

## MENOS ES MAS EN MATERIA CAUTELAR

Por Jorge A. Rojas

### **1.- INTRODUCCION**

El advenimiento de la democracia fue gestando en el país un notable cambio de rumbo para salir de una época oscura y cerrada, a fin de insertar a la República Argentina en el concierto de las naciones, con el desarrollo de sus instituciones apuntando a romper paulatinamente –en el ámbito del derecho- con las estructuras decimonónicas que impregnaron -e impregnan aún- no solo las instituciones, sino fundamentalmente a los operadores jurídicos.

Para ello, no se pueden desconocer hechos y acontecimientos de trascendencia, que fueron jalonando esos cambios, que llegaron a la Argentina con el correr de la segunda mitad del siglo pasado.

Así, es posible advertir un avance notorio desde el punto de vista institucional, a través del letargo en el que cayó el viejo estado liberal, para dejar de lado el Estado de Derecho Legal, apoyado en un fuerte iuspositivismo, y pasar a un Estado de Derecho Constitucional, dentro del cual la Argentina comenzó a ubicarse ya desde mucho antes de la Constitución del '94, que de algún modo recoge esa impronta, para cristalizarla en su letra y adoptar esos nuevos derechos que nacen al amparo de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Esto que fue positivizado en la letra de la Constitución Nacional del '94, también tuvo su desenvolvimiento con el avance que desde el punto de vista

jurisprudencial se fue gestando en el seno de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde mucho antes de la nueva Constitución<sup>1</sup>.

Hoy -sin dudas- el Código Civil y Comercial de la Nación ha seguido la misma línea generando un nuevo paradigma, a partir del cual al dejarse de lado el viejo iuspositivismo, se persigue transitar el camino de la razón crítica o de la principiología, que algunos autores han denominado como neopositivismo, otros neoconstitucionalismo, pero que en definitiva persigue acceder al Estado Constitucional de derecho, de ahí la llamada constitucionalización del derecho privado.

Lo que se pretende evitar, es la confusión entre el derecho y la ley, ya que en el estado actual de la evolución jurídico-filosófica esto resultaría inadmisibles, aspecto que permite profundizar la distancia con el modelo legalista imperante al tiempo de la sanción de los viejos códigos del siglo XIX<sup>2</sup>.

En esa línea se puede advertir que los tiempos de cambio que se imponen en la órbita del proceso civil, no son solo producto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), sino además del claro agotamiento del sistema de justicia actual, con motivo de los cambios que se han gestado desde el mundo político.

---

<sup>1</sup> Sirva como ejemplos el caso Sejean resuelto en 1986 (Fallos 308:2268), que luego fue acompañado desde el punto de vista legislativo con la sanción de la ley 23.515 del año 1987, aunque legislativamente también se avanzó en la protección de los convivientes porque la ley 23.570 también de ese año otorgaba el derecho a pensión de aquellas personas que estaban conviviendo en aparente matrimonio. No obstante la jurisdicción resolvió en 1992 el caso Ekmekdjian c/Sofovich (Fallos 315:1492), en 1993 el caso Fibraca (Fallos 316:1669), entre otros casos insignes en donde se privilegió la letra de los tratados internacionales de derechos humanos por sobre la legislación local, existiera o no, en resguardo de la responsabilidad que internacionalmente podía involucrar a la Argentina por la inobservancia de un tratado internacional a la luz de las previsiones del art. 27 de la Convención de Viena.

<sup>2</sup> Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato en Código Civil y Comercial de la Nación comentado; Rivera, Julio Cesar y Medina, Graciela (directores), Ed. Thomson Reuters – La Ley, T. I, p. 55 y ss.

Una reforma implica una innovación, que desde luego propende a una mejora. Carecería de todo sentido reformar un determinado instituto sin mejorarlo, o lo que es más grave aún empeorarlo.

Esto lleva a una premisa –si miramos esa faceta legislativa- que consiste en no poder pensar en reforma alguna que desatienda la letra de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad para propender a una tutela efectiva, y más aún a la doctrina que emana de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, como garantía de la vigencia de los derechos fundamentales.

