

## LA TUTELA ANTICIPADA EN ARGENTINA Y BRASIL

Por Jorge A. Rojas<sup>1</sup>

### 1.- INTRODUCCION

Cuando se alude a la noción de debido proceso legal, constituye un verdadero desafío su conceptualización. Esto se debe a que el desarrollo que ha tenido el sintagma “debido proceso” o “debido proceso legal”, a través del tiempo, reconociéndose en general su nacimiento en el medioevo inglés, a partir de la famosa Carta Magna del Rey Juan sin Tierra del año 1215, ha sido fabuloso, y su constante desenvolvimiento hace que resulte dificultosa esa labor que implicaría en definitiva su encasillamiento.

Tal vez sea preferible antes de su conceptualización, o el ensayo de una definición, su caracterización, a través de los elementos fundantes que permiten que cobre vida en la realidad.

Para ello, luego del advenimiento del constitucionalismo moderno, como consecuencia de la Constitución americana, y el fuerte influjo de la Revolución Francesa, para dar nacimiento al estado que hoy se reconoce como inserto en un sistema republicano y democrático, quepa reposar la mirada en aquellos principios fundantes de todos los ordenamientos constitucionales que fueron desenvolviéndose a partir de aquellos hitos fundamentales.

En el mundo “occidental”, todos los ordenamientos constitucionales conciben a la jurisdicción dentro de su estructura, y además las Cartas Fundamentales de todos esos países, brindan lineamientos básicos fundantes de aquellos que hacen a la estructuración de un sistema social determinado, dentro del cual cabe incluir al sistema judicial.

De tal forma, en todas las constituciones de esos países pueden encontrarse como líneas fundamentales para la estructuración de un sistema judicial,

---

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Procesal Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

nociones básicas como la igualdad ante la ley, o el principio de legalidad, o bien el resguardo del principio de defensa en juicio, entre otros que hoy resultan elementales.

En este sentido esos presupuestos básicos que se deben observar para la construcción de la noción de debido proceso legal, pueden ser identificados como “principios”, voz ésta que no le pertenece al Derecho Procesal sino que corresponde a la Teoría General del Derecho.

Y un principio puede ser entendido –en sentido aristotélico- como aquello que da inicio a algo, o que indica un camino, o que permite advertir como una cosa se presenta en la realidad. Estos principios cuando resultan positivizados pueden interpretarse con un alcance normativo.

Más allá que en la mayoría de los casos se pueden encontrar positivizados para alcanzar el rango de normas, los principios también pueden estar representados –en una vertiente hermenéutica- como una especie de “muleta de apoyo”, de la cual puede servirse el jurista para interpretar aquellas situaciones que aparezcan dudosas.

Sirva como ejemplo de ello, el principio del buen padre de familia, o el del buen hombre de negocios, o el principio de la realidad económica, entre otros, a través de los cuales el intérprete llena aquellas situaciones dudosas o carentes de una norma específica que las regule.

Los principios se presentan en la realidad en una sola faceta, que es la que siempre exhiben. El principio de igualdad ante la ley, no tiene como contrapartida un principio de desigualdad. Lo mismo sucede con el principio de legalidad, o con el principio que consagran las Convenciones internacionales cuando aluden a la tutela efectiva e inmediata.

Por lo tanto, los principios pueden identificarse como aquellos presupuestos políticos –de contenido jurídico- que son fundantes de un ordenamiento cualquiera.

Sin embargo, para que estos principios cobren vida, necesitan del diseño de formas adecuadas, que permitan bajarlos a la realidad concreta, y para ello es el legislador quien diseña sistemas, debiendo interpretarse por tales aquellas formas metódicas a través de las cuales los principios cobran vida dentro de un ordenamiento –en este caso procesal- cualquiera.

Esos sistemas son diseñados por el legislador, según las razones de conveniencia que estime corresponder conforme las circunstancias de tiempo, modo, lugar –entre otras- que se deben sopesar para su conformación.

Y en este caso, esos sistemas sí pueden presentar una doble faz, pues el legislador puede optar por un sistema escriturario, o uno oral; puede optar por un tribunal colegiado o unipersonal; puede optar por el sistema dispositivo o el de oficialidad, o el acusatorio (para el ámbito penal); puede optar por el sistema de preclusión o el de unidad de vista, entre otros ejemplos.

Mientras los principios exhiben una sola cara en la realidad, los sistemas se presentan con una doble faceta. Mientras los principios son delineados por el constituyente; o bien tienen el carácter de estándares interpretativos, que son reconocidos prácticamente en forma universal, los sistemas constituyen una elección del legislador y siempre encuentran positivización en la letra de la ley.

La importancia de esta distinción introductoria radica en que para la conformación del debido proceso, desde un punto de vista estrictamente adjetivo, se requiere de la observancia de ambos, pues principios y sistemas deben coadyuvar a su cristalización.

La inobservancia de alguno de ellos nos daría la pauta de cuando no estamos frente al debido proceso legal. Y esa caracterización lo que permite es

precisamente el advenimiento de nuevos derechos, que se van incorporando a través del tiempo como consecuencia del propio desarrollo de la humanidad.

Después de la Segunda Guerra Mundial, es innegable la conformación de un nuevo orden, producto de esa conflagración, que produjo un marcado reacomodamiento a nivel mundial, que aun en la actualidad tiene repercusiones, valga como ejemplo la caída del muro de Berlín, y sus efectos.

Por lo que desde la conformación de las Naciones Unidas, la labor que llevaron a cabo los Organismos Internacionales en materia de Derechos Humanos, ha provocado el reconocimiento de nuevos derechos, o bien la normativización de viejos derechos que cobraron una nueva envergadura, y que resultan indispensables tener en cuenta al tiempo de la caracterización de la noción de debido proceso legal.

Ello es así, pues a la vertiente adjetiva de esa noción, es necesario reconocer otra vertiente, en este caso de carácter sustancial, que tiene que ver precisamente con la creación de la norma individual que va a ser aquella que permita dirimir el conflicto, toda vez que ahora se reclama de la jurisdicción no solo la razonabilidad de esa norma individual a la luz de la Ley Fundamental del país, sino además a la luz de las Convenciones internacionales a las cuales cada país hubiera adherido.

Y en esta línea, tanto los países americanos como los europeos en su casi mayoría han adherido a los preceptos de las Convenciones tanto americanas como europeas de Derechos Humanos y a los Tratados o Pactos internacionales como su misma jerarquía que reconocen esos derechos hoy fundamentales de las personas.

Consecuentemente quedan delimitadas las dos líneas fundamentales que permiten la identificación de cuando estamos frente al debido proceso legal, o bien su apartamiento, para tachar de inconstitucional un desarrollo que no se ajuste a estos lineamientos fundantes que tienen reconocimiento universal.

Sirva esta introducción a los fines de ubicar temporal y especialmente lo que la moderna doctrina procesal ha denominado como tutela anticipada, que al solo efecto de permitir este análisis, será concebida como un anticipo jurisdiccional que permite el resguardo de derechos fundamentales, a la luz de lo que Calamandrei denominaba el ordinario iter procesal, esto es el consumo de tiempo que naturalmente requiere el desarrollo de todo proceso judicial.

Dentro de esta órbita, se están produciendo algunos avances que persiguen una pretendida regulación de ese anticipo jurisdiccional, que genera más dudas que certezas, pues por lo que se ha visto hasta aquí, y que seguidamente se abordará, inadvertidamente se obtura la operatividad de las medidas cautelares, sobre todo a la luz de las Convenciones Internacionales, para regular un pretense instituto, que se confunde con la estructura de un proceso que no termina de delinearse como tal. Sobre estos aspectos versará la tarea emprendida en estas líneas.

