

Comisión 4 - A siete años del Código Civil y Comercial de la Nación
PONENCIA GENERAL

A siete años del Código Civil y Comercial de la Nación

Por FEDERICO D. SEDLACEK

1. Introducción

Una de las premisas reglamentarias a la hora de realizar una ponencia general, es tomar en consideración las conclusiones adoptadas en otros Congresos Nacionales, que sean pertinentes y relevantes para el desarrollo de los temas analizados¹.

Ya en el año 2017, en el XXIX Congreso Nacional realizado en la provincia de Santiago del Estero, la Comisión 1 trató la temática “Incidencia del Código Civil y Comercial en los códigos procesales civiles y comerciales de la República”, por lo que una primera tarea que tendremos es analizar las conclusiones a las cuales allí se arribara, para poder tener en cuenta cuál es el estado actual de situación de la temática en cuestión.

Luego, focalizando en los subtemas propuestos en esta Comisión 4², tomaremos algunas cuestiones puntuales que nos servirán de muestra para seguir analizando, interpretando y entendiendo las influencias y consecuencias que ha tenido hasta aquí la sanción e implementación del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN).

Para ello, primero deberemos repasar algunas cuestiones previas y esenciales vinculadas al proceso de constitucionalización del Derecho Privado, como así también -especialmente- a la interrelación y conexidad entre el derecho de fondo y el derecho procesal. Ello nos permitirá ir entrando luego en el núcleo de nuestro trabajo, a partir de considerar dos cuestiones, que adelantamos desde ya, nos parecen trascendentales en el análisis de la temática que nos convoca. Por un lado, el efecto directo e inmediato que el CCCN ha tenido en el proceso de reformas procesales en todo el país. No

¹ Art. 5 del Reglamento General del “XXXI CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL”, aprobado por la Asociación Argentina de Derecho Procesal (AADP).

² Me refiero a: 1) Impacto del CCCN en las instituciones procesales; 2) Procesos de familia: principios e instituciones especiales, los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho en el proceso, etc; 3) La tutela preventiva; y 4) El régimen arbitral.

entraremos de lleno en este punto, y derivaremos a otro trabajo de mi autoría, pero nos servirá para plantear a fondo el segundo tema en cuestión. Este es, el, vinculado con el análisis de la tutela preventiva y los sistemas cautelares. Veremos que existe un crecimiento exponencial del fenómeno cautelar y la tutela urgente, pero evidenciándose un cierto caos no sólo en la terminología, sino también en la forma de regular los diferentes institutos y sus presupuestos, cuestión que comenzó a evidenciarse en estos últimos años desde la sanción del CCCN, precisamente por el fenómeno reformista que indicamos, en busca de adaptar las normas procesales a las premisas indicadas por ese cuerpo normativo.

Finalmente, y luego de ese recorrido, estaremos en condiciones de sacar algunas conclusiones, siempre provisorias y preliminares, que servirán como ejes de discusión e intercambio, para el trabajo a realizar en el propio Congreso.

Antes de seguir, debo aclarar que no estoy tomando en cuenta en esta propuesta cuestiones relacionadas al Derecho de Familia, en virtud de que ello será tratado específicamente por la otra ponencia general a cargo de la Dra. Ana Clara Pauletti.

2. Conclusiones del XXIX Congreso Nacional con relación a la temática “Incidencia del Código Civil y Comercial en los códigos procesales civiles y comerciales de la República”. Cuestiones para repasar y considerar actualmente.

A tan sólo dos años de la puesta en vigencia del CCCN, en el año 2017 se concluía en el anterior Congreso Nacional que, para la efectiva realización del paradigma de tratamiento de los conflictos que establece el CCCN, se requería la *adecuación del sistema de justicia y del dictado de normas procesales* acordes a las nuevas garantías, con depurada técnica legislativa que garantice su operatividad. Relacionado con ello, se recomendó la adopción en materia civil, comercial, laboral y de familia, de un sistema de oralidad dentro de la estructura de un proceso por audiencias con intermediación, gestión de las audiencias por el juez y registro audiovisual de las audiencias de prueba. En esa misma línea, se especificó la necesidad de incorporar nuevos institutos y técnicas destinadas a garantizar la tutela

efectiva de los derechos, ya vigentes en algunas legislaciones provinciales, nombrando entre otros supuestos, a la *tutela anticipada*³.

Por otra parte, se concluyó que, para la elaboración de las leyes provinciales, debía tenerse en cuenta la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según la cual el Congreso Nacional tiene competencia y facultades constitucionales para sancionar normas procesales, siempre que sean necesarias para *garantizar la efectividad de las normas materiales*.

A cinco años de aquel Congreso, podría decirse que las recomendaciones efectuadas han tenido avances concretos en algunas temáticas, como veremos más adelante en cuanto a los procesos de reformas con marcadas tendencias estructuradas en el sistema oral y procesos por audiencias, la gestión del proceso, la regulación especial para las pequeñas causas, de menor cuantía o justicia de proximidad, y la aplicación de nuevas tecnologías, las *legal tech* y la inteligencia artificial⁴.

En otras temáticas, sin embargo, no sólo no hubo avances, sino que en algunos casos los proyectos y reformas procesales no han sabido captar el enfoque del CCCN, regulando de manera inconveniente ciertos institutos, y no sabiendo poner claridad en aquellas arenas complejas, como por ejemplo en la tutela preventiva y cautelar.

Más allá de ese diagnóstico, sobre el cual luego volveremos, ¿en qué situación encontramos al Derecho Procesal, al proceso judicial y al sistema de administración de justicia en general en nuestro país, desde que se sancionara y se pusiera en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación? Y digo que es “nuevo”, porque si al anterior lo estuvimos usando durante casi 150 años, haciendo una metáfora con las personas, bien puede decirse que el CCCN podría ser considerado un bebé que recién está dando sus primeros pasos.

³ QUIROZ FERNÁNDEZ, Juan Carlos, *Congresos Nacionales de Derecho Procesal – Conclusiones, I al XXIX Congreso Nacional 1939-2017*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, p. 449.

⁴ SEDLACEK, Federico D., “Tendencias en las reformas procesales a partir del Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Avances procesales a 7 años del Código Civil y Comercial de la Nación*, en *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni, *en prensa*.

2.1. Algunas cuestiones técnicas concretas

Tratando de dar respuesta a la pregunta efectuada en el párrafo anterior, podríamos intentar primero analizar la influencia que ha tenido el CCCN en materia procesal relacionada a cuestiones técnicas concretas, encontrándonos con algunos casos que resultan de interés en el día a día del proceso judicial, como por ejemplo lo atinente a las cuestiones suscitadas en torno a la *legitimación sustancial* de las partes, en virtud de los nuevas pautas sobre *capacidad* de ejercicio⁵, o las cuestiones referidas a la *representación* y *mandato* de las/os abogadas/os⁶, o también los múltiples y diferentes criterios y *reglas de competencia* prescriptas en muchas partes del CCCN, y cómo eso ha influido y cambiado algunos criterios procesales sobre pautas de atribución de competencia⁷.

Asimismo, también en materia de *prueba*, entiendo que el CCCN ha tenido una gran influencia en temas estructurales, como la valoración, la carga de la prueba, o los casos contemplados en los cuales el tribunal tiene poderes de oficio para el ofrecimiento y producción.

Desde un punto de vista genérico, sin atender específicamente a los diferentes medios de prueba, cabe decir que el nuevo ordenamiento brinda pautas que tienen que ver con la *valoración de los medios*, o bien con los recaudos que se deben observar para su *validez*, o pautas interpretativas para

⁵ Ver para ampliar: BERIZONCE, Roberto O., “Incidencia del Código Civil y Comercial de la Nación en los presupuestos procesales”, en *Capacidad, representación y legitimación, Revista de Derecho Procesal, 2016-1*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 19.

⁶ Existe numerosa jurisprudencia sobre el alcance y funcionamiento del acta poder o mandato por instrumento privado para la representación en juicio (Ver al respecto BIELLI, Gastón y NIZZO, Andrés, “La acreditación de la representación en juicio bajo el Código Civil y Comercial. Estado actual de la jurisprudencia en la provincia de Buenos Aires. Análisis y perspectivas”, 04/08/2017, en la paginas web Pensamiento Civil, disponible en <https://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/3112-acreditacion-representacion-juicio-bajo-codigo-civil-y-comercial> (visto el 03/03/2022).

⁷ No obstante la amplitud de la intervención del legislador de fondo en la determinación de las reglas de competencia, no cabe poner en tela de juicio su constitucionalidad. No sólo por la inveterada doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que invariablemente ha validado las disposiciones reglamentarias dictadas por el Congreso cuando se consideren necesarias para asegurar la efectiva virtualidad de las normas sustantivas (Fallos: 138:157; 271:35; 214:523; entre muchos otros), sino, además y de modo corroborante, por la operatividad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 114, tercer párrafo, apartado 6 *in fine*, CN reformada; arts. 8º, 25 y conc., Pacto de San José de Costa Rica); BERIZONCE, Roberto O., “Incidencia...”, ob. cit., p. 22.

su producción⁸. Con relación a la carga de la prueba, sin lugar a dudas la incorporación expresa de la teoría de las cargas dinámicas, en los artículos 710 y 1735 del CCCN, ha dado formalmente carta de ciudadanía a dicha teoría, permitiendo su aplicación y consolidación jurisprudencial, por lo menos en las materias específicas respectivas para los cuales se ha regulado (familia y responsabilidad civil)⁹.