Para ello, uno de los principales problemas que debemos superar, tiene que ver con nuestras pautas culturales, a partir de las cuales hemos hecho natural aquello que no puede ser tal, precisamente partiendo de la premisa que el derecho es un claro producto cultural.

Por un lado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha simplificado –con fundamento esencial en el principio pro persona- los sistemas cautelares que nos llevan a señalar a partir del minimalismo, porque “menos es más en materia cautelar”.

Sin embargo, parece advertirse por el producto que están surgiendo en algunas legislaciones provinciales, que aún no existe registro de esta realidad, razón por la cual analizaremos algunas de estas circunstancias, cayendo nuevamente en un lugar común como es el análisis de la letra de la ley para concentrar en ella algo que ya la excede.

Esto es así pues si bien su aplicación entraña delimitar el supuesto de hecho para subsumirlo en la norma, a partir de lo cual se presumiría una actividad deductiva, lo que parece asumir una posición claramente legalista, de inmediato se puede advertir, del que fue denominado “diálogo de fuentes” por la doctrina, que consagran los arts. 1 y 2 del CCCN, que ese razonamiento se torna inoperante precisamente porque va en desmedro de la propia jurisdicción al restringirle su operatividad.

Esos preceptos describen junto con el art. 3 del CCCN, la función jurisdiccional, para concluir en una decisión razonable. Se incluye el análisis de la ley a la luz de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales, cuyas disposiciones asumen la estructura normativa de los principios, de ahí que la tarea de resolver los casos del CCCN asumen una dimensión ponderativa o valorativa, por completo extraña a la metodología deductiva tradicional<sup>3</sup>.

## **2.- LA DOCTRINA DE LA CORTE NACIONAL**

Esa labor ponderativa, que conforme fuera expuesto, la Corte Suprema viene desarrollando desde antes de la sanción de la Constitución Nacional de 1994, requiere la interpretación de la ley en correlación con los principios que emergen de la Ley Fundamental y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Desde luego que esta tarea la restringiremos exclusivamente al ámbito cautelar, por las lógicas razones de espacio que se imponen, aunque es posible su transpolación a los diferentes subsistemas que integran el proceso judicial.

---

<sup>3</sup> Rabbi-Baldi, Ob. cit. p. 10.

Para ello, en orden a lo expuesto, conviene tener presente en primer término que la Corte ha sostenido que “los derechos y garantías contemplados en la primera parte de la Constitución Nacional no constituyen la regulación exclusiva del sistema de derechos fundamentales vigentes en la República. Su regulación se integra además, con los principios y disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica que, al ser aprobado por la ley 23.054, tiene el carácter de ley suprema de la Nación de acuerdo con lo dispuesto por el art. 31 de la Constitución Nacional”<sup>4</sup>.

Como se puede advertir de ese precedente, que es anterior a la Constitución del '94, la Corte Suprema alude a la importancia de la observancia de los principios que surgen de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos como el Pacto de San José al que refiere.

Esa línea la mantuvo en pronunciamientos posteriores, al sostener que: “el solo 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”<sup>5</sup>.

En sentido similar se expidió en una acción colectiva al disponer el rechazo de un recurso extraordinario que había admitido una acción de amparo: “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

---

<sup>4</sup> Fallos 315:1943

<sup>5</sup> Fallos 317:247

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-”<sup>6</sup>.

Y para despejar dudas sobre su apertura a la interpretación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, destacó que “la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana de Derechos Humanos”<sup>7</sup>.

Esta doctrina de la Corte resulta suficientemente clara como para interpretar el rumbo que ha seguido el más Alto Tribunal, y continúa profundizando en la apertura aludida.

A su vez, en materia cautelar la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha mantenido la misma apertura, para recepcionar a través de la operatividad de los arts. 230 y 232 del Código Procesal, lo que la doctrina ha denominado como “tutela anticipada”, vía por la cual se permite la tutela efectiva y en forma inmediata de los derechos que estuvieran involucrados en un conflicto.