## **2.- ANTECEDENTES SOBRE TUTELA ANTICIPADA EN ARGENTINA**

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 en Argentina 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<sup>2</sup>.

Desde antiguo, en el derecho romano, se concibió el viejo adagio, que sintéticamente disponía: *“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

---

<sup>2</sup> Esa norma dispone: Prohibición de innovar.- 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 pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria.

parte de los litigantes, a fin de permitir el desarrollo del proceso y la obtención de un pronunciamiento que 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 argentino, en donde si bien no tuvo una regulación específica, sino un esbozo en la vieja Ley 50 (en su art. 337), luego fue receptado por Vélez Sarsfield en el viejo Código Civil en los arts. 2483, 2500, 2788, entre otros.

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 esa medida pueda ser utilizada como matriz, para la creación de otros subsistemas que apunten a una tutela inmediata aunque tenga carácter provisional o protectorio<sup>3</sup>.

La importancia de esta medida ya había sido destacada por Juan Francisco Linares, discípulo de Carlos Cossio, señalando que el fundamento axiológico de

---

<sup>3</sup> Sirvan como ejemplos de ello algunas variantes claramente diferenciables desde el punto de vista temporal, una creada dentro del Código de Vélez, como es el caso del art. 374 que contempla la figura de los alimentos provisionales, precisamente por la índole de los derechos en juego (hoy mantenida en el art. 544 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación); y otra diametralmente opuesta en el tiempo, pues su regulación fue más reciente, que son 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 peticionar –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). Otro ejemplo elocuente se puede apreciar en el art. 18 de la ley 11.653 de procedimiento laboral de la Provincia de Buenos Aires, a través del cual el legislador creó un sistema cautelar de la misma índole para los trabajadores que hubieran sufrido un accidente de trabajo, y pone a cargo de su empleadora su inmediata atención. En idéntico sentido el legislador creó en la llamada “ley de derechos del paciente” nro. 26.529, modificada por la ley 26.742, las directivas anticipadas (tomadas del derecho anglosajón, denominadas living wills), que permiten una tutela preventiva en resguardo a la dignidad de la persona, evitando tratamientos invasivos de su cuerpo (art. 11). Se puede apreciar en todos los casos una tutela anticipada, en resguardo de derechos de distinta índole, pues sean patrimoniales o no, el legislador decidió su protección a través de sistemas creados específicamente a esos fines.

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, la seguridad, etc., que el proceso civil debe consagrar en cuanto también es derecho<sup>4</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, 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>5</sup>.

En la misma línea se expidió Palacio, al reconocer esta situación señalando la venerable antigüedad que tiene la medida cautelar denominada innovativa, generadora siempre de anticipos jurisdiccionales, y su reconocimiento expreso por parte del más Alto Tribunal del país<sup>6</sup>.

De tal modo, se puede advertir de lo expuesto, que la medida que el Código Procesal denomina "prohibición de innovar", procede -tal como dispone su segundo inciso- cuando el peligro en la demora, requisito sustancial de toda

---

<sup>4</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>5</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>6</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.

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, por vía de una 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>7</sup>, que mantuvo el grupo Clarín contra el Estado Nacional, a través del cual se persiguió la declaración 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

---

<sup>7</sup> Fallos 333:1885

sentencia definitiva, la que finalmente dispuso el rechazo de la pretensión ejercitada.

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>8</sup>.

En esa línea, la Corte Suprema ha sostenido como doctrina que los requisitos de procedencia de ese tipo de cautelas, no deben variarse, 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>9</sup>.

Esto solo por sí mismo, despeja las dudas que se plantean en la doctrina respecto a la superposición entre el objeto de una cautela y la pretensión sustancial, cuando existiera una superposición parcial o total entre ellas, pese a que se trata de situaciones disímiles.

Y esto es así, pues los caracteres que distinguen a un pronunciamiento cautelar, como asimismo los recaudos que se deben observar a esos fines como presupuestos de procedencia, son totalmente diversos a aquellos que se deben observar para el dictado de una sentencia de mérito.

---

<sup>8</sup> Fallos 317:581; 318:1077; 320:1093; 326:970; 327:2738, entre otros.

<sup>9</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).

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- 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 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>10</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.

---

<sup>10</sup> Fallos 320:1633

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 más 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.

Por lo que llevamos dicho hasta aquí, se puede advertir –sin mayor esfuerzo– que las denominaciones bajo el rótulo de tutela anticipada, o jurisdicción anticipada, o medida anticipatoria, todas de idéntico contenido, denotan la existencia de un sistema de carácter cautelar, que se proyecta –en su concreta aplicación al caso– por los efectos que provoca sobre el mérito mismo.

Pero también surge de lo expuesto, que en ningún caso se trata de un proceso, diverso al proceso de conocimiento, más allá de la mayor o menor sumariedad del conocimiento de la jurisdicción, sino de un subsistema de carácter cautelar, y por ende provisional, que no debe ser confundido con la definitividad de un pronunciamiento de mérito.

En esa línea se ha pretendido avanzar en el nuevo Código del Proceso Civil de Brasil, aunque en una forma poco clara, toda vez que se superpone el carácter cautelar del subsistema señalado, con el desarrollo que se pretende de un nuevo tipo de proceso, cuya resolución sigue teniendo carácter provisional, por lo cual no puede ser confundido con un proceso tradicional de carácter dirimente en el cual va a recaer un pronunciamiento de mérito que adquirirá la estabilidad suficiente para hacer cosa juzgada.

### **3.- LA TUTELA ANTICIPADA EN LA LEGISLACION BRASILEÑA**

En la década de los '90 en Brasil, con motivo del llamado “plan Collor” durante el gobierno del presidente Collor de Melo, se instauró una nueva moneda, todo ello a fin de dominar la inflación que por entonces alcanzaba niveles alarmantes. A esos fines, dentro del paquete de medidas económicas adoptadas, el gobierno dispuso la inamovilidad de todos los fondos que estuvieran

depositados en los bancos, es decir, se produjo una situación similar –mutatis mutandi- a la que luego aconteció en Argentina en el año 2001<sup>11</sup>.

Los depósitos bancarios solo podían ser retirados parcialmente luego de transcurrido un año y a lo largo de doce cuotas mensuales, lapso temporal durante el cual los titulares de cuentas corrientes quedaban impedidos de disponer de sus fondos.

Desde luego que ello generó innumerable cantidad de problemas a la población, los cuales fueron canalizados a través de reclamos judiciales, echando mano los abogados brasileños a la letra del viejo art. 798 del Código Procesal brasileño que contemplaba en términos amplios el poder cautelar con el que contaban los jueces a los fines de adoptar las medidas que juzgaran adecuadas, en caso de que exista un temor fundado de una parte, para el caso de que antes del juzgamiento de la cuestión suscitada, el derecho involucrado sufra una lesión grave y de difícil reparación.

El viejo Código Procesal brasileño planteaba en su art. 796 el carácter accesorio que tiene una tutela cautelar, lo que implicaba la necesidad de iniciar un proceso principal, pues existía el temor en la clase forense brasileña, por las previsiones del art. 806 del viejo Código Procesal, en virtud del cual cuando se había obtenido la cautela antes de promover el proceso principal, existía un plazo de caducidad de 30 días para el inicio de aquél.

