

**“I JORNADAS BONAERENSES DE DERECHO DEL  
DEPARTAMENTO JUDICIAL DE QUILMES”**

**Medidas cautelares, anticipatorias y urgentes**

**Por Jorge A. Rojas**

**1.- INTRODUCCION**

En esta oportunidad he tenido el honor de ser convocado por el Dr. Roberto Berizonce para homenajear en estas jornadas a un distinguido jurista como fue el Dr. Félix Alberto Trigo Represas.

Entre los temas que se me han asignado están las medidas cautelares, anticipatorias y urgentes, motivo por el cual, debido a la amplitud que presentan estos temas, trataré brevemente y de la manera más sencilla posible abordarlos.

Para ello en homenaje y recuerdo al maestro Trigo Represas, las novedades más importantes sobre los temas asignados se producen justamente en el ámbito civil donde el homenajeadó tuvo tan destacada actuación, por lo tanto considero que puede ser de interés analizar cómo ha avanzado el nuevo ordenamiento civil en esta materia que si bien es de neto corte procesal, marca en ese cuerpo legal una nueva faceta para la actuación de la jurisdicción.

A poco de analizar todo el cúmulo de medidas que existen en el CCCN, se puede advertir, que existe una gran mayoría que se inscribe en el nuevo rol que se pretende imprimirle a la jurisdicción, desplegando un mayor activismo en resguardo de los derechos que aparezcan involucrados en un determinado conflicto, restringiéndose la minuciosidad de su específica regulación, para darle así mayor margen

de maniobrabilidad al juez para adaptar la medida a las necesidades de la causa.

Esto se compadece claramente con las previsiones de los tres primeros artículos del CCCN, en los cuales se instruye a la jurisdicción de la forma en que se deben resolver los casos, al informársela de la necesidad de tener en cuenta no ya simplemente la letra de la ley, sino su correlación con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos<sup>1</sup>.

Esta impronta que caracteriza al nuevo ordenamiento del derecho privado, que algunos han dado en llamar “constitucionalización del derecho privado”, no es más que darle un mayor protagonismo a la jurisdicción, desde el poder que así resulta mucho más amplio, para decidir –tanto en forma provisional como definitiva- a partir del diálogo de fuentes<sup>2</sup> que proponen esos primeros artículos del CCCN, en donde la clave resulta la razonabilidad de la decisión<sup>3</sup>.

Y en el tema que nos ocupa, la razonabilidad de esa decisión seguramente en muchos casos vendrá apuntalada a partir de la adopción de medidas interinas, que pueden provocar no solo un resguardo de orden cautelar, sino un anticipo de la jurisdicción a los

---

<sup>1</sup> Gil Domínguez, Andrés “El artículo 2 del Código Civil y Comercial: de los métodos de interpretación tradicionales a los principios Constitucionales- Convencionales de interpretación” publicado en RCCyC 2016 (agosto), p. 57.

<sup>2</sup> Negri, Nicolás “Análisis Crítico de los arts. 1º, 2º y 3º del Título preliminar del CCyC” en RCCyC 2016 (diciembre), p. 59.

<sup>3</sup> Esto lleva a la necesidad de observar la letra del art. 28 de la Constitución Nacional que es el que consagra el principio de razonabilidad, en virtud del cual los principios, derechos y garantías que consagra la primera parte de la Constitución no pueden dejar de ser observados para la creación de la norma individual gestada por la jurisdicción, aspecto central que lleva a la necesidad no solo de ejercer el control de constitucionalidad, sino además el de convencionalidad (conf. art. 75 inc. 22 de la Ley Fundamental y arts. 1, 2 y 3 del CCCN).

finde de no tornar estéril un futuro pronunciamiento por su eventual ineficacia.

De todo esto se tratan las medidas cautelares que contempla el CCCN, esto es que abarcan un gran abanico de posibilidades o alternativas, que van desde una actuación meramente instrumental, más allá de su carácter cautelar, hasta aquellas que propenden al resguardo anticipado de los derechos involucrados, aunque tengan carácter provisional, para permitir así un verdadero acceso a la jurisdicción representado por la necesidad de obtener una decisión de mérito y su posterior y efectiva ejecución.

Esto es lo que debe completarse no solo a través de la labor jurisdiccional, sino a través del diseño de los sistemas apropiados que contemple una futura reforma procesal, aunque desde ahora, conforme las previsiones de los arts. 230 y 232 de nuestro ordenamiento adjetivo, esos sistemas pueden ser plenamente operativos siguiendo los lineamientos que brinda el nuevo CCCN.

## **2.- LAS MEDIDAS INNOMINADAS DEL CCCN**

El CCCN contempla una gran variedad de medidas de carácter cautelar, pero la particularidad que distingue a muchas de ellas es su carácter innominado.

Las identificamos como innominadas, por su inespecificidad ya que no pueden ser asimiladas a ninguna medida de las que tradicionalmente contempla el Código Procesal (como el embargo, el secuestro o la anotación de litis, por citar algunos ejemplos), de ahí que hayamos adelantado como resguardo a las genéricas que surgen de los arts. 230 y

232 del Código Procesal, dentro de las cuales pueden ser inmersas toda esta actuación cautelar o de resguardo que contempla el CCCN.

Por ese carácter hace que quede en manos de la jurisdicción su contenido y alcance, advirtiéndose que en todos los casos se apunta a hacer o no hacer para mantener o alterar un determinado *statu quo*. Para poder interpretar la situación descrita resulta conveniente citar algunos ejemplos.

El libro primero del CCCN, que alude a la parte general, en su título primero, contempla la persona humana, y en la sección tercera, que refiere a las restricciones a la capacidad, en el art. 34 que lleva por sumario precisamente el de “medidas cautelares”, se señala lo siguiente:

*“Durante el proceso, el juez debe ordenar las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona. En tal caso, la decisión debe determinar qué actos requieren la asistencia de uno o varios apoyos, y cuáles la representación de un curador. También puede designar redes de apoyo y personas que actúen con funciones específicas según el caso”.*

Como se desprende de la norma analizada no existe una medida cautelar en particular, que se puede identificar nominativamente dentro de las tradicionales que consagra el Código Procesal, sino que existe un conjunto de facultades a favor de la jurisdicción para atender una situación que puede presentar diversas aristas, de modo de brindarle al juez autonomía suficiente para adoptar una decisión de índole cautelar, de la que se trate atendiendo a las circunstancias del caso<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Lorenzetti, Ricardo L.; Ob. cit. pág. 159 y sgtes.

