

XXIX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL

“El conflicto jurídico y sus soluciones en el siglo XXI” - Termas de Río Hondo, Santiago del Estero, 14 al 16 de septiembre de 2017.

COMISION DERECHO PROCESAL CIVIL.

TEMA 3: EL ROL DEL JUEZ EN LA ACTUALIDAD.

PONENCIA: El rol del juez en la fundamentación de la decisión de anticipar tutela.

Autor: Miguel Angel Martinez Conti.

Dirección Postal: Arturo M. Bas N° 389 – 1º Piso – Oficina “C” - Córdoba

Código Postal 5000 - Teléfono: 0351- 5893377

Dirección de correo electrónico: miguelmartinezconti@gmail.com

Sumario.

I. Introducción. II. Breve referencia al instituto de tutela anticipada. Concepto y caracteres. III. El rol del Juez en la fundamentación de la decisión que despacha la tutela anticipada. IV. Aproximación conceptual a la decisión *razonablemente fundada* prevista en el Código Civil y Comercial de la Nación. V. Conclusiones.

I. Introducción.

Se ha afirmado con razón que con el pasar del tiempo, se hizo necesario otorgar a los litigantes y al juez una mayor amplitud de poder, sea para

permitir que los justiciables pudieran utilizar el proceso de acuerdo con las nuevas situaciones de derecho material y con las realidades concretas, sea para dar al juez la efectiva posibilidad de tutelarlas¹.

El interrogante que se plantea, es visualizar como debe el rol del juez al momento de fundamentar la admisión y despacho de una medida de tutela anticipada en el comienzo mismo del proceso, especialmente, teniendo en cuenta cuál es el grado, intensidad y características de la convicción que se puede o debe exigir en el particular, máxime, teniendo en cuenta el perfil activista que el nuevo Código Civil y Comercial le ha otorgado.

II. Breve referencia al instituto de tutela anticipada. Concepto y caracteres.

Las primeras aproximaciones sobre sistemas cautelares con expresa mención de la decisión anticipada sobre el mérito, se remonta a la clasificación efectuada por Calamandrei en 1935, para quien las providencias anticipatorias eran cautelares e indicaba que *la providencia interina trata de acelerar en vía provisoria la satisfacción del derecho porque el periculum in mora está constituido no por la temida desaparición de los medios necesarios para la formación o para la ejecución de la providencia principal sobre el mérito, sino precisamente por la prolongación, a causa de las dilaciones del proceso ordinario, del estado de insatisfacción del derecho, sobre el que se contiende en el juicio de mérito*².

A pesar del tiempo transcurrido, en la actualidad la cuestión de la tutela anticipada está plagada de indefiniciones y confusiones. Diversos institutos emergentes de la necesidad de los tiempos que corren, concurren desde

¹ MARINONI, Luiz Guilherme, *Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*, XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, 1ª ed., Bogotá D.C., Editorial: Departamento de Publicaciones, Universidad Libre, 2012, p. 969.

² CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, p. 72 citado por FALCON, Enrique M., *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Ed. Rubinzal – Culzoni, T. IV, *Sistemas Cautelares*, p. 17.

distintos ángulos a la solución de diversos problemas, tomando prestado a veces otros procedimientos o creando soluciones para los nuevos casos³.

Es así que partiendo de las necesidades del derecho de fondo, se han ido generando diversos instrumentos y técnicas de tutela procesal idóneos a los fines de velar y proteger en tiempo propio los derechos que se invocan conculcados, formando parte de una nueva categoría: la *tutela jurisdiccional diferenciada*⁴.

Esbozando una conceptualización, se ha dicho que en caso de extrema urgencia, cuando se encuentren en peligro derechos fundamentales de las personas, el juez podrá resolver la pretensión del peticionario acortando los plazos previstos para el proceso sumarísimo y tomando las medidas que el juez juzgue necesarias para una tutela real u efectiva; excepcionalmente, podrá decidir sin sustanciación. Las normas que regulan las medidas cautelares serán de aplicación supletoria, en lo que fuere pertinente y compatible con la petición⁵.

Así, la sentencia anticipada no es de naturaleza cautelar sino que constituye un instituto diferenciado de tutela de urgencia⁶, tal como ha sido entendido por gran parte de la doctrina⁷.