Por esa razón, se promovieron acciones declarativas para confirmar de algún modo aquello que se había obtenido por vía cautelar, lo que dio pie a que se preguntara la doctrina, tal como antes fuera señalado ¿qué sentido tenía la promoción de esos procesos principales cuando la pretensión a ejercer ya se había agotado?

---

<sup>11</sup> Véase Barbosa Moreira, José Carlos; La tutela de urgencia en un episodio reciente de la historia política brasileña, en AA.VV., Medidas Autosatisfactivas, dir. Jorge W. Peyrano, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 205 y ss.

Se señalan estos antecedentes, a los fines de mostrar la correspondencia que existe con la situación por la que atravesó la República Argentina a partir de la crisis del año 2001, y la profusión de normas que existieron desde entonces, como asimismo el cúmulo de reclamos efectuados por los particulares, generalmente por vía de amparo que llevaba consigo una medida cautelar innovativa, que perseguía la devolución de los fondos que habían sido ilegítimamente retenidos en las entidades bancarias.

Sin embargo, en Argentina esa situación no era totalmente novedosa, pues ya habían existido situaciones afligentes, que socialmente habían provocado colapsos –desde el punto de vista social- lo suficientemente importantes como para motivar a la jurisdicción a adoptar soluciones de avanzada, a las que quizás no se les brindó en aquél entonces la misma atención que a los antecedentes señalados.

Estas situaciones se dieron en el país a comienzos de la década de los 80, con los mutuos hipotecarios y la regulación impresa por el Banco Central a través de varias circulares -tristemente famosas- como la 687 ó la 1050 (entre otras), que disponían los ajustes de capital –por depreciación monetaria- y la forma en que se debían liquidar los intereses fijados en esos mutuos por las entidades financieras.

Es importante advertir la forma en que se resolvían entonces ese tipo de situaciones por cierto muy peculiares, que eran producto de la estampida inflacionaria que había acontecido en el país desde 1975.

Por vía de la prohibición de innovar, en sus dos facetas, se inhibía por un lado al acreedor a la percepción de la cuota que pretendía, porque “es improcedente la exigibilidad de obligaciones usurarias, no obstante provenir de libres convenciones, en razón de contrariar la moral, las buenas costumbres y la equidad”; y por otro, se hacía uso de la faceta innovativa, disponiéndose por ejemplo: “debiendo por ello, reducirla al límite que se estime lícito (alude al

monto de la cuota del mutuo) según la época y las circunstancias (arts. 21 y 953 del Cód. Civil)<sup>12</sup>.

Lo cierto es que, al advertir la situación que se había producido en el país – como un hecho público y notorio- pues atravesaba una severa y profunda crisis, con las consecuencias sociales que ello importaba, ya que los índices inflacionarios eran totalmente desmesurados, y en la gran mayoría de los casos lo que estaba en tela de juicio era la vivienda única y familiar, la jurisdicción accedía a esa tutela inmediata y efectiva -por vía cautelar, en la mayoría de los casos a través de la medida innovativa- que encuadraban dentro de las previsiones del art. 230 del Código Procesal, e inclusive invocando en algunos otros casos el art. 232, que contempla la medida cautelar genérica o innominada<sup>13</sup>, para conformar así una protección adecuada a través de una cautela compuesta.

Como se puede advertir, mucho antes que se suscitara la crisis indicada en Brasil, en Argentina los jueces ya estaban preparados para lo que luego se dio en llamar “tutela anticipada”, aunque esa denominación sea posterior en el tiempo.

Mientras en Argentina no existió ningún tipo de regulación “novedosa” -a nivel nacional- para esta tutela anticipada, que ha quedado demostrado que venía puesta dentro de los pliegues de la prohibición de innovar, sea en su faceta innovativa como en la de no innovar, en Brasil por el contrario se legisló por vía de la ley 8952 –en el año 1994- un sistema que se denominó precisamente

---

<sup>12</sup> CNEsp. Civ. y Com., Sala VI, 15/11/82, in re “Viplan S.A. c/Bacigalupo, M.”; en este precedente se estableció que la tasa de interés compensatorio no podía superar el 6% anual, en razón de que el capital ya se había actualizado por el índice de precios al consumidor y desde que se había producido la mora los intereses compensatorios y punitivos y la cláusula penal, en conjunto, no podían exceder del 15% anual (E.D. 102-241).

<sup>13</sup> El art. 232 del Código Procesal Civil y Comercial argentino dispone: Medidas cautelares genéricas.- Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia.

“tutela anticipada”, y se incorporó en el art. 273 del Código del Proceso de Brasil<sup>14</sup>.

Tiempo más tarde los brasileños, advertidos del inconveniente que le habían generado al funcionamiento que naturalmente tenían las medidas cautelares, modificaron la norma antes indicada por vía de la ley 10.444 e introdujeron dos incisos nuevos (los dos últimos), en virtud de los cuales se contemplaba la posibilidad del trámite de cautelares por vía incidental dentro de un proceso.

Lo cierto es que la movilización que provocó esta situación en la doctrina brasileña, los llevó a un profuso desarrollo en virtud del cual intentan –en todos los casos- gestar desde la teoría general de las medidas cautelares, una especie de proceso nuevo, en virtud del cual se permita la conclusión inmediata de una causa, cuando –según su criterio- carezca de sentido el desarrollo de otro proceso al existir una superposición entre el objeto de la cautela y la pretensión sustancial ejercida o a ejercer, por considerarla agotada y consecuentemente abstracta.

Lo reconoce expresamente Marinoni al sostener que la acción cautelar innominada puede requerir tutela preventiva y rápida para cualquier situación de derecho sustancial, reconociendo expresamente que sean invocados sus

---

<sup>14</sup> Art. 273.- El juez podrá, a requerimiento de parte, anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en el pedido inicial, cuando existiendo prueba inequívoca se convenza de la verosimilitud de la alegación y:

I.- Haya fundado temor de daño irreparable o de difícil reparación; o

II.- Este caracterizado el abuso de derecho de defensa o manifiesto propósito de demorar el proceso por parte del demandado.

1.- En la decisión de anticipar la tutela, el juez indicará, de modo claro y preciso las razones de su convencimiento.

2.- No se concederá la anticipación de la tutela cuando haya peligro de irreversibilidad del proveimiento anticipado.

3.- La efectivización de la tutela anticipada observará, en lo posible y conforme su naturaleza, las normas previstas en los arts., 588, 461 4to y 5to. y 461-A.

4.- La tutela anticipada podrá ser revocada o modificada en cualquier tiempo, en decisión fundamentada.

5.- Concedida o no la anticipación de la tutela, proseguirá el proceso hasta el juzgamiento final.

6.- La tutela anticipada también podrá ser concedida cuando uno o más pedidos acumulados o parte de ellos se mostrare incontrovertido.

7.- Si el actor, a título de anticipación de tutela, requiriese providencia de naturaleza cautelar, podrá el juez, cuando se presenten los respectivos presupuestos, otorgar la medida cautelar con carácter incidental del proceso en curso.

presupuestos genéricos, o sea, el *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora*, la práctica forense, especialmente en razón de las particularidades de los nuevos derechos, pero considerando seguidamente que se pasó a concebir un uso no cautelar de la acción cautelar innominada.

Y agrega que ese uso no cautelar de la acción cautelar innominada consistió en la invocación del procedimiento cautelar para atender aquello que podría y debería ser protegido por el procedimiento ordinario, siempre que obviamente, tuviese las particularidades técnicas del procedimiento cautelar, especialmente la técnica anticipatoria<sup>15</sup>.

