

- **Título de la ponencia:** “La tutela cautelar como derecho constitucional y convencional”
- **Comisión 1 Procesal Civil:** Tutelas diferenciadas en la reforma de 1994 (ambiente, consumo, personas en condición de vulnerabilidad, entre otros)
- **Tema:** Los desafíos de la efectividad en la tutela de los derechos fundamentales: medidas cautelares, procesos urgentes, tutela de evidencia, cumplimiento y ejecución de las sentencias en procesos individuales y colectivos.
- **Autor:** Federico D. Sedlacek[∞]
- **Fecha de nacimiento:** 17/11/1980
- **Premios de los que participa:** Postulo para premio “AADP” (Art. 19 Reglamento), y para su inclusión en el **libro del Congreso** (Art. 7° Reglamento).

Síntesis de la propuesta: La reforma constitucional del año 1994, implicó colocar progresivamente a la tutela cautelar como un derecho fundamental, constitucional y convencional, a partir del concepto de tutela judicial efectiva, teniendo un rol protagónico para la garantía, efectividad, tutela, protección y efectivización de los derechos de las personas. Ello supone, como contracara, nuevos y variados desafíos para el Derecho Procesal, tanto de índole dogmáticos y teóricos, como práctico y de tipo regulativos y normativos, para que la tutela cautelar cumpla su función constitucional y convencional.

1. Introducción

■[∞] Abogado (UNL). Especialista en Derecho Procesal Civil y en Derecho Administrativo (UNL). Docente ordinario por concurso de Derecho Procesal Civil y Comercial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNL) y Docente por concurso de Elementos de Derecho Procesal Civil y Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal (AADP).

El presente trabajo intentará explicar por qué la Reforma Constitucional del año 1994 ha colocado hoy a la tutela cautelar en un rol protagónico en el Derecho Procesal en Argentina, y proponer algunas líneas de trabajo que resultan indispensable para comprender el complejo fenómeno cautelar que se ha desarrollado en los últimos tiempos.

Ese rol protagónico tiene la particularidad de darse tanto en el plano dogmático o científico, como en el de la práctica cotidiana y concreta del derecho. En el primero, se evidencia por la necesidad de redefinir el propio marco conceptual de la tutela cautelar, a partir de nuevas figuras que ponen en jaque los parámetros clásicos de su definición y caracterización, en virtud de una marcada confluencia e interacción entre el derecho sustancial y el derecho procesal. En el segundo, basta observar los tribunales de cualquier parte del país, para poder tomar conocimiento de la gran cantidad de providencias cautelares que se interponen, con los más variados contenidos, objetos y trámites, con los más variados nombres, buscando muchas veces una respuesta anticipatoria, en la mayoría de los casos en virtud de la urgencia de la situación, pero otras también en virtud de la *evidencia* de que el derecho pretendido resultará vencedor.

En ambos casos se busca lo mismo: *eficacia*, que aparece como un valor que puede redefinir el funcionamiento mismo del Derecho Procesal, tanto en la teoría, como en la práctica. Esta situación de proliferación y protagonismo cautelar, y esta situación que describimos tanto en un plano dogmático como práctico, no podría haberse dado sin el valioso aporte e influjo de la Reforma Constitucional de 1994.

2. La tutela cautelar antes de la Reforma Constitucional de 1994

Como cuestión preliminar cabe indicar que las obras clásicas de Derecho Procesal (y las no tan clásicas también) de nuestro país, no se han dedicado a un estudio profundizado del aspecto constitucional de la tutela cautelar. Quizás ello se deba a una no evidente relación directa, entre las normas constitucionales concebidas en el propio texto de la Constitución, y a la perspectiva del objeto y finalidad de la tutela cautelar como un objeto meramente instrumental del proceso judicial. Esa situación cambia, sin embargo, con el enfoque constitucional que se le da al instituto bajo el análisis

de la tutela judicial efectiva, de acuerdo a la conceptualización que se ha hecho de ese término a la luz de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹ (CADH).