Más específicamente, estaremos en presencia de una tutela diferenciada cuando –excepcionalmente y a raíz de experimentar urgencias apremiantes el requirente del servicio de justicia o de las singularidades del derecho

³ FALCON, ob. Cit., p. 799.

⁴ Contribuyendo a la elaboración de la teoría de la tutela diferenciada PROTO PISANI, TARZIA, BERIZONCE, GELSI BIDART, citados al pie por CARBONE, Carlos A., *La tutela Procesal Diferenciada: opacidad conceptual y su repercusión en los procesos cualificados por la urgencia y la evidencia, subcautelares e infra o mini diferenciados*, en Revista de Derecho Procesal 2009-1, *Tutelas procesales diferenciadas – II*, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 90.

⁵ MORELLO, Augusto M., *Qué entendemos en el presente por tutelas diferenciadas*, en Revista de Derecho Procesal 2008-2, *Tutelas procesales diferenciadas – I*, Ed. Rubinzal – Culzoni, p. 18, con cita de artículo en coautoría con ARAZI, Roland, *Procesos urgentes*, en J.A., 2005-I-3, fasc. 13.

⁶ DE LOS SANTOS, Mabel, *Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas*, en J. A. 1997-IV-800.

⁷ PEYRANO, J. W. (dir.) y CARBONE, C. A. (coord.), *Sentencia anticipada*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, *vide* MARINONI, Luiz Guilherme, *La tutela anticipatoria en la reforma del proceso civil brasileiro*, trad. de Álvaro Pérez Ragone, en revista J. S., N° 25, p. 17 y ver arts. 273 del Código del Proceso Civil del Brasil, 700 del Código de Procedimiento Civil italiano, 381.1 del Código del Proceso Civil de Portugal y 317.1 del Código General del Proceso del Uruguay, citado por DE LOS SANTOS, ob. cit. en nota 8.

material cuya aplicación se reclama— se hubiera instrumentado un montaje procesal autónomo de cierta complejidad, portador de una pretensión principal y que cuenta con la dirección de un órgano jurisdiccional investido de facultades incrementadas e inusuales; estructura que deberá satisfacer, en la medida de lo razonable, la garantía del debido proceso (que ampara tanto al requirente del servicio de justicia como al requerido) y que se deberá apartar, en varios aspectos, y, notoriamente, de las matrices vigentes. Dicho montaje procesal deberá brindar al demandante un trato preferencial y admitir, por lo común, una legitimación activa amplia⁸.

A nivel jurisprudencial⁹, se ha consolidado la procedencia del despacho favorable de una tutela anticipada o anticipatoria, siempre que concurren determinados supuestos y condiciones que trataré de compendiar someramente *infra*.

Se ha dicho que gracias a la anticipación de tutela se viabiliza la neutralización de los males provenientes del tiempo necesario para la obtención de la tutela jurisdiccional final. La técnica anticipatoria busca distribuir de manera isonómica entre las partes el tiempo inherente a la duración fisiológica del proceso¹⁰.

Si bien se ha reconocido que esta tutela anticipada se desarrolla en varios modelos asistemáticos, muchos de ellos complejos, que pueden tener o no un sistema procesal de apoyo¹¹, tomando en cuenta que lo expuesto hasta aquí, se pueden identificar dos elementos definitorios del instituto: a) que se trata de una decisión sobre una pretensión urgente; b) que tal pretensión es coincidente, total o parcialmente, con lo postulado en la demanda o reconvencción¹².

⁸ PEYRANO, Jorge W., *Precisiones sobre el concepto de tutela diferenciada* en Revista de Derecho Procesal, N° 2008-2, *Tutelas procesales diferenciadas – II*, Rubinzal-Culzoni, p. 22 y 23.

⁹ En especial, a partir de *Camacho Acosta M. v. Graf Gral S.R.L y otros*”, CSJN, 7/8/1997, JA 1997-IV-620. En mismo sentido *Pardo, Héctor Paulino y otro c/ Di Césare, Luis Alberto y otro s/ art. 250 del C.P.C.*”, CSJN, 06/12/11.

¹⁰ MITIDIERO, Daniel, *Anticipación de tutela*, Colección Proceso y Derecho, Ed. Marcial Pons, Madrid. p. 114, con cita de PROTO PISANI, Andrea, *Appunti Sulla Tutela Cautelare*, en *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cesam, p. 111-113.