Para ello, en ese análisis no se advierte que existe una superposición conceptual al retrotraer la concepción de la acción a épocas pretéritas, aun anteriores al nacimiento del derecho procesal. Esa superposición conceptual lleva a sostener el concepto de acción entendido –como desde antiguo lo hacía el derecho romano- según la clásica definición de Celso, como la posibilidad de perseguir en juicio aquello que era debido, confundiendo al derecho sustancial con el adjetivo.

Partiendo de esa superposición conceptual de acción y proceso, se concluye en la necesidad de regular “técnicas anticipatorias”, que en definitiva aluden a las formas que se deben observar para desarrollar este nuevo proceso que se intenta gestar y que en este trabajo hemos identificado como “sistemas”.

Esta premisa ha llevado a Ovidio Baptista da Silva<sup>16</sup> a preguntarse para qué sirve la tutela cautelar, y responderse que es para asegurar; mientras que la misma pregunta se la formuló sobre la tutela anticipada y en este caso su respuesta fue para satisfacer. Esto demuestra cabalmente la persecución de un proceso para satisfacer, diverso al sistema que según esa línea solo serviría para

---

<sup>15</sup> Marinoni, Luiz Guilherme; Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, Ed. Palestra, Lima, Perú, 2007, p. 96 y ss. Allí considera el autor –siguiendo a Zanuttigh- que se crea un modelo de protección más avanzada y eficaz, concurriendo a sostener esa línea los razonamientos tanto de Denti como de Proto Pisani, hasta llegar a Giovanni Verde.

<sup>16</sup> Baptista Da Silva, Ovidio; Curso de processo civil, vol. III, 3ra. ed., p. 30 y ss.

asegurar, de ahí la superposición en la que se incurre, pues se pretende su construcción sobre la base de los presupuestos básicos que hacen a la viabilidad de las medidas cautelares, cuando en verdad lo que sería conveniente sería la estructuración de subsistemas adecuados dentro del propio proceso –aún de conocimiento amplio- que permita su conclusión total o parcial, ante tempus.

Ese razonamiento confirma además que es la superposición entre objeto de la cautela y pretensión sustancial la que tiene anclado el debate en la doctrina brasileña, diseñándose desde allí no solo ideas, sino lo que luego se ha denominado “técnicas orgánicas” para encuadrar dos institutos que son claramente diversos<sup>17</sup>.

Intentando marcar algunas diferencias, pero en línea con el debate trazado por la doctrina brasileña, Candido Dinamarco si bien sigue la postura de Calamandrei, señaló que hay que distinguir a las medidas cautelares de las anticipatorias, pero la distinción no reside en la satisfactividad (como dice Baptista), sino que las primeras buscan evitar que el paso del tiempo prive al proceso de algún medio exterior que podría ser útil al correcto ejercicio de la jurisdicción y consecuente producción –en el futuro- de resultados útiles y justos; mientras que las segundas van directamente a la vida de las personas y, antes del juzgamiento final de la causa, ofrecen a alguno de los sujetos en litigio el propio bien por el cual él pugna o algún beneficio que la obtención del bien le podrá proporcionar<sup>18</sup>.

En línea con lo expuesto, de la misma escuela brasileña, ahora sostiene Mitidiero, que “si la tutela jurisdiccional final tiene que ser atípica, obviamente también la técnica anticipatoria y la anticipación de la tutela que proviene de allí deben contar con idéntica amplitud. Es que los objetivos perseguidos son

---

<sup>17</sup> Sin perjuicio de ello, existe una línea representada en este caso por Darcio Guimaraes Ribeiro que clarifica la distinción que debe existir entre acción, pretensión y tutela, destacando las diferencias conceptuales que existen entre esos institutos (Guimaraes Ribeiro, Darcio; La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva – Hacia una teoría procesal del derecho, con prólogo de Joan Picó i Junoy; Ed. J.M: Bosch, 2004, Barcelona, p. 200).

<sup>18</sup> Dinamarco, Candido; Nova era do processo civil, Malheiros, Sao Paulo, 2003, p. 58.

rigurosamente los mismos: la tutelabilidad general de las posiciones jurídicas en el plano del derecho material. Es un deber del legislador viabilizar el empleo de la técnica anticipatoria de manera atípica para una amplia e irrestricta protección de todas las situaciones jurídicas del derecho material carentes de tutela jurisdiccional”<sup>19</sup>.

Desde allí se construye una “técnica” como la presenta la doctrina brasileña, que se sigue apoyando en la teoría general de las medidas cautelares, para generar una especie de conocimiento sumario que persigue el desarrollo de un proceso urgente.

Todo esto, por la marca que dejó la situación acontecida en Brasil en la década de los ´90, razón por la cual han desarrollado intensamente este posible “nuevo instituto”, en donde aparecen más dudas que certezas, pues en definitiva se advierte que las posiciones son muy parecidas, sin tener en cuenta la índole de la protección que se brinda, pues se ha construido todo ese razonamiento, como fuera señalado, desde la teoría general de las medidas cautelares, retrocediendo en el tiempo para contemplar una especie de “nueva acción” y se ha pretendido estructurar desde allí un nuevo proceso, que no encuentra sustento desde el punto de vista de los principios de la lógica tradicional.

Ello en razón de que en todos los casos se contemplan soluciones que resultan provisionales, y por ende similares a las que proporcionan las medidas cautelares, pero con un agravante, que no es otro que ese espíritu procedimentalista que las gobierna y que las regula de una manera tan peculiar, que se pierden de vista las bondades que brindan las mismas medidas cautelares, obturando así su operatividad natural.

En ese ordenamiento -en línea con las superposiciones conceptuales señaladas- ahora se intenta regular la tutela anticipada y la tutela de evidencia, distinguiendo dos procedimientos diversos para ambas (arts. 294 y ss.), y se

---

<sup>19</sup> Mitidiero, Daniel; Anticipación de tutela – De la tutela cautelar a la técnica anticipatoria, trad. De Renzo Cavani, Ed. Marcial Pons, 2012, p. 40.

señala que la tutela es procedente cuando existe una emergencia y de los datos aportados surge la probabilidad de que el derecho y el peligro de daño o riesgo lleven a un resultado que no sea útil para el proceso.

Por lo cual se advierte que –mutatis mutandi- la inspiración que tiene esta norma es similar a la que tiene el art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en Argentina, cuando señala que el peligro en la demora surja del mantenimiento o la alteración de una determinada situación de hecho o de derecho, y su eventual modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible.

La diferencia estriba en que mientras en el ordenamiento procesal argentino solo se requiere para ello, que el derecho invocado resulte verosímil, como en toda medida cautelar, esa situación, tal como se ha contemplado en la legislación brasileña, sigue siendo confusa a la luz de la sencillez que refleja la argentina.

Esto se debe a que se señala en el art. 300 del Código del Proceso de Brasil, que esa protección –que sigue siendo cautelar- requiere para su otorgamiento, que si el juez no la otorga directamente, lo que debería interpretarse *inaudita pars*, puede requerir su justificación previa, pero que no se concederá cuando exista peligro de irreversibilidad de los efectos de la decisión que se adopte<sup>20</sup>.

