

**SIGLO**

**21**

# Revista **Ciencia y Técnica**



**CIENCIA**

**MINERÍA**

**PROTECCIÓN AMBIENTAL**

**TUTELA ANTICIPADA**

**CÓRDOBA**

■ **Derecho a la actividad minera y protección ambiental: fuente de enfrentamientos normativos**

■ **Acerca de la necesidad de regular la tutela anticipada en la provincia de Córdoba**

SIGLO



Revista

Ciencia y Técnica

# Índice

Editorial.

Publish or perish? Las publicaciones científicas que sí necesitamos .....01

*Martínez, Alejandra*

Derecho a la actividad minera y protección ambiental:  
fuente de enfrentamientos normativos .....04

*Bongiovanni, María Micaela*

Acerca de la necesidad de regular la tutela anticipada en la  
provincia de Córdoba.. .....14

*Lingua Rostagno, Rodolfo*



# Publish or perish?

## Las publicaciones científicas que sí necesitamos

 Alejandra Martínez<sup>1</sup>  
alejandra.martinez@ues21.edu.ar

Hace unos meses me contactó un colega de una prestigiosa universidad para invitarme a escribir un capítulo para un libro sobre políticas sociales que está compilando. Yo no lo conocía, así que le pregunté cómo había tomado contacto con mi trabajo y cuál de sus facetas le interesaban. Respondió que, en realidad, nunca había leído nada que yo hubiera escrito, que ni siquiera estaba seguro de cuál era mi ámbito específico de conocimiento, pero que me invitaba porque necesitaba cubrir la cuota del 50 % de mujeres autoras en el volumen (un requisito de la editorial de la universidad) y no encontraba candidatas con las credenciales académicas que yo podía aportar. Además, me explicó que era urgente para él publicar el libro para poder dar cuenta de alguna producción científica en el periodo de evaluación, y que de ello dependía cubrir los requisitos

necesarios para justificar sus labores académicas en la cátedra. Por teléfono se lo oía algo más que estresado.

Algo azorada por semejante bomba de sinceridad (“sincericidio” le llamábamos en mi barrio) le expliqué con gran amabilidad que yo no investigo nada relacionado con el tema de su libro, pero él insistió en que eso no importaba, que necesitaba que yo fuera mujer y nada más, y me alentó a escribir sobre cualquier tema que yo deseara. Fue una suerte para él que yo sea socióloga y no experta en helechos caducifolios del Amazonas, aunque hubiera sido interesante ver su reacción si le proponía hacer un análisis crítico sobre el vuelo de las esporas en climas tropicales (aunque no me animo a descartar que aceptara el tópico, dada su urgencia por aferrarse a la carrera académica sin importar el costo). A mi angustiada colega no le preocupaba publicar

---

<sup>1</sup> Editora Revista de Ciencia y Técnica de la Universidad Siglo 21

un Frankenstein académico, en donde cada participante aportara un pedazo del cuerpo del monstruo: solo le urgía cumplir con el requisito de presentar ALGO ese año, para obtener puntaje, un ascenso, o lo que fuera.

Quiero que se me entienda. Como investigadora en temas de género y ardiente defensora del papel de las mujeres en la Academia y la vida profesional en general, que las políticas universitarias velen por que las mujeres tengamos las mismas oportunidades y posibilidades que los hombres en la participación académica me parece digno y justo. Pero mi reflexión en estas líneas no tiene que ver con la justicia de género (que traigo a colación solo para ilustrar el eje de mi editorial), sino con el vértigo de publicar cantidad x periodo vs. calidad a riesgo de caer en prácticas que restan valor a quienes nos dedicamos a la práctica de investigación. Yo, personalmente, deseo y celebro que me convoquen si mi trabajo significa un aporte. Y no me refiero solo a este caso. Prefiero no publicar nunca más y perecer, antes que correr el riesgo de perder la dignidad ganada, aun cuando mi currículum celebre la inserción de un nuevo bullet.

Como he transitado el mundo académico por casi 20 años y he aprendido algunas cosas de cómo se juega el juego de las publicaciones y los riesgos implícitos para la permanencia y ascenso en ciertos cargos, no le dije que no a mi (desesperado) colega de inmediato. Atenta a su urgencia lo invité a revisar mi trabajo y le

pedí que reconsiderara su invitación luego de analizar si la calidad de mi producción científica se correspondía con sus expectativas para el libro, y si alguno de los temas que abordo se adaptan al eje que él desea darle a su publicación.

Un mes después regresó con la tarea hecha; fue muy específico en cuanto a qué parte de mi labor podía aportar yo al volumen y acordamos que su libro podría contar con mi participación en un tema que acordamos en conjunto. No por ser mujer, sino porque mi trabajo es de calidad y tiene sentido que forme parte de la obra.

Esta es una anécdota muy celebrada en las tertulias que nos regalamos en los ámbitos académicos. Cuando la cuento, la gente se horroriza por la ausencia de sutileza de su protagonista y se desternilla de risa a la vez. Pero también es una muestra de hasta qué punto el “Publish or perish” tiene el potencial de restar valor a lo que compartimos con el mundo. La escritura científica no puede ser (solo) un medio para ascender en la carrera científica o ganar una beca. Pero suele serlo. Y se ha vuelto un juego tan poderoso, en el que hoy, desafortunadamente, hay involucrado tanto dinero, que se ha desarrollado una maquinaria empresarial potentísima que ofrece a los autores publicar en sus revistas (¡algunas convenientemente indexadas en índices prestigiosos!) a cambio del pago de un monto para nada despreciable. Empresas que, a su vez, cobran una buena cantidad

de dólares por las suscripciones y acceso al conocimiento. Para ellos siempre es win-win.

Sin duda muchos colegas compartirán conmigo el concepto de que deberíamos publicar para que nuestras ideas vivan y hagan nacer nuevas ideas, y no para “no morir” académicamente. Pero la mayoría de las veces, sencilla y lamentablemente, no se puede transitar el mundo académico con espíritu generoso y desprendido.

La Revista de Ciencia y Técnica de la Universidad Siglo 21 nació con la voluntad de que las ideas vivan: compartir, democratizar, brindar un espacio a nuestros recientes egresados para que aprendan cómo funciona la lógica de las publicaciones y expongan a otros sus hallazgos, su esfuerzo en investigación y aplicaciones profesionales. Es una suerte de continuación de la carrera universitaria y un paso más en el aprendizaje. No se anima a los autores a embarcarse en este

proceso desde el espíritu publish or perish, sino desde la convicción de que es valioso hacerlo, por ellos mismos y por otros. La revista está pensada como una célula formativa y un espacio de difusión; un ámbito de aprendizaje desde el que se alienta a compartir sin mayor aspiración que retribuir a la sociedad lo obtenido en el tránsito por la universidad. Brindamos lo nuestro porque es bueno dar, no para evitar perecer.

Con esta convicción, y profundamente agradecida por el apoyo institucional y el de los autores, celebro estos primeros 15 años de la Revista de Ciencia y Técnica de la Universidad Siglo 21. Desde mi papel como editora y educadora, me comprometo a continuar alentando a quienes recién egresan a compartir su trabajo en beneficio de todas las personas. Mientras sus ideas vivan y sean libres, habremos cumplido nuestro objetivo. ■

***Los autores de este artículo declaran que no tienen ningún conflicto de intereses.***

# Derecho a la actividad minera y protección ambiental: fuente de enfrentamientos normativos

The right to mining activity and environmental protection: source of  
regulatory conflicts

 María Micaela Bongiovanni<sup>1</sup>  
micabongio\_07@hotmail.com

## Resumen

En el presente artículo, mediante el método de modelo de caso, nos abocaremos al estudio de una resolución judicial particular, en materia de Derecho Ambiental, dictada por el Tribunal Supremo de Justicia de la Provincia de Córdoba.

En la sentencia bajo análisis, tomamos como partida la identificación de problemas jurídicos. Por una parte, se reconoce un problema de tipo axiológico, presente entre la Ley Provincial N.º 9526 y el Principio de Unidad Legislativa de Regulación Minera dispuesto en el artículo 75 inc. 12 de la Constitución Nacional; y, por otro lado, un problema jurídico de tipo lógico, reflejado entre el contenido de la misma Ley Provincial N.º 9526 y del Código de Minería Nacional.

El Supremo Tribunal Provincial ratifica la constitucionalidad de la cuestionada Ley N.º 9526. La ratio decidendi, menciona que las disposiciones normativas de control ambiental de la actividad minera no son limitadas por el Principio de Unidad Legislativa de Regulación Minera que surge del artículo 75 inc. 12 CN, lejos de repelerse, las leyes participan del principio federal de complementación. Asimismo, afirma que el Código de Minería y la Ley N.º 9526, tienen ámbitos diferentes de abordaje de la minería y son considerados dos categorías de normas distintas. El primero responde al art. 75 inc. 12; y la Ley N.º 9526 al art. 41 de nuestra Constitución Nacional. Por lo que mientras el código de fondo regula las relaciones jurídicas, derechos y obligaciones que surjan de la actividad minera, la ley provincial nos marcará las técnicas que no es posible utilizar en su ejercicio, por lo que son complementarias.

