

## LA TUTELA ANTICIPADA ENTRE EL PROCEDIMENTALISMO Y EL ACTIVISMO JUDICIAL

Por Jorge A. Rojas

### 1.- INTRODUCCION

A simple vista se podría sostener que la luz es blanca. En verdad, desde la física se puede señalar que la luz no tiene un color predeterminado. Pero si hacemos penetrar un haz de luz en una habitación cerrada, sin mayor esfuerzo se puede apreciar que para la vista del ser humano esa luz es de color blanco.

Solo hace falta un prisma que intercepte ese haz de luz, como lo demostró Newton, para advertir de inmediato su descomposición en un ramillete de diversos colores que conforman lo que se conoce tradicionalmente como arco iris, para poner en duda el verdadero color de la luz.

La relación entre la luz que se proyecta como un haz de color blanco y su descomposición, que provoca la aparición de una gama de colores de distinta intensidad, es la misma relación que se puede advertir entre los sistemas cautelares y el fenómeno que la doctrina ha identificado como "tutela anticipada".

Esto es, el efecto que provoca la operatividad de un determinado instituto -en este caso una medida cautelar- sobre una situación concreta, en virtud del cual sus proyecciones permiten esa descomposición. Desde los colores más suaves que refleja ese arco iris, hasta los más intensos, puede identificarse la relación que existe entre los sistemas cautelares aplicados en un ámbito tradicional, de aquellos que con mayor fuerza irrumpen en la realidad, con la intensidad suficiente para contener una situación más grave.

En este aspecto es importante el desarrollo de la función jurisdiccional que no solo tiene que ver con la inteligencia de la normativa que los jueces aplican a través de un método gramatical, sino además con la nueva realidad que existe desde el punto de vista constitucional y convencional, en virtud de los Tratados Internacionales que hoy constituyen derecho positivo en nuestro país.

En esta línea de trabajo, hoy el debate debería darse entre la agilización del proceso, no solo desde el punto de vista tecnológico, sino además desde el punto de vista normativo -contrariamente a lo que podría suponerse- evitando la inflación que lo distingue, con recargas que lejos de brindar claridad, son más las confusiones que provocan que las certezas que proporcionan.

Sirva como ejemplo de lo expuesto, todo lo que fue legislado a partir de las leyes 26.853 y 26.854<sup>1</sup>. Más allá de las declaraciones de inconstitucionalidad que ha seguido a esa normativa sobre cautelares<sup>2</sup>, como

---

<sup>1</sup> La primera de ellas crea un régimen especial en materia recursiva, que en nada coadyuva con una adecuada agilización de los procesos. La segunda de esas leyes crea un régimen especial para las cautelares que se dictan contra el Estado, evitando observar la realidad que refleja la doctrina de la Corte Suprema, para concebir un sistema que luce inapropiado y demuestra, a través de una visión finalista, su inspiración a-científica, apoyada únicamente en una voluntad política -que luce claramente inconveniente- para lo cual conviene no perder de vista las condiciones de tiempo y espacio que dieron origen a su dictado, como asimismo la inobservancia de esos Tratados Internacionales antes referidos.

<sup>2</sup> Por ejemplo la Cámara Nacional de Comercio ha decidido que corresponde declarar la inconstitucionalidad de los arts. 2, 4, 5, 9, 10, 11, 13, 15 y 16 de la ley 26.854 en cuanto se oponen al ejercicio de los actores al derecho constitucional de la tutela judicial efectiva (Fallos 324:3219)... (CNCom., Sala A, 12/8/2013; in re "Szwarc, Rubén Mario y Otro c/Estado Nacional y Otro s/Medida Precautoria).

asimismo la desactivación por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la reforma<sup>3</sup> que se pretendía a través de las diversas cámaras de casación que instauró la ley 26.854, es dable destacar que la vía legislativa sigue siendo la opción utilizada para introducir reformas que no siempre resultan apropiadas.

Precisamente eso auguramos que no se siga repitiendo en el ámbito procesal, para lo cual es importante tener en cuenta el carácter sistémico que lo distingue, razón por la cual –en un plan de reformas que no resulte estéril- conviene distinguir que la última de las etapas a observar es la elaboración de un nuevo ordenamiento, luego de poder alistar la concurrencia de los insumos necesarios para su operatividad<sup>4</sup>, más allá de analizar la adecuada operatividad de los existentes.