Algo similar sucede con el art. 52 que se incluye dentro del capítulo de los derechos y actos personalísimos, y se titula “afectaciones a la dignidad” que señala lo siguiente:

*“La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el libro tercero, título V, capítulo 1”.*

El libro tercero del CCCN contempla los derechos personales. Allí el art. 1713, en correlación con el art. 52 antes citado, señala que la sentencia que admite la acción preventiva del daño debe disponer (adviértase el carácter imperativo del verbo), y abre seguidamente una alternativa que se compadece con ese art. 52 porque señala –a pedido de parte o de oficio- *en forma definitiva o provisoria*, lo que permite advertir la función tuitiva puesta por vía de cautela, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; para ello la norma señala que se debe ponderar un criterio que atienda a la menor restricción posible, y el medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.

Aquí, en la última parte de la norma, se advierte no solo la mayor discrecionalidad con la que cuenta la jurisdicción, sino además la consecución de la finalidad, que no es otra que aquella que se persiga con la acción de prevención del daño.

Como se puede advertir de los ejemplos expuestos, la actuación asegurativa o cautelar que persigue el CCCN, que desde luego propende a la mayor eficacia de los institutos en los que se encuentran insertas, no solo permiten advertir su inespecificidad, por la variabilidad que ofrecen a la jurisdicción para disponerlas y

mensurarlas, escapando del estereotipo del positivismo clásico, razón por la cual las hemos identificado como innominadas, y es de destacar que además marcan una línea de trabajo a desarrollar hacia una futura reforma procesal<sup>5</sup>.

En esa línea se inscriben además de los arts. 34, 52, y 1713 que hemos tomado de modo ejemplificativo, también los arts. 479 que contempla medidas cautelares en la acción de separación de bienes, aunque remite a algunas específicamente contempladas en el art. 483, lo que no significa conforme las previsiones de los arts. 1708 y ss. que no puedan requerirse otras que resulten más apropiadas.

Las medidas previstas en los arts. 2324 y 2327 que contemplan tanto medidas conservatorias como urgentes que pueden requerir cualquiera de los herederos al tiempo o aún antes de iniciar un proceso sucesorio, conforme las circunstancias lo exijan, mencionándose a modo de ejemplo algunos supuestos que requieran una urgencia específica como el ejercicio de determinados derechos sobre títulos valores.

La misma interpretación cabe hacer de las medidas que contemplan los arts. 2603 y 2641 del CCCN, para casos de jurisdicción internacional, brindando esas normas facultades a los jueces para adoptar medidas tanto provisionales como cautelares en casos de jurisdicción internacional.

### **3.- LAS MEDIDAS NOMINADAS Y SU DISTINCION**

---

<sup>5</sup> Arazi, Roland "Síntesis de las principales disposiciones procesales en el proyecto del Código Civil y Comercial", en Revista de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni Editores 2013- 1, p.47. Salgado, José María "Instrucciones para una reforma procesal" publicado en La Ley Sup. Act. 11/11/2014, 1.

Por otro lado, el CCCN consagra otra serie de medidas que sí podríamos identificar con las que contempla el Código Procesal, es decir tienen una especificidad concreta.

Ello puede verse en lo normado por ejemplo en el art. 115 que contempla el inventario y avalúo de bienes en la tutela; o en el art. 137 que dispone la suspensión del tutor y la designación “provisional” de otro en su reemplazo.

También contempla una medida específicamente instrumental a los fines de asegurar el pago de alimentos futuros, el art. 550 del CCCN, aun contemplando la posibilidad de que el obligado solicite su sustitución, para lo cual se deberán aplicar las reglas que surgen del art. 203 del Código Procesal y la normativa que resulte concordante a esos fines.

El art. 722 del CCCN señala las medidas provisionales que se pueden adoptar en el juicio de divorcio y en el de nulidad de matrimonio y, más allá de cierta inespecificidad que puede trasuntar la norma, resulta claro que apunta este precepto al resguardo de los bienes que resulten objeto de ese tipo de procesos<sup>6</sup>.

Allí concretamente se contempla el inventario en el segundo párrafo de la norma, a los fines de la individualización de bienes objeto de una eventual disolución y liquidación, y además en el primer párrafo, evitar los perjuicios derivados de una inapropiada administración o disposición de esos bienes por parte de uno de los cónyuges, que ponga

---

<sup>6</sup> Rivera, Julio C.- Medina, Graciela “Código Civil y Comercial de la Nación”; Ed. La Ley, Tomo II, pág. 675 y sgtes.

en peligro o transforme en inciertos los derechos patrimoniales del otro<sup>7</sup>.

Siguen una suerte similar las medidas contempladas en el art. 1655 del CCCN para el arbitraje, pues se da también el fenómeno de cierta inespecificidad al confundir su denominación, como el sumario de la norma cuando alude a “dictado de medidas previas”, para luego hacer referencia a la facultad de los árbitros para el dictado de medidas cautelares, señalando que pueden dictar las que sean necesarias en función del objeto del litigio.

Sin perjuicio de que la última parte de la norma resulta inapropiada, por ser contraria a los principios que rigen el arbitraje, es de destacar que las medidas a las que se alude, no pueden ser interpretadas más que como la facultad de los árbitros de dictar aquellas que estimen necesarias, sean porque surjan de la letra del Código Procesal, como otras que puedan adaptar a las circunstancias de la causa, pero lo cierto es que se trata de una actuación cautelar concreta, que debe ser llevada a cabo únicamente –como lo señala la norma- a pedido de parte.

El art. 1822 refiere a las medidas precautorias que se pueden adoptar respecto a títulos valores, y específicamente alude a secuestro o gravámenes o cualquier afectación del derecho que confiera ese título valor, destacándose temporalmente la oportunidad de su traba.