Esa proliferación del uso y aplicación de la teoría de las cargas dinámicas ha permitido, a su vez, un estudio y rediscusión en la doctrina y en la propia jurisprudencia, que trata de evitar un uso abusivo, arbitrario o incorrecto del instituto. Me refiero a la discusión que se ha dado, no en torno

⁸ ROJAS, Jorge A., y MORENO, Romina S., "Principios o límites en materia probatoria en el CCCN", en *La prueba en el Código Civil y Comercial de la Nación, Revista de Derecho Procesal – 2016-2*, Santa Fe, 2016, p. 80.

⁹ A simple modo de muestra cito dos fallos que evidencian lo manifestado, comprobable mediante cualquier consulta que sea haga en cualquier buscador de jurisprudencia, con relación a otros tribunales civiles y comerciales del país:

a) "Debe destacarse que la teoría de la carga dinámica de las pruebas ha sido expresamente acogida para los procesos de daños en el Código Civil y Comercial en el artículo 1735, donde se dispone la facultad del juez de distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Llevando estas ideas al caso que nos ocupa, no hay duda alguna que quien se encontraba en mejores condiciones de acreditar la inexistencia de póliza de seguro a nombre de los demandados era la aseguradora, quien incluso al contestar la demanda hizo referencia a sus constancias contables. Por otra parte, no debe soslayarse que la carga de la prueba como toda carga procesal constituye un imperativo del propio interés, concepto que en esta oportunidad confluye con el deber de colaboración procesal que recaía sobre la apelante y la teoría de los actos propios. En esta inteligencia, no puede la representante de la citada en garantía escudarse en las reglas probatorias clásicas para justificar su falta de diligencia en no producir el elemento probatorio ofrecido oportunamente. Conforme a lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de apelación incoado y confirmar la resolución impugnada en cuanto resuelve rechazar la excepción de falta de legitimación pasiva incoada por la aseguradora y hacerle extensiva la condena en los términos del art. 118, Ley 17148" Ibañez, Liliana Lidia y otro vs. Ferreyra, Eliana Ayelén y otro s. Daños y perjuicios /// CCC 6ª, Córdoba, Córdoba; 02/11/2020; Rubinzal Online; RC J 349/21.

b) "La historia clínica es un elemento de suma importancia y su ausencia o sus deficiencias no hace más que traducirse en una presunción en contra de la profesional, dado que en estos procesos debe exigírsele a los profesionales una amplia colaboración en la dilucidación de los hechos. Es aquí donde cobra fuerza la teoría de las cargas probatorias dinámicas; puesto que la prueba es un quehacer común que pesa por igual sobre ambas partes, las reticencias, las reservas y la obstrucción en la búsqueda de la verdad son inadmisibles. En este sentido, si bien el Código Civil y Comercial no resulta aplicable al supuesto, se considera que el principio contenido en el artículo 1735 resulta una pauta interpretativa que debe ser considerada, siendo que en ella se faculta al juez a distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Luego, siendo que las constancias con las que se cuenta no demuestran que la profesional demandada haya ordenado los estudios complementarios señalados por el perito cuando se produjo la primera señal de alarma, ni los programó en los siguientes controles postquirúrgicos, la presunción en su contra se torna operativa" (P., A. S. vs. B., M. J. s. Daños y perjuicios /// CNCiv. Sala A; 23/03/2021; Rubinzal Online; RC J 3076/21).

a la superada discusión que sobre el tema existiera entre el activismo y el garantismo procesal, sino ya con la interpretación, alcance y consecuencias que debe efectuarse a la teoría de las cargas dinámicas, bajo una adecuada aplicación y justa medida del principio de colaboración procesal, del cual hay que diferenciarlo. Adentrarnos en esa temática excedería nuestras posibilidades en este trabajo, por razones de tiempo y espacio, pero es un claro ejemplo de cómo el CCCN, al legislar un instituto procesal, lo ha puesto en el centro de la escena jurídica de los operadores del derecho, y como objeto necesario de un análisis mucho más profundo por la doctrina y la jurisprudencia¹⁰.

Desde otra óptica, si atendemos a algunas cuestiones particulares con relación a la realización de actos jurídicos y procesales, sin lugar a dudas en estos años se vienen observando cuestiones novedosas relacionadas a la implementación y utilización de nuevas tecnologías. Sin embargo, no puedo dejar de advertir que, muchos de esos cambios que hacen al proceso electrónico, se dieron aceleradamente y en gran medida gracias a la pandemia por *COVID-19* sufrida en los últimos años, que obligó a los sistemas de administración de justicia de todo el país, a buscar la forma de continuar prestando un servicio adecuado por sistemas remotos, digitales y electrónicos. Porque a fuerza de ser sinceros, por ejemplo, muchos operadores, instituciones y el propio Estado “descubrió” que desde el año 2001 teníamos una ley que había regulado el uso y utilización de la firma digital y electrónica en Argentina. A pesar de ello, no puede dejar de soslayarse el protagonismo que viene teniendo el proceso electrónico y la prueba electrónica hoy en día.

2.2. Hacia cuestiones más generales

¹⁰ Al respecto, consultar: GIANNINI, Leandro J., “Principio de colaboración y carga dinámica de la prueba (una distinción necesaria)”, en *La Ley* 2010-F-1136; GIANNINI, Leandro J., “Principio de colaboración y “carga dinámica de la prueba” en el Código Civil y Comercial”, en *La Ley Año LXXX N° 217*, 15/11/2016; GIANNINI, Leandro J., “Alcances de la recepción de la doctrina de la carga dinámica de la prueba en el Código Civil y Comercial”, ponencia presentada en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2017) (disponible en <http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/08/Giannini-Leandro-J.-II.pdf>, visto el 23/4/2022); NIEVA FENOLL, Jordi, FERRER BELTRÁN, Jordi y GIANNINI, Leandro J., *Contra la carga de la prueba*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2019; MITIDIERO, Daniel, “La carga de la prueba y sus enemigos”, en *El proceso eficaz II – Revista de Derecho Procesal – 2021-2*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2021, p. 525.

Sacando dichas temáticas, ¿en qué influyó o que efecto tuvo realmente el CCCN en el Derecho Procesal durante estos siete años? ¿Qué hechos ocurrieron en materia procesal en nuestro país estos años, que pudiesen ser atribuidos -aunque sea en parte-, al CCCN?

Entiendo que vamos camino a un cambio mucho más profundo que algo meramente normativo o de criterio técnico en la regulación de las instituciones procesales, que involucra un cambio de tipo cultural, o si se prefiere, de índole estructural.

Y tomaré dos puntos referenciales para ello, que me servirán para demostrarlo. El primero es el fenómeno reformista de los diferentes códigos procesales, tanto a nivel federal como de las diferentes provincias, intentando precisamente dotar al sistema de administración de justicia de un proceso judicial acorde con un objetivo bien específico: tutela judicial efectiva. Ello a su vez, bajo ciertas premisas que resultan esenciales: modelo procesal colaborativo, amplia discrecionalidad judicial y principio dispositivo atenuado por reglas de oficio, adaptabilidad y flexibilidad de las formas en procura del tipo de tutela deseada, y adecuación del proceso a la materia de fondo o tipo de derechos sustanciales en juego (en especial cuando estamos frente a sujetos vulnerables).

El segundo fenómeno es el protagonismo adquirido por la tutela cautelar en el sistema de administración de justicia, y que tiene su propio embrión en la propia normativa del CCCN, que a lo largo del todo el articulado, va regulando -en general- situaciones de tutela cautelar y material y -en especial- en la prescripción de la tutela preventiva a partir del artículo 1710.

Sobre el primer fenómeno voy a referenciar tan sólo algunas pautas, porque ya me he dedicado a él en otra oportunidad¹¹, y la extensión de la presente ponencia me impediría volver a analizarlo. Pero el mismo está relacionado de alguna manera, como anticipamos en la introducción, con el otro fenómeno, el cautelar, para tratar de entender el efecto e influencia que ha tenido el CCCN en los sistemas cautelares, con sus beneficios, pero también con sus posibles riesgos.

¹¹ SEDLACEK, Federico D., "Tendencias en las reformas procesales...", ob. cit.

El desarrollo dedicado al fenómeno cautelar puede ocupar entonces un lugar desproporcionado con relación a otros que advertimos como fundantes de un cambio cultural, a partir de la sanción y vigencia del CCCN, orientados a una reestructuración del derecho procesal que busca una tutela de los derechos que sea *eficaz*. Ello puede dar la impresión errónea que la presente ponencia trata en realidad sobre el fenómeno cautelar bajo un rótulo pretenciosamente inadecuado. Pero no es así, ya que la intención es presentar, con el análisis del fenómeno cautelar, un claro ejemplo de cuánto ha influido el CCCN en la reestructuración y cambio de paradigma que se está produciendo del Derecho Procesal en nuestro país.

