

XXXII Congreso Nacional de Derecho Procesal

Comisión de Derecho Procesal Civil Nro. 1: Tutelas diferenciadas en la reforma de 1994 (ambiente, consumo, personas en condición de vulnerabilidad, e.o.).

Subtema de la Comisión: “Los desafíos de la efectividad en la tutela de los derechos fundamentales: medidas cautelares (...)”.

Autor: Santiago D’Angelis Murdoch.

Síntesis del tema propuesto: el trabajo tiene por objeto explorar y examinar algunas líneas que permitan echar luz sobre la importancia constitucional de las medidas cautelares. Con este propósito, aporto algunos lineamientos y reflexiones que pretenden no sólo estimular el estudio de los fundamentos constitucionales de la tutela cautelar sino, además, contribuir como insumo para su eficaz y efectiva instrumentación.

Conclusiones arribadas: como reflexiones finales señalo no sólo la importancia de considerar a la tutela cautelar como garantía constitucional para asegurar un proceso justo y equitativo, sino su papel esencial para garantizar la protección de los derechos fundamentales. Advierto, asimismo, sobre la necesaria proporcionalidad y evaluación a la que deben ajustarse las medidas cautelares a efectos de evitar perjuicios injustificados, y sobre la idoneidad y/o adecuada aplicación a la que deben ajustarse. Finalmente, llego a la conclusión de que estos aspectos constitucionales, son fundamentales para medir la efectividad del (debido) proceso, de la respuesta de la judicatura y de los derechos reconocidos constitucional y convencionalmente.

Postulaciones: “Premio Asociación Argentina de Derecho Procesal” y “Premio Fundación de Estudios Superiores e Investigación (FUNDESI)”.

La importancia constitucional de las medidas cautelares

Santiago D'Angelis Murdoch¹

Sumario: I. Introducción. II. La eficacia y efectividad del proceso. III. Respuesta efectiva y proporcional de la judicatura. IV. La eficacia y efectividad de los derechos. V. Conclusiones.

I. Introducción.

Lo normal en el derecho es que el destinatario de una norma se ajuste espontáneamente a ella, es decir, observe una conducta o comportamiento acorde al ordenado por la normativa. Sin embargo, la realidad da cuenta de que esto no sucede en la totalidad de los casos, y es en estos supuestos en que el Estado –a través de la jurisdicción y mediante la coerción– impone el efectivo y correcto cumplimiento de la norma trasgredida².

Así y todo, la sustanciación de un proceso conlleva un tiempo considerable, y en el transcurso de éste, aquel contra quien se demanda una actuación de ley puede adoptar diversos comportamientos. Lo esperable y deseable, por supuesto, es que la parte demandada despliegue una actitud colaborativa. Pero puede suceder, por el contrario, que la persona contra quien se reclama la satisfacción de una pretensión lleve a cabo conductas que conspiren con la ejecución de la sentencia que, eventualmente, se pueda llegar a dictar en su contra. Esto podría suceder, por ejemplo, si durante el transcurso del proceso desaparecen bienes, disminuye la responsabilidad patrimonial del presunto deudor u opera una alteración del estado de hecho o derecho existente al tiempo de la demanda.

1 Abogado egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Maestrando en Derecho Procesal en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Especializando en Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Profesor Adjunto en la materia Derecho Procesal II en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Profesor Adjunto en la materia Derecho Constitucional I en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad del Este y miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal.

2 Calamandrei, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial E.J.E.A., 1973, Volumen I, págs. 125 y sigs.

Como estas situaciones atentan contra la certidumbre y confianza del sistema jurídico en general, los sistemas procesales han desarrollado distintas formas de tutela jurisdiccional en miras a que los derechos no pierdan su virtualidad o efectividad durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de un proceso y la ejecución de la sentencia dictada en él.

Esta potestad jurisdiccional puede desarrollarse –dependiendo del caso y según los derechos que estén en juego– con un alcance y propósito de tipo cautelar, preventivo, anticipatorio, tutelar o conservatorio, y evidencia una suerte de actividad “policial” por parte de la judicatura³.

Entendidas como aquellas resoluciones que tienen por finalidad, en algunos casos, proteger o preservar el objeto del proceso judicial y, en otros, anticipar determinados efectos de la sentencia a dictarse⁴, las medidas cautelares son un componente fundamental en todo diseño procesal; y su relevancia, no sólo radica en su función práctica dentro del ámbito del proceso (es decir, su importancia procesal), sino que se extiende a su base constitucional.