Con lo cual se sella indefectiblemente la “suerte” de una tutela anticipada por esta vía cuando, como señala la norma, exista superposición entre el objeto de

---

<sup>20</sup> La traducción de las normas del nuevo Código Procesal de Brasil que se citan corresponden al Prof. Darci Guimaraes Ribeiro. Art. 300. La protección de urgencia se concederá cuando haya elementos que muestran la probabilidad del derecho y el peligro de daño o riesgo para el resultado útil del proceso  
§ 1 Para el otorgamiento de la tutela de emergencia, el tribunal podrá, en su caso, exigir una garantía real o garantía de confianza para resarcir el daño que la otra parte pueda sufrir, la seguridad puede no aplicarse si los económicamente más pobre y no pueda ofrecerla.  
§ 2 La protección de emergencia se podrá conceder directamente o después de la justificación previa.  
§ 3. No se concederá la naturaleza de la protección de emergencia temprana cuando hay peligro de irreversibilidad de los efectos de la decisión.

una cautela y la pretensión sustancial, que contradictoriamente fue lo que la doctrina brasileña quería aventar<sup>21</sup>.

Es decir, que en un lenguaje llano, con un ejemplo contundente de la realidad, no hubiera sido posible –conforme la normativa señalada- conceder una cautela como la que concedió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Camacho Acosta antes citado, o bien en el caso Pardo, o bien en el caso que mantuvo el grupo Clarín con el Estado Nacional, sin advertirse que lo que se está resguardando es el derecho a la jurisdicción de todo justiciable, y con ello el desarrollo del debido proceso legal<sup>22</sup>.

Pero más allá de eso, se señala en el procedimiento diseñado por el legislador brasileño para la concesión de una cautelar que implique una tutela anticipada,

---

<sup>21</sup> En Argentina se avanzó en esa misma línea con la ley 26.854 –antes referida- que contempla en su art. 3 inc. 4to. la imposibilidad de dictar una medida cautelar que coincidan con el objeto de la demanda principal, superponiendo los conceptos de petición cautelar provisional con pretensión sustancial, y además resulta necesario señalar que existe una línea en la doctrina nacional que sostiene idéntico criterio, por ejemplo Peyrano sostiene: que siempre la cautelar es una tutela divergente, diferente o no coincidente respecto del contenido del juicio de mérito que se concretará ulteriormente (Peyrano, Jorge W.; “Nuevamente sobre usos “no conformes” de la prohibición de innovar y de la medida innovativa”, J.A. 2005-III-229).

<sup>22</sup> Es útil para entender la situación en la que se genera la tutela anticipada que se cita de los casos reseñados hacer una breve referencia a ellos. En el caso Camacho Acosta, se trataba de un trabajador que había perdido su antebrazo en un accidente de trabajo, razón por la cual la Corte resolvió la inserción de una prótesis durante el desarrollo del proceso (la cual fue solicitada como medida innovativa) en razón que si no se hacía en el tiempo adecuado esa operación el brazo perdía las condiciones anatómicas para recibir el implante de la prótesis.

En el caso Pardo se trataba de un accidente de tránsito sufrido por una niña menor, que circulaba en bicicleta y con motivo del mismo quedó cuadripléjica, razón por la cual la Corte dispuso el suministro de todas las atenciones médicas necesarias en forma inmediata para paliar el cuadro que se presentaba (esto es operaciones, asistencia con prótesis y aparatos adecuados para su atención, y desde luego los medicamentos y las prácticas que fueran necesarias para paliar sus padecimientos, sin perjuicio de continuar el proceso para determinar la responsabilidad definitiva de quien resultara embistente.

En el caso conocido como Grupo Clarín, ese multimédios solicitó judicialmente la inaplicabilidad a su respecto de determinados artículos de la ley de medios que había sancionado el Gobierno Nacional por considerarlos inconstitucionales, y en caso de no dictarse una medida de no innovar, el plazo que le daban al Grupo para adecuarse a la ley que era de 12 meses iba a ser consumido antes que terminara el proceso judicial en todas sus etapas, de ahí que la Corte Nacional concedió la medida de no innovar, mandándose a que no se apliquen esos artículos de la ley, por su apariencia de inconstitucionales hasta tanto no se resuelva el proceso a través de un pronunciamiento definitivo. Así se resguardó el derecho a la jurisdicción de ese multimédios hasta que finalmente la Corte Nacional resolvió el rechazo de la demanda por no considerar inconstitucionales esas normas que habían sido puestas en tela de juicio.

que si el juez considera que la petición formulada abriría la posibilidad para ello, la parte demandada será citada a una audiencia.

La novedad que se agrega en el art. 304<sup>23</sup> del código brasileño, es que si la tutela anticipada que se concede, no es recurrida se transforma la decisión en definitiva, dándose por terminado así el proceso, lo que resultaría valioso y permitiría pensar en el desarrollo de un verdadero proceso urgente, pero en este supuesto entramos en una variante absolutamente diversa a lo que describen las normas anteriores, pues en este caso se estaría utilizando una estructura similar a la que tiene el proceso monitorio, en virtud de la cual primero se protege o se resguarda aquellos derechos fundamentales que hubieran sido vulnerados, y luego se deja en manos del accionado la eventual apertura del contradictorio, que si no es activado transformaría en definitiva la decisión adoptada, con una salvedad muy importante que rompe la celeridad en el trámite, que es precisamente la audiencia previa, que por sí misma desvirtúa la tutela urgente y efectiva, por oposición al trámite *inaudita pars* de una cautelar como la que contempla el art. 230 del Código Procesal Nacional.

Pero la falta de precisión que tiene esta concepción, hace que se agregue a continuación, que cualquiera de las partes podrá solicitar la reapertura de la causa con el fin de revisar, reformar o anular esa mal denominada tutela anticipada, con lo cual es evidente que pese a que se pretende la terminación

---

<sup>23</sup> Art. 304. La medida cautelar concedida con arreglo al art. 303, se vuelve estable si la decisión que la conceda cuando no se interponga el respectivo recurso.

§ 1. En el caso mencionado anteriormente, se dará por terminado el proceso.

§ 2. Cualquiera de las partes puede demandar a la otra con el fin de revisar, reformar o anular la medida cautelar estabilizado bajo el encabezamiento.

§ 3. La tutela anticipada conservará sus efectos mientras no sea revisada, reformada o invalidada por orden de mérito dictada en la acción del § 2.

§ 4. Cualquiera de las partes podrá solicitar la reapertura del caso en el que se concedió la medida, para instruir a la aplicación de la acción contemplada en el § 2, será competente el juez en el que la tutela anticipada fue concedida.

§ 5. El derecho de revisar, modificar o anular la medida cautelar prevista en el § 2 del presente artículo, pondrá fin después de dos (2) años a partir de la decisión que desestimó el caso en virtud del § 1.

§ 6 La decisión que conceda la tutela no tendrá autoridad de cosa juzgada, pero la estabilidad de sus efectos sólo serán retirados por la decisión de revisar, modificar o anular, dada en la demanda presentada por una de las partes de conformidad con el § 2 de este artículo.

del proceso, la decisión que se adoptó no alcance la estabilidad propia de un pronunciamiento definitivo al permitir su revisión, lo que hace que nunca tenga carácter definitivo, ergo será siempre provisional, conforme esta singular creación.

Este razonamiento lo confirma el art. 309 de ese cuerpo legal<sup>24</sup>, que indica los casos en que cesa la eficacia de esa medida, y entre los supuestos que se contemplan, como la falta de promoción de la acción principal, o la no efectivización de la cautela concedida, se prevé el principio “rebus sic stantibus” –que contempla el art. 202 del Código Procesal Nacional de Argentina- al señalarse que eventualmente perderá eficacia si se agotan las razones que dieron origen a su dictado, pero con un agravante muy peculiar, que indica que no se podrá renovar la petición que se había formulado, salvo que sea a través de nuevos fundamentos, con lo cual la estabilidad de una decisión de ésta índole resulta difícil de obtenerse a la luz de la dilación temporal que importa esa concepción, en desmedro desde luego del principio de seguridad jurídica que es de la esencia del debido proceso legal.

