, *Procedencia y justificación constitucional y normativa de las medidas autosatisfactivas. Las dimensiones de su posible extensión: urgencia, daño y Derecho patente o evidente*, Jurisprudencia Santafesina, Revista N° 97, p. 79.

⁷ Fallo: Oviero c/Haberkorn s/Medida autosatisfactiva, 26.8.14, Juzg. Civ. y Com. Mercedes (Ctes.) con cita de Peyrano y Barberio.

⁸ Sentencia de feria N° 1 del 24 de julio de 2019, juzgado Contencioso Administrativo N° 2- Corrientes

sustancial⁹, motivo por el cual no es instrumental como sí son las medidas cautelares.

Con respecto a la instrumentalidad señalamos, que el proyecto de CPFNA en el art. 568 estableció: “*Principio de instrumentalidad. Caducidad.* No rigen en la materia los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar”, idéntica redacción al artículo vigente del CPCC¹⁰.

En cuanto al procedimiento y el derecho a ser oído, el art. 562, inc. b) prevé concretar una breve sustanciación, citando a una audiencia. Si el derecho es evidente o la urgencia es extrema, puede ordenar la medida de modo inmediato, posponiendo la sustanciación para cuando lo ordenado se haya cumplido.

Ahora bien, la impugnación de la MA puede ser objeto de una sola revisión, he aquí otra diferencia con la TAU que podría ser revisada tanto la decisión que la despacha como la sentencia de fondo del proceso en que se encuentra inserta de llegar a dejarla sin efecto.

Con el fin de evitar confusiones, veamos cuáles son las diferencias entre el peligro de daño (presupuesto de los procesos urgentes) y el peligro en la demora (particularidad de las medidas cautelares). Para el primer supuesto se debe ponderar principalmente la prisa del requirente del proceso urgente del caso (una autosatisfactiva, por ejemplo), en tanto que cuando se trata de una cautelar se debe observar, centralmente, al destinatario de la precautoria y al riesgo de que éste caiga en estado de insolvencia (“peligro en la demora”)¹¹. Tal concepción nos permite determinar que, en la urgencia, “*Hoy, ahora, ya*”, se debe hacer algo, incluyendo transmisión provisoria de derechos.

III. Tutela anticipada de urgencia (TAU)

Lo primero a tener presente es que la TAU es una manera excepcional de obtener el anticipo total o parcial de lo pretendido en la demanda y es una herramienta útil para evitar un daño irreparable, por lo que para su despacho favorable la ponderación es “más rigurosa que los propios de las medidas cautelares típicas, provisionales o asegurativas”¹².

Sobre el particular la CSJN¹³ ha dicho que el anticipo de jurisdicción, lleva ínsita una evaluación de la amenaza inminente de los daños definitivos y del peligro de

⁹ KANDUS, Cecilia Beatriz, *La medida autosatisfactiva como herramienta para la tutela judicial efectiva en el proceso civil*, en libro homenaje al Dr. Jorge W. Peyrano, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2018.

¹⁰ Art. 785 del CPCC.

¹¹ PEYRANO, Jorge W., *La medida autosatisfactiva, hoy*, LL 09/06/2014.

¹² Del voto del Dr. Jorge Mario Galdós (CCC, Sala II, Azúl, Buenos Aires) en la causa “*Sosa, Victoria Macarena s. Medidas cautelares - Incidente art. 250, CPCC*”, sentencia de fecha 15.05.2018

¹³ CSJN, “*Pardo, Héctor Paulino y otro c/Di Césare, Luis Alberto y otro s/art. 250 del CPC*”, 6.12.11.

permanencia en la situación actual a los fines de habilitar una resolución que, al conciliar los intereses de aquéllos, según el grado de verosimilitud, y el derecho constitucional de defensa del demandado, logre la medida necesaria y oportuna de la jurisdicción que el caso requiere, aseveración que no importa una decisión final sobre el reclamo de los demandantes formulado en el proceso principal.