El presente trabajo tiene por objeto explorar y examinar algunas líneas que permitan echar luz sobre la importancia constitucional de las medidas cautelares. Con este propósito, intentaré brindar herramientas que no sólo estimulen el estudio de los fundamentos constitucionales de la tutela cautelar sino que, además, contribuyan como insumo para su eficaz y efectiva⁵ instrumentación.

II. La eficacia y efectividad del proceso.

Como enseñaba el jurista español Eduardo García de Enterría, “[n]uestro tiempo ha resultado ser especialmente sensible a la necesidad de

3 De Lazzari, Eduardo Néstor. *Medidas Cautelares*, Librería Editora Platense S.R.L., La Plata, 1984, pág. 6.

4 Ucin, María Carlota (2012). Nociones fundamentales. En Camps, Carlos Enrique (Director), *Tratado de las medidas cautelares*, AbeledoPerrot, Tomo I, pág. 5.

5 A los efectos del presente trabajo, se entenderá a la eficacia como la relación objetivos/resultados bajo condiciones ideales, y a la efectividad como la relación objetivos/resultados bajo condiciones reales.

*que los Tribunales puedan disponer de un haz de medidas cautelares suficientes para evitar la frustración de sus decisiones de fondo*⁶.

De esto último se desprende que la tutela cautelar pueda ser analizada como la respuesta a una necesidad práctica de la jurisdicción, es decir, el cumplimiento *in natura* de la pretensión⁷.

A este respecto cobra fuerza la idea de que un diseño procesal –o una resolución judicial– que pretenda limitar en demasía la protección cautelar al punto de tornarla ilusoria, no sólo estaría en discordancia con los preceptos constitucionales, sino que restringiría la capacidad de las partes para proteger sus intereses de manera oportuna y adecuada, lo que va en contra del debido proceso legal, la tutela judicial efectiva y la defensa en juicio⁸.

La noción de efectividad *“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, aun cuando la determinación acerca del fondo de la cuestión, requiera de un período temporal más extenso”*⁹.

En síntesis, la eficacia y la efectividad del proceso son fundamentales para garantizar el acceso a la justicia, la protección de los derechos fundamentales, la resolución efectiva de las disputas, mantener la legitimidad del Estado de derecho y garantizar la confianza de la ciudadanía en el sistema judicial y en las instituciones democráticas. Y para lograr esto, es necesario contar con herramientas justas, eficientes y oportunas (como

6 García de Enterría, Eduardo. *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 277-278.

7 Mairal, Héctor A. *Control Judicial de la Administración Pública*, Depalma, Buenos Aires, 1984.

8 Vallefn, Carlos A. Importancia y jerarquía constitucional de las medidas cautelares en los procesos contra la Administración Pública. En la obra: *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo X, “Tutela judicial y derecho procesal”, pág. 491.

9 Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “El Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales”, del 07/09/2007.

las medidas cautelares) que aseguren el cumplimiento de las decisiones judiciales y promuevan la confianza en el sistema jurídico.

III. Respuesta efectiva y proporcional de la judicatura.

La respuesta efectiva de la judicatura es fundamental para restablecer los derechos conculcados y promover la justicia. En este sentido, la tutela cautelar se presenta como una herramienta esencial, que ofrece a los jueces la posibilidad de adoptar medidas preventivas y provisionales para evitar daños irreparables y/o garantizar la efectividad de una eventual sentencia definitiva. Esto les permite cumplir de manera más efectiva su misión de resolver conflictos y proteger los derechos e intereses involucrados en un proceso, y es especialmente relevante en situaciones en donde el paso del tiempo puede ocasionar perjuicios graves o irreversibles.

Vista de este modo, la tutela cautelar debe comprenderse e incluirse dentro del objetivo de “afianzar la justicia” establecido en el preámbulo de la Constitución Nacional. De esta manera, se reconoce su importancia no sólo como una herramienta procesal, sino también como un mandato de optimización y/o guía interpretativa para promover la igualdad y la protección de todos los derechos humanos.

En este sentido, la respuesta de la judicatura además de efectiva debe ser proporcional¹⁰. Esto significa que las medidas cautelares deben ser proporcionales al riesgo o peligro que se pretenda evitar, así como a los derechos e intereses involucrados en el proceso¹¹.

Ahora bien, al evaluar la proporcionalidad de una medida cautelar, el órgano jurisdiccional debe tener en cuenta diversos factores, como la gravedad del daño que se pretende evitar, la probabilidad de que dicho daño

10 Respecto a este tópico puntual, me tomé la libertad de sintetizar los intercambios mantenidos con el Profesor P. Sebastián Villa, a quien agradezco desde ya por las varias y fructíferas conversaciones respecto de éste y otros temas.