Para lo cual ha sostenido puntualmente dicho Tribunal que: “... la alzada no podía desentenderse del tratamiento concreto de las alegaciones formuladas so color de incurrir en prejuizamiento, 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

---

<sup>6</sup> Fallos 331:563

<sup>7</sup> Fallos 328:2056

provisionalmente sobre la índole de la petición formulada, estudio que era particularmente necesario en el sub lite 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. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

“Que ello resulta así pues es de la esencia de esos 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”.

“Que el mencionado anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de ese tipo de medidas cautelares, no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie -según el grado de verosimilitud- los probados intereses de aquél y el derecho constitucional de defensa del demandado”.

Los sumarios transcriptos fueron extractados textualmente del caso Camacho Acosta<sup>8</sup>, leading case que algunos consideran como la carta de ciudadanía de la tutela anticipada en el seno del más Alto Tribunal, sin advertir la venerable antigüedad de la medida innovativa, como enseñaba el maestro Palacio<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Fallos 320:1633

<sup>9</sup> Palacio, Lino E.; La venerable antigüedad de la medida innovativa, Revista de Derecho Procesal nro. 1, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 105.

Desde luego que esto no sea advertido, no quiere decir ni que no exista, ni que sea desinterpretado. Lo que resulta de toda evidencia es que la Corte Suprema, cuando la jurisdicción se enfrenta a una petición cautelar que se superpone en todo o en parte con la pretensión sustancial, solo requiere que además de la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, presupuestos sustanciales de toda medida cautelar, una **mayor prudencia** de la jurisdicción para advertir la reunión de esos extremos, en atención a la proyección que tiene la decisión sobre el mérito.

Con lo cual, no es que exista un instituto diverso al cautelar, sino que existe una proyección de ese instituto cautelar, que como bien señala la Corte, carecería de virtualidad si se presumiera que la jurisdicción incurre en prejuzgamiento, al resolver una petición cautelar que se superpone en todo o en parte con la pretensión sustancial, por la simple y sencilla razón que se trata de una decisión provisional, que se puede identificar como el avance de un instituto hacia un ámbito excepcional por atípico.

No por eso, se desvirtúa el instituto cautelar, porque pierda el carácter instrumental que rigurosamente se le atribuye, pues sigue poseyendo el sentido provisional que la hace operativa dentro de un proceso, y permite advertir que si existe una cautela, existe provisionalidad en la decisión que la instituye, lo que resulta diametralmente opuesto a que exista una condena, porque allí existiría una decisión de mérito de carácter definitivo.

Esta doctrina elaborada por la Corte Suprema, la mantuvo a través del tiempo haciendo más notorios los extremos que requiere para la viabilidad una cautela

de esta índole, ya que en ningún caso cambió sus presupuestos para generar un límite a su utilización.

Por el contrario, solo con la reunión de la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, y la prudencia que le exige a la jurisdicción para su concesión, es suficiente para hacer operativa la medida que está ínsita dentro de los pliegues de la prohibición de innovar que contempla el art. 230 del Código Procesal, que contempla dos facetas: la innovativa y la de no innovar.

Ello pues bien señala la Corte que el agravio de que una sentencia se transforme en ineficaz porque resultara inútil su ejecución, puede provenir tanto del mantenimiento como de la alteración de una determinada situación de hecho o de derecho, esto es, puede provenir de una acción positiva o, de una conducta omisiva, y frente a ello la jurisdicción no puede asumir un rol pasivo en tanto se trate del resguardo de derechos fundamentales.

Y ello no surge más que de la verosimilitud del derecho que se invoque que es un presupuesto esencial de toda cautelar, y que solo requiere en su aplicación una mayor prudencia de la jurisdicción al advertir los efectos que provocará el dictado de la medida sobre el mérito.

Lo mismo sucede con el otro recaudo que alude al peligro en la demora, que no importa la necesidad de que exista un agravio que siempre resulte irreparable, pues se trata de una categoría totalmente diversa, o si se quiere una situación extrema, restrictiva del amplio margen de maniobrabilidad que brinda a la jurisdicción el estándar “peligro en la demora”.