El art. 1881, consagra bajo la denominación de “medidas especiales”, la posibilidad que frente a la sustracción, pérdida o destrucción del libro de registro que –a pedido de parte interesada- el juez con carácter cautelar disponga una intervención, o una veeduría respecto del emisor

---

<sup>7</sup> Alterini, Jorge H. “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, Ed. La Ley, 2015, Tomo III, pág. 894/895.

y de quien llevaba esos libros, con la extensión que considere conveniente, llegando incluso a la posibilidad de suspender la realización de asambleas.

Como se advierte, también se trata de una cautela que resulta típica pues no sólo se encuentra regulada en el Código Procesal (art. 228), sino además en la hoy Ley General de Sociedades (arts. 113 y ss.).

El Código Civil y Comercial ha incluido una pauta especial que tiende a la protección del adecuado tráfico negocial inmobiliario al brindar cierta publicidad temprana acerca de la existencia de la pretensión (art. 1905) disponiendo que la resolución que confiere traslado de la demanda o de la excepción de prescripción adquisitiva debe ordenar, de oficio, por mandato de la ley de fondo, la “anotación de Litis” con relación al objeto, impidiendo que se puedan celebrar actos jurídicos en relación con aquél, y respecto de los cuales se pueda alegar buena fe<sup>8</sup>.

De los antecedentes reseñados, se puede advertir la existencia de diversas medidas que a diferencia de las que se identificaran en el párrafo anterior, si pueden ser consideradas con cierta tipicidad porque se las asemejan a las medidas cautelares tradicionales, sea un inventario, como un interventor, entre otras.

Además de distinguir a estas medidas típicas de las mencionadas anteriormente, conviene también distinguirlas de otras medidas que contempla el CCCN, que importan –por su alcance- una protección, sea cautelar o provisional, parcial o inclusive total, superponiéndose con aquello que podría configurar una pretensión sustancial, por lo que requieren una identificación diversa a la señalada precedentemente.

---

<sup>8</sup> Camps, Carlos E. “El juicio de usucapión de inmuebles en el Código Civil y Comercial” en RCCyC 2017 (febrero), p. 3 y ss.

#### 4.- MEDIDAS ANTICIPATORIAS O TUTELAS ANTICIPADAS

En estos casos el CCCN fue más allá de lo que significa una cautela tradicional, consagrando diversos sistemas –que si bien tienen un carácter asegurativo por la cautelaridad que conllevan- entendiendo por cautelar aquello que importa prevenir, precaverse, desde luego de algo que puede generar un daño o un menoscabo o una afección a un derecho o una prerrogativa.

En este caso, el art. 60 del CCCN contempla lo que la ley 26.529, denominada “Ley del paciente”, consagraba en su art. 29, que era la posibilidad de que una persona brindara directivas anticipadas, para evitar exponer su humanidad a tratamientos invasivos, resguardando la dignidad de su persona, cuando su vida se viera enfrentada a una enfermedad terminal.

Estas directivas médicas anticipadas, las pueden brindar aquellas personas plenamente capaces, a los fines indicados para resguardar su integridad física y constituyen un derivado de aquellas medidas que el derecho anglosajón consagró como “living wills”.

En línea con lo expuesto, el art. 483 del CCCN establece la posibilidad de medidas también de carácter protectorio –así las menciona expresamente la norma- a través de las cuales durante el estado de indivisión postcomunitaria se pueden solicitar medidas que propendan al resguardo de los derechos e intereses de los cónyuges, y se identifican allí en forma concreta.

Por ejemplo, la autorización para llevar a cabo un acto por uno de los cónyuges cuando requiera conformidad del restante, si su negativa resulta injustificada; o bien la designación de un tercero como

administrador de la masa de bienes que integran el acervo de la sociedad conyugal.

El art. 544 replica de algún modo el viejo art. 374 del Código de Vélez, al contemplar la fijación de alimentos provisionales antes o durante el desarrollo del juicio de alimentos, típica figura de tutela anticipada que se extiende en el art. 586 para los casos de filiación, pues se habilita en el nuevo CCCN a solicitar la fijación de ese tipo de alimentos antes o durante el desarrollo del juicio de filiación, como así también el art. 665 otorga igual derecho a la mujer embarazada.

También existe una figura que podría asimilarse a una tutela anticipatoria, toda vez que se superpondría con una pretensión de mérito –en caso de que fuera ejercida en forma definitiva- para el caso de que se facilite la comunicación entre las personas mayores y menores de edad que estén a su cargo, y desde luego cuando uno de ellos obture esa comunicación.

Si bien no se establece en concreto la medida, si puede sostenerse que en forma evidente lo que apunta la norma, es a la decisión expresa de parte del juez para facilitar esa comunicación, cuando ella ha sido fijada por sentencia o bien a través de un convenio homologado.

El art. 721 del CCCN dispone medidas provisionales relativas a las personas, tanto para el juicio de divorcio como para el de nulidad de matrimonio, señalando en forma amplia que el juez puede adoptar las que estime corresponder, y seguidamente hace una mera enunciación de qué tipo de medidas puede adoptar, especificando concretamente la atribución del hogar conyugal, la posibilidad de fijar una renta por el uso de ese bien en favor del otro cónyuge; ordenar la entrega de efectos

personales; o disponer de un régimen de alimentos y cuidados personales de los hijos.

Como se advierte de su concreta regulación, se trataría en todos los casos de medidas que si bien tienen carácter provisional porque así lo señala expresamente la norma, esa interinidad en estas medidas refleja su carácter de tutela anticipatoria, pues existe una consecución -en todo o en parte- de aquello que debería ser objeto de acuerdo entre los cónyuges por vía de propuesta o acuerdo homologado, o bien por vía de fijación judicial, de ahí el anticipo jurisdiccional.

Además el CCCN, ha creado una tutela preventiva (así la llama expresamente), en el art. 1032, que surge como manifestación de la excepción de incumplimiento contractual (*exceptio non adimpleti contractus*), que contemplaba el viejo art. 1201 del Código de Vélez.

Ahora el art. 1032 dispone que *“Una parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia. La suspensión queda sin efecto cuando la otra parte cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado”*.