11 La proporcionalidad implica que la medida cautelar seleccionada debe ser adecuada y necesaria para alcanzar el objetivo perseguido, evitando excesos o desproporciones que puedan afectar los derechos de las partes de manera injustificada. En esta tarea, el órgano jurisdiccional encargado de decidir sobre la adopción de una medida cautelar debe evaluar cuidadosamente todas las circunstancias del caso y ponderar los intereses en juego antes de tomar una decisión.

ocurra, la urgencia de la situación, los derechos e intereses involucrados y cualquier otra circunstancia relevante del caso.

Por ejemplo, si se trata de proteger el derecho a la propiedad de una persona, el juez debe asegurarse de que la medida cautelar adoptada no implique una privación excesiva o desproporcionada de los derechos de la contraparte. Y en su lugar, debe buscar un equilibrio entre la protección del derecho en cuestión y los derechos de la otra parte involucrada en el proceso.

Este tema nos introduce, no sólo en el rol del juez en el marco del respeto al debido proceso legal y a la tutela judicial efectiva y en un plazo razonable, sino también en los límites y/o alcances de las potestades jurisdicciones en materia cautelar. Y a este respecto es necesario detenerse por un momento en las llamadas medidas autosatisfactivas. En este sentido, no puede desconocerse que la sumariedad del tratamiento cautelar con vistas de definitividad que opera en éstas, puede llegar a tener impacto en el efectivo ejercicio del derecho de defensa, como ámbito real y oportuno. Lo que sucede es que, cuando las partes (y/o el juez) advierten que el proceso deviene ineficaz –por cuestiones orgánicas, institucionales o procedimentales– para la resolución efectiva del conflicto, es usual que se vean tentadas a recurrir a instrumentos o tutelas heterodoxas que no fueron pensadas para dicha situación, y que conllevan riesgos en el derecho de defensa de las partes. Esto se trata, de alguna manera, de un tema de efectividad.

Ahora, en torno a esto, gira la cuestión respecto a ¿qué debe hacerse cuando, en el caso concreto, los andamiajes procesales ordinarios no resultan un carril adecuado para garantizar la tutela judicial efectiva y en un plazo razonable? O dicho de otro modo, ¿hasta qué punto utilizar una tutela cautelar para garantizar la protección del derecho de fondo, resulta adecuado desde el punto de vista constitucional, teniendo en cuenta que podría estar dejándose de lado el contradictorio previsto y el resguardo del derecho de defensa de la parte sobre la que pesará la cautelar?

Lo cierto es que, con el mandato constitucional/convencional de hacer operativos los derechos de fondo y las garantías constitucionales, el juez debe necesariamente jugar entre los intereses y el derecho de defensa de

ambas partes. En este sentido, puede observarse que su labor al momento de decidir sobre la adopción de medidas cautelares es delicada y requiere un equilibrio cuidadoso entre todos los derechos e intereses involucrados.

Es tan fundamental considerar los derechos constitucionales del peticionante y evitar que se vean afectados injustamente por el paso del tiempo, como proteger los derechos (también con base constitucional) del individuo sobre el cual recaerá la medida cautelar, y así evitar el ejercicio abusivo y excesivo de la potestad cautelar. Esto último es coherente con una de las conclusiones del XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal (2019), en donde se postuló la regulación de la medida anticautelar.

Por eso, es importante que el juez actúe con imparcialidad y objetividad, garantizando el respeto a los derechos fundamentales y evitando cualquier tipo de arbitrariedad o discriminación.

IV. La eficacia y efectividad de los derechos.

La ausencia de un sistema de tutela cautelar eficaz y efectivo representa una amenaza significativa para la efectividad y el cumplimiento de los derechos reconocidos constitucionalmente, convirtiéndolos en meras declaraciones formales, sin ningún valor práctico. Esto se debe a que una de las funciones de las medidas cautelares es precisamente asegurar la protección efectiva de los derechos mientras se lleva a cabo el proceso.

Imaginemos un escenario en el cual una persona se ve amenazada con perder su hogar debido a una disputa legal sobre su derecho de propiedad. Si no tuviera posibilidad de solicitar una medida cautelar para detener la ejecución de la resolución que podría desalojarla, los derechos a la vivienda y a la propiedad consagrados constitucional y convencionalmente, se verían gravemente comprometidos.

Esto demuestra que la simple existencia de los derechos en el texto formal no es suficiente y que, sin una tutela cautelar efectiva, podrían quedar vulnerados o ser objeto de abusos, sin posibilidad de protección inmediata.