Y ese aspecto también ha sido interpretado por la Corte Suprema en ese sentido, habiéndose resuelto que: “resultan suficientemente acreditados los

presupuestos previstos en los incs. 1 y 2 del art. 230 del Código Procesal 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>10</sup>.

Con lo cual, como se puede advertir, tratándose de una acción declarativa promovida por dos sociedades comerciales, no estaba en juego ni la vida, ni la salud de una persona, y menos aún existía un peligro de daño irreparable pues se veían involucradas en el conflicto dos empresas que litigaban contra un Estado provincial.

Obsérvese que la doctrina de la Corte no solo se afirma, sino que se mantiene en línea con el desarrollo, que desde siempre ha hecho, para conceder una medida que tuviera carácter anticipatorio a aquello que debía ser materia de la decisión de mérito.

Para ello el Alto Tribunal mantiene como doctrina 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 aquéllas, 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**

---

<sup>10</sup> Fallos 331:2919

**su admisión.** –Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-<sup>11</sup>.

### **3.- ¿AVANCE O RETROCESO PROCESAL?**

Conforme lo expuesto hasta aquí, se puede advertir el progresivo desarrollo que ha tenido en materia cautelar nuestro país, que viene desplegándose desde la década de los '80, con fallos señeros que habilitaban la –hoy llamada tutela anticipada- a través de la medida innovativa.

Eso sucedió a partir del desfase provocado por los ajustes de los mutuos hipotecarios por la aplicación de las tristemente famosas circulares 1050, 687 y otras del Banco Central, en virtud de las cuales las cuotas de esos préstamos se ajustaban por los índices de inflación más intereses, provocando un enorme daño a aquellas personas que se habían embarcado en la compra de su única vivienda con destino familiar.

Ello fue remediado merced a la labor de la jurisdicción, que frenó la aplicación de esos mutuos en los cuales el deudor cuanto más pagaba más debía –como lo identificó con absoluta claridad por entonces la justicia- aplicando una medida innovativa, que se adaptaba –en algunos casos- a través de una medida cautelar genérica, que suspendía la aplicación de la mecánica de liquidación de las cuotas de esos mutuos, de modo tal de permitir que los deudores no cayeran en mora, y así se pudiera revisar la legitimidad de esas hipotecas, que en todos los casos fueron declaradas nulas por abusivas.

Lo cierto es que eso no era otra cosa más que una medida –que como en el caso Camacho Acosta- proyectó sus efectos sobre la decisión de mérito provocando

---

<sup>11</sup> Fallos 326:3729

un anticipo de jurisdicción para lo cual los jueces de grado inferior solo requerían verosimilitud del derecho y peligro en la demora.

Con lo cual el fenómeno no es nuevo en la República Argentina, más allá que doctrinariamente el debate sobre esta especie de “figura” que no es más que el efecto que provoca el dictado de una cautelar sobre el mérito, la doctrina lo instaló en el país a partir de un fenómeno similar que se dio en Brasil en la década de los ‘90.

Debido a ello, una línea de la doctrina creyó ver en la tutela anticipada un nuevo instituto y propuso una regulación similar a la que le dieron los brasileros al viejo art. 273 del su Código Procesal, sin advertir que por esa vía se generaban más requisitos que los que se habían requerido en nuestro país en los casos antes señalados.

Así fue como varias provincias regularon la llamada tutela anticipada con once o doce requisitos para su viabilidad, en contra de los dos recaudos que reclama la Corte Suprema para su concesión<sup>12</sup>.

Por esa razón, cuando se alude en el título de este trabajo que “menos es más en materia cautelar” se alude a la inconveniencia de perder de vista el rumbo que ha seguido el país desde el advenimiento de la democracia, y en especial en el derecho procesal, en donde al decir de Morello, las cautelares se convirtieron en las “vedettes”<sup>13</sup>, desde luego por el rol principal que les cabe en la atención de situaciones urgentes, para brindar una tutela efectiva.

---

<sup>12</sup> Ejemplo de ello son los Códigos Procesales de San Luis, San Juan, La Pampa, entre otros.