¹¹ FALCON, ob. Cit., p. 823.

¹² DE LOS SANTOS, *ibídem*.

En cuanto a sus caracteres, se encuentran la instrumentalidad y provisionalidad, que no produce efectos de cosa juzgada material, ni su acogimiento configura prejuzgamiento, es de ejecutabilidad inmediata, reviste carácter urgente y se exige contracautela.

En cuanto a los requisitos específicos para su despacho, más allá de las discusiones doctrinarias y de su comparación o equiparación con las medidas cautelares, existe consenso respecto de algunos de los recaudos de admisibilidad exigibles para ello.

Se requiere una exigencia mayor, tanto en la verosimilitud del derecho, como en el peligro en la demora, pues de lo que se trata en definitiva, es de adelantar lo que se persigue en el juicio.

Así, respecto de la verosimilitud del derecho, en las tutelas anticipadas se exige algo mayor que ha sido denominada de diversas formas: *fuerte probabilidad*, *convicción suficiente* o *certeza provisional*, por lo que el juez debe contar con un grado elevado de probabilidad, o de convencimiento, de que el derecho por el que se reclama, existe.

Se requiere también de un peligro en la demora agravado, es decir, la posibilidad de un perjuicio irreparable cierto (*periculum in damni*), entendido este como el riesgo de que la pretensión perezca no por la duración del proceso en sí, sino debido a los caracteres de la situación de hecho o de derecho que se pretende modificar.

Además, como principio la solicitud se bilateraliza con la necesaria sustanciación del pedido, ya sea a través de un mero traslado, o bien, de la celebración de una audiencia entre las partes del proceso.

Finalmente, se agrega también que el derecho a desplazar sea —en la medida de lo posible— fácilmente reversible, es decir, que debe resultar factible volver las cosas al estado anterior de manera simple.

El análisis de todas estas cuestiones, presupuestos y requisitos, debe formar parte de la resolución que trate sobre la procedencia o no de la tutela anticipada y, en razón de sus particularidades, su fundamentación no es

equiparable a la de las medidas cautelares clásica sino que exigen en el juzgador una actividad intelectual más profunda y exigente, según se verá a continuación en el punto siguiente.

III. El rol del Juez en la fundamentación de la decisión que despacha la tutela anticipada.

Individualizada la tutela del derecho pretendida por la parte, es posible llevar la cuestión al plano procesal y preguntarse sobre el medio procesal adecuado para la realización de la tutela del derecho. Solo a partir de ahí es que se puede pensar en las formas de tutela jurisdiccional y en las técnicas procesales capaces de promover la efectiva anticipación de tutela del derecho. De allí que uno de los momentos centrales de este particular proceso se verifica cuando el juez decide la causa: en ese momento él juzga el pedido, ejerciendo el poder inherente a su oficio. Hay un juicio de valor sobre la posición jurídica de las partes en el proceso¹³.

El juicio con plena y completa cognición de la cuestión sustancial de mérito nada tiene que ver con el juicio mediante cognición totalmente sumaria de la probable existencia del derecho sustancial y del peligro que lo amenaza, a fin de justificar y abrir la vía a la providencia cautelar. El primero, comprobando enteramente la existencia o inexistencia del derecho, incierto o controvertido, *elimina el conflicto de los correspondientes intereses*; el segundo, declarando la certeza, mediante cognición sumaria y superficial, de la *probable* existencia del peligro que lo amenaza, no tiene ni la posibilidad ni la función de eliminar el conflicto de intereses, que continúa existiendo, al punto de que normalmente se dará lugar al juicio sustancial al mérito. Porque una cosa es la providencia que tiende a prevenir o impedir cierto comportamiento, que el solicitante estima antijurídico y del cual puede provenir un daño grave e irreparable —y que el órgano jurisdiccional recepta como probable—, y otra cosa es la providencia que comprueba y reconoce la antijuridicidad del comportamiento. La naturaleza, la función y los efectos

¹³ MITIDIERO, ob. cit. p. 124.

de las dos distintas providencias son enteramente diferentes, ya que tienden a objetos y finalidades diversas¹⁴.