Y me tomo el atrevimiento de invocar al entrañable Genaro Carrió, frente al concebible cargo de que el análisis de dicha cuestión usurpe un lugar demasiado grande en una ponencia general, que termina siendo demasiado breve dada la temática, pudiendo ofrecer al respecto dos excusas¹². Primero, que lo cautelar es un concepto estructural en el Derecho Procesal, desde sus orígenes y definición, que además tuvo -vuelvo a repetir- una propia regulación y contemplación en la normativa del CCCN, lo que permite un análisis concreto más accesible e interesante. La segunda excusa es que soy abogado.

3. Derecho sustancial y derecho procesal: necesidad de un diálogo y un grado correcto de independencia.

Cuando Owen Fiss analiza el rol del Poder Judicial durante los períodos de transición de dictaduras a democracias en América Latina, uno de los puntos principales que estudia es el rol e independencia que los tribunales debían tener en los nuevos regímenes democráticos, y llega a una conclusión que podría sorprender sin una explicación adecuada: “*demasiada independencia podía acarrear una amenaza a los Derechos Humanos*”¹³.

El distinguido profesor de Yale se refería allí a la independencia, entendida como aislamiento político, es decir, aislar al Poder Judicial de las

¹² CARRIÓ, Genaro Rubén, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, 2da. Ed. revisada, Astrea, Buenos Aires, 2020, p. XI.

¹³ FISS, Owen, *Los mandatos de la justicia. Ensayos sobre Derecho y derechos humanos*, Traducción de Roberto Saba, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 37.

instituciones controladas por el pueblo, pero advirtiendo que no es cierto que, en una democracia, cuando mayor sea dicho aislamiento es mejor. Por el contrario, lo que se necesita es un grado óptimo de aislamiento. Ello, partiendo de la idea de tomar a la democracia como una teoría de gobierno que requiere que el Estado refleje tanto preferencias (del electorado particularmente) como ciertos principios: el Estado democrático debe responder tanto a las demandas concurrentes del electorado como a ciertos *valores trascendentes*, tales como la *protección de los derechos humanos*, o los *principios que expresa la Constitución*. En el contexto de este esquema, entonces, el Poder Judicial aparece como un guardián privilegiado de esos *principios fundamentales* o *valores trascendentes*, entre otras razones y fundamentalmente porque está aislado de la política, goza de una independencia que permite tener una visión más amplia¹⁴.

En forma similar, cuando se analiza la autonomía (e independencia) que ha logrado el Derecho Procesal, con relación al derecho de fondo o sustancial, se llega a la conclusión que, más que una separación absoluta, debiera haber, en realidad, un grado adecuado de vinculación, dependencia e interconexión, para lograr -precisamente- que cada uno cumpla su finalidad¹⁵.

Ello provocó, como dice Peyrano, que los defensores de la tesis de la autonomía científica del Derecho Procesal exageraran en alguna medida, y así, inadvertidamente, se comenzó a generar un Derecho Procesal aséptico, insensible y ciego a una realidad palmaria: el Derecho Procesal civil es un Derecho instrumental cuya razón de ser estriba en procurar hacer realidad los derechos prometidos -sólo prometidos- por el Código Civil y Comercial de la

¹⁴ FISS, Owen, *Los mandatos...*, ob. cit., p. 45.

¹⁵ Es que, como expresa Monroy Gálvez: "*si se quisiera explicar, desde la perspectiva del proceso, la razón por la cual éste es insuficiente para soportar la exigencia de concretar la eficacia de los nuevos derechos, creemos que podría afirmarse lo siguiente: la necesidad de separar al proceso de los derechos materiales -en donde fue cobijado tradicionalmente como una expresión más de cada derecho- determinó que se construyera una disciplina (la procesal) totalmente autónoma, en el sentido de desarrollarse de manera independiente respecto de los derechos materiales a los cuales iba a servir de instrumento. Es decir, la urgencia de autonomía ha sido llevada al extremo, al punto tal que se ha construido un sistema procesal que se perfecciona a sí mismo sin que fuera trascendente establecer una relación entre sus rasgos y la naturaleza y fines de los derechos sustanciales respecto de los cuales sólo es un instrumento para lograr su eficacia*" (MONROY GÁLVEZ, Juan, "Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada", en *La formación del proceso civil peruano*, Palestra, Lima, 2004, p. 808).

Nación. Por lo que el montaje procesal escogido es crucial a la hora de proporcionar probabilidades de funcionamiento eficiente a un entramado de normas de fondo¹⁶.

Pérez Ragone es contundente: debemos apreciar que los derechos sustantivos tienen un componente inherentemente procesal. La construcción del derecho sustantivo implica suposiciones acerca de los procedimientos que mejor garantizarán el respeto, restablecimiento y realización del derecho sustantivo que, de no ser observados, podrían dar lugar a una distorsión del proyecto del mandato sustantivo. Entender que el procedimiento es sustantivo y que la sustancia es procedimental desvirtúa dos mitos: (i) que hay una dicotomía sustancia-procedimiento y (ii) que el procedimiento es un socio inferior contingente. Las normas procesales no pueden desconectarse de los diversos casos concretos, y así deben ser leídas a la luz del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Estas expresiones propias del derecho procesal no son sino una invitación a realzar lo sustantivo del procedimiento y al mismo tiempo lo procedimental de lo sustantivo. No son compartimientos o categorías dicotómicas sino interrelacionadas¹⁷.

Entonces a tan sólo siete años de la puesta en vigencia del CCCN, y aunque podría resultar apresurado ser categórico al respecto, ciertos acontecimientos que se han dado en nuestro país, indicarían que la procesalística argentina ha tomado nota de la necesidad de conectar nuevamente el Derecho Procesal con el derecho sustancial.

Es que, a mi criterio, ello ha sido primeramente e intencionalmente pensado y articulado por los redactores del CCCN. Los arquitectos del derecho sustantivo prevén consciente o inconscientemente un procedimiento asociado¹⁸. Como se dice en la jerga criolla, nos patearon el tablero, nos cambiaron el enfoque y función que hasta ese momento teníamos sobre la

¹⁶ PEYRANO, Jorge W., "Influencias del derecho de fondo sobre el régimen cautelar", en *Sistemas cautelares y procesos urgentes*, Revista de Derecho Procesal, 2009-2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 33/34.

¹⁷ PÉREZ RAGONE, Álvaro, "El impacto del diálogo entre derecho sustantivo y derecho procesal", *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 41, julio-diciembre de 2018, p. 258 y 276.

¹⁸ PÉREZ RAGONE, Álvaro, "El impacto...", ob. cit., p. 258. Al respecto también: SEDLACEK, Federico D., "Un modelo de proceso judicial a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación", *Libro de Ponencias Generales y Ponencias Seleccionadas, XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal*, 14, 15 y 16 de septiembre de 20117 – Santiago del Estero, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017.

codificación y regulación de los derechos de las personas, y nos llevaron a tratar de entender que el derecho sustancial y el derecho procesal tiene un punto en común inseparable, una finalidad compartida, que se da en la tutela efectiva de los derechos de las personas. El impacto recíproco entre las esferas procesal y sustantiva impone la necesidad de un diálogo entre ellas¹⁹.

Como explica Mitidiero, el cambio de un Estado “legislativo” a un Estado “constitucional” conllevó una triple alteración en lo que concierne a la comprensión del Derecho. Una de ellas, en lo que aquí nos interesa, se refiere a la técnica legislativa, cambiándose de una legislación casuística a una en la cual se combinan técnica casuística y técnica abierta²⁰.

Generalmente en el *civil law* se parte, “aunque cada vez menos” decía ya Taruffo en el año 2007, de la premisa según la cual *rights precede remedies*, es decir, que el juez decide situaciones que ya estaban consolidadas antes de ser llamado a ocuparse de ellas. En cambio, en los ordenamientos de *common law*, la premisa comúnmente aceptada es que *remedies precede rights*, y por tanto no hay nada extraño en que un derecho sólo llegue a existir en el momento en el que el juez así lo declare. En esta perspectiva, entonces, la función de la jurisdicción no es sólo declarar derechos después de que existan, sino también *crear derechos* que antes no existían y que vienen a ser tales, precisamente, a partir del pronunciamiento del juez que los reconoce²¹.

La reducción del número artículos del nuevo CCCN con relación a su predecesor resultó posible, a partir de dejar de declarar y contemplar normativamente cada una de las vicisitudes propias de las conductas y circunstancias que regula, para tratar de *tutelar* jurídicamente situaciones y relaciones de manera general. Esto reduce la normatividad específica de las particularidades que puedan darse en las relaciones tuteladas, para ampliar el espectro de la tutela sobre un marco más general de situaciones y relaciones jurídicas. Paradójicamente, una regulación más general y abarcadora, permite tutelar circunstancias más específicas, que de otro modo

¹⁹ PÉREZ RAGONE, Álvaro, “El impacto...”, ob. cit., p. 257.