Prácticamente estamos frente a una norma que brinda una especie de autotutela o autoprotección, toda vez que cuando una parte incumple las obligaciones que contractualmente había asumido, porque sufre un menoscabo significativo que la inhibe a esos fines (“grave”, señala la norma), o ellos se reflejan en su solvencia, la contraparte estaría habilitada a suspender su propio cumplimiento, con lo cual no es que se solicita al juez la tutela anticipada para dejar de cumplir sus obligaciones, sino que es ella misma quien adopta esa decisión, conforme surge de ese precepto.

Desde luego que esta norma debe vincularse con la anterior (art. 1031), en donde se refleja claramente la excepción de incumplimiento contractual antes referida, y se habilita a la suspensión del cumplimiento de las obligaciones contractuales hasta que la otra parte cumpla u ofrezca cumplir las suyas.

Y agrega ese artículo, que esta suspensión puede ser deducida judicialmente por vía de acción o de excepción, con lo cual, como se puede advertir, está habilitada para el cumplidor la vía de hecho o preventiva que contempla el art. 1032, o bien la judicial para obtener la tutela que importaría –anticipadamente- dejar de cumplir sus obligaciones cuando su co-contratante no cumpla las que están a su cargo u ofrezca cumplirla.

Si bien ello se da en el ámbito de los contratos y corresponderá ponderar aquí otros factores como la bilateralidad del contrato, su onerosidad, los demás caracteres que tenga el contrato, la índole del incumplimiento, la regulación expresa o tácita del pacto comisorio, aspecto todos que coadyuvan a la interpretación de esta medida, que importa, sin perjuicio de ello, una tutela anticipatoria por su provisoriedad e interinidad dentro de un proceso judicial.

Otro ejemplo de carácter protectorio, que es distintivo de la tutela anticipatoria, aunque se refleja en este aspecto con carácter definitorio siendo la nota distintiva, para asimilarlo a una tutela anticipatoria, la necesidad de resguardar los derechos involucrados debido a la urgencia de la decisión que se requiere, está representado por la partición anticipada que consagra el art. 2002 del CCCN.

Como se desprende de esa norma, siempre que exista petición de parte y concurren circunstancias graves que así lo justifiquen, el juez puede

autorizar que se lleve a cabo una partición anticipada entre los herederos, aun cuando haya sido convenida o decidida judicialmente el estado de indivisión.

## **5.- CARACTERIZACION DE LA TUTELA ANTICIPADA**

Es necesario reconocer que la tutela anticipada constituye un fenómeno especial, que se presenta por excepción y como consecuencia de la operatividad de un instituto tradicional, pues viene puesta en la mayoría de los casos (salvo previsiones específicas que ha hecho el legislador), dentro de los pliegues de la medida cautelar denominada “prohibición de innovar” que contempla el art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Pese a que existe alguna línea de la doctrina que pretende imprimirle un carácter diverso, tratándolo como un instituto independiente de las medidas cautelares, lo cierto es que en general (más allá que el legislador ha previsto situaciones especiales de tutelas anticipadas como surge de la nota 9 y desde luego puede seguir previendo otros) diferenciarla de las cautelares lleva a una especie de galimatías que resulta de difícil sino imposible explicación.

Desde antiguo, en el derecho romano, se concibió el viejo adagio “*lite pendente nihil innovetur*”, que indicaba que mientras el litigio estuviera pendiente nada podía modificarse, principio éste basado en la buena fe, a partir de la cual nada podía ser objeto de alteración por parte de los litigantes, a fin de permitir el desarrollo del proceso y la obtención de un pronunciamiento que resultara útil y por su eficacia permitiera dirimir los derechos en disputa.

Este principio pasó del Derecho romano a las Leyes de Partidas, de donde derivó al Derecho Canónico, en el cual se reguló específicamente como medida cautelar, y de allí pasó al Derecho Patrio. Finalmente, su regulación se concretó en el año 1967, en el art. 230 del hoy Código Procesal Nacional (ley 17.454).

En este punto, es importante destacar, que los requisitos que hacen a la viabilidad de esa medida, son idénticos a los requisitos de cualquier medida cautelar, sin perjuicio de que pueda ser utilizado el instituto como matriz para la creación de otros subsistemas que apunten a una tutela inmediata aunque tenga carácter provisional o protectorio<sup>9</sup>.

La importancia de esta medida ya había sido destacada por Juan Francisco Linares, quien señaló que el fundamento axiológico de esa medida, como también lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es el de asegurar a las partes un relativo pie de igualdad ante la jurisdicción, afirmado en la observancia del principio de buena fe, a fin de evitar daños irreparables y mantener el buen orden procesal, evitando que las partes hagan justicia por mano propia, pues todas esas -sostenía- eran expresiones concretas del valor justicia, como el orden,

---

<sup>9</sup> Sirvan como ejemplos de ello algunas variantes claramente diferenciables desde el punto de vista temporal, como es el caso del art. 544 CCCN que contempla la figura de los alimentos provisionales, que replica el art. 374 del Código de Vélez; o bien las leyes 24.454 que introduce el art. 680 bis al CPCCN y otra es la ley 25.488 que introduce el art. 684 bis al CPCCN, en ambos supuestos se genera una variante de tutela anticipatoria a través de un sistema cautelar con estructura propia, ya que una vez trabada la litis, esto es, previa apertura de la bilateralidad, se puede petitionar –brindando contracautela suficiente- la devolución anticipada de un inmueble en un proceso de desalojo, cuando las causales de su promoción sea la intrusión (caso que regula la primera de las leyes mencionadas) o bien la falta de pago o el vencimiento de contrato (caso que regula la segunda de esas leyes).

la seguridad, etc., que el proceso civil debe consagrar en cuanto también es derecho<sup>10</sup>.

En ese trabajo -de la década de los '40 del siglo pasado- Linares luego de comparar la prohibición de innovar con las diversas variantes de injunctions que existen en el sistema del common law, concluyó que si bien los efectos de la prohibición de innovar inciden forzosamente sobre la conducta de las partes, no solamente el intimado debe abstenerse de realizar algo (“no innovar”), sino que pueden presentarse casos en que la conducta ordenada por la medida sea la de actuar positivamente, como consecuencia de que lo dañoso sería precisamente una conducta omisiva (de ahí la necesidad en este supuesto de “innovar”), citando para ello a Cossio (de quien fue su discípulo), que destaca que no se puede desconocer que el “no hacer” (el énfasis me pertenece), es un modo de obrar, es decir una acción o conducta<sup>11</sup>.