Como se puede advertir sin mayor esfuerzo, con esta regulación se transgreden los principios de la lógica tradicional, ya que un procedimiento cautelar intenta transformarse en un proceso *sui generis*, para luego señalarse de inmediato que sigue siendo un procedimiento cautelar, con lo cual no solo se viola el *principio de identidad*, sino el de *no contradicción*. Lo mismo sucede con el principio de *tercero excluido* en virtud del cual una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo, al igual que con el de *razón suficiente* en virtud del cual una cosa es de una determinada manera porque debe tener fundamentos para ello, y la

---

<sup>24</sup> Art. 309. Acaba la eficacia de la medida otorgada con carácter previo si:

I - el autor no deduce la demanda principal dentro del plazo legal;

II - no se realice dentro de los treinta (30) días;

III - el juez desestime la solicitud principal por el autor o termine el proceso sin resolución de mérito.

Párrafo único. Si por alguna razón termina la eficacia de medidas cautelares, se prohíbe además renovar la solicitud a menos que sea bajo un nuevo fundamento.

dificultad en encontrarlos demuestra el carácter endeble que presenta esta construcción desde el punto de vista científico.

Resulta complicado interpretar si todo el conjunto de normas descripto tiene un sentido definido que propende a la protección de los derechos, ya que la concepción sistémica que tiene el ordenamiento adjetivo argentino, supera holgadamente –solo por su sencillez y efectividad- la profusión legislativa brasileña, que pretende instaurar un proceso urgente suprimiendo las bondades de la tutela cautelar, o por lo menos desdibujándola, para luego reivindicarla -con un presunto espíritu garantista- que no alcanza a explicar su sentido, todo lo cual da cuenta del carácter a-científico de la construcción analizada.

La llamada tutela de evidencia que contempla el art. 311 es mucho más confusa aún, pues se indica que el juez la puede conceder liminarmente e independientemente de que se demuestre el peligro de daño o riesgo para el resultado útil del proceso, y señala que entre los requisitos que debe observar, el primero es que se advierta el abuso del derecho de defensa o un manifiesto propósito dilatorio.

Es claro que ello solo se puede advertir luego de haber convocado al demandado o afectado por la medida, porque no puede inferirse otra vía por la cual se compruebe un abuso del derecho de defensa o una actitud manifiestamente dilatoria, con lo cual nuevamente aparecen aquí más dudas que certezas.

Este desarrollo que ha hecho la doctrina brasileña consideramos que lejos de brindar seguridad al justiciable y permitir un adecuado desarrollo de la actividad jurisdiccional, aleja tanto al justiciable como al propio órgano jurisdiccional de la mínima certeza a la que se puede aspirar, tanto para su planteo, como para la adopción de medidas de esta índole.

#### **4.- ANALISIS COMPARATISTA DE SISTEMAS**

De la comparación de ambos sistemas –el que consagra el Código Procesal Nacional en Argentina, y el Código Procesal de Brasil- se advierte que mientras en el último, para el dictado de una medida que importe una tutela anticipada, se requieren en el art. 300 una serie de requisitos en grado superior a las cautelares ordinarias, aspecto que resulta difícil evaluar en qué consiste, porque la discrecionalidad judicial queda a merced de un parámetro confuso y lejos de ser discrecional, resulta complejo por ese plus que se exige ya que arraiga en una apreciación subjetiva, la cautela prevista en el art. 230 del código argentino no requiere nada de ello, pues puede ser dictada *inaudita pars* y además solo exige verosimilitud del derecho, como lo requiere cualquier cautelar.

La doctrina de la Corte Suprema Nacional en este sentido, exhibe el siguiente criterio: “resultan suficientemente acreditados los presupuestos previstos en los inc. 1 y 2 del art. 230 del CPCCN para acceder a la medida cautelar innovativa pedida por dos sociedades comerciales en el marco de la acción declarativa tendiente a obtener la declaración de inconstitucionalidad de la ley 4459 de la Provincia de Misiones –en cuanto afectaría el comercio interprovincial de la yerba mate que realizan- y ordenar la suspensión de los efectos de los arts. 4, 5 y 6, a los fines de que el Estado local se abstenga de prohibir, restringir, limitar o afectar el libre tránsito y egreso de yerba mate en cualquier estado de elaboración de su territorio”<sup>25</sup>.

Como se advierte, aquí no hay irreparabilidad alguna en el *periculum in mora*, observado como parámetro por la Corte, pues los estados provinciales tienen solvencia suficiente, y además es claro que el conflicto que se plantea es de neta

---

<sup>25</sup> Fallos 331:2919. También es doctrina pacífica y uniforme del más Alto Tribunal que “la viabilidad de las medidas precautorias se halla supeditada a que se demuestre la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora y, dentro de aquellas, la innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión” (Fallos 326:3729).

raigambre comercial, por lo cual la irreparabilidad no se puede presentar con el carácter extremo que se pretende, sino es desde una postura absolutamente cerrada.

Restringir la opción a los derechos involucrados significa parcializar el proceso, porque si se asegura su continuidad es claro, que la sentencia es la que debe resguardarse para que sea eficaz, porque es la oportunidad en donde se van a reconocer esos eventuales derechos, ya que surge del propio sistema concebido, que la medida adoptada puede dejarse sin efecto o modificarse si cambian las condiciones que dieron origen a su dictado.

Además está claro que la contracautela constituye un sistema garantizador, que persigue aventar los riesgos de haber adoptado una cautelar sin derecho suficiente, por ende –más allá de las franquicias que se puedan solicitar para litigar- esta circunstancia también resulta demostrativa que no puede tener carácter definitivo el proceso que se pretende montar desde los presupuestos de la teoría general de las medidas cautelares, no solo por la prosecución de la causa hasta su finalización, sino porque queda en evidencia el carácter provisional de la decisión que se adopta, para despejar así cualquier confusión que se pretenda al sostener el diseño de un nuevo proceso que no es tal, ya que mal podría confundirse la provisoriedad de una decisión de esta índole, con la definitividad de una sentencia.

En la misma línea se expide Oteiza al sostener que la correspondencia entre aquello que es protegido cautelarmente, por una parte, y la pretensión que constituye el derecho cuyo reconocimiento se solicita que sea reconocido en la sentencia, por la otra, no altera su sustancia. Se trata de dos situaciones diversas, que no corresponde asimilar. La primera, de ser aceptada, tendrá una vigencia y un alcance limitado al tiempo que demande la tramitación del proceso. La segunda, por el contrario, constituye el resultado que una de las partes espera que se reconozca en la sentencia<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Oteiza, Eduardo; Las cautelares con alcance de definitividad según la Corte Suprema de Justicia de la Nación; Número especial de Jurisprudencia Argentina sobre Derecho Procesal Constitucional; 12/11/14,

La irreparabilidad de la decisión cautelar respecto a la sentencia de mérito es otro ejemplo elocuente de la confusión en la que se encuentra inmersa la doctrina brasileña, pues constituye el ejemplo paradigmático que permite vislumbrar la superposición conceptual en la que se incurre entre el objeto inmediato de una petición cautelar, con el objeto mediato de una pretensión.