²⁰ MITIDIERO, Daniel, “A tutela dos direitos como do processo civil no Estado Constitucional”, Revista de Processo, ano 39 – Vol. 229 – 2014, Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Revista Dos Tribunais, 2014, p. 52/53.

²¹ TARUFFO, Michele, *Páginas sobre justicia civil*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 27.

quedan fuera de contemplación. Es decir, se trata de que la norma de fondo, en vez de atar al juez o jueza a una posibilidad predeterminada por el legislador para la resolución del conflicto, le de mayores libertades para definir la solución que sea más “justa” y racionalmente fundada al caso en particular.

El CCCN se aparta del paradigma continental europeo típico, según el cual, para que los derechos de las personas puedan tener una respuesta jurisdiccional, necesitan sí o sí de una declaración, regulación y reconocimiento por intermedio de “derechos subjetivos” que los contemplen, es decir, de normas que (previamente) los definan. Los derechos no se definen, valga la redundancia, a partir de “derechos y obligaciones” (que derivan de “derechos subjetivos”), sino de “situaciones” y “relaciones jurídicas” que ameritan tutela.

En Argentina, se participaba claramente de la posición según la cual se consideraba que, si el actor no tiene un derecho personal reconocido por el derecho positivo, nunca podría –al menos en principio- llegar a tener éxito en el marco de un proceso judicial. Como expresa Verbic, algo impensado en los sistemas del *common law*, donde el *jus* (el *derecho*), se configura sólo como consecuencia del hecho que la situación invocada por el interesado resulte reconocida por el juez como merituable de tutela²².

La regulación amplia y abarcadora dispuesta por el CCCN, sumado a la amplitud de los poderes y discrecionalidad del juez, da un marco para un proceso judicial donde la función jurisdiccional del juez sea “creadora”²³, cambiando a un paradigma que focaliza más en las circunstancias fácticas y jurídicas del *conflicto* en sí mismo, que en un conjunto normativo exhaustivo necesario para poder solucionarlo.

El correlato de este cambio de paradigma en cuanto a la función y tutela de la nueva codificación, junto a la conexión y diálogo necesario entre el

²² VERBIC, Francisco, *Procesos colectivos*, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 25, donde cita a COMOGLIO – FERRI – CORRADO – TARUFFO, *Lezioni sul proceso civile*, t. I, p. 30 y 31.

²³ Esta postura, además, ha sido avalada y consolidada por la CSJN. Ya en 1957, en “Siri” (Fallos: 239:459), expresó que: “...Las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias”, y un poco más cerca en el tiempo, en “Halabi” (Fallos: 332:111, 2009), expresó que: “...donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido...”.

derecho sustancial y el procesal, deriva necesariamente en un esquema de proceso judicial más democrático, público y transparente.

El ideario contemporáneo del Estado democrático de Derecho se nutre de la concepción política de la democracia participativa. Se denota, entonces, por derivación si se quiere, la potencialidad institucional del Poder Judicial que una vez impelido –por el ejercicio de la acción o pretensión– se torna un espacio privilegiado del discurso democrático, un “motor de democracia” participativa. El proceso civil pasa a ser entendido entonces como un modelo normativo basado en la institucionalización de procedimientos democráticos, y aun un paradigma cooperativo de administración de justicia. La participación protagónica del juez junto con la que, con igual rango, se adjudica a las partes colocadas en posición de recíproca paridad, confluyen en un debate bajo reglas de transparencia, para desembocar en la justa decisión del conflicto. Con lo que la actividad del juez, y aun el activismo procesal creativo, vienen a contribuir no sólo a la legitimación democrática de aquellas decisiones, sino también a la del propio poder jurisdiccional²⁴.

El principio o máxima de cooperación o colaboración, originado en el Derecho alemán, supone entonces una nueva y superadora concepción del fenómeno procesal, que es considerado como un proceso de comunicación, formación de opinión y decisión, que por definición es abierto, argumentativo y flexible, en suma, cooperativo. Desde esa perspectiva, el proceso consiste entonces en un discurso racional en el que el diálogo debe ser efectivo, basado en narrativas con pretensión de veracidad, claras y completas, de modo que se posibilite que las partes, actuando siempre de buena fe, puedan ejercer su libertad (realicen elecciones, ejerzan opciones) de modo adecuado, por ejemplo, efectuando pedidos pertinentes y requiriendo la producción de pruebas conducentes y útiles. Es en ese contexto que se destacan los poderes del juez, que son de colaboración (“stricto sensu”) o auxilio, de esclarecimiento, de información y advertencia, de debate y de indicación. Bajo ese marco y con renovada visión del fenómeno procesal, se torna posible a

²⁴ BERIZONCE, Roberto O., “Publicismo y privatismo en el proceso: ¿hacia un nuevo equilibrio?”, en Los principios procesales, Revista de Derecho Procesal – 2020-1, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2020, p. 137/138.

las partes -por medio de un tipo de conducta frente al proceso- participar en la gestión procesal²⁵.

El proceso se torna entonces cooperativo. Como concluye el profesor Berizonce, se trata sin duda de un estadio más avanzado y perfeccionado en la concepción del proceso común, punto de arribo que pretende ser superador de antinomias tradicionales -privatismo, publicismo-. Una forma renovada en el intento, siempre latente, de articulación de los ámbitos de lo público y lo privado²⁶.

4. Tutela cautelar y preventiva a partir del CCCN: proliferación, protagonismo, y caos.

Sabido es ya que el CCCN ha implementado numerosas normas de textura cautelar y preventiva, haciéndolo en muchos casos con prescripciones normativas que le dejan un gran margen de discrecionalidad al órgano judicial para decidir la forma y la manera de proteger cautelar y/o preventivamente el o los derechos en juego²⁷.

La posibilidad expresa en el texto normativo del CCCN para lograr tutelas cautelares materiales, la propia regulación de la tutela y acción preventiva, como así también factores externos a los estrictamente jurídicos, como ser el descreimiento y desconfianza de los ciudadanos en la justicia y sus procedimientos “largos” y “ordinarios”, y la creciente necesidad de tutela urgente de derechos, tanto fundamentales como los DESCAs (Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales), como aquellos estrictamente patrimoniales (en un país azotado por las crisis económicas, inflación, etc.), han generado un protagonismo en la aplicación de la tutela cautelar y preventiva, y la consecuente necesidad de los operadores jurídicos de brindar,

²⁵ GREGER, Reinhard, “Cooperação como princípio procesual”, en RePro, N° 206, São Paulo, 2012, ps. 123, y ss.; KOCHEN, Ronaldo, “Introdução as raízes históricas do princípio da cooperação...”, en RePro, N° 251, São Paulo, 2016, ps. 75 y ss.; ABREU, Customização procesual compartilhada, cit., ps. 51 y ss. Citados en BERIZONCE, Roberto O., “Publicismo y privatismo...”, ob. cit., p. 139.

²⁶ BERIZONCE, Roberto O., “Publicismo y privatismo...”, ob. cit., p. 140.

²⁷ Ver al respecto, SEDLACEK, Federico D., “Las medidas cautelares y procesos urgentes en el proyecto de Código Civil y Comercial”, Microjuris - Cita: MJ-DOC-6190-AR | MJD6190; .., “Las medidas cautelares en el Código Civil y Comercial”, en *Las medidas cautelares en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Revista de Derecho Procesal – 2017-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017

a través de ellas, respuestas por parte del sistema de administración de justicia que sea rápidas y eficaces.

El caos en el cual se puede llegar a caer al tratar de pensar hoy en lo cautelar resulta palmario ya desde un punto de vista lingüístico y terminológico: medidas cautelares típicas, tutela anticipada, procesos urgentes, tutela preventiva, acción preventiva, despachos interinos de fondo, medida autosatisfactiva, tutela anticautelar, tutela o acción inhibitoria, cautelar autónoma, medidas cautelares atípicas, medida innovativa, tutela de evidencia.

Bajo esas circunstancias y crecimiento desmedido de la tutela cautelar, también los anteproyecto y proyectos de reforma, como así también las reformas efectivamente consolidadas, han tratado de dar una respuesta a ello, tratando de ordenar y regular los diferentes fenómenos en cuestión.

La pregunta que cabe hacerse es: ¿tenemos que intentar de acomodar el caos con regulación normativa para tratar de encasillar terminológica y normativamente cada fenómeno de tutela cautelar, preventiva o urgente, o por el contrario, mantener una regulación de esquema abierto en el cual sea el tribunal quien pueda decidir discrecionalmente?

Tomemos a la tutela anticipada como estudio de campo, a partir de considerar que tratamiento ha tenido en algunos proyectos de reforma y reformas propiamente dichas en nuestro país. Ello nos permitirá mostrar el cuadro de situación que estamos planteando.