En la misma línea se expidió Palacio, al reconocer esta situación señalando la venerable antigüedad que tiene la medida cautelar denominada innovativa, generadora de anticipos jurisdiccionales, y su reconocimiento expreso por parte del más Alto Tribunal del país<sup>12</sup>.

De tal modo, se puede advertir de lo expuesto, que la medida que el Código Procesal denomina “prohibición de innovar”, procede –tal

<sup>10</sup> Linares, Juan Francisco; La prohibición de innovar. Bases para su sistemática, en Revista del Colegio de Abogados, año XXI, T. XX, nro. 6, período noviembre-diciembre de 1942.

<sup>11</sup> Linares, Op. Cit. p. 845; y la cita de Cossio corresponde a su trabajo Las Lagunas del derecho, Universidad de Córdoba, Córdoba 1942, p. 66 y ss.

<sup>12</sup> Palacio, Lino E.; La venerable antigüedad de la llamada medida cautelar innovativa y su alcance actual; Revista de Derecho Procesal nro. 1, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 105 y ss.

como dispone su segundo inciso- cuando el peligro en la demora, requisito sustancial de toda cautelar, provenga de dos posibles supuestos: que se mantenga o que se altere una determinada situación de hecho o de derecho. Y que como consecuencia de ese “mantenimiento” o esa “alteración”, la sentencia se pueda convertir en ineficaz por resultar imposible su ejecución.

Es decir, que a los fines de poder desarrollar un proceso judicial, y dejar a resguardo un derecho humano esencial, como es el derecho a la jurisdicción facilitando la obtención de una sentencia que resulte útil, si el peligro proviene del mantenimiento de un determinado *statu quo*, corresponderá su modificación a través de una medida innovativa, precisamente para que una parte no actúe -a través de una conducta omisiva- en desmedro de la otra. Mientras que si el peligro en la demora proviniera de que se “alteró” una determinada situación de hecho o de derecho, y esa alteración provoca un menoscabo hacia una de las partes del conflicto, el juez deberá propender a su resguardo mandando mantenerla, para que ese desmedro o perjuicio que se hubiera generado por la conducta (positiva) de una de las partes, no provoque un menoscabo que transforme en ineficaz o inútil la sentencia que se procura obtener.

Como se puede apreciar, se trata de las dos caras de una misma moneda llamada “prohibición de innovar”. Una es la faceta innovativa, y otra, la de no innovar, según que el perjuicio provenga de una conducta omisiva o positiva.

El sonado caso de la Ley de Medios<sup>13</sup>, que mantuvo el grupo Clarín contra el Estado Nacional, a través del cual se persiguió la declaración

---

<sup>13</sup> Fallos 333:1885

de inconstitucionalidad de algunos artículos de ese cuerpo legal, es un ejemplo claro y elocuente de lo expuesto.

Ello en razón de que con el dictado de la cautelar (en la faceta de no innovar), se facilitó el acceso a la jurisdicción a la accionante, resguardando así un derecho fundamental de todo justiciable, manteniendo a ambas partes en igualdad de condiciones, evitando una actuación de la demandada, hasta el dictado de la sentencia definitiva, la que finalmente dispuso el rechazo de la pretensión ejercitada, lo que provocó el decaimiento de la tutela anticipada que se había dispuesto a través de una medida de no innovar hasta tanto recayera una decisión de mérito en la causa.

La elocuencia de este ejemplo reafirma la doctrina del más Alto Tribunal del país que ha sostenido desde siempre que “las medidas cautelares no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud; es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad”<sup>14</sup>.

En esa línea, la Corte Suprema ha sostenido como doctrina ya inveterada, que “la prohibición de innovar no procede, en principio, respecto de actos administrativos o legislativos, habida cuenta la presunción de verdad que ostentan, pero tal doctrina debe ceder cuando se los impugna sobre bases prima facie verosímiles”<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Fallos 317:581; 318:1077; 320:1093; 326:970; 327:2738, entre otros.

<sup>15</sup> Fallos 323:1716; 314:1312, entre otros.

Y respecto a la impugnación, la Corte no ha variado los requisitos de procedencia de ese tipo de cautelas, por más que se proyecten sobre el pronunciamiento de mérito, sino que por el contrario solo ha requerido que los jueces tengan un conocimiento más cuidadoso, precisamente por la índole de la cautela que disponen que se proyecta sobre la sentencia futura<sup>16</sup>.

Sobre la base de los antecedentes expuestos, y teniendo en cuenta la doctrina desarrollada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en una primera aproximación, puede caracterizarse a la tutela anticipada como el efecto que provoca la aplicación de un determinado instituto cautelar sobre un conflicto a fin de resguardar derechos fundamentales.

Si bien no es conveniente una definición de la tutela anticipada para evitar su encorsetamiento -por las variables generadas por el legislador<sup>17</sup>- lo expuesto hasta aquí llevaría a través de su caracterización, a identificarla como un sistema cautelar en virtud del cual la jurisdicción, a través de una actuación asegurativa o protectoria, resguarda -manteniendo o alterando- una determinada situación de hecho o de

derecho, propendiendo a la eficacia de la sentencia definitiva, a través de una inmediata actuación de la ley en el proceso, a los fines de evitar

---

<sup>16</sup> En esta línea la Corte ha resuelto que: “Las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la ley fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, por lo cual es requisito ineludible para admitir la pertinencia de la prohibición de innovar una especial prudencia en la apreciación de los recaudos que tornen viable su concesión” (Fallos 320:1027; 319:1069, entre otros).

<sup>17</sup> Ver nota 9.

un daño, o los riesgos de un menoscabo, o de un perjuicio que resultan manifiestos o inminentes, en desmedro de derechos fundamentales.

Dentro de este esquema conceptual, que no es otro que el generado a través de la doctrina pacífica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de la interpretación del art. 230 del Código Procesal Nacional, constituye un ejemplo paradigmático el caso Camacho Acosta<sup>18</sup>, en el cual la Corte sostuvo “que es de la esencia de estos institutos procesales de orden excepcional, enfocar sus proyecciones – en tanto dure el litigio- sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva”, lo que permite advertir el rol que se le asigna a la jurisdicción a esos fines.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, pone énfasis en la labor de la jurisdicción invitándola así a asumir un rol activo, requiriendo solamente que sea precavida cuando la medida a adoptar proyecte sus efectos sobre la sentencia de mérito, sin observar otros recaudos más que los tradicionales que hacen a la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora.