De ahí que hayamos sostenido que ese espíritu procedimentalista que anima a legislar absolutamente todo lo que aparenta ser novedoso, pese a su antigüedad, tal como lo señala Mitidiero, cuando reclama al legislador que contemple esas “técnicas anticipatorias”, no hacen más que desdibujar a los sistemas cautelares en su función natural y más aún en su actuación en el ámbito excepcional o atípico en el que se han desplegado.

En este sentido informa la doctrina de la Corte Suprema –en el ya mencionado caso Camacho Acosta- 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”.

Como se advierte claramente de ese precedente de la Corte, no solo se persigue destacar que son los efectos de la medida adoptada los que se proyectan sobre la decisión de mérito, sino que además se propende con ello, a la concreta utilidad y eficacia de la sentencia, para evitar que de no adoptarse esa decisión los perjuicios sean de imposible o muy dificultosa reparación al dictarse la sentencia.

En ningún caso se sostiene, en la doctrina de la Corte Suprema, lo que viene puesto por la doctrina brasileña y han copiado algunos códigos provinciales de

---

fasc. 7, p. 122.

Argentina, del viejo art. 273 del Código del Proceso del Brasil, que la medida no tenga carácter irreversible para la sentencia<sup>27</sup>.

No empecé a ello, la superposición que a toda costa quiere transformar la doctrina brasileña entre petición cautelar y pretensión sustancial, como fundamento –con base en la llamada técnica anticipatoria- en un nuevo proceso, ya que no existe un proceso cautelar como tal, sino que es un subsistema dentro del sistema que es el proceso principal<sup>28</sup>.

Ello lleva a la confusión de pretender la existencia de un proceso autónomo y urgente, que además tenga carácter definitivo, sin advertir que se persigue su configuración desde la teoría general de las medidas cautelares, lo que lleva a la superposición conceptual entre cuestiones sustanciales y procesales<sup>29</sup>, que prácticamente hace estéril la existencia misma del derecho procesal.

Esa doctrina de la Corte Suprema Argentina, que admite ese tipo de cautelares que importan un anticipo jurisdiccional, a nivel nacional, a su vez es la que han seguido los tribunales inferiores que han interpretado que “si bien el hecho que el objeto de una medida cautelar coincida –total o parcialmente- con el objeto de la pretensión principal no invalida dicha cautela, sí exige una mayor ponderación de los elementos en que se la funda a fin de no afectar el derecho de defensa en juicio. Y en cuanto a la extensión de la medida es razonable que dure hasta el dictado de la sentencia definitiva, y cuando quien la solicita

---

<sup>27</sup> Es más en la Ciudad de Buenos Aires, el Código Contencioso Administrativo y Tributario en su art. 177 al contemplar las medidas cautelares considera viables a todas ellas “aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida” (sic).

<sup>28</sup> Desarrolle estos aspectos en el capítulo I de mi trabajo *Sistemas Cautelares Atípicos*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2009, en donde se señala la distinción que existe entre un procedimiento cautelar, de lo que constituye un verdadero proceso, a través del cual se obtiene una decisión que puede pasar en autoridad de cosa juzgada, de ahí la distinción que marcamos entre Argentina y Brasil cuando se trata de concebir un anticipo jurisdiccional desde los sistemas cautelares, por oposición a la que se quiere diseñar en Brasil concibiendo una especie de nuevo proceso, que queda desdibujado cuando concluye con un pronunciamiento provisional, el cual a su vez descoloca la operatividad de las propias medidas cautelares.

<sup>29</sup> Oteiza, Eduardo; Op. Cit.; Las cautelares con alcance..., p. 126

acredite que irroga en gastos médicos y de atención no siempre cubiertos por su obra social”<sup>30</sup>.

Además no existe prejuzgamiento cuando el juez concede una cautelar, sino que si por vía de hipótesis quedaran dudas al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación también ha interpretado en el caso Camacho Acosta, en donde la irreversibilidad de la decisión adoptada con relación a la sentencia de mérito resulta evidente, que “la alzada no podía desentenderse del tratamiento concreto de las alegaciones formuladas so color de incurrir en prejuzgamiento, pues en ciertas ocasiones –como ocurre en la medida de no innovar y en la medida cautelar innovativa- existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen al tribunal expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada, estudio que era particularmente necesario -en ese caso- en razón de que el recurrente pretendía reparar –mediante esa vía- un agravio causado a la integridad física y psíquica tutelada por el art. 5 inc. 1ro. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”<sup>31</sup>.

Así aparece una justicia con un rostro mucho más humano, como demandaba el maestro Morello, haciendo de la tutela inmediata una realidad, que desde luego al justiciable excede el carácter de su otorgamiento sino que le permite contener una situación afligente o angustiante en forma efectiva.

Como se puede apreciar no solo la Corte resalta la función jurisdiccional, a quien solo le reclama mayor prudencia para el dictado de una medida que importe un anticipo de jurisdicción, sino que distingue las dos variantes de la prohibición de innovar (la innovativa y la de no innovar), como vías naturales de acceso a esa tutela anticipada.

Esta circunstancia por sí misma clarifica en una sola norma aquello que profusamente ha intentado delinear el legislador brasileño a través de un

---

<sup>30</sup> Sumario 15.857 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil – Boletín 6/2004; CNCiv., Sala D, 8/7/2003, in re “Denovi, María Dolores c/Transporte Quirno Costa S.A. s/Medidas precautorias”.

<sup>31</sup> Fallos 320:1633

conjunto normativo, que no solo resulta confuso en su concepción, sino que en definitiva concluye siempre en la inestabilidad de la decisión que se adopte porque en todos los casos tendrá carácter cautelar, esto es, resultará provisional, con lo cual la cuestión que cae de maduro es ¿para qué todo ese desarrollo si se concluye en lo mismo que ya existía?

Con lo cual este análisis comparatista en el desarrollo que sigue el mismo instituto en ambos países podría ser sintetizado, como la opción entre la sencillez que consagra el art. 230 del Código Procesal de Argentina, que propende hacia el activismo judicial, o el procedimentalismo diseñado en el nuevo Código del Proceso Civil del Brasil.

## **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, porque las hipótesis de trabajo es necesario contrastarlas con la realidad<sup>32</sup>.

Y en este punto es fácil percibir, 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.

La contradicción entre la concepción de un sistema cautelar y el de un proceso que se pretende que sea urgente, que no debe construirse sobre la desvirtuación de la teoría general de las cautelares, so riesgo de anular algo tan valioso como

---

<sup>32</sup> En su reciente visita a Cuba el Papa Francisco señalaba en una de sus alocuciones que no se sirve a las ideas sino a las personas, con lo cual se marca una distinción fundamental entre la abstracción teórica y la realidad cotidiana. Precisamente el derecho debe resultar útil a las personas y la simplicidad debe ser observada como regla para la concepción de los sistemas que permitan la actuación de la ley, evitando así las confusiones que se generan desde un procedimentalismo acendrado, como el que se pone de manifiesto en la sistemática del código brasileño.

esos subsistemas que le han dado un vuelo de suma trascendencia al derecho procesal para contrarrestar los tiempos del proceso, afectaría –sin duda alguna– los Tratados Internacionales que la Constitución Argentina ha transformado en derecho positivo.

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

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>33</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>34</sup>.

La realidad indica que se legisla de espaldas a esos Tratados internacionales que son derecho positivo en la gran mayoría de los países americanos, retrotrayendo la ductilidad de derechos prestacionales brindados por el Estado a favor del

---

<sup>33</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>34</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.

justiciable a través de sistemas ágiles que proporcionan una protección o resguardo inmediato, por otros –como los que fueron referidos- que contradictoriamente generan mayores obstáculos para aquellos derechos que se pretenden resguardar.