Entiendo que, desde la óptica y estructura de la Constitución Nacional de 1853/60, las principales normas que se identifican directamente con la tutela cautelar son: el artículo 14 CN, en cuanto establece el derecho “de peticionar a las autoridades”; el artículo 16 CN que consagra el derecho a la igualdad; el artículo 17 CN, que protege la propiedad; y el artículo 18 CN, del cual surge el denominado “debido proceso”. No tengo intención de profundizar en este punto, ya que el aspecto que sigue en análisis es el que nutre realmente a la tutela cautelar de cuestiones constitucionales. Simplemente cabe indicar que dichos artículos también tienen un peso específico muy importante en la fundamentación de la tutela cautelar, en virtud de que, en el derecho a peticionar a las autoridades, radica nada más ni nada menos que el derecho de acceso a la justicia, o el artículo 18, que es el que garantiza la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y sus derechos, norma de la cual se deriva, también, la obligación de acudir a los órganos jurisdiccionales para obtener el reconocimiento de los derechos que se hubieren sido vulnerados.

Ahora bien, sería en 1984 cuando se sentarían las bases para que se dé el cambio de paradigma que significó la reforma constitucional de 1994 (en adelante “la reforma”). Luego de la dictadura militar más nefasta de la historia de nuestro país, que plasmó un verdadero terrorismo de Estado que violó sistemáticamente los derechos humanos con persecuciones y detenciones clandestinas, secuestros, torturas, asesinatos, apropiaciones de recién nacidos, y dejando treinta mil desaparecidos, una de las primeras medidas que adoptaría el gobierno constitucional y democrático que asumiera en 1983, fue la ratificación del Pacto de San José de Costa Rica.

¹ Como no podía ser de otra manera, el maestro Morello advertía que “al proceso siempre lo vemos a través de la luz de la Constitución” (MORELLO, Augusto M., “Lectura introductoria al conocimiento de lo procesal”, en *Acceso al Derecho Procesal Civil*, Librería Editora Platense, Buenos Aires, 2007, p. 78. También Rojas, específicamente establece con claridad los basamentos constitucionales de la tutela cautelar, al explicar la definición de los principios procesales (y su conexión con la Constitución Nacional y Tratados Internacionales), y su diferenciación de los sistemas (Ver ROJAS, Jorge A., *Sistemas cautelares atípicos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 46 y ss.

Al día siguiente de su asunción como Presidente (diciembre de 1983), Raúl Alfonsín envió al Congreso Nacional el proyecto de ley para ratificar la Convención Americana de DD.HH., conocida como Pacto de San José de Costa Rica, de 1969, y que Argentina no había ratificado durante 14 años. La ratificación del Pacto se votó por Ley N° 23.054 el 1° de marzo de 1984, se promulgó el siguiente 19 de marzo, y se depositó el instrumento el 5 de septiembre de 1984².

A partir de allí, y hasta la reforma constitucional del '94, la CSJN empezó a concebir y “tomar conocimiento” de la Convención, en importantes precedentes que dieron cuenta de la importancia de dicho marco normativo, y como carta fundamental de defensa de los derechos humanos y garantías fundamentales en nuestro país.

Entre otros, se puede citar a “Eusebio, Felipe Enrique. s/ Sucesión abintestato”³ (1987) y “Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Neustadt, Bernardo y otros s/ amparo”⁴ (1988), en los cuales en ambos casos el máximo tribunal deja en claro una *postura restringida* sobre la aplicación de la CADH, en cuanto las cláusulas de la convención tienen una naturaleza predominantemente programática y carecen de operatividad propia.

Esa postura cambiará con uno de los precedentes más paradigmáticos dictados por la CSJN, en “Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros. s/ Recurso de hecho”⁵ (1992), en el cual el máximo tribunal reconoce el derecho a réplica del art. 14.1 de la CADH “aún a falta de reglamentación legal sobre aspectos vinculados a su ejercicio” (Considerando 11°), y asimismo, al acudir a la interpretación que la Corte IDH había hecho del derecho de réplica

2 Para ampliar ver: SANTIAGO, Alfonso y RUHL, Luciano, “A cuarenta años de la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)”, La Ley, Tomo 2024-C, Diario del 13/06/2024. También PIERINI, Alicia, “Derechos Humanos. Antes y después de 1994”, en Revista de Derecho Constitucional - Número 11 - Julio 2018, 27/07/2018, Cita: IJ-DXXXVI-966.