Al margen de las razones que –políticamente- han llevado al dictado de las leyes antes indicadas, se advierte, sobre todo por las regulaciones que se vienen desarrollando a nivel provincial, que en materia de lo que la doctrina ha denominado como “tutela anticipada” acontece un fenómeno similar al descripto.

Para concluir en ello, 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 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 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>5</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.

---

<sup>3</sup> Acordada 23/2013

<sup>4</sup> En la misma línea ver Salgado, José María; “Instrucciones para una reforma procesal”; Suplemento Actualidad de La Ley del 11/11/2014, p. 1.

<sup>5</sup> Cossio, Carlos; La Plenitud del Ordenamiento Jurídico; Ed. Los Andes, 2da. Ed. Facs. 2005, p. 24.

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 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>6</sup>.

Por esa razón, cabe destacar el retroceso legislativo que se viene llevando a cabo en diversas provincias copiando regulaciones foráneas, que no son convenientes a partir de la sistemática que concibe el actual Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en esta temática, que es seguido por gran parte de ellas, y que en este aspecto puede simplificarse más aún, permitiendo la supresión de normativa que resulta sobreabundante, si es que se pretende el diseño de un nuevo paradigma, a través del cual se fortalezca la labor de la jurisdicción llevándola a un efectivo activismo, que es necesario asumir que no depende de una concesión del legislador.

Esto invita a dejar de lado, la línea procedimentalista que se viene observando, que desdibuja los subsistemas que contempla el Código Procesal Nacional, lo que no importa la asunción de una postura academicista, sino por el contrario una defensa irrestricta a los derechos fundamentales, para generar las certezas que el justiciable necesita, sobre todo desde el punto de vista de la ampliación de los horizontes que faciliten el acceso a la jurisdicción y la efectiva tutela de los derechos.

Por ello, cabe desarrollar las realidades entretrejidas sobre la tutela anticipada, para lo cual conviene previamente su caracterización, más allá que resulte complicada una definición, en aras a evitar su encasillamiento, que igualmente se ensayará con espíritu amplio, a fin de evitar restricciones inapropiadas como las que merecen estas reflexiones.

## **2.- CARACTERIZACION**

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

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

---

<sup>6</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).

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 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 pueda ser utilizado el instituto como matriz para la creación de otros subsistemas que apunten a una tutela inmediata aunque tenga carácter provisional o protectorio<sup>7</sup>.

La importancia de esta medida ya había sido destacada por Juan Francisco Linares, discípulo de Carlos Cossio, señalando que el fundamento axiológico de esa medida, como también lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es el de asegurar a las partes un relativo pie de igualdad ante la jurisdicción, afirmado en la observancia del principio de buena fe, a fin de evitar daños irreparables y mantener el buen orden procesal, evitando que las partes hagan justicia por mano propia, pues todas esas -sostenía- eran expresiones concretas del valor justicia, como el orden, la seguridad, etc., que el proceso civil debe consagrar en cuanto también es derecho<sup>8</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>9</sup>.

---

<sup>7</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; 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.

<sup>8</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>9</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.

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>10</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 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>11</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 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>12</sup>.

---

<sup>10</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.

<sup>11</sup> Fallos 333:1885

<sup>12</sup> Fallos 317:581; 318:1077; 320:1093; 326:970; 327:2738, entre otros.

En esa línea, la Corte Suprema ha sostenido como doctrina inveterada, que “la prohibición de innovar no procede, en principio, respecto de actos administrativos o legislativos, habida cuenta la presunción de verdad que ostentan, pero tal doctrina debe ceder cuando se los impugna sobre bases prima facie verosímiles”<sup>13</sup>.

Y respecto a la impugnación, la Corte no ha variado los requisitos de procedencia de ese tipo de cautelas, por más que se proyecten sobre el pronunciamiento de mérito, sino que por el contrario solo ha requerido que los jueces tengan un conocimiento más cuidadoso, precisamente por la índole de la cautela que disponen que se proyecta sobre la sentencia futura<sup>14</sup>.

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

Si bien no es conveniente una definición de la tutela anticipada para evitar su encorsetamiento -por las variables generadas por el legislador- 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>15</sup>, en el cual la Corte sostuvo “que es de la esencia de estos institutos procesales de orden excepcional, enfocar sus proyecciones –en tanto dure el litigio- sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva”, lo que permite advertir el rol que se le asigna a la jurisdicción a esos fines.