<sup>13</sup> Es una expresión que utiliza Morello siguiendo a Marcel Storme, señalando que están destinadas más que a hacer justicia, a darle tiempo a la justicia para cumplir su obra, haciendo justicia (Morello, Augusto M.; El Proceso Civil Moderno, Ed. Librería Editorial Platense, p. 303.

En la actualidad, se ha sancionado en la Provincia del Chaco un nuevo Código Procesal Civil y Comercial que si bien mantiene la misma estructura del código nacional, lamentablemente entre los “nuevos institutos” que contiene, en la materia aquí abordada se regula en los arts. 251 y 252, la llamada “tutela anticipada”, incurriéndose en la misma inconveniencia en la que se incurrió en otras provincias.

Para ello se le pretender dar un tratamiento diverso a lo que constituye una medida cautelar, para caer finalmente en el desarrollo de la minuciosa normativa procedimentalista, que finalmente no es otra cosa más que una decisión de índole cautelar.

Se desprenden de aquellos artículos los requisitos que se deben observar para que sea anticipado total o parcialmente “los efectos de la tutela pretendida en la demanda o en la reconvención”, desde luego con “carácter excepcional” y a través de un requerimiento fundado de parte los siguientes:

- 1.- Convicción suficiente sobre la probabilidad cierta del derecho que la sustenta.
- 2.- Urgencia de la medida en tal grado que de no ser adoptada de inmediato cause al peticionante la frustración del derecho o un daño irreparable equivalente.
- 3.- Falta de efectos irreversibles de la anticipación sobre la sentencia definitiva.
- 4.- Otorgamiento de contracautela suficiente salvo en los casos en que el peticionante se encontrare legalmente exento de darla.

5.- Solicitada la tutela anticipada el juez designará una audiencia con carácter urgente.

6.- A la audiencia se citará a las partes interesadas notificándoselas personalmente o por cédula.

7.- Sin perjuicio de ello, la audiencia se celebrará con quienes comparezcan.

8.- Concluida la audiencia el juez resolverá sin otra sustanciación.

9.- La resolución se notificará a las partes no comparecientes por alguna de las formas previstas en ese código.

10.- Si el afectado hubiese consentido la medida, ésta se tornará definitiva y hará cosa juzgada.

11.- Si el solicitante no compareciere a la audiencia la tutela será rechazada y el solicitante no podrá volver a solicitarla con igual carácter en lo sucesivo.

12.- La tutela anticipada podrá ser revocada o modificada al tiempo de la sentencia o durante la secuela del proceso si cambiaren las condiciones tenidas en cuenta para disponerla.

13.- El régimen de cumplimiento y de recursos será el establecido para las medidas cautelares.

14.- Concedida o no la tutela y salvo en lo que hubiese sido consentido en la audiencia el proceso proseguirá hasta su finalización.

Como se puede advertir el Código Procesal Civil y Comercial del Chaco, que entró en vigencia en el mes de agosto de 2017, dispuso todos esos recaudos que se deben observar para el dictado de una tutela anticipada.

La situación generada por el legislador chaqueño es delicada, pues se puede advertir –de su minuciosa rigidez- que está de espaldas a la realidad, y a la operatividad del sistema de justicia que se viene desarrollando de la forma en que fuera descrito al comienzo, y fundamentalmente de espaldas a la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pues los precedentes citados eximen de mayores comentarios, todo lo cual raya en la inconstitucionalidad del sistema.

El aspecto más grave que se puede advertir es que este tipo de normativa, es que en lugar de mejorar y simplificar el proceso parece haber sido generada en contra del justiciable, y está prevista más para denegar una tutela anticipada que para ser concedida.

Sirva como ejemplo el requisito que se desprende del tercer inciso del art. 251 del código chaqueño, que indica que la decisión que importe una tutela anticipada no tiene que tener efectos irreversibles sobre la sentencia definitiva, con lo cual la cuestión que surge de inmediato es que –para tomar un dato de la realidad- el caso Camacho Acosta o cualquiera de los otros precedentes de la Corte que antes se citaron no podrían haber acaecido en el Chaco según ese código.