Comenzando por el ámbito federal, en el proyecto de ley²⁸ elaborado bajo el ámbito del programa Justicia 2020, para un nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, la tutela anticipada fue regulada en el artículo 403²⁹, bajo el rótulo “tutela anticipada de urgencia”, en el ámbito de la

²⁸ El proyecto se encuentra, al momento de escribir esta ponencia, en trámite en el Senado. Fue enviado en el año 2019 por el Poder Ejecutivo Nacional con el Mensaje N° 178/19 y tramita con el Número de expediente 258/19 (fuente: página web oficial del Senado del Congreso Nacional). Si bien de acuerdo a la información que brinda la página web no tuvo mayores movimientos, no perdería estado parlamentario por lo prescripto por la Ley N° 13.640 y sus modificatorias (Art 2° - Exceptúanse de lo dispuesto en el artículo anterior, los proyectos de Códigos, tratados con las naciones extranjeras, los proyectos enviados por el Poder Ejecutivo sobre provisión de fondos para pagar los créditos contra la Nación y los reclamos de particulares con igual carácter”).

²⁹ ARTÍCULO 403.- Tutela anticipada de urgencia. Podrá otorgarse excepcionalmente la tutela anticipada de urgencia en un proceso ordinario por audiencias, a partir de la presentación de la demanda, cuando concurrieren los siguientes requisitos: a) urgencia en la obtención de la

regulación del proceso ordinario por audiencias. Luego, bajo la regulación de los procesos especiales, aparece también el “proceso urgente” (arts. 438 y 439), que opera sólo “a requerimiento fundado de parte y de manera excepcional”, para otorgar la “protección de una pretensión” cuando concurren los extremos que estipulan en la norma.

La regulación ha sido criticada, entre otras cuestiones, precisamente por las características limitantes y restrictivas que se exigen, tanto para sus requisitos y presupuestos propios (ej.: “*frustración del derecho y daño irreparable*”); por lo limitado de su objeto (“*sólo podrá versar sobre prestaciones dinerarias o reducibles a sumas de dinero y podrá consistir en el anticipo total o parcial de lo reclamado*”), y también por su trámite (“*Se sustanciará con la celebración de una audiencia que se fijará a la brevedad posible*”).

En tal sentido, Arazi ha expresado que “todo ello importa un retroceso respecto de la legislación vigente [haciendo referencia al art. 230 CPCCN] y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del conocido caso “Camacho Acosta”, aclarando, sin embargo, que ello no implica desconocer las buenas intenciones tenidas por el Proyecto, al proponer legislar correctamente y en forma amplia las medidas cautelares en otro aspectos: pueden decretarse aun de oficio, se prevé expresamente la medida innovativa, posibilidad de ordenar la medida con o sin traslado previo a la contraparte y fijar un plazo para su vigencia³⁰.

medida en tal grado que de no ser adoptada de inmediato causare al peticionante la frustración del derecho y un daño irreparable; b) ofrecimiento de prueba que brinde una elevada probabilidad con respecto a la existencia de los hechos, siempre que no requieran amplitud de debate o complejidad probatoria; c) otorgamiento de contracautela si la medida importare un desplazamiento de derechos patrimoniales. El pedido, sólo podrá versar sobre prestaciones dinerarias o reducibles a sumas de dinero y podrá consistir en el anticipo total o parcial de lo reclamado. Se sustanciará con la celebración de una audiencia que se fijará a la brevedad posible. Únicamente se podrá proponer prueba cuyo diligenciamiento oportuno resultare compatible con la urgencia del caso. Dictada resolución favorable, ella será apelable con efecto no suspensivo. La decisión será provisoria y podrá ser modificada por la sentencia que se emita en el principal, que seguirá su curso. Oportunamente, se computará como pago a cuenta lo percibido a título de anticipo parcial. La sustanciación de esta postulación se concretará sin alterar ni suspender la tramitación del principal, materializándose por pieza separada.

³⁰ ARAZI, Roland, “La medida innovativa como anticipo de tutela”, (Jurisprudencia anotada), en *Los principios procesales, Revista de Derecho Procesal – 2020 – 1*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2020, p. 453.

En la misma línea se enrola el profesor Rojas, advirtiendo que imponer a la tutela anticipada requisitos adicionales a los establecidos por el artículo 230 del CPCCN y los fijados por la CSJN en el precedente “Camacho Acosta”, puede significar en la práctica una *restricción* a la tutela de las situaciones y relaciones jurídicas que se pretenden proteger³¹. Similares críticas han recibido los códigos provinciales que han sido reformados o sancionados regulando la tutela anticipada de modo similar al Proyecto de Justicia 2020, y también los *proyectos* de reforma que siguen esa línea³².

Desde otra óptica regulatoria, más abierta y en consonancia con los parámetros establecidos en la materia por la CSJN, podríamos citar al recientemente sancionado (en abril de 2021) Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes, en cuyo artículo 202 regula las medidas cautelares anticipatorias de la siguiente manera: “*Se podrá disponer la anticipación interina del objeto total o parcial de la pretensión, con una mayor prudencia del juez en la apreciación de los requisitos de las medidas cautelares*”³³.

También en el año 2021 se presentó en Santa Fe un proyecto³⁴ de Código Procesal Civil y Comercial para reemplazar al actual vigente, que data de 1962. En este proyecto se estipula la tutela anticipada requiriéndose como criterio de ponderación solo una mayor prudencia por parte del juez en la

³¹ Ver: ROJAS, Jorge A., *Sistemas cautelares atípicos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 151; “Observaciones y disidencias de Jorge A. Rojas”, en Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Ediciones Saij, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, p. 188 y ss; “Menos es más en materia cautelar”, *La Ley*, AÑO LXXXI N° 240, 19/12/2017.

³² Nos referimos, entre otros, a los casos de los Códigos Procesales de San Luis, San Juan, La Pampa (ROJAS, Jorge, “Menos es mas...”, ob. cit, p. 2, nota la pie 12). También el Código Procesal Civil y Comercial de Chaco del año 2016 (arts. 251 y 252), y entiendo que entraría en estas consideraciones la regulación efectuada por el Código Procesal Civil, Comercial, de Familia y Violencia Familiar de Misiones (arts. 241 a 243), sancionado en el 2021.

³³ Si bien es cierto que en la regulación de la medida innovativa (arts. 199 a 201) se estipulan algunas exigencias adicionales de las estipuladas en el artículo 230 del CPCCN.

Artículo 199. Medida cautelar innovativa. Es una medida cautelar excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o derecho existente antes de la petición de su dictado.

Artículo 200. Presupuestos. Podrá decretarse la medida cautelar innovativa siempre que se demuestre: a) probabilidad y no simple verosimilitud del derecho invocado; b) perjuicio irreparable o de difícil reparación

Artículo 201. Facultades del juez. El juez de oficio o a pedido de parte, dictará la medida innovativa por el lapso que estimara razonable, según las circunstancias del caso.

³⁴ Redactado por la Comisión Técnica Especializada designada por Resolución N° 549/20 del Ministerio de Gobierno, Justicia, Derechos Humanos y Diversidad, e integrada por los profesores Alejandro M. Andino, María Magdalena Galli Fiant y Federico D. Sedlacek. El Anteproyecto presentado por la Comisión se vio plasmado en el Mensaje N° 4944 de fecha 20 de julio del 2021 que el Poder Ejecutivo remitió al Legislativo provincial.

observancia de los presupuestos que hacen a la medida peticionada cuando su objeto se superponga en todo o en parte con la pretensión del proceso principal³⁵.

Trabada la medida, se desarrolla una *sumario cognitio* a los efectos de salvaguardar un adecuado derecho de defensa por el sujeto afectado, estableciéndose además la posibilidad de esta *estabilización* de la tutela para el caso que fuere material³⁶.

Por último, nos resulta interesante traer en esta línea el Anteproyecto de Código Procesal de Familias, Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, que se encuentra publicado en www.agendaparticipativa.gba.gob.ar. Al momento de escribir este trabajo se encuentra disponible la versión final con fecha 25 de marzo de 2022.

En el mismo se regulan la tutela cautelar genérica y la tutela anticipada del siguiente modo: “ARTÍCULO 331. Medidas cautelares genéricas. Cuando las medidas cautelares previstas anteriormente fueran insuficientes para asegurar el cumplimiento o la eficacia de la sentencia, la jueza o juez podrá

³⁵ ARTÍCULO 297. Tutela anticipada. Presupuestos. Criterio de ponderación. En caso de que el objeto de la medida asegurativa o protectoria requerida se superponga en todo o en parte con la pretensión sustancial ejercida en el proceso, se requiere una mayor prudencia por parte del juez en la observancia de los presupuestos que hacen a su procedencia, no incurriendo en ningún caso en prejuzgamiento el órgano interviniente.

ARTÍCULO 298 - Trámite. Oposición. Sentencia. Cosa Juzgada. Luego de trabada la medida se notifica al afectado, quien puede evacuar el traslado formulando la oposición correspondiente dentro del plazo de diez (10) días y además ofrecer la prueba que haga a su derecho. En caso de haberse adoptado una medida cuyos efectos importen una cautela material, si resultara consentida por el afectado, y ello haga innecesario el desarrollo del proceso, el juez dictará sentencia confirmando o no la decisión provisional adoptada, conforme a derecho. En el primer caso, la decisión pasa en autoridad de cosa juzgada material. En caso de existir oposición, el juez puede dictar sentencia igualmente, la cual revestirá carácter de cosa juzgada formal, dejando a salvo el derecho de la parte demandada quien quedará habilitada a promover el proceso de conocimiento que permita el debate sobre los derechos involucrados, dentro de los treinta (30) días inmediatos siguientes a su notificación, salvo que con la prueba acompañada con la oposición, el juez tenga la facultad de decidir sustancialmente la cuestión planteada, revocando o confirmando la decisión provisional adoptada como tutela anticipada.