## **6.- LAS CAUTELARES EN SU DIMENSION CONVENCIONAL**

El ámbito del proceso analizado, esto es el subsistema cautelar, es rico en matices, y también prolífico en concepciones de diversa índole, lo inconveniente que se advierte –sobre todo a la luz de la doctrina brasileña- es enamorarse de las ideas desentendiéndose de los

---

<sup>18</sup> Fallos 320:1633

resultados o las consecuencias que provocan, porque las hipótesis de trabajo es necesario contrastarlas con la realidad.

Y en este punto es fácil advertir, que si bien es saludable y conveniente que se persiga el diseño de un proceso urgente, no parece conveniente hacerlo a través de una restricción de la labor jurisdiccional dejando solo en manos del legislador el diseño de formas que por lo reseñado son generadoras de sistemas inapropiados, pasando por alto la interpretación que se ha hecho por la jurisdicción de determinados institutos afines.

La contradicción entre la concepción de un sistema cautelar y el de un proceso que se pretende que sea urgente, no debe construirse sobre la desvirtuación de la teoría general de las cautelares, so riesgo de anular algo tan valioso como esos subsistemas que le han dado un vuelo de suma trascendencia al derecho procesal para contrarrestar los tiempos del proceso, ya que se afectaría –sin duda alguna- los Tratados Internacionales que la Constitución Nacional ha transformado en derecho positivo para nuestro país.

Tanto el principio pro persona, como sus manifestaciones a través del principio de progresividad y de no regresividad se verían conculcados a la luz de ese tipo de creaciones o subsistemas que entorpecen el normal desenvolvimiento de los sistemas cautelares tradicionales, sobre todo a la luz de los avances generados por la interpretación que ha hecho la Corte Suprema de Justicia de la Nación en esta materia.

La doctrina ha destacado que la progresividad de los derechos humanos se ha ido imponiendo a través de grandes principios que mutuamente se nutren, especialmente el principio pro homine, con los

principios de progresividad/evolutividad/no regresividad en la protección de los derechos humanos<sup>19</sup>.

El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad. Todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo<sup>20</sup>.

La realidad de varias provincias de nuestro país indica que se legisla de espaldas a esos Tratados Internacionales que son derecho positivo superior a las leyes, retrotrayendo la ductilidad de derechos prestacionales brindados por el Estado a favor del justiciable a través de sistemas ágiles que proporcionan una protección o resguardo inmediato, por otros que contradictoriamente generan mayores obstáculos para aquellos derechos que se pretenden resguardar.

---

<sup>19</sup> Zlata Dmas de Clement; La complejidad del principio pro homine; número especial de Jurisprudencia Argentina sobre Derecho Internacional de los Derechos Humanos, 25.3.2015, fasc. 12, p. 100.

<sup>20</sup> Llera, Carlos E.; La tensión entre la ley 26.854 de medidas cautelares y la dimensión convencional del derecho procesal; Errepar-Compendio Jurídico, nro. 80-diciembre-2013, p. 103 y ss.

Un ejemplo elocuente de ello se registra en los códigos procesales de provincias como La Pampa, San Juan, San Luis, entre otras<sup>21</sup>, y recientemente el código del Chaco, que entró en vigencia el 1ro. de agosto de 2017, que sigue la misma línea de los anteriores. En todos ellos contrariamente a lo interpretado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, frente a la operatividad del art. 230 del Código Procesal Nacional, se prevén gran cantidad de requisitos que desvirtúan lo que constituiría un anticipo de jurisdicción o tutela anticipada.

<sup>21</sup> A modo de ejemplo de lo expuesto, señalaremos la comparación entre las previsiones del art. 230 del Código Procesal Nacional comparándolo con el art. 237 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de San Luis:

#### PROHIBICIÓN DE INNOVAR

(art. 230)

Podrá decretarse la **prohibición de innovar** en toda clase de juicio siempre que:

- 1.- El derecho fuere verosímil.
- 2.- Existiere el peligro de que si se **MANTUVIERA** o **ALTERARA**, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible.
- 3.- La cautela no pudiera obtenerse por medio de otra medida precautoria.

#### REQUISITOS TUTELA ANTICIPADA

(art. 237)

- 1.- Previa traba de la litis.
- 2.- Verosimilitud del derecho en "grado mayor".
- 3.- Urgencia impostergable para el dictado de la medida anticipatoria.
- 4.- Se advierta la frustración de derechos.
- 5.- Contracautela suficiente.
- 6.- No se produzcan efectos irreparables sobre la sentencia.
- 7.- Designación de audiencia.
- 8.- Citación de las partes.
- 9.- Resolución del juez.
- 10.- Continuación del proceso hasta su finalización.
- 11.- Cambio de condiciones = modificación de la medida anticipatoria o dejarla sin efecto.

Como surge del cuadro precedente el cúmulo de requisitos que se exigen para la viabilidad de una cautelar que importe una tutela anticipada es tan amplio que va en desmedro del propio justiciable contrariamente a la sencillez que exhibe el art. 230 CPCCN.

En el Código Procesal correntino se contempla en su art. 230 la prohibición de innovar con idéntica redacción a la del Código Procesal Nacional, y seguidamente en el art. 232 bis se reguló la “medida innovativa”, como si se tratara de otra medida diversa a la inmersa dentro del art. 230.

La gravedad de la situación que se plantea no radica solo en la duplicación normativa, sino que los requisitos de esa medida innovativa difieren de los señalados en el art. 230, y por cierto además de ser más rigurosos, como la existencia de un gravamen irreparable, para su concesión, resulta claramente inadmisibile a la luz de la dimensión convencional con la que corresponde analizar estos sistemas cautelares, de ahí que resulten inconstitucionales por anticonvencionales.