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

### **3.- LA INFLUENCIA BRASILEÑA**

---

<sup>13</sup> Fallos 323:1716; 314:1312, entre otros.

<sup>14</sup> En esta línea la Corte ha resuelto que: “Las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la ley fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, por lo cual es requisito ineludible para admitir la pertinencia de la prohibición de innovar una especial prudencia en la apreciación de los recaudos que tornen viable su concesión” (Fallos 320:1027; 319:1069, entre otros).

<sup>15</sup> Fallos 320:1633

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>16</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 un temor fundado en la clase forense brasileña, por las previsiones del art. 806 del 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 ¿qué sentido tenía la promoción de esos procesos principales cuando la pretensión a ejercer ya se había agotado?

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 con una medida de carácter innovativo, que perseguía la devolución de los fondos que habían sido ilegítimamente retenidos en las entidades bancarias.

Toda esa situación, sumada a los trabajos que venía desarrollando la doctrina nacional, más el espaldarazo brindado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través del caso Camacho Acosta del año 1997, dieron origen a una especie de nueva categoría que llevó por denominación "tutela anticipada", que aparecía como un (re)descubrimiento de suma importancia para una tutela efectiva e inmediata a través del poder cautelar de la jurisdicción, pero a la que pretende dársele confusamente la envergadura de un nuevo proceso.

Sin embargo, en Argentina esa situación no era totalmente novedosa, pues ya habían existido situaciones afligentes, que socialmente habían provocado colapsos 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.

---

<sup>16</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.

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>17</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, para conformar así una protección adecuada a través de una cautela compuesta.

Como se puede advertir de lo apuntado, mucho antes que se suscitara la crisis indicada en Brasil, en Argentina ya los jueces estaban preparados para lo que luego se dio en llamar “tutela anticipada”.

Esto es muy sencillo de interpretar, ya que por vía de la prohibición de innovar, en su faceta innovativa, se proyectaban los efectos del objeto de esa cautela, sobre la pretensión sustancial que debía ser resuelta con la sentencia de mérito.

Mientras en nuestro país no existió ningún tipo de regulación “novedosa” 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 “tutela anticipada”, y se incorporó en el art. 273 del Código del Proceso de Brasil<sup>18</sup>.

---

<sup>17</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>18</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 irrevisibilidad del proveimiento anticipado.

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, un proceso nuevo, en virtud del cual se permita la conclusión inmediata de una causa, cuando –según su criterio- carezca de sentido el desarrollo de un proceso de conocimiento al existir una superposición entre el objeto de la cautela y la pretensión sustancial ejercida o a ejercer.

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 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>19</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. Esta premisa ha llevado a Ovidio Baptista da Silva<sup>20</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.

---

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.

<sup>19</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>20</sup> Baptista Da Silva, Ovidio; Curso de processo civil, vol. III, 3ra. ed., p. 30 y ss.

Ese razonamiento confirma la superposición entre objeto de la cautela y pretensión sustancial que es 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 diversos, por sus propias esencias.

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>21</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 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>22</sup>.

La obra de Mitidiero, da cuenta que se sigue insistiendo en la misma línea de trabajo que venimos sosteniendo como inconveniente, que no es otra que interpretar a la acción cautelar como una acción diferenciada, capaz de generar un proceso diverso a un proceso de conocimiento, y de su comparación advertir el agotamiento de éste último como vía adecuada para la protección de los derechos.

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 -que resulte urgente- para brindar una solución apropiada a los derechos de las personas, que en estos tiempos no pueden quedar inmersos en los esquemas de trabajo tradicionales.

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

---

<sup>21</sup> Dinamarco, Candido; Nova era do processo civil, Malheiros, Sao Paulo, 2003, p. 58.

<sup>22</sup> Mitidiero, Daniel; Anticipación de tutela – De la tutela cautelar a la técnica anticipatoria, trad. De Renzo Cavani, Ed. Marcial Pons, 2012, p. 40.

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 su operatividad natural.

Este desarrollo comparatista -resulta útil destacarlo para evitar errores por la influencia que la doctrina brasileña viene ejerciendo en nuestro país- se ha concretado en el nuevo Código del Proceso de Brasil sancionado en 2014, que ahora contempla dos variantes de lo que conocemos como tutela anticipada, distinguiendo aspectos que lejos de aclarar la situación empalidecen más su viabilidad.

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 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 filosofía que inspira a esta norma es similar a la que inspira al art. 230 del Código Procesal, 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 nuestro ordenamiento procesal solo 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 nuestra.