3 Sentencia del 9 de junio de 1987, Fallos: 310:1080. La Corte Suprema hace propio el dictamen del Procurador General de la Nación, del que se destaca que el art. 2 de la CADH “es bien claro en el sentido de que los derechos y libertades mencionados en el artículo precedente —que son todos los que consagra la propia Convención— deben ser específicamente incorporados al derecho interno de los Estados Partes, en caso de no encontrarse ya garantizados en ellos, mediante las disposiciones legislativas o de otra índole que deberán adoptarse con arreglo a los procedimientos constitucionales de cada país”.

4 Sentencia del 1 de diciembre de 1988, Fallos: 311:2497.

5 Sentencia del 7 de julio de 1992, Fallos 315:1492.

en su Opinión Consultiva N° 7, señaló que él debía “guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (Considerando 21°).

2. La tutela cautelar después de la Reforma Constitucional de 1994

La reforma constitucional de 1994 tuvo efectos directos sobre la concepción, desarrollo y funcionamiento del fenómeno cautelar, a mi juicio, en al menos los siguientes puntos: **a)** La declaración e incorporación de una gran cantidad de nuevos derechos y garantías, sobre todo mediante la incorporación y constitucionalización de tratados internacionales, que conllevó a una masificación, proliferación y judicialización de reclamos por los justiciables, sobre derechos y situaciones que hacen a derechos fundamentales; **b)** La jerarquización constitucional de la CADH y el desarrollo del concepto de tutela judicial efectiva; y **c)** la necesidad de reforma y adecuación de la legislación sustancial civil y comercial, que se concretará con la reforma, unificación y sanción del Código Civil y Comercial en el año 2015. Voy a tratar de describir sucintamente cada uno de esos puntos, para evidenciar el impacto que cada uno ha tenido en la tutela cautelar.

2.1. Nuevos derechos y garantías. La judicialización de los conflictos y la necesidad de una respuesta judicial inmediata

La incorporación y jerarquización constitucional de Tratados Internacionales de Derechos Humanos y otros de diversos contenidos orientados a la protección de materias y sectores específicos y vulnerables, significó otorgar a la ciudadanía un “nuevo menú” que antes no tenían, lo que resultó de singular importancia en una cultura jurídica como la nuestra, de tradición continental europea, para la cual la propia “existencia” de los derechos dependía primordialmente (y todavía depende) del “reconocimiento” de los mismos en la estructura o esqueleto de una norma positiva. En otras palabras, mayores normas implican mayores derechos subjetivos por los cuales reclamar. En la década del 1990, donde todavía no teníamos arraigada, como ahora, una aplicación práctica del derecho en virtud de principios, la

positivización de derechos fue una verdadera clave de bóveda para que Argentina se cruce hacia la vereda del neoconstitucionalismo⁶.

Ahora bien, esta situación de mayor cantidad de derechos, vendría además de la mano con una progresiva consolidación del sistema democrático y de la operatividad de los derechos del sistema internacional de los Derechos Humanos, que conllevaría a una saludable toma de consciencia por parte de los justiciables de “exigir” y “reclamar” por el cumplimiento efectivo de sus derechos y garantías a todos los operadores jurídicos y a todo el sistema de administración de justicia.

Esa “judicialización” de los conflictos, y la consecuente obturación de los tribunales, mostró crudamente la ineficacia del funcionamiento de los procesos judiciales, tanto en su función cognitiva, con procesos ordinarios escritos que durarían años, sin culminación alguna en ciertos casos, o finalizando pero sin posibilidad alguna de efectivizar una sentencia o el derecho declarado, como también en la propia función de ejecución, con procesos ineficaces que no lograban efectivizar el derecho vulnerado.