Esto es así porque si la irreversibilidad –a todo evento- se la pretende medir desde el punto de vista económico para retrotraer las cosas a su estado anterior, tratándose de un trabajador –como Camacho Acosta- tampoco hubiera sido posible conceder la tutela en cuestión.

Desde luego que se señala el aspecto más paradigmático de todos los que surgen de la pormenorizada normativa procedimental que se transcribió, pero

toda ella puede ser objeto de análisis crítico a la luz no solo de la doctrina sentada por la Corte Suprema, sino además a la luz de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, exponiendo así a la Argentina a su incumplimiento de un modo que resulta claramente incomprensible.

El sistema que se creó no debería haber perdido de vista los principios fundantes de un ordenamiento –cualquiera que sea- que no son otros que los que surgen de nuestra Ley Fundamental y los Tratados Internacionales a ella asimilados, como lo informan los casos antes indicados; y si se trata de un ordenamiento procesal como el señalado, el sistema creado por el legislador debe reportar a esos principios porque de lo contrario resultará claramente inconstitucional.

Por eso es de destacar el activismo del más Alto Tribunal en esa línea que deja de lado ese criterio estereotipado impregnado de un fuerte iuspositivismo, para pasar a una nueva postura que propende a una especie de principiología como la ha denominado la doctrina, permitiendo así una mayor razonabilidad en la interpretación de la ley, a la luz de los compromisos que ha asumido internacionalmente nuestro país, para no desprendernos de los avances que generan nuevos derechos, y de esa forma estar a la vanguardia desde el punto de vista jurídico de lo que debe constituir una tutela efectiva e inmediata.

Ha sido esa posición en la que se ha embarcado nuestro país, sobre todo con mayor énfasis desde el advenimiento de la democracia, la que lleva a mostrar la necesidad de simplificar, y para ello, la pauta que ha utilizado el nuevo CCCN, es que esa simplificación –en la materia cautelar que aquí importa destacar- esté concebida con la finalidad de propender a una tutela efectiva e inmediata, sin

desconocer los avances del más Alto Tribunal a la luz del respecto de los principios pro persona, de progresividad, y de no regresividad, que tiene una importancia preponderante en esta materia para evitar complejizar un ámbito que debe contar con la sencillez y la fluidez que el nuevo ordenamiento privado propone.

Para ello, como se advierte de la gran mayoría de normas de índole cautelar que contempla el nuevo ordenamiento unificado, quedan en manos de un juez que debe ser verdaderamente activo, y no quedar atado a la letra de la ley exclusivamente, porque –como se señalara- el derecho es mucho más que la ley, a partir de una pauta fundamental que no es otra más que la razonabilidad, para hacer actuar a la jurisdicción en un rol esencialmente tuitivo, por protector, o por facilitador del acceso a la jurisdicción<sup>14</sup>.

Aquellas regulaciones como las señaladas a modo de ejemplo (Chaco, San Luis, San Juan, La Pampa etc.), además de pasar por alto la doctrina que ha sentado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en esta materia, y exponer al país a la violación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, en los que se apoyó precisamente la Corte Suprema en sus decisiones, en lugar de brindar un respaldo, o una mayor garantía al justiciable, a los fines de propender a la eficacia de una futura sentencia, contrarrestando el tiempo que naturalmente

---

<sup>14</sup> Pueden señalarse a modo de ejemplificar lo expuesto, las previsiones de los arts. 34 ó 52 del CCCN, de los cuales se desprende que el juez puede ordenar las medidas necesarias en un caso para garantizar los derechos personales o patrimoniales de una persona que sufra alguna restricción a su capacidad; o en su caso aquellas que resguarden preventivamente la honra, dignidad, reputación, imagen, etc. de una persona; con lo cual la inespecificidad de las medidas se advierte porque si bien están especialmente previstas para un ámbito determinado, no se las puede individualizar de ahí que resulten innominadas y brinden la posibilidad a la jurisdicción de su adaptación a cada caso en concreto. Esa línea que sigue el CCCN tiene que ver con la mayor adaptabilidad de las medidas a las circunstancias que sean necesario abordar y resguardar, contrariamente a lo que se ha señalado con relación a la rigurosidad que trasunta el código chaqueño.

consume el proceso, lo envuelve en una maraña de recaudos, que atentan contra un derecho fundamental como es el derecho a la jurisdicción, entendido en sentido lato, que involucra el acceso a la justicia y el desarrollo del debido proceso legal, lo que importa el buen resguardo del derecho de defensa de todo justiciable.