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>23</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 una cautela y la pretensión sustancial, que contradictoriamente fue lo que la doctrina brasileña quería aventar<sup>24</sup>.

---

<sup>23</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.

<sup>24</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).

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.

Pero más allá de eso, se señala en el procedimiento para su concesión, 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>25</sup>, 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 del proceso, la decisión que se adoptó al permitir su revisión, hace que nunca tenga carácter definitivo, ergo será siempre provisional, conforme esta singular creación.

---

<sup>25</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.

Este razonamiento lo confirma el art. 309 de ese cuerpo legal<sup>26</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- 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 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 nuestro ordenamiento adjetivo, 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.

---

<sup>26</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.

#### 4.- EL REFLEJO EN ARGENTINA

Es útil tener en cuenta este desenvolvimiento, porque ya desde antes de su reciente concreción en el Código del Proceso brasileño, varias provincias argentinas han adoptado para sí el esquema que antes habían diseñado los brasileños para su viejo art. 273.

Podemos encontrar ese desarrollo en Provincias como La Pampa, Chaco, San Juan, Misiones, Santiago del Estero, Formosa, entre otras, por lo cual tomaremos solo a modo de ejemplo y para comparar el régimen que tenemos a nivel nacional, con el que está desarrollándose en esas provincias, a la más reciente de esas reformas que se ha llevado a cabo en la Provincia de San Luis en el año 2014.

Allí se ha regulado la llamada tutela anticipada en el art. 237 bis<sup>27</sup> de ese ordenamiento provincial, sin advertirse que en el art. 230 se encuentra regulada la prohibición de innovar y en el art. 232 la cautelar genérica, toda vez que la estructura de ese ordenamiento adjetivo también sigue –en líneas generales- los lineamientos del Código Procesal Nacional.

De resultas de ello, se puede advertir que en esa norma se dispuso –siguiendo al viejo art. 273 del Código del Proceso de Brasil- bajo el rótulo de “tutela anticipada”, al igual que en los otros ordenamientos provinciales citados a modo de ejemplo, un híbrido que navega entre una medida cautelar, y un pretendido proceso que no llega a ser tal, porque en definitiva la decisión del juez siempre va a tener carácter provisional, se debe otorgar una contracautela, y la norma misma señala que el proceso continuará hasta su finalización, quedando siempre latente el principio *rebus sic stantibus*, esto es que se mantendrá la medida en tanto se mantengan las condiciones que dieron origen a su dictado.

De la comparación de la vía que naturalmente ha observado la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que no es otra que la prevista en el art. 230 del Código Procesal Nacional, y la norma antes transcrita, se pueden advertir sin mayor esfuerzo los recaudos que hacen a la procedencia de uno y otro sistema en el cuadro siguiente:

---

<sup>27</sup> Dispone esa norma que: El juez o tribunal podrá anticipar, luego de la traba de la litis, a requerimiento de parte, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la demanda o reconvención si: 1) Existe verosimilitud del derecho en un grado mayor que en las medidas cautelares ordinarias; 2) Se advierta en el caso una urgencia impostergable tal que si la medida anticipatoria no se adoptare en ese momento, la suerte de los derechos se frustraría; 3) Se efectivice contracautela suficiente; 4) La anticipación no produzca efectos irreparables en la sentencia definitiva.

La decisión no configurará prejuzgamiento. Solicitada la tutela el juez o tribunal designará audiencia con carácter urgente, a la que serán citadas las partes interesadas. Concluida la misma y sin otra sustanciación, resolverá.

El juicio seguirá hasta su finalización. Al tiempo de la sentencia o dentro de la secuela del proceso, si cambiaren las condiciones, la tutela anticipatoria podrá modificarse o quedar sin efecto”.

PROHIBICIÓN DE INNOVAR

(art. 230)

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

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

REQUISITOS TUTELA ANTICIPADA

(art. 237)

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

Como se puede advertir del cuadro precedente, los recaudos que hacen a la procedencia de una tutela anticipada, como la que se ha regulado, resultan excesivos comparados con los que contempla el art. 230 del Código Procesal Nacional (que es el mismo que contempla el propio código de San Luis).

Y en líneas generales se siguen esas mismas pautas en las restantes provincias que se han mencionado anteriormente solo a modo de ejemplo, todas tomando como fuente inspiradora el viejo art. 273 del Código del Proceso de Brasil.