En virtud de esa situación, y por el influjo de otras circunstancias de carácter normativo y jurisprudencial relacionadas con las nuevas figuras de tutela cautelar que propician y apuntan, no sólo a garantizar sino a satisfacer anticipadamente total o parcialmente la pretensión principal del conflicto, hicieron que la tutela cautelar tome un verdadero *rol protagónico* dentro de la tutela judicial, generando un sistema cautelar con una multiplicidad de nombres, objetos, características y funcionamiento. La hipertrofia cautelar vendría para quedarse, bajo la bandera del valor “eficacia”, que la propia CSJN enarbolará en diferentes precedentes de singular importancia en materia cautelar⁷.

6 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. El primer cambio concierne a la teoría de las normas, donde los principios ganan fuerza normativa y vinculan a sus destinatarios. Un segundo cambio, refiere a la técnica legislativa, cambiándose de una legislación casuística a una en la cual se combinan técnica casuística y técnica abierta. El tercero, el cambio sobre el significado de la interpretación jurídica, ya que se asume la separación entre texto (legal) y norma, y el Derecho se concibe como una composición entre actividad semántica y argumentativa. 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.

2.2. Jerarquización de la CADH: la tutela judicial efectiva y la tutela cautelar como derecho fundamental

Con la reforma constitucional del '94, se incorporó y se le otorgó rango constitucional a la Convención Americana de Derechos Humanos mediante el artículo 75 inc. 22° de la CN, lo que terminó de potenciar a dicho instrumento, al sistema de interamericano de Derecho Humanos, y a la propia CN, como columna vertebral y núcleo sólido de la defensa de los derechos fundamentales en nuestro país. Así el fundamental concepto de *tutela judicial efectiva*, que ha sido construido a partir del desarrollo y aplicación del sistema interamericano, llegó a nuestro país para quedarse, desarrollarse y convertirse en el parámetro y estándar indiscutible al cual se debe llegar y respetar en cualquier supuesto de aplicación del sistema de administración de justicia.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mediante el informe 105/1999, interpretó los arts. 8 y 25 CADH, al afirmar que *"de ambas disposiciones se desprende la garantía que tiene toda persona de que se respeten las reglas básicas del procedimiento no sólo en cuanto al acceso a la jurisdicción, sino también en cuanto al cumplimiento efectivo de lo decidido"*. En el mismo informe la Comisión realizó una amplia interpretación del principio de la tutela judicial efectiva, llevando sus efectos más allá del acceso a los tribunales. Dijo al respecto: *"El principio de la tutela judicial efectiva puede traducirse en la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público, aun cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto. Este principio implica lógicamente un conjunto de garantías elementales en la tramitación de los procesos judiciales"* ⁸.

7 Me refiero, entre otros, a "Camacho Acosta" (1997), donde la Corte habló de: *"decisión jurisdiccional eficaz"*, y en "Pardo" (2011), donde expresó que: *"una moderna concepción del proceso exige poner el acento en el valor "eficacia" de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido de que su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección se requiere, y en ese marco de actuación las medidas de la naturaleza de la solicitada se presentan como una de las vías aptas, durante el trámite del juicio, para asegurar el adecuado servicio de justicia y evitar el riesgo de una sentencia favorable pero ineficaz por tardía"*.

8 Disponible en <https://www.cidh.org/annualrep/99span/De%20Fondo/Argentina10.194.htm>. Publicado en LL 2000-F-594 con comentario del Dr. Carlos A. Botassi, "Habilitación de la instancia contencioso administrativa y derechos humanos", p. 1 y ss.