El desafío consistiría en advertir que el rol que se le ha dado a la jurisdicción con el nuevo CCCN, es lo suficientemente amplio como para contemplar distinto tipo de medidas, que se van a ir adaptando a cada realidad en concreto para la cual se le permite su actuación conforme la realidad que deba atender.

De modo que parecería que debiera construirse un sistema con la plasticidad suficiente para permitirle responder a la variabilidad de los conflictos, sin necesidad de una minuciosa regulación procedimental que justamente provoca el efecto contrario de la labor jurisdiccional.

Hasta ahora la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha utilizado el sistema que contempla el art. 230 del Código Procesal complementándolo en los casos que así lo requiere con el previsto en el art 232 de ese ordenamiento.

La sencillez del sistema nos releva de todo comentario, pues solo se debe acreditar la existencia de los presupuestos que hacen a la viabilidad de toda cautela, esto es la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, y el trámite inaudita pars que contempla el art 198 dan cuenta de la simpleza de la petición cautelar y la facilidad de la jurisdicción para brindar una respuesta inmediata sin ningún otro aditamento procedimental que enturbie ese trámite.

Por esa razón la pregunta que cabe formularse aquí es si el sistema que posee el Código Procesal Nacional ha sido superado por cualquiera de las regulaciones que hemos referido, y es de toda evidencia que la respuesta negativa debe caer de maduro, porque en todos los casos los recaudos que se deben observar para que el juez otorgue una tutela anticipada son mayores, en desmedro precisamente de aquellos a quienes se debe resguardar o proteger.

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

El tema que se plantea se puede considerar abierto desde dos puntos de vista. Uno de ellos resultaría la regulación en sí misma de un nuevo instituto, que desde luego no compartimos porque no supera la sencillez o simplicidad del que tenemos.

Pero desde otro punto de vista no podemos pasar por alto la amplitud con la que legisla el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación aquellas facultades que otorga a la jurisdicción, a partir de la abundancia de normas de índole procesal que lo integran, y todas ellas siempre tienden a evitar su encorsetamiento, esto es, a no caer en el viejo iuspositivismo legalista que pretende agotar todo en la letra de la ley, para tener un basamento mucho más sólido en los principios que emergen de las estructuras fundamentales en las que se debe asentar todo ordenamiento.

La situación de nuestro país en estos tiempos es delicada, no ya por una posible inestabilidad económica, sino porque la perforación que han sufrido las instituciones, y regulaciones como las mencionadas apuntan más a su debilitamiento que a su consolidación, por lo cual la vía que se propone en esas

legislaciones provinciales profundizará esta situación toda vez que obtura el funcionamiento de la jurisdicción en lugar de facilitarlos.

En este sentido enseña Chase, que la forma escogida por cada sociedad para el manejo de los conflictos es el resultado de una serie de elecciones que son conscientes e involuntarias que han sido realizadas desde sus condiciones de conocimientos, creencias y estructura social<sup>15</sup>.

Así nos muestra que hoy en el mundo existen diversas formas de hacer justicia, por ejemplo hay lugares en el mundo que optan por el juicio por jurados, hay otros en donde se sigue una línea más tradicional en donde el proceso sigue siendo totalmente escrito, por oposición a otros en donde hay un fuerte predominio de la oralidad, con poderes suficientes al juez para implementar lo que se conoce como case management.

Pero esos sistemas conviven en la actualidad, debido al multiculturalismo, con otros sistemas en donde se respetan las pautas de justicia de pueblos originarios, o se mantienen influencias de la divinidad como forma de hacer justicia<sup>16</sup>.