Más allá que existen algunos agravantes en algunas de ellas, como por ejemplo, el código procesal sanjuanino, que señala que la audiencia que el juez fije deberá ser notificada por cédula a las partes, o que requiere el análisis de la conducta observada por la parte demandada, en el sentido de que se debe analizar si resulta abusiva o dilatoria, siguiendo más escrupulosamente los lineamientos del viejo art. 273 del Código del Proceso de Brasil, lo cierto es que se puede apreciar claramente la finalidad reglamentarista que señalábamos anteriormente, al describir esta línea como procedimentalista por el formalismo que evidencia.

Obsérvese que en todos los casos la llamada tutela anticipada, se pretende regular como si se tratara de un instituto independiente, como se lo hizo en Brasil, en el viejo código y en el actual, pero en ambos se distingue la particularidad que la decisión que se adopte siempre tiene carácter provisional, con lo cual se puede advertir sin mayor esfuerzo, que las distinciones que pretende hacer la doctrina brasileña cuando aluden a que la tutela cautelar sirve para resguardar o asegurar, mientras que la tutela anticipada sirve para satisfacer, cae en saco roto, no solo porque se violan los principios lógicos tradicionales, ya que no se modifica la esencia cautelar en la estructura creada, sino porque además el resguardo a los derechos sigue teniendo el mismo alcance, toda vez que la decisión que se adopte no podrá acceder a la estabilidad de una resolución que pase en autoridad de cosa juzgada y permita así sostener la existencia de un verdadero proceso.

Estos extremos son reiterados en los códigos provinciales que pretenden reglamentar minuciosamente la medida, los cuales sin mayor esfuerzo se advierte que coadyuvan más a su rechazo que a facilitar su concesión, pues de la comparación de la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora necesarios de acreditar en los términos del art. 230, se infiere claramente que la regulación que se persigue con la medida en cuestión, no permitiría el desarrollo ni del caso Camacho Acosta<sup>28</sup>, ni menos aún del caso Pardo<sup>29</sup>.

Ambos son supuestos resonantes resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y la respuesta sencilla es no solo porque procedimentalmente hubiera sido más tortuosa su obtención, por el trámite que se le imprime a la medida, en forma inexplicable a la luz de su carácter provisional, sino porque además no podría superarse el valladar del carácter irreversible que no podría revestir la medida para la sentencia de mérito.

Este aspecto, además de los procedimentales que surgen del cuadro que antecede, consideramos que eximen de mayores consideraciones para advertir las bondades de uno y otro sistema, que a la luz del análisis que seguidamente efectuaremos, se apreciará como ese tipo de regulaciones raya la inconstitucionalidad.

## 5.- COMPARACION DE SISTEMAS

De la comparación de ambos sistemas se advierte que mientras el art. 237 del código de San Luis requiere la previa apertura de la bilateralidad para el dictado de una medida que importe una tutela anticipada, pues señala que previamente debe estar trabada la litis<sup>30</sup>, además requiere una verosimilitud del derecho 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.

Mientras que la cautela prevista en el art. 230 no requiere nada de ello, pues puede ser dictada *inaudita pars* y además solo exige verosimilitud del derecho, como lo requiere cualquier cautelar.

Señala además la norma provincial tomada a modo de ejemplo, que se advierta en el caso una urgencia impostergable, tal que si la medida anticipatoria no se adoptara se frustraría la suerte de los derechos en juego.

Esta es una variable que se ha encontrado a la concepción que tienen otros códigos provinciales que aluden como otro requisito la existencia de un agravio irreparable, y tampoco ello constituye un estándar que se lo debe adoptar con ese carácter extremo, toda vez que el *periculum in mora*, permite un arco de posibilidades que van desde un gravamen de importancia a la luz del caso concreto, hasta aquél que puede resultar irreparable, brindando en ese desarrollo de alternativas, diversos matices que pueden o no merecer el resguardo que se persigue, evitando así el razonamiento limitado –por binario- que ofrece la irreparabilidad.

---

<sup>28</sup> Fallos 320:1633

<sup>29</sup> Fallos 334:1691

<sup>30</sup> Es indiscutible que la intervención del sujeto pasivo de la medida cautelar demanda una considerable inversión de tiempo, que cuando existe una situación de peligro debe ser evitada para proteger a quien justifique que su derecho, en el supuesto de no ser tutelado, puede sufrir una seria afectación (Oteiza, Eduardo; “El cercenamiento de la garantía a la protección cautelar en los procesos contra el Estado por la ley 26.854”; Suplemento Especial Revista La Ley, mayo 2013, p. 98).