En el plano cautelar, que es lo que nos interesa, también se entiende que la tutela cautelar encuentra fundamento en el artículo 25 de la CADH, y es parte de la tutela judicial efectiva. La propia Comisión IDH ha establecido que *“...el SIDH ha reconocido que la noción de ‘efectividad’ que surge del artículo 25 de la CADH, requiere que las herramientas judiciales disponibles, incluyan medidas procesales como las medidas precautorias, provisionales o cautelares y, en general, recursos judiciales sencillos y rápidos para la tutela de derechos, con miras a impedir que las violaciones se prolonguen en el tiempo. Lo anterior, aún cuando la determinación acerca del fondo de la cuestión, requiera de un período temporal más extenso”*⁹.

Esto se condice con las enseñanzas de Taruffo, que advertía sabiamente diciendo que los principios de derecho procesal aparecen bajo la forma de garantías fundamentales de la administración de justicia en numerosas y recientes Constituciones”¹⁰. El de acceso a la justicia es, sin lugar a duda, uno de ellos, en su manifestación más amplia y clara, entendido como libre e igualitaria posibilidad de obtener no solo el ingreso al proceso, sino una respuesta adecuada, oportuna y eficaz, luego de un proceso en el que se respeten todos los demás derechos procesales de las partes¹¹.

Desde la perspectiva del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, la tutela cautelar ocupa también un aspecto trascendental, al punto que sin tutela cautelar no puede hablarse de tutela jurisdiccional efectiva. Esto se ha reconocido extendidamente en Iberoamérica, al punto de señalarse que: “uno de los componentes del derecho a la tutela judicial es el derecho a disponer de adecuadas medidas cautelares”¹².

9 ABRAMOVICH, Víctor, “El Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales : estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos”, publicación oficial OEA/Ser.L/V/II.129 Doc. 4, del 7 septiembre 2007, Original: Español, disponible en <https://cidh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf>

10 TARUFFO, Michele, “Reflexión sobre los principios”, en *Los principios procesales de justicia civil en Latinoamérica*, coord. Daniel Mitidiero, Jordi Nieva Fenoll, Eduardo Oteiza, Giovanni Priori Posada, Diana Ramírez Carvajal y Michele Taruffo, Palestra Editores, Lima, 2018, p. 9.

11 PRIORI POSADA, Giovanni, “El principio de igualdad, la efectividad y la tutela cautelar en Iberoamérica”, en *Los principios en el proceso civil. Un análisis transversal desde Iberoamérica*, coord. Daniel Mitidiero, Jordi Nieva Fenoll, Eduardo Oteiza, Giovanni Priori Posada, Diana Ramírez Carvajal y Michele Taruffo, Palestra Editores, Lima, 2022, p. 31.

Ahora bien, la tutela cautelar como parte integrante del acceso a la justicia, encuentra también fundamentación y anclaje en uno de los parámetros que componen a la tutela judicial efectiva, como es el concepto de “plazo razonable”. La CIDH en el caso “Valle Jaramillo y Otro vs. Colombia, del 27 de noviembre de 2008, extendió la fronteras del “plazo razonable del proceso” para expandir, pro homine, los contenidos de la garantía. Antes había reiterado las mismas tres pautas que la Corte Europea de Derecho Humanos como factores objetivos a tenerse en cuenta para apreciar en cada caso concreto, a saber: 1) la complejidad o no del asunto; 2) la conducta procesal del justiciable interesado; y 3) la conducta del órgano jurisdiccional. En este caso agregó una cuarta 4) “la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en él, considerando, entre otros elementos, “la materia objeto de la controversia” (esto nos lleva lisa y llanamente al campo de las tutelas procesales diferenciadas).

Incorporada dicha pauta relativa exclusivamente a la “duración del procedimiento” y las consecuencias y/o afectaciones que esa duración puede causar a los justiciables en una situación determinada (por las personas, la materia, etc.), sin lugar a dudas coloca a la tutela cautelar como una herramienta indispensable, y única en muchos casos, para cumplir con el mandato convencional del plazo razonable y la tutela judicial efectiva.