³⁶ “En caso de haberse adoptado una medida cuyos efectos importen una cautela material, si resultara consentida por el afectado, y ello haga innecesario el desarrollo del proceso, el juez dictará sentencia confirmando o no la decisión provisional adoptada, conforme a derecho. En el primer caso, la decisión pasa en autoridad de cosa juzgada material. En caso de existir oposición, el juez puede dictar sentencia igualmente, la cual revestirá carácter de cosa juzgada formal, dejando a salvo el derecho de la parte demandada quien quedará habilitada a promover el proceso de conocimiento que permita el debate sobre los derechos involucrados, dentro de los treinta (30) días inmediatos siguientes a su notificación, salvo que con la prueba acompañada con la oposición, el juez tenga la facultad de decidir sustancialmente la cuestión planteada, revocando o confirmando la decisión provisional adoptada como tutela anticipada”.

dictar cualquier medida cautelar que corresponda según las circunstancias”; “ARTÍCULO 332. Tutela anticipada. La medida cautelar podrá anticipar total o parcialmente el objeto de la pretensión contenida en la demanda o reconvencción, si la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora así lo justifican.

En consecuencia, nótese como una de las principales herramientas que operan y se utilizan hoy en día en todos los tribunales del país, como es la tutela anticipada, ha tenido criterios de regulación y tratamiento tan diversos y disímiles. Lo mismo nos ocurre desde años, con los procesos urgentes, las medidas autosatisfactivas, la tutela anticautelar, la medida innovativa.

5. Algunas premisas para encontrar posibles respuestas: la tutela cautelar como derecho fundamental, la teoría de los sistemas, discrecionalidad y ¿particularismo?, y la justicia procedimental (derecho procesal como manejo de riesgos).

5.1. Tutela cautelar como derecho fundamental

Enfocar a la tutela cautelar como derecho fundamental tiene ser el primer escalón en la apreciación, interpretación y puesta en práctica para peticionar y ordenar alguna medida del sistema de tutela cautelar.

Partiendo de la idea según la cual el derecho a la tutela cautelar es parte del contenido de los diferentes derechos que componen el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, se puede afirmar entonces que, el derecho a la tutela cautelar es un derecho también de carácter fundamental³⁷, y dado que es también un derecho que vincula a todos los poderes públicos, siendo el Estado el primero llamado a respetar este derecho³⁸, el Poder Legislativo está obligado a respetar este derecho constitucional en su tarea de producción normativa: “...*el legislador no puede eliminar de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad*

³⁷ Ver al respecto PRIORI POSADA, Giovanni, “El derecho fundamental a la tutela cautelar y las recientes modificaciones procesales en América Latina”, en *La prueba en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Revista de Derecho Procesal – 2016-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 474 y ss.

³⁸ PICÓ I JUNOY, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 25.

de la sentencia, pues así vendría a privarse a los justiciables de una garantía que se configura como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva”³⁹.

Tampoco puede el legislador crear *requisitos excesivos*, cuyo cumplimiento determine que en la práctica sea imposible el ejercicio del derecho fundamental a la tutela cautelar, ni regular *procedimientos engorrosos, largos*, cuyo trámite haga ilusoria la posibilidad de obtener una medida cautelar oportuna, es decir, a tiempo, de manera que por seguir el procedimiento creado por el legislador la tutela cautelar no llegue cuando tenía que llegar⁴⁰.

Pero el derecho fundamental a la tutela cautelar no sólo sirve de límite al ejercicio del Poder Legislativo, sino que le impone un *deber de actuación*, el deber de regular adecuadamente un régimen de medidas cautelares que impida la *imprecisión normativa* termine por generar una peligrosa situación de incertidumbre o vacío que perjudique a quien formula una pretensión en el proceso⁴¹, debiendo esas posibilidades estar previstas por el legislador para la protección de “toda clase de derechos e intereses legítimos”⁴².

A los fines que nos interesa en este trabajo, es elocuente la profesora Ariano Deho cuando expresa que el mandato que proviene del carácter constitucional del derecho a la tutela cautelar es mucho más concreto para el legislador, pues “sólo se podrá asegurar la obtención de una auténtica y efectiva tutela jurisdiccional cuando se consagre un sistema de medidas cautelares mixto, que consagre medidas cautelares típicas y la posibilidad de dictar medidas cautelares atípicas adaptables a las reales necesidades del éxito de la tutela de fondo”⁴³.

Por lo tanto, siempre por encima de cualquier regulación legal de las medidas cautelares, estará el propio derecho fundamental a la tutela cautelar, bajo el cual deberá efectuarse un escrutinio de la normas en juego, y si del mismo surgiese, que el legislador ha optado por procedimientos o requisitos excesivos, engorrosos y/o que determinan una limitación del derecho cautelar,

³⁹ PICÓ I JUNOY, Joan, *Las garantías...*, ob. cit., p. 73.

⁴⁰ PRIORI POSADA, Giovanni, “El derecho fundamental a la tutela cautelar...”, ob. cit., p. 477.

⁴¹ PRIORI POSADA, Giovanni, “El derecho fundamental a la tutela cautelar...”, ob. cit., p. 477/478.

⁴² ORTELLS RAMOS, Manuel, *Las medidas cautelares*, La Ley, Madrid, 2000, p. 114.

⁴³ ARIANO DEHO, Eugenia, “En defensa de la tutela cautelar como instrumento de tutela efectiva”, en *Problemas del proceso civil*, Jurista Editores, Lima, 2003, p. 698.

pues entonces dicha normativa deberá ser inaplicada por el tribunal, adaptándola o reinterpretándola, para dar al justiciable una tutela judicial efectiva en materia cautelar.

5.2. Teoría de los sistemas (cautelares)

¿Cómo resolver tanta proliferación terminológica, regulativa, y a la vez, de tantos fenómenos y supuestos cautelares que parten todos de las mismas premisas⁴⁴, pero que a su vez necesitan de presupuestos y requisitos propios en diferentes circunstancias o situaciones para su aplicación?

Sin lugar a dudas la concepción sistémica del Derecho Procesal, donde lo cautelar aparece como un subsistema de éste, pero como un propio sistema a la vez, permite captar el fenómeno y su funcionamiento de acuerdo a parámetros técnicos y rigor científico, permitiendo al operador jurídico en la práctica -sea este el juez o el abogado patrocinante-, lograr aplicar al caso en concreto la figura jurídica correcta, o “jugar” con ellas y sus peculiaridades para conseguir una tutela más efectiva.

En concreto, expresa ROJAS que es muy precisa la explicación de FALCÓN⁴⁵ cuando señala que este abordaje permite un tratamiento mucho más claro para las nociones de cautelaridad brindadas a diversas materias, sin necesidad de forzar así el campo de las medidas cautelares, llevando a discusiones estériles. FALCÓN destaca además la complejidad que ofrece el concepto cautela, como instituto genérico, a los fines de su sistematización. En ese orden de ideas un sistema cautelar es en realidad un subsistema del proceso, pero también un sistema que puede ser extraprocesal (v. gr. un seguro, una hipoteca o una prenda, entre otros), de ahí que su concepción sea superior a la denominación más restringida de medidas cautelares, lo que permitirá explicar así nuevos fenómenos.

De ahí entonces que, la conceptualización que se hizo de los sistemas ayuda a catalogar en modo diverso cada una de las situaciones descriptas, de modo tal de advertir que las medidas cautelares constituyen una especie

⁴⁴ Advierte ROJAS que, si bien la ley actúa en todos los casos con carácter asegurativo o cautelar, no siempre se impone a la jurisdicción la observancia de los mismos recaudos

⁴⁵ FALCÓN, Enrique M., *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, T. IV, Sistemas Cautelares, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, ps. 7.

de esos sistemas cautelares. A través del análisis se persigue deslindar cada una de las partes que integran un todo para ver cómo funciona.

5.3. Discrecionalidad judicial y “particularismo”: ponderación sí, ¿subsunción no?

Ya hemos tratado y dicho en esta ponencia que, sin lugar a dudas, la discrecionalidad judicial está en el ADN del CCCN. ¿Qué influencia específica puede tener ello en el ámbito cautelar, donde además el código de fondo tiene un marco regulatorio concreto y específico?

Es que, si bien la remisión al ordenamiento procesal resulta inexcusable, no debe pasarse por alto el nuevo paradigma con fundamento en la razón crítica que brinda el nuevo ordenamiento de Derecho Privado. Por lo tanto el juez no podrá estar sujeto exclusivamente a los recaudos tradicionales que surgen del Código Procesal, sino que en algunos casos, por la evidencia misma de la situación planteada, o bien por la entidad de la materia objeto de debate, o por la índole de los derechos involucrados, el juez deberá ponderar la situación planteada, con la amplitud que brinda el CCCN, dándole la posibilidad de adaptar su decisión -más allá de su carácter provisional a las circunstancias del caso concreto⁴⁶.