Un ejemplo elocuente, ha sido mencionado anteriormente con lo resuelto con el caso Clarín por parte del más Alto Tribunal, quien a su vez mantuvo una línea ya tradicional en ese aspecto, toda vez que el agravio si bien se requiere que tenga envergadura suficiente para la concesión de ese tipo de tutela, ello no significa que deba tener la categoría de irreparable.

La doctrina de la Corte Nacional en este sentido, señala que: “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>31</sup>.

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

Tampoco parece apropiada la frustración de los derechos tenidos en miras dentro de este esquema diseñado por el legislador provincial, pues esos derechos, a la luz de la concepción que nos ocupa, serían los que están contemplados en la demanda o eventualmente reconvenición.

Cuando en verdad conforme lo prevé la última parte de la norma analizada, si el proceso continúa su curso, aún luego de concedida una tutela anticipatoria, lo que estaría en juego sería, si se contempla la vigencia del principio *rebus sic stantibus*, es que la sentencia resulte eficaz porque sea útil y se pueda efectivizar.

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

---

<sup>31</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).

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>32</sup>.

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**.

En ninguna de las provincias que siguen los lineamientos del viejo art. 273 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, se hubiera podido acceder a la tutela anticipada que se generó en los casos Camacho Acosta o Pardo antes referidos, toda vez que los efectos de esas medidas proyectados hacia la sentencia definitiva hubieran tenido carácter irreversible, ergo, hubiera obturado la actuación jurisdiccional, quien así se habría visto restringida a conceder ese tipo de cautela.

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.

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 los códigos provinciales, que la medida no tenga carácter irreversible para la sentencia.

No empece 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

---

<sup>32</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, fasc. 7, p. 122.

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>33</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>34</sup>, que prácticamente hace estéril la existencia del derecho procesal.

Esa doctrina de la Corte Suprema, 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 acredite que irroga en gastos médicos y de atención no siempre cubiertos por su obra social”<sup>35</sup>.

El espíritu procedimentalista que mencionamos como característico de los desarrollos señalados, se advierte en la parte final de la normativa provincial analizada, pues se indica concretamente que para la concesión de la medida el juez debe llamar a una audiencia, para la cual desde luego debe citar a las partes, y luego adoptar la decisión que corresponda.

Es evidente que ese exceso reglamentarista deja al desnudo la inconveniencia de un sistema como el descrito, pues a ello se opone uno mucho más sencillo y simple como el que contempla el art. 230 que hemos puesto en correlación comparativa con los que aquí abordamos.

Obsérvese que ese sistema indica que el proceso seguirá hasta su finalización, y que si cambiaran las condiciones que dieron origen al dictado de esa medida anticipatoria, se la podría modificar o aún dejar sin efecto (*principio rebus sic stantibus*).

Para aventar cualquier tipo de dudas, además se señala en ese procedimiento que contempla la última parte de la norma analizada, que el juez que hiciera lugar a una medida anticipatoria, en ningún caso incurrirá en prejuzgamiento.

No solo no existe prejuzgamiento cuando el juez conceda una cautelar, sino que además por vía de hipótesis si 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 e 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 el sub lite en razón de que el recurrente pretendía reparar –

---

<sup>33</sup> Desarrolle estos aspectos en el capítulo I de Sistemas Cautelares Atípicos, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2009.

<sup>34</sup> Oteiza, Eduardo; Op. Cit.; Las cautelares con alcance..., p. 126

<sup>35</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”.

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>36</sup>.

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.

## **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.

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

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

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 por la interpretación que ha hecho la Corte Suprema de Justicia de la Nación en esta materia.

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>37</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>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Fallos 320:1633

<sup>37</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>38</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.

La realidad de varias provincias indica que se legisla de espaldas a esos Tratados internacionales que son derecho positivo en el país, retrotrayendo la ductilidad de derechos prestacionales brindados por el Estado a favor del justiciable a través de sistemas ágiles que proporcionan una protección o resguardo inmediato, por otros –como los que fueron referidos- que contradictoriamente generan mayores obstáculos para aquellos derechos que se pretenden resguardar.