En nuestro país no podemos pretender una reforma, que importe una innovación si ello no trae aparejada una mejora, la que no se advierte en los sistemas mencionados a partir precisamente de la doctrina que se viene perfilando desde el más Alto Tribunal del país que reconoce expresamente que

---

<sup>15</sup> Chase, Oscar J. ; Derecho, cultura y ritual, Ed. Marcial Pons, 2011, p. 19.

<sup>16</sup> Sirva como ejemplo la tribu Azande del centro de Africa a cuyo respecto Chase refiere que utilizan el oráculo benge para hacer justicia inoculándole una dosis mínima de veneno a un pollito para ver las consecuencias que genera y eso marca la “suerte” del imputado por un determinado hecho para decidir su culpabilidad o inocencia.

cuando alude a los contenidos elementales de la garantía constitucional de defensa en juicio, en cuanto desde 1853 asegura a todo habitante de la Nación el derecho de acceder al Poder Judicial, se trata de una garantía profundizada en cuanto a la tutela judicial efectiva con la reforma constitucional de 1994 (Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 8.1 y 25)<sup>17</sup>.

Y además cuando alude al proceso y la Corte tiene en miras los términos del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional ha sostenido que conforme la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, corresponde extremar los recaudos para cumplir con todos los actos procesales a efectos de prevenir consecuencias que implicarían dilaciones y afectarían el derecho a la tutela judicial efectiva (arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)<sup>18</sup>.

Sostuvo la Corte ya en precedentes anteriores a la Constitución de 1994 que “cuando el país ratifica un tratado internacional, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que los Tratados contemplen. Por ello, la prescindencia de las normas internacionales por los órganos internos pertinentes puede originar responsabilidad internacional del Estado Argentino, y la mera posibilidad de que esta atribución de responsabilidad internacional argentina se vea comprometida por la interpretación y aplicación de un tratado con una potencia extranjera configura, de por sí, cuestión federal suficiente”<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Fallos 326:4745

<sup>18</sup> Fallos 326:4797

<sup>19</sup> Fallos 314:1324

Es útil tener en cuenta para ello no pasar por alto cuál es la realidad en la cual se halla inmerso nuestro país, pues por un lado es importantísima la apertura que se ha generado a partir de la incorporación del bloque de constitucionalidad, pero más aún por la labor desarrollada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya desde mucho tiempo antes de la sanción de la Constitución del '94.

Sirvan como ejemplos –además del citado anteriormente- casos paradigmáticos como Ekmekdjian c/Sofovich<sup>20</sup>, o Fibraca<sup>21</sup>, o Cafés La Virginia<sup>22</sup>, o Giroldi<sup>23</sup>, entre otros tantos que han colocado a la Argentina a la vanguardia dentro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Enseñaba Morello: “no se trata de establecer en el tablero de lo procesal, categorías, clasificaciones o comportamientos herméticos y excluyentes, sino de imaginar estructuras y adecuaciones maleables, de adecuada textura y razonable conexión, que enriquezcan sus respectivos contenidos en un juego de sumatoria, aunque sin ultrapasar los límites superiores de la garantía fundamental del proceso justo”, esto es todo lo contrario a lo que venimos señalando en los sistemas mencionados en donde se ata a la jurisdicción a la letra rigurosa de la ley<sup>24</sup>.

La opción que ejercimos como país al asumir el régimen representativo, republicano y federal a través del cual –entre otras cosas- perseguimos afianzar la justicia, consolidar la paz interior, promover el bienestar general y asegurar

---

<sup>20</sup> Fallos 315:1492

<sup>21</sup> Fallos 316:1669

<sup>22</sup> Fallos 317:1282

<sup>23</sup> Fallos 318:514

<sup>24</sup> Morello, Augusto M.; Avances Procesales, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 349.

los beneficios de la libertad para nosotros, nuestra posteridad y todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino, conviene detenerse y tenerlos en cuenta, para no perder de vista esos objetivos que es evidente que no se lograrán por sistemas como los señalados.