Especial y particular atención merece la relación entre las medidas cautelares y la efectividad de los derechos de incidencia colectiva. Máxime cuando –conforme la legislación civil vigente– el límite de los derechos individuales no sólo se encuentra en el ejercicio abusivo de los mismos, sino

en la afectación “*al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general*”. Sin perjuicio que el tema es amplio y ameritaría una ponencia específica, me permito hacer algunas observaciones generales. En muchas ocasiones, los derechos individuales entran en conflicto con los derechos de incidencia colectiva, como por ejemplo –en el ámbito del derecho ambiental– cuando las acciones de una empresa afectan el ambiente y/o la calidad de vida de una comunidad. En estas situaciones, es necesario buscar soluciones que protejan los derechos de todos los involucrados, de una manera justa y equitativa. Y en este sentido, la creatividad e innovación en la búsqueda de soluciones y herramientas procesales (entre ellas, la tutela cautelar colectiva) ayudarían a encontrar formas de equilibrar estos derechos en conflicto, asegurando que tanto los intereses individuales como los colectivos sean tenidos en cuenta y protegidos adecuadamente. Este tipo de situaciones lleva a replantear antiguos paradigmas y a cuestionar la forma en que se concibe el derecho, especialmente el procesal. En otras palabras, nos obliga a pensar más allá de las soluciones tradicionales y a considerar enfoques procesales nuevos y adaptados a estas circunstancias específicas¹².

Por otro lado, la tutela cautelar es fundamental para garantizar el acceso igualitario a la justicia y restablecer un equilibrio entre las partes durante el proceso, asegurando que ninguna de ellas se beneficie injustamente a expensas de la otra. A este respecto, no se puede dejar de advertir que sin un sistema eficaz y efectivo de medidas cautelares, las personas en situaciones de vulnerabilidad y/o desigualdad estructural, podrían enfrentar dificultades adicionales para proteger sus derechos en comparación con aquellas con mayores recursos económicos y legales.

La existencia de un sistema de tutela cautelar eficaz y efectivo es, además, esencial para mantener la confianza de la ciudadanía en el Estado de derecho. En este sentido, las medidas cautelares aseguran que las decisiones judiciales no sean meramente simbólicas, sino que tengan un

12 Las reflexiones contenidas en este párrafo recogen los intercambios de ideas con mi Ayudante Diplomado, Lautaro Tedesco, a quien agradezco públicamente por las fructíferas conversaciones mantenidas.

impacto práctico inmediato en la protección de los derechos e intereses involucrados en el proceso.

Como se dijo, las medidas cautelares deben ser vistas como un instrumento destinado a proteger y asegurar los derechos e intereses involucrados en un proceso. De esto puede concluirse que no sólo deben ser entendidas como simples herramientas procesales, sino que deben ser concebidas, además, como una garantía constitucional destinada a garantizar la efectividad y el respeto de los derechos fundamentales consagrados constitucional y convencionalmente.

Al considerar a la tutela cautelar como una garantía constitucional más, se reconoce no sólo su inviolabilidad, sino también su importancia en el marco del Estado de derecho. Esto contribuye a reforzar la función de las medidas cautelares como mecanismos de protección de los derechos y como herramienta para garantizar la igualdad, la justicia y el respeto a los derechos humanos.

De esta forma, no sólo se hace realidad la máxima atribuida a Chiovenda en cuanto a que “*no hay derecho sin acción*”, sino que se enfatiza la importancia –como lo señalara con especial precisión Kelsen– de que el individuo cuente con un sistema legal establecido que le permita hacer valer sus derechos de manera efectiva en caso de que sean violados¹³.

Ahora bien, ¿qué implica reconocer a la tutela cautelar como garantía constitucional y por qué ello es importante? En primer lugar significa que los legisladores –al sancionar normas relacionadas con medidas cautelares– deben respetar los principios y derechos fundamentales establecidos en la Constitución Nacional. Y esto supone que no pueden legislar prescindiendo o limitando la tutela cautelar al punto de hacerla ilusoria o inalcanzable. Por otro lado, también opera como límite a la discrecionalidad judicial. De esta forma, los jueces deben fundamentar debidamente sus decisiones sobre la adopción o denegación de medidas cautelares, asegurándose de que tal decisión esté en consonancia con los principios constitucionales de legalidad, proporcionalidad y respeto a los derechos fundamentales.

13 Dalla Vía, Alberto Ricardo. *Las garantías constitucionales y la tutela judicial efectiva*, Revista Jurídica de Buenos Aires, 2008, págs. 185-198.