Veamos en este esquema en que consiste el “particularismo”, y si el mismo puede ser visto como una consecuencia lógica o necesaria del sistema cautelar actual, y qué ventajas podría acarrear perfilar una adecuada (y controlada) aplicación de dicha teoría a la tutela cautelar. ¿No es el “particularismo” un mejor y más natural forma de tutelar los derechos cuando hay que aplicar (“ponderar”) tutela cautelar?

Sabido es que un razonamiento subsuntivo presenta las siguientes características. En primer lugar, se trata de una forma deóntica de *modus ponens*, de modo tal que, si se da el supuesto de hecho de la norma, entonces se concluye en que debe darse la consecuencia prevista en la misma norma. En segundo lugar, la subsunción admite el refuerzo del antecedente: siempre que se dé el supuesto de hecho previsto por la norma, no importa que

⁴⁶ ROJAS, Jorge A., “Las medidas cautelares en el Código Civil y Comercial”, en *Las medidas cautelares en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Revista de Derecho Procesal – 2017-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, p. 30/31.

cualesquiera otras circunstancias ocurran también, se concluirá en que debe darse la consecuencia normativa. Con esta descripción, es natural pensar que la subsunción es el principal vehículo para la aplicación del derecho. Sin embargo, en los últimos años se ha insistido en que la aplicación del derecho también puede ser realizada mediante otra clase de razonamiento, denominada *ponderación*. La ponderación presupone un conflicto entre dos principios constitucionales que, frente a un caso individual, indican dos soluciones incompatibles. En una situación tal, se requiere establecer una *jerarquía axiológica* entre los principios. El juicio de ponderación consiste en elegir al principio de mayor valor en las circunstancias del caso. Una vez realizada la elección, el juez deberá aplicar la consecuencia normativa indicada por dicho principio. La ponderación presenta características distintas a las de la subsunción. En primer lugar, el conflicto entre principios se resuelve frente a cada caso individual. Por tanto, la consecuente jerarquía puede tener un contenido distinto según las circunstancias propias de cada situación concreta. Un principio puede tener precedencia frente a otro en un caso en el que se instancien ciertas propiedades, pero el segundo principio puede prevalecer frente al primero si cambian las propiedades que se hacen presentes en otro caso. En consecuencia, las jerarquías de principios que surgen de la ponderación son *móviles*⁴⁷. ¿Acaso no es esto lo que está o puede estar pasando con los “casos difíciles” relativos a tutelas cautelares o urgentes?

De ahí que, en segundo lugar, se sostenga que la ponderación *puede* dar lugar a un modo *particularista*, caso a caso, de toma de decisiones. El particularismo, si no es completamente inconsistente con la forma tradicional de entender la aplicación del derecho, sí configura un problema que debe superar. En efecto, si las acciones deben evaluarse según las características de cada caso en particular, entonces aumentan significativamente los costos de decisión y, sobre todo, aparece un obstáculo a la posibilidad de entender la aplicación del derecho como actividad exclusiva de subsumir casos

⁴⁷ CAMINOS, Pedro A, “Derecho y Jurisdicción. Una Respuesta Política al Problema del Particularismo Jurídico”, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 42 (2019) ISSN: 0214-8676. pp. 149-164

concretos en normas *generales*⁴⁸. Un problema que podría plantearse a partir de ello es que el derecho no podría ser entendido, en lo sucesivo, como un conjunto de normas generales que regulan *de antemano* la conducta de las personas pues los deberes de las personas solo podrían determinarse frente a cada caso concreto. Se denomina *particularismo* a dicha concepción sobre la toma de decisiones⁴⁹.

Si bien no podemos por razones de espacio explayarnos más, no deja de ser interesante esta postura del particularismo, la cual es considerado para muchos autores como la forma lógica de aplicación del Derecho.

5.4. El derecho procesal como manejo de riesgos. La justicia procedimental aplicada a la tutela cautelar.

Por último, teniendo en consideración la relación que se viene analizando en la presente ponencia entre derecho sustancial, a partir específicamente de la vigencia del CCCN, y el Derecho procesal, y dado que particularmente el sistema de tutela cautelar ha demostrado estar hoy en día en un punto intermedio entre esos dos derechos, nos resulta de suma importancia analizar el fenómeno a partir de la teoría que considera que el Derecho Procesal supone un esquema de manejo de riesgos. Si bien profundizar en dicha teoría excedería el presente, remitimos al excelente trabajo del profesor Pérez Ragone, sobre el tema en cuestión, para que pueda ser considerado en el trabajo del Congreso y la Comisión.

Como cuestión previa y esencial para dejar planteada esta postura, corresponde partir de la idea de que, la decisión judicial mediante la cual se aplica y realiza el derecho invocado, está precedida de procedimientos y órganos que intervienen, de los que en definitiva *pende* la aplicación de derechos sustantivos. Así señala Alexander, al *mediatizarse* la realización de los derechos sustantivos a través de estas condiciones orgánicas y procedimentales, los derechos procesales no serían una entidad diferente de los sustantivos, ya que *estos solo regulan los riesgos de la tutela de aquellos*⁵⁰.

⁴⁸ CAMINOS, Pedro A, "Derecho y Jurisdicción...", ob. cit., p. 150.

⁴⁹ CAMINOS, Pedro A, "Derecho y Jurisdicción...", ob. cit., p. 152.

⁵⁰ Véase lo sostenido por McCarthy, D. *Rights, explanations, and risks*. 107 *Ethics*, 1997, 205. Citado en PÉREZ RAGONE, Álvaro, "El impacto...", ob. cit., p. 267.

Así los derechos procesales son en realidad derechos sustantivos relativos a la minimización, distribución e imposición de riesgos que implican el juzgar y la actividad adjudicativa⁵¹.

Por otra parte, un proceso deba garantizar los derechos de una participación significativa como requisito previo esencial para la legitimidad de la decisión. ¿Cabe preguntarse entonces qué convierte en justo a un procedimiento? Podríamos concentrarnos en el resultado una vez concluido el procedimiento, o bien en los requisitos y reglas preestablecidas para su inicio. Con la primera visión podríamos encontrarnos con resultados sustancialmente justos o injustos sobre el mérito, ello a expensas de un procedimiento que puede o no haberse tramitado según las condiciones necesarias, que terminan siendo irrelevantes. Sin mayor reflexión, uno podría sentirse atraído por el punto de vista de que los resultados mandan, siendo contingentes los procedimientos. Es decir, solo el mérito cuenta y con relación a él es posible emitir juicios de justo o injusto. Así se banaliza y hasta elimina la justicia procedimental como criterio independiente de la equidad, lo que lleva a que se torne oscuro, abstracto e incluso vacío.

Entonces, siendo la perfección del procedimiento inalcanzable, y por ende descartada una justicia absoluta del procedimiento, este al menos debiera lograr un equilibrio razonable entre los beneficios de los resultados y los costos impuestos. El ejercicio del juzgamiento se hace siempre en situación de mayor o menor incerteza frente al cuadro fáctico, jurídico y con las libertades que brinda un proceso judicial a quienes en él participan. El hecho del riesgo de una deficiencia procesal irreductible plantea lo que podríamos llamar la difícil cuestión de la justicia procesal⁵². El pretender formular y justificar un procedimiento solo a partir del resultado es incompleto y errado, por lo que conviene focalizarse antes del procedimiento. Desde la perspectiva *ex ante*, se pueden establecer mecanismos previos, conocidos y razonables para la coordinación de la conducta humana⁵³.

⁵¹ ALEXANDER, Larry, "Are procedural rights derivative substantive rights?", *Law and Philosophy*, 17, 1998, 19-42. Citado en PÉREZ RAGONE, Álvaro, "El impacto...", ob. cit., p. 267.

⁵² PÉREZ RAGONE, Álvaro, "El impacto...", ob. cit., p. 268.

⁵³ PÉREZ RAGONE, Álvaro, "El impacto...", ob. cit., p. 269.

Cuando sabemos que el resultado es injusto, la justicia del resultado no puede ser la fuente de su autoridad legítima. La justicia procedimental no solo impone reglas claras de participación, sino además compromisos de reconciliación entre sustancia y procedimiento cuando se incurre en un error en el mérito, pudiendo así ser controlable la calidad de la decisión⁵⁴.

Entrando ahora en la llamada “justicia procedimental”, cabe indicar que, el exámen *ex ante* de las debidas condiciones de participación se suma a los requerimientos *ex post* para poder sostener que un problema de justicia en la decisión judicial se supera en tanto se obtiene la *mejor* decisión posible. Resulta así justificada la visión de los riesgos propuesta por Alexander que diluye el hablar de entidades sustantivas y procesales, y que por el contrario las hace interdependientes. Tanto en lo normativo como en la verificación de los hechos, las condiciones epistémicas para lograr la tutela del derecho sustantivo del caso pueden no ser perfectas, pero son –y debe exigirse que lo sean– las *mejores y posibles* logradas que resulten aceptables⁵⁵. Con ello se suma la importancia de la *racionalidad de la decisión, como mínimos con lo razonable de su fundamentación y motivación*⁵⁶.