Genéricamente, la resolución que despacha la medida de tutela anticipada, configura un anticipo cautelar del juicio de mérito, con lo cual, se formula un pronóstico provisorio acerca del eventual desenlace de la causa, concediéndose ahora lo que probablemente se otorgará ulteriormente en la sentencia que ponga fin al proceso de cognición.

De manera más precisa, se ha dicho que se trata de resoluciones que, ya sea que admitan la medida o la denieguen, exigen un análisis pormenorizado de la situación fáctica y de si ella satisface o no las condiciones para la procedencia de la tutela. De allí que en todos los casos el juzgador habrá de considerar todos los aspectos fácticos y jurídicos vinculados a la decisión y éstos deben ser explicitados¹⁵.

La mayor dificultad de la doctrina y de los tribunales, se encuentra en identificar claramente los requisitos de procedencia del instituto, en especial, que debe entenderse por *fuerte probabilidad, convicción suficiente o certeza provisional* del derecho invocado, cuáles son los hechos que lo acreditan y cuál o cuáles son las pruebas que pueden otorgarle convicción judicial a su procedencia.

Según prestigiosa doctrina, los conceptos del lenguaje vulgar *fundar* significa en una de sus acepciones, que es la que nos interesa "apoyar con razones eficaces", mientras que motivar significa "*dar o explicar la razón o causa que se ha tenido para hacer una cosa*". Generalmente en el proceso se habla de motivos, motivos y fundamentos, razones y motivos, ya sea como elementos complementarios, ya como sinónimos entre sí. El juez, al dar los motivos de su decisión, no podría apoyarse pura y exclusivamente o en los hechos o en las normas, pues si hiciera lo primero, prescindiendo de las normas, se estaría transformando en legislador, y si se apoyara en aquéllas

¹⁴ ROCCO, Ugo, *Tratado de derecho procesal civil*, Ed. Temis-Depalma, T. V, p. 418 y 419.

¹⁵ DE LOS SANTOS, ob. cit. en nota 8, p. 114.

prescindiendo de los hechos, convertiría la sentencia en una obra de investigación o de doctrina¹⁶.

Falcón¹⁷, ha desarrollado distintos grados de conocimiento a tener en cuenta por el magistrado para acceder a distintos tipos de tutelas, señalando que en un *primer grado de conocimiento*, se encuentra la verosimilitud del derecho entendido como la probabilidad de que el derecho exista y no como una incontestable realidad; en el *segundo grado de conocimiento*, está la certeza, la cual indica se forma en base al sistema de probabilidades que consisten en una serie de elementos que crean en el ánimo del juez la satisfacción del conocimiento alcanzado¹⁸; y en un *tercer grado de conocimiento*, ubica a la evidencia, a la que caracteriza como la ideación o percepción absolutamente clara y manifiesta de una idea o de una cosa, tal que nadie puede dudar racionalmente de ella, aplicables a los hechos y al derecho.

Doctrina especializada ha desmenuzado el análisis de la convicción a los fines del despacho de una medida, sosteniendo que al juez le basta para conceder la tutela anticipada, la convicción de verosimilitud, argumentando qué decidir con base en la verosimilitud preponderante, cuando se trata de la tutela anticipada, significa sacrificar lo improbable en beneficio de lo probable. Y no podría ser diferente, porque no hay racionalidad en negarle la tutela a un derecho que corre el riesgo de ser lesionado bajo el argumento de que no existe convicción de verdad¹⁹.

Cuando se piensa en la verosimilitud suficiente para la concesión de la tutela anticipada, el real problema está en la racionalidad de la decisión judicial, o mejor, en el control de la racionalidad de la decisión que concede, o no, la tutela anticipada. Acontece que esa racionalidad, como está demostrado, no puede ser garantizada a través de una artificial e imposible determinación

¹⁶ DIAZ, Clemente, *Instituciones de Derecho Procesal*, T. II – A, *Jurisdicción*, p. 225, citado por FALCON, Enrique, *Algunos aspectos de la sentencia en el proceso civil*, en *Revista de Derecho Procesal 2007-2, Sentencia I*, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 28 y 29.

¹⁷ FALCON, Enrique, *Tratado...* cit. en nota 3, p. 853 y siguientes.