El juez que se precie de ser activo, siempre va a encontrar una solución para el caso concreto, toda vez que siempre deberá analizar la normativa a aplicar a la luz de esos Tratados Internacionales, y podrá advertir a la luz de los arts. 26 ó 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ó 2 y 21 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros, la protección a la interpretación amplia y progresiva que corresponde hacer de los derechos, como asimismo por ejemplo a la luz de los arts. 4 y 5 de esta última Convención, el principio de no regresión o de irreversibilidad de la progresividad en materia de derechos humanos.

Esa interpretación extensiva y progresiva es la que cabe al juez activo y como tal comprometido con la realidad, que no tiene que esperar del legislador una norma que permita la solución del caso concreto. Por el contrario, debe ser la labor de la jurisdicción quien a través de una

interpretación adecuada y progresiva propenda a la revalorización del principio pro homine en todas sus manifestaciones.

Esa progresividad se refiere a la dinámica de perfeccionamiento y avance en el cumplimiento de las obligaciones hacia el logro de la efectividad de los derechos. Si bien el Estado podrá implementar estas políticas de manera paulatina, tomando en cuenta el máximo de recursos disponibles, con base en este principio, el Estado asume el compromiso internacional a que no haya retrocesos en la instrumentación<sup>22</sup>.

Es evidente que si estamos al enfrentamiento de sistemas que surge del cuadro comparativo antes expuesto (ver nota 21), y ello a su vez lo correlacionamos con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no solo se advierte que la legislación provincial resulta anticonvencional, al exponer al justiciable a mecanismos que se ven ampliamente superados por la legislación existente y la interpretación que de ella ha hecho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, precisamente a la luz de esos Tratados internacionales.

Lo contrario importaría claramente una regresión que también esas Convenciones Internacionales –como fuera señalado- hoy son derecho positivo en el país, prohíben lisa y llanamente por los efectos que provocarían.

## **7.- PROCESO URGENTE**

Es muy complicado, aun en esta etapa del desarrollo que han tenido los temas analizados pensar que es posible su clasificación dentro de un categoría como la de “procesos urgentes” en las que se han involucrado

---

<sup>22</sup> Llera, Carlos E.; Op. Cit.,

a las medidas cautelares, que como se han analizado en sí mismas no constituyen un verdadero proceso, sino un procedimiento, habiendo optado por la voz “sistema” para su conceptualización.

En idéntico sentido, no se puede aludir a la tutela anticipada como una variante o especie dentro de esa categoría como la de procesos urgentes, porque en sí misma no constituye un proceso, sino que cuando viene puesta dentro de los pliegues de una medida cautelar, el efecto que provoca su recepción, con relación a la decisión de mérito, es lo que la hace constituir como un anticipo de jurisdicción, sin perjuicio de que el proceso del que se trate continuara su desarrollo.

Tampoco la medida denominada autosatisfactiva, como originariamente fue concebida, según lo señalaba una de las conclusiones del Congreso Nacional de Derecho Procesal que se llevó a cabo en Santa Fe en 1995, constituye un verdadero proceso urgente. Ya que la forma en que se la concibió, resulta inconstitucional.

Por lo tanto, no existirían procesos urgentes, sino, por el momento, soluciones urgentes, que desde luego resultan bienvenidas, ya que abren el campo al diseño del proceso deseado, para cuya estructuración no puede dejarse de lado el sistema cautelar en que se puede apoyar un desarrollo de estas características.

La clave desde luego consiste en la necesidad de evitar una especie de desgaste al que se vería enfrentada la jurisdicción, cuando se alude a una medida cautelar que importa una tutela anticipada, o una cautela material, y que, como consecuencia de su utilización, se ven superpuestos el objeto de la cautela con el de la pretensión de mérito, circunstancias éstas que en modo alguno justifican la violación de los principios liminares que hacen al debido proceso legal.

Por eso, la clave consiste en la compatibilización de esos sistemas que permitan dejar a resguardo las necesidades del justiciable cuando resultan impostergables, con el derecho de defensa en juicio y la labor que incumbe a la jurisdicción.

## **8.- A MODO DE CONCLUSIONES**

El ámbito del derecho procesal analizado, es rico en variantes e interpretaciones, por lo cual no podría más que finalizar de modo de obtener –por el momento- algunas conclusiones de carácter preliminar, ya que se han visto dos líneas claramente definidas en nuestro país.

Por un lado a nivel nacional, el funcionamiento de algunos sistemas cautelares con proyecciones que exceden su marco tradicional pues se proyectan sobre la sentencia misma, como un anticipo, para lo cual la Corte Suprema solo ha requerido de los magistrados, su compromiso concreto so pena de hacer carecer de virtualidad a ese tipo de institutos previstos precisamente a esos fines.

Y por otro lado, una especie de línea procedimentalista, que pretende una regulación anticonvencional para estos tiempos, a la luz de los Tratados Internacionales y la propia doctrina sentada por el más Alto Tribunal, que compromete al país en la inobservancia de esos Instrumentos Internacionales.

En este sentido resulta clara la regresión que se ha visto reflejada en materia cautelar en los sistemas provinciales descriptos, que lejos de un progreso provocan una involución. Más claro aún resulta que esa regresión puede profundizarse si se continúa con el seguimiento de la doctrina y legislación brasileña, a partir del nuevo Código del Proceso que ha sancionado el vecino país, pues siguen insistiendo en un

minucioso procedimentalismo que concluye finalmente siempre en una actuación cautelar.

Si bien se pueden mejorar los sistemas que actualmente consagra nuestro ordenamiento adjetivo, es posible no solo la simplificación de los sistemas cautelares, sino además la diagramación de un nuevo proceso de conocimiento –sobre todo teniendo en cuenta la actuación que desplegó la Corte Suprema en el caso Mendoza- haciéndolo más ágil y sencillo, aunque todo ello no podrá ser implementado en tanto y en cuanto no existan los estudios previos de campo para la concreta aplicación de cualquier nuevo sistema.

La materia abordada no es novedosa, ni menos aún un descubrimiento como prácticamente fue tratado por la doctrina brasileña, pues ya la doctrina italiana había trabajado sobre este tópico desde comienzos del siglo pasado y ello inclusive fue recogido por la doctrina nacional conforme fuera referido.