Se pretende dejar en claro la relevancia del control de constitucionalidad en un sistema

---

<sup>1</sup> Universidad Siglo 21

de derecho, que, como en este caso, nos permite resolver los mencionados problemas jurídicos, dilucidando el límite de la competencia provincial en materia de dictado de normas de carácter ambiental, y analizar si la Ley N.° 9526 en cuestión es contraria o complementaria a otras disposiciones normativas superiores.

**Palabras clave:** cláusula ambiental; control de constitucionalidad; Ley Provincial 9526; actividad minera; problemas jurídicos.

### **Abstract**

In this paper, through the case model method, we will focus on the study of a particular judicial resolution, in matters of Environmental Law, dictated by the Supreme tribunal of Justice of the Province of Córdoba.

In the sentence, we take as starting point the identification of legal problems. On the one hand, an axiological problem is recognized, present between Provincial Law No. 9526 and the Principle of Legislative Unity of Mining Regulation disposed in article 75 inc. 12 of the National Constitution; and, on the other hand, a logical legal problem, reflected between the content of the same Provincial Law No. 9526 and the National Mining Code.

The Supreme provincial tribunal ratifies the constitutionality of the questioned Law No. 9526. The ratio decidendi, mentions that the normative dispositions of environmental control of the mining activity are not limited by the Principle of Legislative Unity of Mining Regulation that arises from article 75 inc. 12 CN, but the laws participate in the federal principle of complementation. Likewise, it affirms that the Mining Code and Law No. 9526 have different areas of approach to mining and are considered two different categories of regulations. The first responds to art. 75 inc. 12; and Law No. 9526 to art. 41 of our National Constitution. Therefore, while the background code regulates the legal relations, rights and obligations arising from mining activity, the provincial law will mark the techniques that cannot be used in its exercise, so they are complementary.

It is intended to make clear the relevance of the control of constitutionality in a legal system, which, as in this case, allows us to solve the mentioned legal problems, elucidating the limit of provincial competence in matters of dictation of environmental regulations, and analyze whether Law No. 9526 in question is contrary or complementary to other higher regulatory provisions.

**Key words:** Environmental clause, control of constitutionality, Provincial Law 9526, Mining activity, legal problems.

## Introducción

En el artículo 41 de la Constitución Nacional, mediante la reforma del año 1994, se incorpora la “Cláusula Ambiental” que brinda un importante y novedoso objetivo para el Estado, orientado a garantizar la protección del medio ambiente. Para ello debe intervenir principalmente en el dictado de normas, tanto desde la órbita nacional como local, en miras a su preservación. Es necesario que sean dictadas dentro de sus competencias sin que exista abuso de ellas, y a fin de vigilar ese orden normativo, es esencial la función de control de constitucionalidad ejercida por los órganos jurisdiccionales, que no solo nos lleva a una protección de la Supremacía Constitucional reconocida en el art. 31 de la Carta Magna, sino que además es una vía para alcanzar un sistema jurídico armónico.

En tal dirección, nos abocamos al análisis de la jurisprudencia imperante en nuestro Supremo Tribunal Provincial en dicha temática.

En el fallo seleccionado, "Cemincor y otra c/ Superior Gobierno de la Provincia – Acción declarativa de inconstitucionalidad” de fecha 11 de agosto de 2015, se reconocen dos problemas jurídicos, uno de tipo axiológico, que se puede observar entre la Ley Provincial N° 9526 y el Principio de Unidad Legislativa de Regulación Minera reconocido en el art. 75 inc. 12 CN. Esto se da ya que se considera que la Ley N° 9526 que regula la activi-

dad minera, es dictada por la Legislatura de la Provincia de Córdoba en abuso de sus facultades, ya que expedir normas en dicha materia es una competencia delegada a la Nación en el mencionado art. 75 inc. 12 mediante el dictado de un Código de Minería.

Así también, se identifica un problema jurídico lógico, que surge entre la Ley Provincial N° 9526 que regula la prohibición de explotar minas bajo modalidad a cielo abierto o cuando se utilicen sustancias químicas consideradas peligrosas, y el Código de Minería Nacional que no establece dicho impedimento, sino que califica la actividad de explotación de minas por categorías, y rige los derechos, obligaciones y procedimientos referentes a la adquisición, explotación y aprovechamiento de las sustancias minerales.

## Métodos

El trabajo académico realizado, a partir del cual se genera este artículo, es un estudio de caso; tanto un modelo de enseñanza-aprendizaje como un modelo de investigación, que implica el estudio de un caso particular, y nos convoca a la selección de una resolución judicial con características particulares, tales como: novedosa, actual, relevante y pertinente, relacionada con la temática elegida, Derecho del Medio Ambiente.

En dicha dirección, se debe proceder a la identificación de problemas jurídicos presentes en la misma, considerados como un conflicto que surge en un

sistema normativo, y que debe ser resuelto en el marco del derecho vigente. En un caso concreto pueden reconocerse cinco problemas jurídicos diferentes, a definir: Problema de Relevancia, concebido como aquel problema en la determinación de la norma aplicable a un caso; Problema Lingüístico, donde el dilema surge en identificar o determinar el sentido de las formulaciones normativas, las expresiones lingüísticas que componen las normas, y comprensivos de los problemas de ambigüedad y vaguedad de estas; Problema Lógico, que sucede cuando las normas aplicables están relacionadas de modo tal que no nos permiten resolver nuestro caso, como consecuencia de una laguna legislativa, un sistema contradictorio o redundante; Problema Axiológico, que suscitan de un conflicto jurídico entre reglas y principios; y finalmente, un Problema de Prueba, que surge por una indeterminación de la existencia de un hecho por ausencia de pruebas aportadas en la causa, obligando al juzgador a recurrir a presunciones y cargas probatorias.

Se complementa el mencionado estudio con la identificación y descripción de la premisa fáctica, historia procesal, decisión del Tribunal en la sentencia seleccionada, y un análisis detallado a la luz de los problemas jurídicos identificados de la ratio decidendi; para completar con el estudio de enfoques teóricos con descripciones conceptuales, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales, y en

razón de esto, de poder arribar a la expresión de la postura de la autora y conclusión sobre lo trabajado.

## **Reconstrucción de premisa fáctica, historia procesal y decisión del tribunal**

La sentencia seleccionada para este análisis presenta una controversia que surge como consecuencia de la sanción de la Ley N° 9526 emanada de la Legislatura de la Provincia de Córdoba de fecha 24 de septiembre de 2008, que como principal objetivo prohíbe dentro de su territorio la actividad minera metalífera en la modalidad a cielo abierto o cuando para ello se utilicen sustancias tales como el cianuro, mercurio y otras consideradas como “peligrosas”. A raíz de lo dispuesto por dicha ley, CEMINCOR (Cámara Empresaria Minera de la Provincia de Córdoba) y APCNEAN (Asociación de Profesionales de la Comisión Nacional de Energía Atómica y la Actividad Nuclear) entablan en fecha 4 de mayo de 2009, como partes actoras, acción declarativa de inconstitucionalidad de la norma mencionada en contra del Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba. Manifiestan que dicha ley afecta sus derechos constitucionales y su patrimonio, más precisamente el sistema de propiedad y dominio minero, el derecho al trabajo y de ejercer industria lícita. Agregan que no ha sido dictada respetando las competencias delegadas por las provincias en el art. 75 inc. 12 de la CN a la Nación, y que ignoran el sistema

jurídico ambiental que se ha dictado en la Constitución Nacional, Código de Minería, Constitución Provincial y en las leyes de contenidos mínimos en materia ambiental.

Mediante auto N° 30 de fecha 18 de mayo de 2010, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba admite la acción declarativa de inconstitucionalidad incoada conforme el art. 165 inc. 1 de la Const. Prov. Córdoba.

Contestado el traslado por el Superior Gobierno de la Provincia solicitando el rechazo de la acción en todos sus términos, los integrantes del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala electoral de competencia originaria y asuntos institucionales, en primera instancia resuelven en sentencia N° 9 de fecha 11 de agosto de 2015, por unanimidad y en pleno, rechazar la acción declarativa de inconstitucionalidad entablada en contra de la Ley N° 9526, confirmando la constitucionalidad de la misma con costas según art. 130 CPCyC.

Las partes actoras interponen Recurso Extraordinario Federal de Apelación en contra de la sentencia N° 9 del Tribunal Superior de Justicia, pero su procedencia es declarada inadmisibles mediante auto N° 162 de fecha 28 de julio de 2016 por ausencia de cuestión federal compleja que habilite la competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por ausencia evidente en el escrito recursivo de debida fundamentación, según art. 14 de la Ley N° 48, con costas por el orden causado a la parte vencida.