¹⁸ TARUFFO, Michelle, *La prueba de los hechos*, p. 167 y siguientes, especialmente p. 225 citado por FALCON, ob. cit. p. 854.

¹⁹ MARINONI, Luis Guilherme, *Tutela anticipatoria: prueba, convicción y justificativa*, en *Revista de Derecho Procesal 2008-2, Tutelas procesales diferenciadas – I*, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 56 y 57, con referencia al art. 273 del Código de Proceso Civil de Brasil.

del grado de verosimilitud o de una indebida restricción del derecho a la producción de prueba. El juez tiene el deber de justificar la decisión anticipada²⁰ racionalmente.

El problema se presenta no en relación a la tutela de lo probable, sino respecto de la tutela frente a la duda acerca de la verosimilitud del derecho invocado.

De allí que cuando el juez está en duda respecto a la verosimilitud y las posturas y pruebas aducidas por las partes en el marco del expediente judicial hasta ese momento no son suficientes para superar el estado de indefinición convictiva, el juez debe acudir el método interpretativo denominado *Ad hoc balancing test*, por el cual, la ponderación necesaria para establecer la preeminencia de los derechos la realiza el magistrado, en el caso concreto y teniendo en cuenta, de manera esencial, cuál de tales derechos que, en abstracto, poseerían el mismo rango, debe ser preferido, en función de las circunstancias particulares del caso²¹, como última alternativa para realmente valorar la necesidad de la tutela.

Dicho método interpretativo, también se puede observar en la nueva codificación al mencionar a *los principios y los valores jurídicos* como pautas para ello²².

Sin perjuicio de lo expuesto, resulta materialmente imposible delimitar criterios que puedan guiar los pasos del juez en abstracto, toda vez que éstos no se agotan en sí mismos y deben ser necesariamente analizados en cada caso concreto.

El hecho de que en el caso de la tutela anticipada se encuentre en el comienzo del proceso de cognición y de que además ésta como regla se identificará en todo o en parte con la pretensión de fondo, el juzgador

²⁰ MARINONI, ob. cit. p. 64, con cita de TARUFFO, Michelle, "*il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*", en Internet: www.studiocelentano.it en relación al control de racionalidad de la decisión.

²¹ FERNANDEZ, Raúl E., *A propósito del caso "Kimel" y sus implicancias en la hermenéutica Constitucional*, en *Discusiones en torno del derecho judicial*, GHIRARDI, Olsen A. (Director), *Obra colectiva del Instituto de Filosofía del Derecho de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Volumen 11*.

²² Conforme art. 2 del Código Civil y Comercial.

probablemente en muchas oportunidades no aplicará un método de interpretación, sino que se limitará a realizar la valoración de las posturas de actor y demandado.

Con todas las precauciones y exigencias en torno a la acreditación de los recaudos y requisitos para su despacho favorable y lo que eso conlleva en el grado de cognición y convicción del juzgador, se puede afirmar que el juez debe en general establecer una especie de certeza del derecho que se anticipa, traducida en un estado objetivo de peligro que haga aparecer como inminente la realización de un derecho²³.

La evaluación de esta certeza suficiente será más estricta o acentuada en relación a la fuerte probabilidad de la existencia del derecho del reclamante más el daño irreparable, irreversible o de difícil reparación que el peligro en la tardanza propia de la sustanciación del proceso pueda provocar para hacer valer el derecho postulado por el transcurso del tiempo²⁴.

Se puede decir que el juez deberá juzgar según sus primeras impresiones sobre los elementos de convicción que se le presenten, porque en ese momento el enjuiciamiento debe ser rápido y deberá fiarse de esas primeras impresiones. Y a partir de ahí, el enjuiciamiento *prima facie* puede tener un mayor campo de actuación, como ocurre en general en el proceso civil, en el que el juez observará los documentos u otras piezas de que disponga con bastante libertad, avanzando el juicio que realizaría en la sentencia si tuviera que juzgar en ese momento con esos únicos datos²⁵.

De ahí la utilidad de la aplicación del *ad hoc balancing test* como pauta valorativa con el objetivo de encontrar una solución racional y razonable para la eventual duda que se instala sobre las posiciones en disputa en el despacho de la tutela anticipada en el caso concreto.