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>35</sup>.

Hasta aquí se advierte que existe una línea de trabajo con un evidente corte procedimentalista, que reitera la situación descrita y persigue aquello que de alguna manera ya Cossio señalaba como una especie de quimera, al pretender

<sup>35</sup> Llera, Carlos E.; Op. Cit.,

la plenitud del ordenamiento jurídico, vía a través de la cual cae con todo su peso el activismo jurisdiccional, que es precisamente la vía que debe hacer plena la letra de la ley en cada caso concreto.

No se puede arropar al juez con un volumen de normas que “autoricen” su tarea, pretendiendo simplemente servir al pie de la letra la solución apropiada para cada caso, y menos aún en una materia como la que ocupa la atención o hace a la operatividad de los sistemas cautelares, que son los que en definitiva generan la llamada tutela anticipada, o el anticipo de jurisdicción para la tutela efectiva de los derechos fundamentales, pues por la vía reglamentarista que se intenta, se obtura el funcionamiento que tienen las medidas cautelares, aun dentro del ámbito excepcional -o atípico- en el que pueden funcionar; y lo que resulta más preocupante aun, es la restricción impuesta a la labor jurisdiccional a manos del legislador.

Enseñaba Cossio que no se puede concebir al derecho como un catálogo de casos abstractamente señalados en las leyes, con lo cual se tiene en cuenta una pluralidad de casos individualizados y no una totalidad sistemática. Es decir, que en lugar de la estructura que totaliza, y con ello constituye, la unidad de la experiencia jurídica, viene a pensarse solo en el hecho de los casos enunciados, en lo cual se confunde la realidad enunciada de casos en un momento histórico dado, con la posibilidad de estructuración de casos en cualquier momento histórico<sup>36</sup>.

No solo resulta inconveniente pensar el derecho asimilándolo a la ley, pues resulta inapropiado -por irreal- sino que se desdibuja totalmente la labor de la jurisdicción, ya que ley y derecho permiten advertir que se facilita todo tipo de integración a partir de aquello que puede considerarse “un vacío” que en ningún caso es tal.

De modo que la integración que permite el derecho por sí mismo, es mucho más que la letra de la ley. Surge a partir de la función que cumple una

<sup>36</sup> Cossio, Carlos; La Plenitud del Ordenamiento Jurídico; Ed. Los Andes, 2da. Ed. Facs. 2005, p. 24.

jurisdicción que realmente se precie de ser activa, precisamente porque a partir de su activismo es como va a propender a la tutela efectiva e inmediata de los derechos fundamentales, por ejemplo, a través de un sistema cautelar que provoque una tutela anticipada<sup>37</sup>.

Es evidente que si estamos al enfrentamiento de sistemas y ello a su vez lo correlacionamos –en Argentina- con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no solo se advierte que una legislación como la consagrada en el código brasileño resultaría inconstitucional -por 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, que hoy son derecho positivo en el país, prohíben lisa y llanamente por los efectos que provocarían.

## **7.- A MODO DE CONCLUSIONES PRELIMINARES**

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

Por un lado en Argentina a nivel nacional, el funcionamiento de algunos sistemas cautelares con proyecciones que exceden su marco tradicional y 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

---

<sup>37</sup> Cuando se trata de amparar los derechos fundamentales a la vida y la salud, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan las pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional, lo cual se produciría si el reclamo de la actora, tuviese que aguardar al inicio de un nuevo proceso -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema- (Fallos 331:563).

pena de hacer carecer de virtualidad a ese tipo de institutos previstos precisamente a esos fines.

Y por otro lado, en Brasil una especie de línea procedimentalista, que pretende una regulación que se advierte anticonvencional para estos tiempos, a la luz de los Tratados Internacionales, que se ve con toda evidencia a la luz de la doctrina sentada por el más Alto Tribunal argentino, que remarca el compromiso internacional del país a partir de una eventual inobservancia de esos instrumentos.

En este sentido resulta clara la regresión que se ha visto reflejada en materia cautelar en los sistemas cautelares 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.

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 a 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, como “providencias temporales”, consistiendo ellas en una decisión interina<sup>38</sup>, 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 especie de condena

---

<sup>38</sup> Precisamente Calamandrei las denominó interinas, dando cuenta que son internas del proceso, para diferenciarlas de las definitivas, que no es que estén fuera de aquél sino que lo concluyen..

anticipada<sup>39</sup>, sin serlo por cierto, pues la interinidad de la resolución sujetará la convalidación de lo actuado por la jurisdicción al momento de la sentencia definitiva.

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”, 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>40</sup>.

Para ello es 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 Tratados Internacionales que constituyen derecho positivo para el país, como los que antes se indicaran<sup>41</sup>.

La Corte Suprema Argentina ha señalado que el carácter programático u operativo de los tratados internacionales depende de si su ejercicio se ha

---

<sup>39</sup> Calamandrei, Ob. cit., p. 87.

<sup>40</sup> En línea con parte de las previsiones del art. 304 del Código del Proceso del Brasil, venimos trabajando hace mucho tiempo con propuestas para delinear la estructura de un proceso urgente, que puede estar inserto como un subsistema dentro de un proceso de conocimiento sumario o aún amplio, como también puede generarse en forma independiente habiendo señalado para ello al proceso de amparo como paradigma para salvaguardar los derechos fundamentales que hubieran sido vulnerados, de modo de concebir así un proceso esencialmente protectorio y no caer en la estructura de un típico proceso dirimente. Esos desarrollos se pueden ver en mis trabajos “Un nuevo molde para el amparo” en Revista de Derecho Procesal nro. 5, año 2000, p. 63 y ss., Ed. Rubinzal-Culzoni; o bien en “Una tutela procesal diferenciada o la conmemoración del desamparo”, Revista de Derecho Procesal 2008-2-173, Ed. Rubinzal-Culzoni, entre otros trabajos en esa misma dirección.

En esa línea la Corte Suprema Argentina sentó como doctrina para el amparo que: “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)”.

<sup>41</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).

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>42</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>43</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>44</sup>.

Consecuentemente a la luz del principio de progresividad, también es de toda evidencia, que el avance de la jurisdicción en esta materia no puede importar una regresividad como la materializada por el legislador brasileño en los ejemplos citados, pues ello contraviene la letra de los Tratados Internacionales<sup>45</sup>.

Esto hace que corresponda reforzar el mantenimiento del criterio desarrollado por la Corte Nacional Argentina en materia de tutela anticipada, siguiendo los

---

<sup>42</sup> Fallos 323:809

<sup>43</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>44</sup> Falos 241:291

<sup>45</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 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).

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 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>46</sup>.

Para todo ello, lo importante, conforme lo señalado al comienzo de este trabajo, es respetar los principios que son fundantes de un ordenamiento procesal cualquiera, ya que no pueden admitirse actuaciones contrarias a ellos, porque esa es la vía apropiada para el respeto del debido proceso legal; siendo el legislador quien tiene que materializar esos principios a través de los sistemas apropiados según las circunstancias de temporales, espaciales y culturales que convenga observar en cada caso, haciéndolos cobrar vida en la realidad a través de formas que metódicamente expuestas resulten apropiadas, sin caer en excesos que puedan afectar la vigencia y operatividad de aquellos principios fundamentales.

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>47</sup>.

---

<sup>46</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>47</sup> Bourdieu, Pierre; Homo Academicus, Ed. Siglo Veintiuno Editores, 2001, p. 52.