## **Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales**

Del análisis de la jurisprudencia y doctrina imperante se pueden definir y delinear conceptos que nos permitirán dar un marco conceptual a esta presentación, por lo que a continuación se procederá a un desarrollo sobre: acción declarativa de inconstitucionalidad, control de constitucionalidad, reparto de competencias en materia ambiental que ampliaremos con antecedentes jurisprudenciales, y finalmente presupuestos mínimos en materia ambiental.

La acción declarativa de inconstitucionalidad que da origen a la sentencia en análisis es una garantía para los particulares contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos, y se manifiesta con el ejercicio de control de constitucionalidad, que consiste en:

La atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la constitución para averiguar si guardan o no su conformidad con esta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentra en oposición con ella (Bidart Campos, 2003, p. 337).

La declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes gozan de presunción de legitimidad plena. Esto obliga a ejercer dicha atribu-

ción con prudencia, solo cuando la repugnancia de la norma sea clara e indudable, y la incompatibilidad inconciliable (Hernández, 2015).

Otro tema que requiere de una mayor ampliación es lo correspondiente al deslinde de competencias entre provincias y Nación, que surge de la aplicación del art. 121 de la Constitución Nacional (1994), conforme al cual “las provincias conservan todo el poder no delegado a la Nación”. Por lo que podemos considerar que la Nación posee una competencia de excepción, ya que ella debe resultar de una delegación expresa, hecha a su favor por parte de las provincias. Éstas últimas tienen una competencia general, conservada y conformada por todas las atribuciones remanentes, o sea todas aquellas que no le han sido expresamente reconocidas a la Nación (Sabsay, 1997).

Particularmente, en el ámbito ambiental que nos interesa, el deslinde de competencias entre la provincia y la Nación surge del art. 41 de la CN, determinando que la competencia ambiental fue delegada a la órbita federal sólo a lo referido a los presupuestos mínimos de protección. En todo lo demás, las provincias conservaron atribuciones para complementar y extender la protección ambiental (Gelli, 2001). Podemos citar como antecedentes jurisprudenciales la sentencia de la CSJN en autos caratulados “Villivar, Silvana Noemí c/ Provincia de Chubut y otros” de fecha 17 de abril de 2007, donde la Corte dirimió la cuestión de la competencia provincial respecto de la ley minera N°

5001 de Chubut, que prohíbe las explotaciones mineras a cielo abierto mediante la utilización de cianuro, postulando la facultad que tienen las provincias de complementar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección del medio ambiente, la que supone agregar alguna exigencia o requisito no contenido en la legislación complementada. También, la sentencia de la CSJN en autos caratulados “Roca, Magdalena c/ Buenos Aires, Provincia de s/ inconstitucionalidad” de fecha 16 de mayo de 1995 que menciona que las autoridades provinciales tienen la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, con sustento en el art. 41 de la CN.

En lo que corresponde a los presupuestos mínimos en materia ambiental, a dictarse por la Nación, “son toda aquella norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental” (Ley N° 25.675, 2002, art. 6). Asimismo, puede considerarse como “un piso” que faculta a las provincias a complementarlas conforme a sus necesidades locales, considerando también su dominio originario sobre los recursos naturales y resguardando sus poderes de policía (Ábalos, 2011).

## Resultados

Ahora bien, en tal dirección diremos que del análisis del fallo bajo estudio pode-

mos identificar los siguientes problemas jurídicos: un Problema Jurídico Axiológico, entre la Ley Provincial N° 9526 y el Principio de Unidad Legislativa de Regulación Minera reconocido en el art. 75 inc. 12 CN. Los problemas jurídicos de este tipo suscitan respecto de una regla de derecho por la contradicción con algún principio superior del sistema o un conflicto entre principios en un caso concreto; es en tal sentido, que puede reflejarse entre la Ley Provincial N° 9526 y el Principio de Unidad Legislativa de Regulación Minera reconocido en el art. 75 inc. 12 CN. Esta confrontación se da ya que se considera que la Ley N° 9526, que establece reglas y técnicas para el ejercicio de la actividad minera dentro de la provincia, es dictada por la Legislatura de la Provincia de Córdoba excediendo de sus facultades legislativas, debido a que el dictado de normas relacionada a la mencionada disciplina es una competencia delegada a la Nación en el mencionado art. 75 inc. 12 mediante el dictado de un Código de Minería, al mencionar “Corresponde al Congreso de la Nación (...) dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, (...)”.

Por otra parte, se identifica un problema jurídico lógico, plenamente relacionado con el anterior, que sucede cuando las normas aplicables están relacionadas de modo tal que no nos permiten resolver nuestro caso, producen una incompatibilidad, y puede verificarse entre las disposiciones de la Ley Provincial N°

9526 que regula la prohibición de explotación minera metalífera bajo modalidad a cielo abierto, y cuando se utilicen minerales nucleares como el uranio, el torio, o sustancias químicas consideradas tóxicas o peligrosas como el cianuro, mercurio, entre otras mencionadas en la misma, y el Código de Minería Nacional que no establece dicho impedimento, sino que califica la actividad de explotación de minas por categorías, y rige los derechos, obligaciones y procedimientos referentes a la adquisición, explotación y aprovechamiento de las sustancias minerales, generando una notable pugna lógica entre sus contenidos.

## Discusión

Que en esta instancia y atento al detallado y fructífero análisis de la resolución bajo estudio, adelanto postura expresando que me encuentro en condiciones de pronunciarme a favor y en una total coincidencia con lo resuelto por el Máximo Tribunal Provincial. Ello por cuanto, confirmar la constitucionalidad de la Ley N° 9526, protegiendo de esta forma el medio ambiente de los efectos negativos que produce una de las actividades industriales más agresivas: la explotación minera bajo modalidad a cielo abierto y el uso de sustancias tóxicas como el cianuro, mercurio y otras calificadas como peligrosas, evitando el consumo de grandes cantidades de agua que no volverán a ser aptos de consumo humano, de ganado, ni de cultivos.

Considero que la Ley N° 9526 no vulnera el Principio de Unidad Legislativa de Regulación Minera reconocido en el art. 75 inc. 12 CN, ya que fue dictada en consecuencia del art. 41 de la Constitución Nacional (1994) que en su último párrafo determina que “corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales”, por lo que complementa la Ley N° 25.675 de presupuestos mínimos en materia ambiental, es dictada conforme a sus facultades provinciales conservadas en ejercicio del poder de policía reglamentario. Además, respeta normas y principios que la mencionada Ley N° 25.675 reconoce, adecuándose al Principio de Congruencia y a otros como el Principio de Prevención, Principio de Sustentabilidad y Principio de Equidad Intergeneracional.

La parte actora afirma un abuso de la Ley N° 9526, debido a que en cierta forma prohíbe lo permitido por el Código de Minería dictado en consecuencia del art. 75 inc. 12 de la CN; a tal fin, no solo adhiero a que ambas han sido dictadas en consecuencias de normas constitucionales distintas, sino que la Ley N° 9526 reglamenta el ejercicio de la actividad minera dentro del territorio de la provincia en pleno ejercicio de sus facultades, sin prohibirla en forma absoluta. Sus disposiciones deberán ser respetadas no solo porque así lo consagra la ley, sino porque así lo reconoce el mismo código de fondo

en su art. 233: “La protección del ambiente y la conservación del patrimonio natural y cultural en el ámbito de la actividad minera quedarán sujetas a [...] y a las que oportunamente se establezcan en virtud del Artículo 41 de la Constitución Nacional” (Ley N° 1919, 1997, art. 233).

El Tribunal, mediante una sentencia ejemplar que constituye un precedente, prioriza y sostiene constitucionalmente la facultad provincial para legislar en materia ambiental dentro de su territorio complementando disposiciones normativas superiores, pese a las discusiones que se generan respecto al contenido de otras leyes. Reconocer esta potestad local en materia ambiental es indispensable, ya que, aunque existen necesidades y problemas comunes a todo el país, considerando su extensión, cada sector requiere protección y soluciones propias. De esta manera, desde una mirada más cercana, se permite una detección temprana del efecto negativo, y una rápida tarea de prevención.

## **Conclusión**

La resolución judicial en estudio demuestra un ejemplar ejercicio de control de constitucionalidad por parte del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba al sostener la constitucionalidad de la Ley N° 9526 de carácter local, y fija un importante precedente en lo que respecta a la competencia legislativa ambiental de las provincias, que hasta entonces su interpre-

tación era objeto de discusión.

La última reforma constitucional ha puesto en evidencia la necesidad de tomar conciencia sobre la protección del medio ambiente, y la forma más eficaz de alcanzarlo es mediante un mayor despliegue normativo descentralizado en materia ambiental que fortalezca nuestro sistema federal de gobierno.