²³ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Ed. El Foro, p. 76 y 77.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ NIEVA FENOLL, Jordi, *El elemento psicológico en la adopción de las medidas cautelares*, <http://portales.te.gob.mx/seminario/sites/portales.te.gob.mx.seminario/files/materiales/Jordi%20Nieva.pdf>, consulta efectuada el día 04/09/2017.

IV. Aproximación conceptual a la decisión *razonablemente fundada* prevista en el Código Civil y Comercial de la Nación.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en el capítulo nominado 1 de su título preliminar, intitulado *Derecho*, establece el deber del juez de resolver mediante el dictado de una decisión jurisdiccional razonablemente fundada²⁶, cuyo origen se puede ver en muchos fallos de la Corte Federal en donde se refiere que toda decisión debe ser derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las constancias obrantes en la causa²⁷.

No obstante ello, surge la necesidad de especificar a qué se hace referencia cuando se adjetiva que la decisión debe ser *razonablemente fundada* en esta sistematización del ejercicio de una potestad inherente a la actividad judicial con el fin de lograr el dictado de resoluciones con cierto grado de previsibilidad, pues son los jueces quienes deben aplicar el principio de razonabilidad en cada una de las decisiones que adopten.

Se ha dicho con acierto, que el concepto de “razonabilidad” o de “razonable” (y de “irrazonabilidad o “irrazonable”) es de una importancia fundamental en la práctica y la teoría de la argumentación jurídica. La idea de lo razonable en el Derecho aparece a veces como una noción de carácter general, aplicable a cualquier argumentación jurídica, pero a veces también como una noción específica, como un concepto que cobra importancia en cierto tipo de argumentaciones²⁸.

Podría decirse que la noción de razonabilidad es un componente común de lo que suele llamarse “conceptos jurídicos indeterminados”; estos conceptos vendrían a ser el resultado de la aplicación, a campos distintos, de un mismo concepto básico, el de razonabilidad²⁹.

Conforme lo dicho, la razonabilidad resulta ser un *estándar axiológico*, un módulo de justicia que nos ayudará a determinar lo axiológicamente válido

²⁶ Conforme art. 3º.

²⁷ Instaurada a partir del dictado del precedente *Rey, Celestino c/ Rocha, Alfredo y otro*, CSJN, 2 de diciembre de 1909, *Fallos* 112:384.

²⁸ ATIENZA, Manuel, *Para una razonable definición de “razonable”*, en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N. 4, 1987, p. 189.

²⁹ *Ibidem*.

del orden jurídico, según las circunstancias del caso y en el ámbito del proceso, la modificación de la escala axiológica ha llevado a jerarquizar algunos principios procesales y a la flexibilización de los que no conducen siempre a la obtención de un proceso útil, así como a la armonización de los sistemas antagónicos con un criterio de eficacia³⁰.

Ciertamente, se ha dicho que en una decisión jurídica pueden distinguirse dos aspectos: la actividad de decidir (la decisión como proceso) y el resultado de la decisión (la decisión como producto de una cierta actividad). Visto desde este segundo punto de vista, el concepto de «decisión jurídica» vendría a coincidir, al menos en gran medida, con el de «enunciado jurídico»; pero aquí se hace necesario distinguir entre dos tipos de (o dos funciones de los) enunciados jurídicos: 1) los que sirven o pretenden servir (como premisas o presupuestos) para decidir casos, y 2) los que son el resultado (la conclusión) de la decisión de casos. La definición de «decisión jurídica razonable» que propondré puede entenderse que lo es también de este segundo tipo de enunciados jurídicos, pero no de los del primer tipo.

Por otro lado, podríamos entender que «agente razonable» es «aquel que adopta decisiones razonables»³¹.

Al realizar la fundamentación, el juez deberá dar los motivos tenidos en consideración para tomar la decisión. Dicha motivación, debe ser “razonable” y no limitarse a ser “racional”. En efecto, las deducciones son racionales y no necesariamente razonables, ya que lo racional corresponde a la razón matemática, a las verdades teóricas, mientras que lo razonable se corresponde al sentido común y a la razón práctica. De tal modo correspondiendo la sentencia al mundo de lo jurídico, propio del saber práctico, es dable aspirar al paradigma de la “razonabilidad”³².