Hoy en día ya no se discute la función preventiva desde la jurisdicción y precisamente la gravedad del daño y su irreparabilidad es la circunstancia que determina que se adelante la tutela¹⁴.

Destacada doctrina extranjera¹⁵ ha expresado que la tutela anticipatoria, es satisfactiva del derecho material, permitiendo su realización -y no su seguridad- frente a cognición sumaria o verosimilitud. En realidad, la tutela anticipatoria, dejando de lado hipótesis excepcionales, tiene el mismo contenido que la tutela final, con la única diferencia que es lastrada en verosimilitud y, por eso, no queda protegida por la inmutabilidad inherente a la cosa juzgada material. La tutela anticipatoria es la tutela final anticipada con base en cognición sumaria.

A su turno la Dra. Kemelmajer de Carlucci¹⁶ enseña que las sentencias anticipatorias pueden ser definidas como aquellos pronunciamientos que se producen antes de la finalización del proceso, sin perjuicio de su continuidad hasta la sentencia definitiva, mediante los cuales se da satisfacción provisoria, total o parcial al objeto de la pretensión.

Esta claro, entonces, que la TAU no es un proceso autónomo, se encuentra inserta dentro de un proceso principal, motivo por el cual no se puede conceder algo diferente de lo pretendido en el escrito inicial, es provisoria, no hace cosa juzgada y tampoco constituye prejuzgamiento.

A diferencia de la MA, la TAU -reiteramos- puede ser sometida a revisión con su despacho, o de ser dejada sin efecto al resolverse la cuestión principal oportunidad que podrá ser apelada, es decir, que puede ser revisada en mas de una oportunidad por el órgano superior, circunstancia que no se da en la MA.

Otra nota caracterizante y que la diferencia de la MA., es referido a la prueba, a la TAU no le interesa que el tema ventilado en el principal sea complejo o de difícil prueba.

¹⁴ MEDINA, Graciela, *Tutela anticipada y daño vital*, AR/DOC/6613/2011

¹⁵ MARINONI, Luiz G., ob.cit

¹⁶ KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, ob.cit.

Por último, destacamos que, al ser una tutela provisoria, su cumplimiento se encuentra sujeto a la prestación de contracautela suficiente, de conformidad con la mayor o menor certeza del derecho invocado. La finalidad de la contracautela en la materia consiste en garantizar las condiciones de "reversibilidad" de lo concedido provisoriamente. Si lo que se adelanta es una suma de dinero, es evidente que la caución deberá garantizar el reintegro de lo percibido o, en su caso, la posibilidad de ejecución de bienes para asegurar el pago¹⁷.

Seguidamente, para la mejor comprensión de las diferencias entre la MA y la TAU, procedemos a esquematizar.

Diferencias	Medidas autosatisfactivas	Tutela anticipada de urgencia
Proceso	Autónomo	Segmento de un proceso que continúa su trámite
Objetivo	Busca solucionar la urgencia que justifica su promoción	Busca solucionar una urgencia que no ha originado la iniciación del proceso principal en que se inserta
Prueba	No es menester una amplitud de debate	Le es indiferente si el proceso principal en el cual se inserta exige (o no) un debate y prueba
Verosimilitud	Mayor grado	Menor grado
Revisión	Sólo una	Pluralidad (la de la TAU y la de mérito)

IV. Palabras de cierre

La MA y la TAU, son institutos procesales encargados de dar respuestas urgentes a los requerimientos que se presentan a la jurisdicción, distintos a las medidas cautelares, a pesar que la TAU sea provisional.

Consideramos que ambas herramientas procesales son una expresión de la anhelada Tutela judicial efectiva, sin embargo, no dejamos de reconocer que, para toda institución procesal novel en el camino encuentran escollos, que con el tiempo son sorteadas. El proyecto legislativo es una muestra de superación. Anhelamos que prontamente se convierta en ley.

¹⁷ DE LOS SANTOS, Mabel, ob.cit