En definitiva, considero de gran importancia lo resuelto en la sentencia bajo estudio, por cuanto sirve de modelo para

las demás Provincias de nuestro territorio nacional, reconociendo el alcance de sus competencias legislativas complementarias en la materia, Medio Ambiente, más precisamente en el ámbito de la actividad minera, debiendo reglamentar la actividad productiva y reforzar la protección de los recursos naturales, en miras de una mejor calidad de vida para el futuro. ■

***Los autores de este artículo declaran que no tienen ningún conflicto de intereses.***

## **Bibliografía**

- Ábalos, M. G. (2011). "Ambiente y minería: Distribución de competencias en el federalismo argentino". Le ley online. Recuperado de: <https://informacionlegal-com-ar.ebook.21.edu.ar/>
- Bidart Campos, G. (2006). "Manual de la constitución reformada, Tomo I". Buenos Aires, AR: EDIAR.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (1995). "Roca, Magdalena c/ Buenos Aires, Provincia de s/ inconstitucionalidad". Sentencia del 16 de mayo de 1995. Fallos 318:992. Recuperado de: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=5077>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, (2007). "Villivar, Silvana Noemí c. Provincia de Chubut y otros". Sentencia del 17 de abril de 2007. Fallos 330:1791. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/>
- Gelli, M. A. (2001). "La competencia de las provincias en materia ambiental". La ley online. Recuperado de: <https://informacionlegal-com-ar.ebook.21.edu.ar/>
- Hernández, A. M. (2012) Derecho Constitucional, Tomo I. Buenos Aires, AR: La Ley Ley n°1919, (1997). Código de Minería de la República Argentina. Honorable

Congreso de la Nación. Recuperado de:  
<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-1919-43797/actualizacion>

Ley n° 24.430, (1994). Constitución Nacional Argentina. Honorable Congreso de la Nación. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

Ley n° 25.675, (2002). Política Ambiental Nacional - Ley General del Ambiente. Honorable Congreso de la Nación. Recuperado de:  
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/79980/norma.htm>

Ley n° 9526, (2008). Prohibición en Territorio Provincial de la Actividad Minera Metalífera en la Modalidad a Cielo Abierto. Legislatura de la Provincia de Córdoba. Recuperado de:  
<http://web2.cba.gov.ar/web/leyes.nsf/0/54106CC36ADDEEAC03257C0F004BC8D4?OpenDocument>

Sabsay, D. A. (1997). “El nuevo artículo 41 de la constitución nacional y la distribución de competencias nación-provincias”. Buenos Aires, AR: La Ley.

Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala electoral, de competencia originaria y asuntos institucionales, (2015). "Cemincor y Otra c/ Superior Gobierno de la Provincia - Acción Declarativa de Inconstitucionalidad". Sentencia N°9 del 11 de agosto de 2015. Recuperado de: <https://informacionlegal-com-ar.ebook.21.edu.ar/>

Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala electoral, de competencia originaria y asuntos institucionales, (2016). “Cemincor y Otra c/ Superior Gobierno de la Provincia - Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”. Auto n°162 del 28 de julio de 2016. Recuperado de:  
<http://jurisprudenciacba.justiciacordoba.gob.ar/cordoba.php#>

# Acerca de la necesidad de regular la tutela anticipada en la provincia de Córdoba

## About the Need to Regulate Interlocutory Injunction in the province of Córdoba

 Rodolfo Lingua Rostagno<sup>2</sup>

### Resumen

Este artículo reflexiona acerca de la conveniencia de legislar la tutela anticipada en el ordenamiento procesal de la provincia de Córdoba. Se revisa la doctrina, jurisprudencia y legislación en relación a esa problemática en función de su relevancia y pertinencia. Luego de examinar las posturas existentes al respecto se concluye conveniente legislar la tutela anticipada, manteniendo la esencia de la figura en los términos en que lo ha hecho la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el máximo tribunal de la provincia en la misma dirección. Se propone reformar el Código Procesal Civil de Córdoba propiciandole la inclusión de un capítulo sobre Tutela Anticipada.

**Palabras clave:** anticipo de tutela; tutela judicial efectiva; debido proceso legal; medidas cautelares; procesos urgentes; Córdoba

### Abstract

This article reflects on the convenience of legislating interlocutory injunction in the procedural system of the province of Córdoba. The doctrine, jurisprudence and legislation related to this issue are reviewed in terms of its relevance and pertinence. After examining the existing positions on the matter, we concluded that it is convenient to legislate the interlocutory injunction, maintaining the essence of the figure in the terms in which the Supreme Court of Justice of the Nation and the highest court of the province have done it in the same direction. It is proposed to reform the Civil Procedure Code of Cordoba by including a chapter on interlocutory injunction.

**Keywords:** Interlocutory Injunction; Effective Judicial Guardianship; Due Process of Law; Injunctions; Urgent Proceedings; Córdoba.

---

<sup>2</sup> Maestría en Derecho Procesal, Universidad Siglo 21

Desde hace bastante tiempo el derecho occidental atraviesa un proceso de constitucionalización del derecho privado, en el cual se encuentra sometido, en particular el derecho procesal, a exigencias adaptativas que le exigen orientar su fundamentación teórica, su estructura formal y su funcionamiento material en torno a un conjunto de pautas perfiladas por el paradigma neoconstitucionalista dominante en la actualidad (Vigo, 2007, 2010).

Uno de los principios del Estado de derecho reconocido ampliamente bajo ese influjo es el acceso a la justicia, tendiente a asegurar a todos los habitantes que podrán acudir ante los tribunales para reclamar y obtener una protección jurídica concreta y real. La tutela del derecho es consecuencia necesaria de su propia existencia, no siendo suficiente el reconocimiento de un derecho por parte del ordenamiento jurídico sin que, al mismo tiempo, se lo proteja de forma efectiva (Marinoni, 2010, pág. 60). Así emerge un derecho fundamental denominado Tutela Judicial Efectiva vinculado de manera estrecha a la duración razonable del proceso.

En ese sentido, el artículo 39 de la constitución de Córdoba establece que "todo proceso debe concluir en un término razonable" y su Código Procesal recepta expresamente el principio de fatalidad de los plazos. La Ley 10555 implementó la oralidad como prueba piloto en procesos judiciales de daños y perjuicios que tramitan por el actual juicio abreviado y

en los procesos en los cuales las partes lo soliciten de común acuerdo o a propuesta del juez para acelerar los tiempos procesales. Además, se elimina la posibilidad de recusar sin causa y se encarga la responsabilidad de dictar sentencia al juez que hubiera presenciado las audiencias.

Sin embargo, el tiempo que lleva tramitar las causas judiciales en circunstancias normales amenaza a veces con tornar ineficaz el derecho de las partes. En ciertos casos, ellas pretenden obtener la satisfacción temprana de sus pretensiones sin atravesar el largo camino hasta llegar al dictado de una sentencia definitiva. Es lo que desde la dogmática procesal se denomina "adelanto (o anticipo) de jurisdicción", el cual presenta dos partes enfrentadas.

En un lado se ubica el peticionante, que procura el reconocimiento anticipado de su pretensión; su argumento radica en que limitarse a esperar el oportuno decisorio podría ocasionarle un grave daño, privándole incluso de la posibilidad de hacer efectivo su derecho, lo que equivaldría a vaciarlo de contenido material y tornarlo abstracto. Se argumenta en su favor que es preciso flexibilizar las formas para viabilizar la realización de ese derecho.

En el otro lado se encuentra el demandado, quien, pese a no ser condenado en una sentencia y ni siquiera haber transitado la etapa probatoria del proceso para ejercer la defensa de su derecho, es forzado a satisfacer patrimonialmente a

la contraria. Desde esa perspectiva, se advierte que el anticipo de tutela viola el derecho a la defensa en juicio, con lo que se vulnera el debido proceso legal.

Tal escenario deja entrever los perfiles ciertamente controvertidos de la tutela anticipada, lo que explica los debates y controversias que genera, cuyo tratamiento excede el marco de este artículo. Frente al entusiasmo con que una parte de la doctrina alienta la necesidad de consolidar legalmente la figura, otro sector considera que no existen en la actualidad obstáculos para su andamiaje en aquellas legislaciones que no prevén un régimen especial, y estiman que su regulación es apresurada, innecesaria o sobreabundante.

La falta de legislación específica del instituto en Córdoba ha provocado heterogeneidad de criterios para su planteo y resolución, lo que da lugar a soluciones dispares. A las vacilaciones que suscita en doctrina y jurisprudencia se añade la coexistencia de criterios regulatorios disímiles en otras provincias. Ello genera un problema para la

seguridad jurídica, pues no existe un criterio que otorgue a las justiciables la necesaria certeza acerca de las condiciones de admisibilidad del instituto. Surge así el interrogante acerca de la necesidad de adoptar un sistema que permita resolver de manera uniforme los casos de aplicación del anticipo de tutela.