Un ejemplo elocuente de ello se registra en el Código Procesal correntino que contempla en su art. 230 la prohibición de innovar con idéntica redacción a la del Código Procesal Nacional, y seguidamente en el art. 232 bis pretende regular la “medida innovativa”, como si se tratara de otra medida diversa.

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

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>39</sup>.

Es evidente que si estamos al enfrentamiento de sistemas que surge del cuadro comparativo antes expuesto, y ello a su vez lo correlacionamos con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no solo se advierte que la legislación provincial resulta anticonvencional, sino que además una normativa como la brasileña, también lo sería, pues ambas rayan la inconstitucionalidad 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 –a fuer de ser iterativo- hoy son derecho positivo en el país, prohíben lisa y llanamente por los efectos que provocarían.

---

<sup>39</sup> Llera, Carlos E.; Op. Cit.,

## 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 en nuestro país.

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

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

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

Si bien se pueden mejorar los sistemas que actualmente consagra nuestro ordenamiento adjetivo, es posible no solo la simplificación de los sistemas cautelares, sino además la diagramación de un nuevo proceso de conocimiento –sobre todo teniendo en cuenta la actuación que desplegó la Corte Suprema en el caso Mendoza- haciéndolo más ágil y sencillo, aunque todo ello no podrá ser implementado en tanto y en cuanto no existan los estudios previos de campo para la concreta aplicación de cualquier nuevo sistema<sup>40</sup>.

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>41</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

---

<sup>40</sup> Lo contrario implicaría asumir un nuevo fracaso, solo sirva como ejemplo las previsiones de la ley 25.488 a través de la incorporación de grabadoras para las audiencias, que persiguió implementar la oralidad, lo que nunca fue concretado, con lo cual quedó como una simple aspiración, por no haberse previsto contar con los insumos necesarios a esos fines.

<sup>41</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..

especie de condena anticipada<sup>42</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>43</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>44</sup>.

La Corte Suprema ha señalado que el carácter programático u operativo de los tratados internacionales depende de si su ejercicio se ha supeditado o no a la adopción, en el caso concreto, de medidas legislativas por parte del orden jurídico interno del país contratante. Consecuentemente sostuvo que del texto del art. 8 inc. 1ro. de la Convención Americana se desprende que no requiere de una reglamentación interna ulterior para ser aplicada a las controversias judiciales<sup>45</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>46</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>47</sup>.

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

---

<sup>42</sup> Calamandrei, Ob. cit., p. 87.

<sup>43</sup> El amparo es un proceso utilizable, en las delicadas y extremas situaciones en las que, por carecer de otras vías aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, por esa razón su apertura exige circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, frente a las cuales los procedimientos ordinarios resultan ineficaces, es decir, que debe estar probado un daño concreto y grave, solo eventualmente reparable por esta vía urgente y expeditiva (Fallos 316:3209; 317:655; 320:1617; 321:1252; 323:2097; 325:396, entre muchos otros).

<sup>44</sup> Todos los individuos tienen derechos fundamentales con un contenido mínimo para que puedan desplegar plenamente su valor eminente como agentes morales autónomos, que constituyen la base de la dignidad humana, y que la Corte debe proteger (Fallos 329:4741).

<sup>45</sup> Fallos 323:809

<sup>46</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>47</sup> Falos 241:291

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 provincial en los ejemplos citados, pues ello contraviene la letra de los Tratados Internacionales<sup>48</sup>.

Esto hace que corresponda reforzar el mantenimiento del criterio desarrollado por la Corte en materia de tutela anticipada, siguiendo los jueces su razonamiento para decidir en esa materia, más allá de la abstención que debería observar el legislador para su pretendida regulación, ya que por vías como las expuestas se 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>49</sup>.

Esa figura comparativa formulada al comienzo, tomada de la física, acerca a una caracterización que permite conciliar posiciones sobre aquello que se identifica como tutela anticipada. Volviendo al simple parangón del haz de luz y su color blanco, también permite destacar que la lluvia no causa ningún asombro por estar dentro de los fenómenos corrientes y habituales de la naturaleza. Sin embargo, cuando se dan circunstancias de carácter excepcional, esa misma lluvia, apreciada ahora con una apertura especial a la luz de ciertas condiciones temporales, puede generar el arco iris, que si tiene carácter excepcional.

**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>50</sup>.**

---

<sup>48</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).

<sup>49</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>50</sup> Bourdieu, Pierre; Homo Academicus, Ed. Siglo Veintiuno Editores, 2001, p. 52.