A los fines planteados en esta ponencia general, y en este punto particular, nos quedamos con esta última afirmación de Gentili, que trasladada al ámbito específico de lo cautelar nos puede brindar alguna luz en esa búsqueda de equilibrio permanente entre el *resultado* que busca el peticionante (de la tutela cautelar) y el procedimiento que necesita (hay que resguardar) por parte del sujeto afectado. En el ámbito cautelar, las condiciones epistémicas claramente no son perfectas, pero son y debe exigirse que lo sea, las mejores y posibles logras que resulten aceptables.

6. Breves referencia sobre algunas cuestiones que no han tenido desarrollo en el ámbito procesal, pese a las influencias que pueden derivar del CCCN.

⁵⁴ PÉREZ RAGONE, Álvaro, “El impacto...”, ob. cit., p. 270.

⁵⁵ GENTILI, A. Contraddittorio e giusta decisione nel processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. 2009, n.º 2, 757-760. PÉREZ RAGONE, Álvaro, “El impacto...”, ob. cit., p. 271.

⁵⁶ ARNIO, A. *The rational as reasonable. A treatise on legal justification*. Netherlands: Springer, 1987, 10-25. PÉREZ RAGONE, Álvaro, “El impacto...”, ob. cit., p. 271.

Sin ánimo de profundizar cada cuestión, no podemos terminar esta ponencia sin indicar algunos puntos que creo que todavía no han sido desarrollados y que resultan esenciales para ir conformando un nuevo modelo de proceso judicial acorde con un Estado constitucional y democrático, que permite al mismo tiempo mejorar el funcionamiento del sistema de administración de justicia, dotándolo para ello de herramientas y exigencias concretas para la persecución de una de las finalidades y objetivos que el justiciable requiere hoy necesariamente: eficacia.

Una herramienta esencial que brilla por su ausencia y falta de desarrollo en prácticamente todos los proyectos de reforma es el *precedente judicial*. Debemos empezar a discutir, desde hace mucho tiempo ya, un adecuado uso de las decisiones judiciales que supere la mera invocación y cita de jurisprudencia.

No es necesario, y tampoco conveniente, un trasplante del *stare decisis* del derecho anglosajón, pero sí resultaría muy fructífero utilizar las herramientas que dicha teoría utiliza para la propia construcción y motivación de la decisión judicial. Antes que un lenguaje claro, que también resulta trascendental, resulta necesario que el órgano judicial sepa identificar las partes de su propia decisión que resultan fundamentales para identificar la “regla de derecho” que en definitiva resolverá la cuestión, de aquellas otras fundamentaciones o argumentaciones que las realiza como una cuestión accesoria.

Ello permite mejorar la propia construcción de la sentencia, de la decisión judicial, y todavía no estamos hablando de la necesidad de que esa decisión sea o no obligatoria (vinculante) para el mismo u otros tribunales. Ese es otro plano del precedente, que también resulta necesario empezar a utilizar: en qué casos, bajo que premisas, con qué efectos, en cuáles tribunales, las decisiones judiciales pueden o deben ser seguidas por el mismo tribunal (efecto horizontal) u otros tribunales inferiores (efecto vertical).

En un marco de incrementación de los poderes discrecionales del órgano judicial como plantea esencialmente la estructura regulativa del CCCN, y, en consecuencia, hoy también los proyectos de reforma de códigos procesales, resulta necesario buscar acotar naturalmente esos poderes discrecionales, o los “particularismos” en las decisiones judiciales (aunque

quizás no en el ámbito cautelar, como vimos), y la obligatoriedad de los precedentes permitiría, entonces, definir las propiedades relevantes de cada decisión. De ese modo, sería posible la reconstrucción de microsistemas normativos para cada clase de problemas prácticos y, al mismo tiempo, estabilizar sus soluciones⁵⁷.

Los únicos anteproyectos que han incorporado una regulación específica en algunas partes, y articulada con el resto del funcionamiento del ordenamiento procesal, han sido el Anteproyecto de Chubut y el de Provincia de Buenos Aires, que mencionamos en este trabajo, siguiendo las correctas directrices que en tal sentido ha plasmado el gran Código de Procedimiento Civil de Brasil del año 2015.

Relacionado con el tema anterior, tampoco se aprecia en los proyectos una real dimensión de lo necesario que resulta un adecuado marco normativo que especifique como se debe dar *publicidad a los actos jurisdiccionales*, las decisiones judiciales, que establezca la información que deben contener dichas publicaciones, y por supuesto, plazos y sanciones en caso de incumplimiento. Ello también es esencial para poder ir elaborando una utilización de las decisiones judiciales como precedentes. Y resultará indispensable para el manejo de la información por parte de los operadores jurídicos y de los sistemas de inteligencia artificial que próximamente, seguramente en un futuro no muy lejano, tendremos a disposición los operadores jurídicos de un lado y otro del mostrador.

En lo que hace a la *oralidad y el proceso por audiencias en segunda instancia*, salvo los proyectos de Santa Fe (el correspondiente al Mensaje por Decreto N°4944), San Juan, Chubut y Provincia de Buenos Aires, no se ha desarrollado ni estructurado un proceso judicial que integre sistémicamente la segunda instancia a los parámetros de oralidad y audiencias.

Mucho menos se aprecian pautas específicas que otorguen a las partes, sus abogadas y abogados y al órgano judicial, de herramientas concretas que permitan un verdadero control razonado y con estándares prefijados del principio de inmediación en la producción de la prueba de primera instancia. Si vamos a un sistema oral donde la producción de prueba

⁵⁷ CAMINOS, "Derecho y Jurisdicción. una respuesta política al problema del particularismo Jurídico", *Doxa*, 42 (2019).

en audiencias es moneda corriente, entonces es necesario dar la posibilidad de utilizar para el control de la prueba (sobre todo las inferencias probatorias referidas a la inmediación), entre otras herramientas: las neurociencias y la psicología del testimonio.

Por último, y siendo más exigentes desde un punto de vista estrictamente del modelo de proceso colaborativo, salvo el anteproyecto de Chubut, el resto de las reformas siguen con un esqueleto y sistema nervioso del modelo de proceso conferido en el siglo XVIII, y que hemos tomado como referencia para nuestros códigos procesales.

Partiendo de un modelo cooperativo arquetípico, propio de un Estado constitucional en el marco de una sociedad plural, donde el juez es isonómico en la conducción del proceso y asimétrico en cuanto a la decisión, y la colaboración es un esquema que pretende organizar el papel de las partes y del juez en la conformación del proceso, estructurándolo como una verdadera comunidad de trabajo, en la que se privilegia la labor procesal conjunta del juez y las partes⁵⁸, se podría decir que la mayoría de los anteproyectos, proyectos y nuevos códigos procesales sancionados no logran llegar a dicho modelo ideal, pero claramente se encuentra mucho más cerca que los anquilosados códigos vigentes en la mayoría de las jurisdicciones provinciales y en el ámbito federal. Ello, en virtud de que se encuentran a medio camino en todos o casi todos los temas indicados como poco profundizados o directamente ausentes de sus regulaciones.

7. Algunas conclusiones preliminares

El sociólogo y filósofo argentino Sebrelí indica que la realidad humana es transformación permanente pero no hay cambios sin algo que permanezca, ni discontinuidad sin continuidad, ni presente que no esté condicionado — aunque no determinado— por un pasado que limita sus posibilidades. Cada período histórico es singular e irreversible, el pasado no se repite nunca en el

⁵⁸ MITIDIERO, Daniel, "Colaboración en el Proceso Civil. Presupuestos sociales, lógicos y éticos", Ed. Thomson Reuters - Revista Dos Tribunais, 2015, 3ª ed. revisada, actualizada y ampliada.

presente, aunque en toda acción o idea nueva es inevitable partir de lo anterior que se quiere cambiar⁵⁹.

Hemos tocado muchas aristas sobre el fenómeno cautelar, a partir de la incidencia que a tenido el CCCN a siete años de su vigencia. Entiendo que el protagonismo generado de la tutela cautelar inclina la balanza positivamente. Sin embargo, como cualquier hipertrofia de un órgano o elemento que pertenece a un sistema, puede generar serios perjuicios, si ese crecimiento no es controlado ni ordenado.

Entender la cautelar como derecho fundamental, sumado a la herramienta de aplicar la tutela cautelar como sistema, pudiendo disgregar y “jugar” con elementos y presupuestos de diferentes ámbitos cautelares, y considerando una correcta y razonable aplicación del “particularismo”, que permite la ponderación de los derechos materiales y procesales en juego (interconectando entonces esas dos esferas del derechos), nos hace preguntar, ante tanto caos nominativo, terminológico y conceptual, que derivan en desregulaciones positivas en los diferentes ámbitos procesales: ¿Hacia dónde vamos con la tutela cautelar? ¿Y su (des) regulación?.

⁵⁹ SEBRELI, Juan José, *El olvido de la razón*, Sudamericana, Buenos Aires, 2011, p. 9.