Un sector de la doctrina encuadra a la tutela anticipada en el marco de los sistemas cautelares<sup>3</sup>, mientras que otra considera que es un instituto jurídico de perfiles diferentes, con presupuestos y caracteres propios<sup>4</sup>. Adhiere a la primera postura la jurisprudencia emanada del leading case “Camacho”, en donde la Corte dictó un fallo anticipatorio aplicando la cautelar innovativa. Por otro lado, algunos códigos procesales provinciales, como el de La Pampa, ubican al instituto en el capítulo de las medidas cautelares. Se ha señalado que los requisitos de viabilidad del anticipo de tutela son idénticos a los de cualquier medida cautelar, “sin perjuicio de que pueda ser utilizado el instituto como matriz para la creación de otros subsistemas que apun-

---

<sup>3</sup> Desde esta óptica se la define como un sistema cautelar en virtud del cual la jurisdicción, a través de una actuación asegurativa o protectoria, resguarda –manteniendo o alterando– una determinada situación de hecho o de derecho, propendiendo a la eficacia de la sentencia definitiva, a través de una inmediata actuación de la ley en el proceso, a los fines de evitar un daño, o los riesgos de un menoscabo, o de un perjuicio que resultan manifiestos o inminentes, en desmedro de derechos fundamentales. (Rojas, 2009, pág. 150)

<sup>4</sup> Para esta postura, es el instituto procesal que contempla la satisfacción provisoria de una pretensión urgente, que es coincidente total o parcialmente con lo pretendido en la demanda y que se funda en la necesidad de evitar un perjuicio irreparable o, en otros casos, en neutralizar el abuso de la defensa, mediante la decisión y ejecución de una pretensión material antes del dictado de la sentencia definitiva (De los Santos, 2009, pág. 121).

ten a una tutela inmediata, aunque tenga carácter provisional o protectorio” (Rojas, 2017).

En el segundo sector, el Código de Processo Civil de Brasil y el Código Procesal de San Juan la ubican dentro de las disposiciones generales o en capítulos distintos de los correspondientes a las cautelares, considerando que no tiene naturaleza cautelar. Participan de dicha tesitura, entre otros, Gozaini, (2009) Peyrano (2010), Carbone (2011), y Rivas (2013) para quien la diferenciación no es meramente teórica, señalando que la jurisprudencia suele rechazar la anticipación con el argumento de que lo cautelar no admite que su objetivo pueda coincidir con el buscado por la pretensión principal.

En relación a la clasificación de la medida, siguiendo la sistemática procesal brasileña, se reconocen dos especies: tutela anticipada de urgencia y tutela anticipada de evidencia<sup>5</sup>.

Para la doctrina que considera a la tutela anticipada como una medida cautelar más, la procedencia de la tutela anticipa-

da exige idénticos requisitos que una medida precautoria tradicional, aunque deben presentarse con mayor intensidad, mientras que los autores que niegan carácter cautelar al instituto exigen presupuestos adicionales. En principio, se mencionan estos requisitos para su concesión (Berizonce, 1996; Peyrano, 1997; Pauletti, 2012):

1. Fuerte verosimilitud en el derecho. Se exige convicción suficiente, o fuerte probabilidad de la existencia del derecho. Se trata de un concepto ambiguo, que debe ser interpretado por el juez en cada caso concreto. Algunos autores hablan de que la verosimilitud, en este caso, equivale a cuasi certeza (De los Santos, 2009).
2. Grave peligro en la demora. Exige acreditar un grado de urgencia de una entidad capaz de colocar al solicitante ante un grave daño de no concederse.
3. Contracautela: se requiere que el peticionario preste una contracautela efectiva para asegurar la eventual restitución de lo percibido anticipadamente, excepto que se encuentre

---

<sup>5</sup> En tal sentido, se explica que en la tutela anticipada de urgencia el papel principal lo cumple la 'urgencia' interpretada como una situación que aqueja al requirente y que lo expone a sufrir un perjuicio de entidad distinta y mayor que el representado por el hecho de tener que soportar las molestias y gravámenes propios de la demora que acarrea la sustanciación de cualquier litigio. Mientras que en la tutela anticipada de evidencia el factor 'evidencia' (entendida como fortísima verosimilitud, superior incluso a la que se reclama en el caso de la tutela anticipada de urgencia, fundamento de la pretensión contenida en la demanda correspondiente) asume el papel preponderante para legitimar el dictado de una sentencia de manera provisoria que satisface, total o parcialmente, lo pretendido por la actor (o reconviniente), quedando lo percibido sujeto a eventuales repeticiones si es que la sentencia final resultara adversa al beneficiario de la tutela anticipada de evidencia (Medina, 2012, pág. 7).

eximido de hacerlo. De manera más precisa, se recuerda que la contracautela no es propiamente un requisito, sino una condición de ejecutabilidad (Peyrano, 1997, pág. 82).

En la mayoría de las legislaciones provinciales se agregan otros presupuestos:

- Sustanciación. Mientras parte de la doctrina entiende que la tutela anticipada requiere sustanciación, correspondiendo que su destinatario sea escuchado por órgano jurisdiccional antes de pronunciarse (De los Santos, 2009) otro sector considera que una exigencia tal conduciría a desvirtuar el instituto (Rojas, 2015c).
- Que los efectos de la resolución anticipatoria sean fácilmente reversibles; por ejemplo, su concesión no debe implicar un pronunciamiento anticipado de una sentencia constitutiva, tal como una nulidad, ni debe consistir en transferencias de dominio. Al respecto, Falcón considera, en efecto, que la anticipación no debe producir efectos irreparables en la sentencia definitiva, en la balanza debe ponerse en contraposición a la urgencia impostergable por un eventual daño irreparable (Falcón, 2006, págs. 901, 902).
- El sistema procesal brasileiro derogado requería que la actitud procesal del demandado evidencie, prima facie, abuso del derecho de defensa o manifiesto propósito dilatorio, siendo innecesario justificar el temor

fundado de daño irreparable o de difícil reparación.

En diversos fueros provinciales resulta habitual el otorgamiento de anticipos de tutela. Su regulación expresa se ha realizado con criterios dispares y reconociendo fuentes distintas. En cuanto a la técnica legislativa empleada, habitualmente radica en adaptar textos procesales extranjeros, particularmente el de Brasil, a pesar de sus diferencias con la sistemática procesal argentina. En la mayoría de los casos se la legisla como instituto no cautelar, exigiendo mayores requisitos para su concesión que las previstas para dictar las cautelares. Otras la encuadran bajo la forma de las medidas cautelares, habilitando una instancia principal posterior. Los primeros ordenamientos en incluirla fueron los códigos procesales de La Pampa y San Juan. Posteriormente lo hicieron los de San Luis, Formosa y Chaco.

Se han formulado severas críticas al criterio seguido en esos ordenamientos por considerarlos excesivamente reglamentarios (Rojas, 2015, 2015b, 2015c, 2017). Entre otras consideraciones, se argumenta que en ellos se pretende regular la tutela anticipada como instituto independiente, imitando al sistema brasileño derogado y al actual, subrayando que la decisión que se adopte es siempre provisional. Se agrega que ello permite observar el error de base del desarrollo de la doctrina brasileña en cuanto que la finalidad de la tutela cautelar es resguardar, mientras que la tutela anticipada

sirve para satisfacer (Rojas, 2015)<sup>6</sup>.

A diferencia de lo ocurrido en otros sistemas procesales, la legislación federal no la regula, y su aplicación se desarrolló por la vía del régimen cautelar establecido para la prohibición de innovar, en la mayoría de los casos en su formulación innovativa, dentro de las previsiones contenidas en el art. 230 del Código Procesal, o bien en el marco del art. 232, que regula la medida cautelar genérica o innominada. El Anteproyecto de Código Procesal Civil de la Nación (2018) contiene artículos que expresamente contemplan la tutela anticipada, tanto en el proceso ordinario por audiencias como en los procesos urgentes.

Su reconocimiento jurisprudencial por parte de la Corte Suprema se produjo en 1997, en “Camacho Acosta” (Recurso de hecho, “Camacho Acosta, Maximino c/

Grafi Graf S.R.L”, 1997)<sup>7</sup> en donde se estableció que el anticipo de jurisdicción relativo al examen por parte de los tribunales de las medidas cautelares innovativas, no implica la adopción de una providencia definitiva respecto a lo pretendido por el actor. Ello se coloca como fundamento de una mayor prudencia al momento de evaluar los requisitos de admisibilidad de la medida solicitada, esto es la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora), los cuales el tribunal estimó acreditados suficientemente en el proceso<sup>8</sup>.