Calamandrei –por entonces- denominaba a este tipo de resoluciones judiciales, que importaban un anticipo de jurisdicción y ahora denominamos como tutela anticipada, como “providencias temporales”, consistiendo ellas en una decisión interina, que constituye un anticipo del juez sobre aquello que debería ser materia de su decisión de mérito, y que al superponerse –en todo o en parte- con ella, lleva a cierta confusión respecto a qué tipo de decisión es la que adopta el juez, pues por sus proyecciones implica un anticipo de la sentencia misma, para lo cual conviene tener presente que el proceso aún se encuentra en trámite.

Además reconocía que este tipo de resoluciones funcionaban prácticamente como si consistieran en sentencias anticipadas, pues

aunque no constituya una verdadera condena, sus efectos se asimilarán a una sentencia de mérito.

La clave consiste en distinguir que si esas resoluciones son interinas del proceso y tienen carácter provisional, cuando se dan estas circunstancias estaremos frente a una medida de índole cautelar, por oposición a la decisión que se adopta sobre el mérito que será definitiva.

Si hay cautela no hay condena. Si hay provisoriedad en la decisión no hay definitividad como en el mérito.

De ahí entonces que convenga tal vez apuntar la mirada a estructurar sistemas -aun dentro de los procesos de conocimiento- en donde esté contemplada como un nuevo subsistema tanto la sentencia anticipada, que nada tiene que ver con lo que llevamos dicho, sino que requeriría la reunión de condiciones especiales y regulación específica para su viabilidad, como la posibilidad de transitar otras vías que conduzcan a un proceso de carácter urgente, que inclusive puede provenir de brindarle las formas adecuadas al proceso de amparo, como paradigma de un proceso de esas características<sup>23</sup>.

Para ello resulta apropiado tener en cuenta los nuevos derechos que se han cristalizado en la Ley Fundamental y con ellos los nuevos principios que desde ellos se generan, así como los que provienen de los

---

<sup>23</sup> El amparo es un proceso utilizable, en las delicadas y extremas situaciones en las que, por carecer de otras vías aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, por esa razón su apertura exige circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, frente a las cuales los procedimientos ordinarios resultan ineficaces, es decir, que debe estar probado un daño concreto y grave, solo eventualmente reparable por esta vía urgente y expeditiva (Fallos 316:3209; 317:655; 320:1617; 321:1252; 323:2097; 325:396, entre muchos otros).

Tratados Internacionales que constituyen derecho positivo para el país, como los que antes se indicaran<sup>24</sup>.

La Corte Suprema ha señalado que el carácter programático u operativo de los tratados internacionales depende de si su ejercicio se ha supeditado o no a la adopción, en el caso concreto, de medidas legislativas por parte del orden jurídico interno del país contratante. Consecuentemente sostuvo que del texto del art. 8 inc. 1ro. de la Convención Americana se desprende que no requiere de una reglamentación interna ulterior para ser aplicada a las controversias judiciales<sup>25</sup>.

Por esa razón ese desarrollo, no solo viene puesto por el rol que le cabe al legislador, sino fundamentalmente por una labor jurisdiccional que se precie de ser activa<sup>26</sup>. En este punto la Corte Suprema ha interpretado que “el avance de los principios constitucionales es la obra de los intérpretes, en especial de los jueces, quienes deben consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para que fue dictada la Constitución”<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Todos los individuos tienen derechos fundamentales con un contenido mínimo para que puedan desplegar plenamente su valor eminente como agentes morales autónomos, que constituyen la base de la dignidad humana, y que la Corte debe proteger (Fallos 329:4741).

<sup>25</sup> Fallos 323:809

<sup>26</sup> El sólo irrespeto de los derechos humanos fundamentales reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y la sola denegación de su amparo, gubernativo o jurisdiccional, constituirían violaciones directas de los mismos, en función del deber de respetarlos y garantizarlos establecido por el art. 1.1. del tratado (Fallos 317:247).

<sup>27</sup> Fallos 241:291

Por lo tanto, como se puede advertir, el desarrollo que ha tenido la prohibición de innovar –tanto en sus faceta innovativa como de no innovar- a la luz de la doctrina de la Corte Suprema, como vía de acceso a una tutela anticipada, solo requiere que los jueces sean más prudentes al analizar sus presupuestos sustanciales, esto es la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora para su concesión, precisamente por los efectos que provoca su dictado.

Esto hace que corresponda reforzar el mantenimiento del criterio desarrollado por la Corte<sup>28</sup> en materia de tutela anticipada, siguiendo los jueces su razonamiento para decidir en esa materia, más allá de la abstención que debería observar el legislador para su pretendida regulación, ya que por vías como las expuestas se viola el principio de progresividad y se provoca una regresión en los avances obtenidos merced al desarrollo de la doctrina de la Corte, incompatible con la responsabilidad que le cabe al país a la luz de los Tratados Internacionales<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Esa interpretación es la que ha hecho la Corte ya desde antes de la reforma del '94 que precisamente consagró la incorporación del bloque de constitucionalidad (arts. 75 inc. 22) y abrió al país a la recepción de futuros avances en la materia (inc. 24 de esa norma). Fallos 314:1324; 315:1492; 316:17669; 317:1282; 318:2639; 326:3988; 327:3294; 328:3399, entre muchos otros.

<sup>29</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que si bien los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de las normas legales, y, en consecuencia, obligados a aplicar las disposiciones domésticas, se debe tener en cuenta si un gobierno ha ratificado una regla internacional, como por ejemplo la Convención Americana de Derechos Humanos, pues en ese caso ha dicho la referida Corte "...sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que, desde un inicio, carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer

Pierre Bourdieu señala siguiendo a Wittgenstein que “no es una facultad del intelecto, sino de la voluntad, la que debe superarse” para interpretar este tipo de situaciones. La sociología que es, entre todas las ciencias, la mejor colocada para conocer los límites de la “fuerza intrínseca de la idea verdadera”, sabe que la fuerza de las resistencias que se le opondrán estará a la exacta medida de las “dificultades de la voluntad” que ella haya sabido superar.<sup>30</sup>

---

una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana “ (C.I.D.H. in re “La Cantuta vs. Perú, sent. Del 29/11/06, del voto del Juez García Ramírez).

<sup>30</sup> Bourdieu, Pierre; *Homo Academicus*, Ed. Siglo Veintiuno Editores, 2001, p. 52.