2.3. El Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) y la especial regulación de lo cautelar

El CCCN tiene dos influjos de suma importancia sobre el fenómeno cautelar. El primero de ellos es directo, y se trata de la regulación expresa y específica de la normativa cautelar que contiene¹³. La característica que resulta uniforme a ese marco normativo que plantea el CCCN, es una gran margen de maniobra por parte del órgano jurisdiccional en el tipo de medida a adoptar en

12 BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, “Principios estructurales del proceso civil chileno”, en *Los principios procesales...*, ob. cit., p. 144. Citado en PRIORI POSADA, Giovanni, “El principio de igualdad...”, p. 35.

13 Para ampliar, 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

cada caso contemplado, incluso a veces exigiendo el código un deber por parte del juez en la adopción de medidas para proteger determinada situación¹⁴.

Esto se condice con el otro influjo que afecta indirectamente a la tutela cautelar, y es que el CCCN pasó a tener una regulación normativa abierta. 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 quedarían 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 particular¹⁵.

Ahora bien, ambos influjos, la regulación expresa y normativa de tutela cautelar genérica en el CCCN, como la regulación de las situaciones y relaciones normativas con carácter abierto, determinan que el sistema sólo funcione con una faceta de la función jurisdiccional decisional: la discrecionalidad. 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”¹⁶, cambiando a un paradigma que focaliza más en las circunstancias

14 Por ej. artículo 10 del CCCN.

15 SEDLACEK, Federico, “A siete años del Código Civil y Comercial de la Nación”, Ponencia General, Libro del XXXI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza 2022, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2022, p. 627.

16 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...”.

fácticas y jurídicas del *conflicto* en sí mismo, que en un conjunto normativo exhaustivo necesario para poder solucionarlo.

La atención en el conflicto, la regulación amplia y genérica de tutela cautelar, y la discrecionalidad como principal protagonista de la decisión, hacen que el fenómeno cautelar, en el marco y situación de necesidad de respeto y cumplimiento efectivo a la tutela judicial efectiva, sea una herramienta de insoslayable importancia, y muchas veces, única para poder efectivizar los derechos, situaciones y relaciones jurídicas tuteladas.

A modo de conclusión y propuesta

He tratado de mostrar las implicancias que ha tenido la reforma constitucional del año 1994 en la tutela cautelar, pudiéndose ahora, y luego del camino recorrido, llegar a afirmar que gracias a la dicha reforma, y a las herramientas convencionales que incorporó, en especial la CADH, con el consiguiente desarrollo y aplicación del concepto jurídico, teórico, operativo y práctico, de tutela judicial efectiva, la tutela cautelar debe concebirse hoy como un derecho fundamental amparo constitucionalmente y convencionalmente en nuestro país. Ello marca una serie de desafíos para nuestro Derecho Procesal.

Por un lado, desde lo dogmático y conceptual, la necesidad de estudiar el fenómeno cautelar para poder entenderlo hoy en su real dimensión, a partir de las nuevas figuras que han surgido, la simbiosis que se viene dando entre derecho material y procesal, y la exigencia -dispuesta incluso por la propia CSJN- de la realización del valor eficacia en la resolución de los conflictos. No sería inoportuno pensar que el fenómeno cautelar nos esté colocando hoy en día, en una nueva etapa del derecho procesal, diferentes a las demás que conocimos, y con parámetros y presupuestos que quizás todavía no podemos imaginar.

Por otra parte, pero relacionado con ello, cobra una especial relevancia la cuestión normativa y regulatoria, ya que los códigos procesales deben adecuar su normativa positiva en materia cautelar, para que la misma pueda cabalmente cumplir con el principio de tutela judicial efectiva. Esto tiene implicancias de suma importancia, ya que debemos establecer y definir si conviene regular la tutela cautelar bajo descripciones normativistas con regulaciones específicas de cada subsistema o fenómenos cautelar, o, por el

contrario, establecer una normativa de regulación abierta donde la discrecionalidad y el principio de proporcionalidad y adecuación determinen la funcionalidad del sistema.

El desafío es nuestro y es ahora, y es además una *obligación* que tenemos, porque la tutela cautelar es hoy un derecho fundamental, constitucional y de exigencia y aplicación convencional.