Posteriormente, la Corte terminó de perfilar los rasgos centrales del instituto en el caso “Pardo” (Recurso de hecho, “Pardo, Héctor Paulino y otro c/ Di Césare, Luis Alberto y otro s/ art. 250 del C.P.C.”, 2011)<sup>9</sup>. Allí, además de reiterar el criterio según el cual las medidas cautelares pueden enfocar sus proyecciones

---

<sup>6</sup> También se menciona que los códigos provinciales pretendieron transformar la tutela anticipada en una especie de nuevo proceso, sin advertir que continuaban utilizando los presupuestos de viabilidad de las cautelares y otorgando carácter provisional a la resolución que se adopte, con el agravante de endurecer los requisitos de admisibilidad. Ello conduce “más a su rechazo que a facilitar su concesión”, pues al comparar sus requisitos de cara a los presupuestos del art. 230, resulta que, con las regulaciones provinciales no hubieran sido posibles las soluciones del Camacho Acosta “ni menos aún del caso Pardo” (Rojas, 2015b).

<sup>7</sup> En esos autos se ventilaba un proceso de indemnización de daños y perjuicios, en el cual el actor pretendía el dictado de una medida cautelar innovativa que impusiera a los demandados el pago de una prótesis para reemplazar su antebrazo izquierdo, amputado por una máquina de propiedad de aquéllos. Al llegar la causa a la Segunda Instancia, se confirmó la resolución del inferior, rechazando la medida cautelar innovativa por considerar que el recurrente había incumplido el recaudo de la verosimilitud del derecho, entendiendo que examinar la cuestión debatida por parte del tribunal, tendría como consecuencia incurrir en prejuizamiento, al emitir opinión sobre el *thema decidendum*.

Finalmente, la Corte declaró admisible el recurso incoado, dejando sin efecto la sentencia apelada con fundamento en el art. 5 inc. 1 de la CADH que tutela la integridad física y psíquica de las personas.

<sup>8</sup> Ver nota al pie página siguiente

<sup>9</sup> Ver nota al pie página siguiente

sobre el fondo de la controversia mientras dure el litigio (función prevencional), la Corte utilizó esta vez, para califi-

car a la figura el nomen juris de “tutela anticipatoria”, y no ya el de medida innovativa, como en “Camacho Acosta”. De tal

---

<sup>8</sup> Dijo la Corte en el caso “Camacho”:

Que, si bien es cierto que las resoluciones adoptadas en materia de medidas cautelares no son susceptibles de revisión por la vía del recurso extraordinario, tal principio cede cuando la decisión produce un agravio de insuficiente, tardía o dificultosa reparación ulterior, o bien cuando la alteración de la situación de hecho o de derecho pudiera influir en la sentencia o convertiría su ejecución en ineficaz o imposible {...}

Que esta Corte ha considerado a la medida cautelar innovativa como una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, y que, por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión {...}

Que el juez de grado tuvo por acreditada prima facie la verosimilitud del derecho invocado por el actor cuando dispuso la traba de embargo sobre bienes muebles e inmuebles del patrimonio de los demandados a fin de resguardar el eventual pronunciamiento a dictarse sobre el planteo indemnizatorio del apelante; verosimilitud que se vincula con los presupuestos de la relación jurídica y circunstancias fácticas determinantes del reclamo.

Que para probar el recaudo del peligro en la demora, necesario en toda medida cautelar, el recurrente llevó a cabo diligencias a fin de evidenciar la existencia de los intentos realizados por los demandados para disminuir su patrimonio, lo que se veía agravado por la falta de seguro de accidentes de trabajo respecto del personal que desarrollaba sus tareas en la empresa Grafi Graf S.R.L.

Que ello resulta así pues es de la esencia de esos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones, en tanto dure el litigio sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva (Recurso de hecho, “Camacho Acosta, Maximino c/ Grafi Graf S.R.L”, 1997).

<sup>9</sup> En el marco de un juicio de daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito, en el cual una niña que circulaba en bicicleta había sido embestida y arrastrada por un automóvil y quedó en estado vegetativo, con una cuadriplejía espástica de carácter irreversible. Los actores y padres de la niña incoaron en su representación un incidente de tutela anticipatoria con el objeto de que el demandado y su compañía aseguradora afrontaran el costo de diversos elementos ortopédicos, y una suma mensual para sufragar la atención médica y los gastos que demandaba el cuadro de salud de la joven, postrada en estado vegetativo, con una cuadriplejía espástica de carácter irreversible. Adujeron la falta de recursos económicos y la presunción de responsabilidad prevista en el art. 1113, párrafo segundo, segunda parte, del Código Civil, constancias de la causa penal e informes médicos, precedentes de la Corte Suprema, normas constitucionales y tratados internacionales que tutelan el derecho a la vida, a la salud, derechos de los menores y de las personas discapacitadas. En primera instancia se admitió la medida anticipatoria, que luego fue revocada por el tribunal de alzada con el argumento de que, a diferencia de las medidas cautelares clásicas, la admisión de la peticionada exigía la “casi certeza” de que la existencia del derecho, cuando del informe de accidentología vial obrante en la causa penal, surgía que la joven podía haber intervenido en parte en la producción del evento, de modo que aun admitiendo que existiera verosimilitud del derecho, no podía tenerse por acreditada aquella exigencia mayor. Los reclamantes y la Defensora Pública de Menores e Incapaces dedujeron recursos extraordinarios contra esa decisión, que llegaron vía queja a la Corte Suprema, la cual los receptó favorablemente.

manera, reconoció a la tutela anticipada de urgencia como adelantamiento provisorio del fallo principal, al destacar que ese anticipo de jurisdicción permitía asegurar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, del cual forma parte la eficacia como objetivo jurisdiccional. (Pauletti, 2012, pág. 58)<sup>10</sup>.

En la provincia de Córdoba, la falta de regulación procesal no ha impedido a los tribunales reconocer el andamiaje de la anticipación de la tutela en diferentes casos. El derecho procesal cordobés regula las medidas cautelares clásicas (embargo preventivo, intervención judicial, inhibición general de bienes, anotación de Litis y prohibición de innovar) en los arts. 456 y ss. Pero, además, en el art. 484 de la Ley 8465 (“medidas cautelares no enumeradas” o innominadas) establece la posibilidad de solicitar otras cautelas: “Fuera de los casos

previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que, durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable, podrá solicitar las medidas que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia”<sup>11</sup>.

El leading case en el fuero ordinario de Córdoba es el caso “Anife” (Anife, Francisco M. y Otra c. Ester Sticotti y Otros/ Ordinario, 2001), en el cual la Cámara 5.a en lo Civil y Comercial de la ciudad de Córdoba, mediante auto interlocutorio n° 424 (11/09/2001) despachó una medida innovativa a título de tutela anticipada<sup>12</sup>. En los autos “C. I. N. c/ N. O. S. y Otros - Abreviado”, se aprecia de qué manera se han estimado los extremos que deben acreditarse para conceder una medida

---

<sup>12</sup>Para el máximo tribunal, 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 para hacer efectivos los derechos sustanciales que requieren protección. En ese marco de actuación, estas medidas se presentan como vías aptas para asegurar el adecuado servicio de justicia y evitar el riesgo de una sentencia favorable pero ineficaz por tardía. El procedimiento civil debe efectivizar la protección del derecho material, con mecanismos preventivos si es necesario, se cuente o no con regulación positiva, merced a la primacía de los derechos fundamentales, evitando que el rigor formal pueda frustrarlos. Es una muestra de la flexibilización del principio de legalidad de las formas que caracterizó al proceso civil clásico, dando paso al principio de adecuación de las formas, que permite actualmente al Poder Judicial buscar las vías para garantizar la eficacia de los derechos y evitar su vulneración (Pauletti, 2012, pág. 60 y 61)

<sup>11</sup>Dicha posibilidad fue admitida en numerosas ocasiones por la jurisprudencia provincial. En tal sentido, se dijo que: “La viabilidad de las medidas cautelares genéricas es pasible en el ámbito de nuestro ordenamiento ritual aun cuando no exista una previsión normativa expresa, por aplicación de lo dispuesto en los arts. 16 CC y 1344 CPCC, que establecen para el juez el deber de recurrir a las leyes análogas y a los principios generales del derecho ante el silencio u oscuridad de una ley; ello así, aquéllas pueden aplicarse por estar previstas en distintos códigos vigentes en el país”, Civil, Com. y Trab. Villa Dolores, 7/11/1988. “Castro, Juan Cc/ Jockey Club Villa Dolores” La Ley Córdoba, 1989; p.884.