³⁰ DE LOS SANTOS, Mabel, “Los valores en el proceso civil actual y la consecuente necesidad de reformular los principios procesales”, *Jurisprudencia Argentina*, T. 2000-I, pág. 752/761.

³¹ ATIENZA, Manuel, *Sobre lo razonable en el derecho*, en *Revista española de derecho constitucional*, año 9, núm. 27, septiembre-diciembre 1989, p. 94.

³² CORDEIRO, María Clara – GONZALEZ ZAMAR, Leonardo, *La fundamentación en las resoluciones judiciales a la luz del proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, en *Revista de Derecho Procesal 2013-1, Proyecto de Código Civil y Comercial, Aspectos procesales*, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 98, con cita al pie de ANDRUET, Armando S. (h),

Aunque lo razonable y lo racional son, ambas, propiedades que se desprenden de la razón, no son identificables por completo. Al respecto, se ha dicho que mientras las nociones de razón y de racionalidad se vinculan a criterios bien conocidos de la tradición filosófica, como las ideas de verdad, de coherencia y de eficacia, lo razonable y lo irrazonable están ligados a un margen de apreciación admisible y a lo que, excediendo de los límites permitidos, parece socialmente inaceptable³³.

De allí que la resolución razonablemente fundada será aquella que concrete una decisión motivada precedida de una argumentación en cuanto al establecimiento de la plataforma fáctica y la aplicación del Derecho, efectuando una correcta subsunción. Tanto en la fijación de los hechos como en la selección de la norma aplicable al caso, el juez debe dar los fundamentos, a cuyo fin se vale de la argumentación³⁴.

En definitiva, se ha sostenido con acierto que la razonabilidad es el criterio demarcatorio de la discrecionalidad frente a la arbitrariedad³⁵.

V. Conclusiones.

La falta de regulación normativa específica de la tutela anticipada, lesiona el acceso a la tutela judicial efectiva del justiciable que afectado en sus derechos, procura en la justicia una solución rápida, efectiva y eficaz, atentando contra la efectividad del instituto.

En esta inteligencia y teniendo en cuenta que el nuevo Código Civil y Comercial se encuentre imbuido de una hermenéutica a favor de la operatividad de los derechos constitucionales y convencionales, la regulación del instituto resulta actualmente una necesidad, máxime, ante la rica y extensa casuística que luce como inagotable.

Razonamiento y argumentación, en *La naturaleza del razonamiento judicial (El razonamiento débil)*, Ed. Alveroni, p. 78 y siguientes.

³³ PERELMAN, Chaim, cit. por ATIENZA, Manuel. *Para una Razonable Definición de "Razonable"* en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N. 4, 1987. p. 191.

³⁴ CORDEIRO – GONZALEZ ZAMAR, ob. cit., p. 98 y 99.

³⁵ CORDEIRO – GONZALEZ ZAMAR, ob. cit., p. 104, con cita de GARCIA AMADO, Juan Antonio, *Teoría de la tónica jurídica*, Civitas, Madrid, 1988.

Precisamente este escenario, hace ineludible que el legislador procesal se haga eco de todo el desarrollo doctrinario y jurisprudencial en la materia y se encarguen decididamente del tema en procura de lograr un mecanismo procesal adecuado que permita la efectiva concreción de aquellos derechos que tanto por su urgencia como por su evidencia procuran un rápido reconocimiento judicial, toda vez que en la actualidad, solo se observan las adaptaciones que han realizado los Jueces al instituto.

A modo de cierre, solo resta decir que al momento de resolver el despacho de una medida de tutela anticipada, amén de que el proceso se encuentre principiando, los jueces deben resolver los asuntos racionalmente desde la ley y el derecho vigente, tratando de obtener la mejor o más justa solución incluso aunque se identifique con la pretensión principal, brindando de manera clara, suficiente y ordenada las razones y argumentos idóneos, jurídicamente válidos, aptos para justificar esa elección con el fin primordial de hacer justicia en el caso concreto, pues como se ha dicho, el derecho puede crear un sistema perfecto en cuanto a su justicia, pero si ese sistema ha de ser aplicado en última instancia por hombres, el derecho valdrá lo que valgan los hombres³⁶.

³⁶ COUTURE, Eduardo J., *Introducción al Estudio del Proceso Civil*, 2ª ed., Tomo I, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1978, p. 75.