En definitiva, de lo que se trata es que, al establecerse límites claros a los legisladores y a los jueces, se prevengan posibles abusos o arbitrariedades en el diseño y/o aplicación de las medidas cautelares. Esto garantiza que se las proyecte y/o utilice de manera justa, equitativa y conforme a los principios democráticos y constitucionales.

Como señaló la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Halabi” –refiriéndose al amparo, pero siendo extensible a otros “recursos” en sentido amplio, como las medidas cautelares–, donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el sólo hecho de estar en la Constitución Nacional e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías.

V. Conclusiones.

Luego de exponer a lo largo de este trabajo algunos lineamientos que hacen a la importancia constitucional de las medidas cautelares, y siempre con el propósito de estimular el debate e intercambio de ideas, mi conclusión preliminar es que la tutela cautelar no puede escindirse del concepto de efectividad. En este sentido, considero fundamental dar relevancia y tomar en cuenta los aspectos constitucionales trabajados a lo largo de esta ponencia, con la intención de que sean útiles para medir la efectividad tanto del (debido) proceso, como de la respuesta de la judicatura y de los derechos reconocidos constitucional y convencionalmente.

En primer lugar, es esencial comprender que la efectividad juega un papel crucial a la hora de desmitificar la percepción del debido proceso como algo meramente abstracto. Es importante, en este punto, reconocer que la mera regulación normativa del proceso no garantiza automáticamente su efectividad.

Ahora bien, la efectividad del proceso no sólo es una cuestión operativa, sino que reviste la condición de imperativo constitucional. Y en relación con esto, la tutela cautelar cumple un rol esencial en la vida del proceso, siendo fundamental, por un lado, para el desarrollo de un proceso justo y equitativo y, por el otro, para garantizar la confianza de la ciudadanía

en el sistema judicial y en las instituciones democráticas. En otras palabras, las medidas cautelares contribuyen a garantizar la igualdad de armas entre las partes, y a evitar que una de ellas obtenga ventajas indebidas durante el transcurso del proceso respecto de la otra.

Asimismo, la efectividad de la tutela cautelar –y del proceso en general– se encuentra condicionada, en la mayoría de los casos, por la idoneidad de los medios procesales a través de los cuales se pretende prevenir, anticipar, tutelar o conservar el derecho o situación jurídica en juego¹⁴. Esto implica que los procesos deben estar diseñados de manera que permitan la aplicación ágil y efectiva de las medidas cautelares.

Por otro lado, y como intenté poner de manifiesto en este trabajo, las medidas cautelares son herramientas fundamentales que permiten a los jueces desempeñar su misión de restablecer de un modo efectivo los derechos conculcados. En relación con esto es que las medidas cautelares están estrechamente relacionadas con el precepto de “afianzar la justicia” contenido en el preámbulo de la Constitución Nacional, lo que contribuye – en tanto pauta hermenéutica o guía de interpretación normativa– a potenciar su radio de alcance.

Como también advertí, la respuesta de la judicatura, además de efectiva, debe ser proporcional. Y en este sentido es clave que el órgano jurisdiccional encargado de decidir sobre la adopción de una medida cautelar realice una evaluación cuidadosa y ponderada antes de tomar una decisión.

Por último, pero no por eso menos importante, sin un sistema de medidas cautelares eficaces y efectivas, los derechos reconocidos constitucional y convencionalmente que, a diario, se pretenden garantizar o reconocer a través de un proceso, quedarían reducidos a meras declaraciones formales. En este sentido, la concepción de la tutela cautelar como una garantía constitucional opera como límite en el diseño legislativo del proceso y en su aplicación judicial, y refuerza su papel en la protección de los derechos fundamentales, muy especialmente en los de incidencia colectiva. Como se advirtió más arriba, las medidas cautelares –a la luz de la

14 Arias, Gerónimo (2022). *Medidas cautelares contra el Estado y tutela judicial*. Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado, Buenos Aires, 2022, Año 6 Nro. 8, págs. 307-337.

Constitución Nacional, de los instrumentos internacionales y de la legislación civil vigente— se presentan no sólo como una herramienta útil, sino necesaria, a los efectos de velar por esta clase de derechos que tienen un impacto más allá de los intereses particulares de cada individuo.

De este modo, puede concluirse que la efectividad de un sistema de tutela cautelar es indispensable y está proporcionalmente relacionada con el aseguramiento efectivo y la plena vigencia de los derechos reconocidos en el Bloque de Constitucionalidad.