<sup>12</sup>Ver nota al pie página siguiente

anticipada. En dicha causa se dejó establecido que:

a) La verosimilitud del derecho que se necesita para este tipo de medidas debe ser de interpretación restrictiva. b) Peligro en la demora: Es una de las bases inexcusables para su procedencia, como razón de ser del instituto de las medidas cautelares y en particular de las medidas anticipatorias, que tienen por objeto principal evitar un daño irreparable que puede producir el lento camino hacia la sentencia definitiva, otorgándose en todo o en parte la pretensión esgrimida en demanda. c) Contracautela: Para cierta parte de la doctrina, más que un presupuesto de procedencia de las medidas cautelares, constituye una exigencia para su ejecutividad, que requiere haberse acreditado los restantes presupuestos (verosimilitud del derecho y peligro en la

demora), siendo innecesario, en caso contrario, entrar en la averiguación de su cumplimiento, toda vez que se estaría resolviendo sobre una situación abstracta.

Por su parte, en lo relativo al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tanto la Comisión como la Corte Interamericana pueden adoptar medidas urgentes de protección para evitar una afectación grave e inminente de los derechos fundamentales de los individuos<sup>13</sup>. Las medidas que solicita la Comisión a los Estados se denominan medidas cautelares, mientras que las que ordena la Corte a los Estados que ratificaron a la CADH son denominadas medidas provisionales. La CIDH ha explicado que el derecho a la tutela judicial efectiva implica que los jueces dirijan el proceso de manera que evite dilaciones y entorpe-

---

<sup>10</sup>La medida consistió en designar como depositarios judiciales de un inmueble a un matrimonio de ancianos, quienes, habían transferido la nuda propiedad de un inmueble a tres hijos, conservando el usufructo. Como consecuencia de ser demandado judicialmente uno de los hijos, se ordenó la subasta judicial de un tercio de la nuda propiedad, a causa de lo cual los compradores lograron ingresar y ocupar el inmueble, al que le hicieron importantes mejoras. Al enterarse de ello los titulares del usufructo, que vivían transitoriamente en otra ciudad, iniciaron una acción de reivindicación, en la cual los compradores en subasta judicial hicieron valer el derecho de retención proveniente de las mejoras introducidas. En el pleito, el tribunal cordobés hizo lugar a dicha medida innovativa, en virtud de la cual los titulares del usufructo pudieron ocupar nuevamente su antigua casa-habitación, previa prestación de contracautela. La avanzada edad de los requirentes y sus escasos recursos económicos fueron las circunstancias que determinaron a la Alzada a entender acreditado el peligro de un perjuicio irreparable si no se les permitiera regresar a su hogar.

<sup>13</sup>Estas medidas ostentan un doble carácter: cautelar (preventive) en los casos contenciosos internacionales, en los cuales tienen como finalidad preservar los derechos en riesgo hasta que se resuelva el litigio, para preservar la efectividad de la sentencia que se dice, y tutelar (protective), que constituyen un recaudo o garantía jurisdiccional de carácter preventivo, en tanto protegen derechos humanos para evitar daños irreparables a los individuos. Estos instrumentos tienen en común que se dirigen a "garantizar la eficacia práctica de los derechos para que no sean solamente retóricos" ("Caso Kawas Fernández v. Honduras". Medidas provisionales respecto de Honduras., 2011, parr. 24).

cimientos indebidos, sin detrimento de los principios del debido proceso legal, cuando aquéllos puedan acarrear impunidad y frustrar la debida protección judicial de los derechos humanos. ("Caso Mack Chang". Sentencia, 2003, nota 11 parr.207; "Caso Bulacio". Sentencia., 2003, parr.115)<sup>14</sup>.

La mayoría de la doctrina nacional, entre ellos Berizonce, Medina, Pauletti y De los Santos, considera necesario legislar el instituto, postura que se fundamenta, sobre todo, en la necesidad de dar certeza y seguridad jurídica a los justiciables. Sostiene Berizonce que cuando se trate de medidas anticipatorias susceptibles de producir efectos materiales definitivos deben ser explícitamente reguladas en la ley; tales medidas deben ser de

interpretación restrictiva y requieren para su otorgamiento, por regla, la fijación de una audiencia previa para oír a la contraria, sin perjuicio de su impugnación por los medios comunes (Berizonce, 1996). En sentido contrario, parte de la doctrina pone en dudas la necesidad de regular el instituto<sup>15</sup>.

Aunque la tarea jurisprudencial ha sido crucial para delinear la inteligencia adecuada en la interpretación del instituto, debe recordarse que, conforme la tradición legalista que impera en nuestro derecho, ubicado dentro del sistema continental, la jurisprudencia tiene aplicación suplementaria de la ley, pues aclara los textos legales, integra sus vacíos y les brinda coherencia y armonía, pero no puede sustituirla, de conformi-

---

<sup>14</sup>Se ha indicado, en tal sentido, que: "[...] este control urgente de los efectos del tiempo, para otorgar una efectiva tutela de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos que ocurren ante la jurisdicción, no puede ser obtenido por el proceso de declaración ordinario, como tampoco por el de ejecución, puesto que éstos, para que puedan brindar una efectiva protección a los derechos e intereses de los justiciables, necesitan de un espacio de tiempo "razonable" para que pueda concretarse la formulación concreta de la regla de derecho, es decir, el establecimiento de la existencia del derecho (proceso declarativo), o ya para conseguir la actuación práctica de esta regla en vía coactiva, o sea a través del empleo efectivo o potencial de la fuerza de parte del ordenamiento" (Bordalí Salamanca, 2001, pág. 53).

<sup>15</sup>En esa corriente se encuentra Rojas, al afirmar que: No se puede arropar al juez con un volumen de normas que "autoricen" su tarea, pretendiendo simplemente servir al pie de la letra la solución apropiada para cada caso, y menos aún en una materia como la que ocupa la atención o hace a la operatividad de los sistemas cautelares, que son los que en definitiva generan la llamada tutela anticipada, o el anticipo de jurisdicción para la tutela efectiva de los derechos fundamentales, pues por la vía reglamentarista que se intenta, se obtura el funcionamiento que tienen las medidas cautelares, aun dentro del ámbito excepcional -o atípico- en el que pueden funcionar; y lo que resulta más preocupante aun, es la restricción impuesta a la labor jurisdiccional a manos del legislador. {Corresponde} reforzar el mantenimiento del criterio desarrollado por la Corte Nacional Argentina en materia de tutela anticipada, siguiendo los jueces su razonamiento para decidir en esa materia, más allá de la abstención que debería observar el legislador para su pretendida regulación, ya que por vías como las expuestas se provoca una regresión en los avances obtenidos merced al desarrollo de la doctrina de la Corte, incompatible con la responsabilidad que le cabe al país a la luz de los Tratados Internacionales (Rojas, 2015, págs. 504-519).

dad al principio de legalidad de las formas. En consecuencia, resulta ineludible regular la figura mediante una ley que brinde suficiente certeza en cuanto a su contenido y otorgue así a los justiciables la seguridad jurídica resultante de su conocimiento previo. Ello permitirá diferenciarla de institutos como las medidas autosatisfactivas, cubriendo el vacío normativo actual que obliga a los tribunales a una aplicación analógica. Además, conducirá a fortalecer el principio de tutela judicial efectiva.

La tutela anticipada, en virtud de sus rasgos característicos, presenta ciertas diferencias con las medidas cautelares típicas, pero ello no permite sostener que se encuentra fuera del ámbito cautelar. Si bien es cierto que supone la petición de un anticipo de jurisdicción favorable al requirente, lo cual entraña su identificación total o parcial con el objeto de la petición esgrimida en el proceso, y que, además, en la tutela anticipada se exige un grado mayor de verosimilitud en el derecho, no se configura una diferencia de una entidad tal que autorice a excluirlas del conjunto de las cautelares, siendo una suerte de cautelar atípica.

Esa naturaleza le confiere sustento constitucional, pues, aunque en determinadas ocasiones pueda interpretarse que lo concedido anticipadamente tenga carácter definitivo, la existencia de contracautela suficiente otorga necesaria protección al demandado. Por otro lado, su carácter excepcional admite adecuar las formas procesales, a fin de

que un excesivo ritualismo no frustre el derecho sustancial que requiere protección urgente. Por esas características, corresponde otorgarle un tratamiento particular respecto del resto de las cautelares, en especial de la medida innovativa.

Debe consagrarse un sistema que no transforme al anticipo de tutela en una suerte de nuevo proceso, con presupuestos de admisibilidad excesivos que desvirtúen su sentido y finalidad. Si así ocurriera, se violaría el principio de tutela jurisdiccional efectiva y de progresividad, en sentido contrario al desarrollo de la figura en la doctrina de la Corte. El régimen regulatorio debe seguir esas pautas, para lo cual se estima adecuado el sistema establecido en Mendoza, cuya regulación es simple y permite su aplicación eficaz y oportuna.

Más allá de su reconocimiento positivo, su aplicación en cada caso particular exigirá a los jueces ponderar qué solución corresponde adoptar. En esa tarea deberán encontrar el equilibrio que permita conceder satisfacción urgente al derecho del peticionante sin afectar el derecho de defensa del demandado, de conformidad al concepto moderno de tutela judicial efectiva, más amplio y completo que el de debido proceso legal. Cualquier intención de reglamentación casuística derivaría en un procedimentalismo estéril y contrario a la evolución del derecho procesal moderno, fuertemente protectorio de los derechos fundamentales<sup>16</sup>. En esos términos, se considera a la tutela

anticipada como derivación del “activismo judicial”<sup>17</sup>.

Para finalizar, debe advertirse que el debate doctrinario al respecto está lejos de haberse agotado. Por el contrario, cobra una relevancia singular en este momento, en el que se encuentran en

proceso de redefinición los mismos fundamentos y principios del derecho procesal. En tal sentido, nuestro aporte se completa con la presentación de un proyecto de reforma<sup>18</sup>, que esperamos sea útil para continuar una reflexión que entendemos imprescindible. ■

**Los autores de este artículo declaran que no tienen ningún conflicto de intereses.**

---

<sup>16</sup>Más allá de lo contenido en los códigos de forma vigentes, los perfiles actuales del derecho procesal deben ser evaluados de conformidad a los derechos procesales derivados de la Constitución, los Tratados Internacionales y del derecho a la tutela judicial efectiva como derecho fundamental en sí mismo, lo cual queda manifiesto en el “control de convencionalidad por omisión” realizado en “Pardo”, cuando se apuntó que el anticipo de jurisdicción solicitado, tendía a remediar un agravio a la integridad de la persona tutelada por la CADH y por la CDPD (art. 5.1 y arts. 10, 17 y 25, respectivamente) (Pauletti, 2012, pág. 59).

<sup>17</sup>Caracterizado por “la creatividad de las sentencias, al protagonismo del tribunal y al aggiornamento del servicio de justicia” (Morello, 1989, pág. 119).

<sup>18</sup>**Propuesta de Reforma al Código Procesal Civil de Córdoba**

Se propone introducir un conjunto de artículos en el Código Procesal de la provincia, en el marco de una reforma integral del cuerpo legal. Tales artículos estarían incluidos en uno de los títulos ubicados en el capítulo de las medidas cautelares. Se consultó en especial como fuente, el Anteproyecto de Código Procesal Civil de la Nación, en particular las críticas formuladas por Rojas (Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, 2018).

Título ... Medidas Urgentes de Tutela Cautelar

Artículo ... Medidas Asegurativas o Protectorias

En cualquier estado del proceso, en aquellos supuestos en los que el Tribunal lo considere necesario para asegurar la tutela efectiva de los derechos, se podrá ordenar, a pedido de parte o de oficio, medidas asegurativas o protectorias de personas, derechos o bienes involucrados en el pleito, siempre que estuvieren expuestos a un peligro actual o inminente.

Artículo ... Tutela Anticipada

En los supuestos en que el objeto de la medida asegurativa o protectoria adoptada se identifique materialmente en todo o en parte con la pretensión principal ejercida en el proceso, se requerirá mayor prudencia por parte del Tribunal a efectos de tener por acreditados los presupuestos que hacen a su procedencia, no incurriendo en ningún caso en prejuzgamiento.

Para su dictado deberán acreditarse los siguientes recaudos:

- a) Que el derecho fuere verosímil.
- b) Que existiere el peligro de que, si se mantuviera o alterara en su caso la situación de hecho o de derecho, ello pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible.
- c) Que se otorgue debida contracautela.

Art. ... Notificación. Luego de trabada la medida se notificará de inmediato la misma, corriendo traslado al afectado, quien podrá contestarlo y formular la oposición que considere correspondiente dentro del plazo de tres días desde que fuera notificado, debiendo ofrecer la prueba que haga a su derecho. (cont.)

## Bibliografía

“Anife, Francisco M. y Otra c. Ester Sticotti y Otro s/ Ordinario” (C5°CC Cba 11 sept 2001).

Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (2018). Buenos Aires: SAIJ. Obtenido de <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/2612>.

Berizonce, R. (1996). Tutela anticipada y definitiva. JA, IV(741).

Bordalí Salamanca, A. (2001). Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil. Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile., XII(2), 51-66.

Carbone, C. (2011). Revisión de los presupuestos cautelares y el nuevo concepto de los procesos subcautelares e infra o mini diferenciados. ED(241), 661-684.

"Caso Bulacio". Sentencia, Serie C No.100 (CIDH, 18 sept 2003).

“Caso Kawas Fernández v. Honduras". Medidas provisionales respecto de Honduras., Serie C N° 196 (CIDH, 5 julio 2011).

"Caso Mack Chang". Sentencia , Serie C No. 101 (CIDH 25 nov. 2003).

“Castro, Juan C c/ Jockey Club Villa Dolores” (Civil, Com. y Trab. Villa Dolores 7 nov. 1988).

De los Santos, M. (2009). La prueba en la tutela procesal anticipada. Buenos Aires: La Ley.

Falcón, E. M. (2006). Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial. T. IV "Sistemas cautelares". Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

---

Art. ... Sentencia. En el supuesto de haberse adoptado una medida cuyos efectos constituyan cautela material, ello fuere consentido por el afectado, y se torne innecesario continuar con el proceso, el Juez dictará sentencia confirmatoria de la medida provisional adoptada, la cual adquirirá autoridad de cosa juzgada material.

Art. ... Oposición. En caso de oposición, el Juez podrá dictar igualmente sentencia, la cual revestirá carácter de cosa juzgada formal, dejando a salvo el derecho del demandado, quien estará habilitado a promover proceso de conocimiento respecto de los derechos involucrados, dentro de los 30 días inmediatos siguientes a su notificación, excepto que pueda decidir sustancialmente el planteo al examinar la prueba adjunta a la oposición, revocando o confirmando la decisión provisional adoptada como tutela anticipada.

Art. ... Recursos. La resolución podrá ser recurrida dentro del tercer día por vía de recurso de apelación, el cual será deducido de manera fundada y al solo efecto devolutivo.

Art. ... Aplicación Supletoria. Para todas aquellas cuestiones que no estuvieren previstas en este título, serán aplicadas supletoriamente las normas establecidas en el régimen general de las medidas cautelares.

- Gozaíni, O. A. (2009). Tratado de Derecho Procesal (Vol. I). Buenos Aires: La Ley.
- Marinoni, L. G. (2010). Tutelas urgentes y tutelas preventivas. Lima: Communitas.
- Medina, G. (2012). Tutela anticipada y daño vital. LL, 13. 15 de febrero de 2012. Obtenido de <http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/tutela-anticipada-y-dao-vital.pdf>
- Morello, A. (1989). La Corte Suprema en Acción. Buenos Aires: Ed Platense-Abeledo Perrot.
- Pauletti, A. C. (2012). Tutela anticipada y proceso civil en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Revista de la Asociación Argentina de Derecho Procesal(8), 55-69.
- Peyrano, J. W. (2010). Tendencias y proyecciones de la doctrina de la tutela anticipada. En J. Peyrano, Nuevas tácticas procesales (págs. 159-174). Buenos Aires: Nova Tesis.
- (1997). Compendio de reglas procesales en lo civil y comercial (2° ed.). Rosario: Zeus.
- R. de hecho “Camacho Acosta, Maximino c/ Grafi Graf S.R.L”, 2348, XXXII (CSJN 7/8/1997).
- R. de hecho “Pardo, Héctor Paulino y otro c/ Di Césare, Luis Alberto y otro s/ art. 250 del C.P.C.”, 320:1633 (CSJN 6 dic. 2011).
- Rivas, A (2013) Los nuevos institutos procesales. Institutas, oct(1).  
<https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=publicacion&idpublicacion=81&idpublicacion=620>
- Rojas, J. (2017). Medidas cautelares, anticipatorias y urgentes. Primeras Jornadas bonaerenses de Derecho del Departamento Judicial de Quilmes. Salón Auditorio del Colegio de Abogados de Quilmes, viernes 25 de agosto de 2017.
- (2015). La tutela anticipada en Argentina y Brasil. Rev Derecho Procesal(2), 479-520.
- (2015b). La Tutela Anticipada entre el procedimentalismo y el activismo judicial. LL, 1, 5 de agosto de 2015. doi:AR/DOC/2170/2015
- (2015c). ¿Hacia la desvirtuación de la tutela anticipada? Diario DPI Cuántico/Derecho para innovar, suplemento Civil y Obligaciones, 2(44). 7 de septiembre de 2015. Obtenido de <https://dpicuantico.com/2015/09/07/diario-civil-nro-44-07-09-2015/?s=>

(2009). Sistemas cautelares atípicos. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Vigo, R. (2010). Del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional. *Auctoritas Prudentium*, 5-16, mayo. Obtenido de <https://unis.edu.gt/ediciones-auctoritas-prudentium/>

(2007). El neoconstitucionalismo y la función judicial: límites, riesgos y perspectivas. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

UNIVERSIDAD  
**SIGLO** 

Editorial Universidad Siglo 21