

Medidas cautelares, anticipatorias y de urgencia en el proceso de amparo

POR **ROBERTO O. BERIZONCE** (*)

Sumario: I. El amparo como tutela urgente y su frustración práctica. II. El fenómeno de la transformación de las medidas cautelares y su proyección como tutelas materiales urgentes, anticipatorias y satisfactivas. III. Las medidas de urgencia (tutelas anticipatorias interinales y materiales) en el amparo y la protección diferenciada de los derechos fundamentales. IV. Interludio. La ley brasileña de mandado de segurança nº 12.016 del 7 de agosto de 2009. V. La articulación de las medidas de urgencia (tutelas anticipatorias interinales y materiales) con el proceso de amparo. VI. Bibliografía.

Resumen:

A partir de la evolución operada desde las clásicas medidas cautelares hacia las denominadas genéricamente tutelas anticipatorias, satisfactivas y de urgencia, en la jurisprudencia y en consonancia con la legislación comparada, se analiza la intensidad del fenómeno que ha conducido a la proliferación de las cautelares materiales y, en ciertos supuestos, al desplazamiento y hasta la sustitución del proceso de amparo. Se propugna, finalmente, una apropiada articulación de tales medidas con el amparo de salvaguardar su esencia y función jurisdiccional.

Palabras Claves: Medidas cautelares. Medidas anticipatorias. Medidas urgentes. Proceso de amparo.

Precautionary, anticipatory and urgency measures in the amparo proceeding

Abstract;

From the traces developments from classic precautionary measures to guardianships generically called anticipatory satisfiable and urgency in consonance with jurisprudence and comparative law, we examine the intensity the phenomenon that has led to the proliferation of protective materials, certain assumptions, the movement and to the replacement of amparo proceeding. It advocates, finally, a proper articulation of such measures with the protection of safeguard its essence and judicial functions.

Keywords: Precautionary measures. Anticipatory actions. Urgent measures. Under Process

"... buscar en las explicaciones en uso de la teoría general de la cautela las razones que ya no puede brindar a un mecanismo operacional que se ha desglosado en su carril ortodoxo, sería pecar de cierto candor, porque no son idóneas para dar cuenta de esta palpitable experiencia que se cuela y escapa de las fronteras –al menos las establecidas– de las clásicas cautelares. Las partes están ceñidas y quemán sus naves en este proceso típicamente diferenciado e independiente de todo otro absorbente y principal."

(Morello, 1992:314)

(*) Profesor Extraordinario Emérito y Director del Instituto de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

I. El amparo como tutela urgente y su frustración práctica

En Argentina ha sido en el ámbito singular y constreñido del proceso amparista donde las medidas urgentes en general han encontrado amplia acogida. Fenómeno que no deja de resultar paradójico ante la naturaleza de “recurso sencillo y rápido”, “efectivo” para la tutela de los derechos de raigambre constitucional que se adjudica al amparo; que ya de por sí constituye un remedio urgente. La realidad de su práctica frecuentemente exhibe, sin embargo, la flagrante contradicción de procedimientos que dilatan de modo exasperante la definición a través de la sentencia y, más aún, su efectivo cumplimiento.

Precisamente reaccionando contra ese estado de morosidad judicial, ha subrayado la CSN argentina que atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan las pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional (doct. de Fallos, 327:2177 y sus citas; 327:2413, 2510); jurisprudencia que resulta particularmente aplicable en el caso en que se trata de amparar los derechos fundamentales a la vida y la salud, si el accionante lleva más de cuatro años y medio litigando en la vía de amparo (1).

Ha destacado el Alto Tribunal que el objeto de la demanda de amparo es la tutela inmediata de los derechos acogidos en la Constitución, que no deben resultar ilusorios o inefectivos. El amparo procura una protección expedita y rápida que emana directamente de la Constitución y obliga a los jueces a examinar las alegaciones de transgresiones manifiestas de los derechos y, en tal caso, expedir las órdenes conducentes a la cesación del perjuicio denunciado, idea central que subyace en el art. 43 CN (2). Se trata, entonces, de una verdadera y típica *tutela procesal diferenciada*, bien que desdibujada en la práctica como sistema protectorio (3). Ese modo singular de actuar de la jurisdicción, más que declarar el derecho hace fehaciente una realidad utilizando para ello vías procesales rápidas y expeditas. El juez dará amparo a través de una *sentencia mandamental*(4), ejerciendo la *función protectora* donde toda vez que de *manera inicial*, aprecie que en el caso se dan los presupuestos; avizorada la razón jurídica, no se la *concederá*, sino que lisa y llanamente se la *protegerá* (5).

En lo que sigue, después de perfilar la evolución operada desde las clásicas medidas cautelares hacia las denominadas genéricamente tutelas anticipatorias y satisfactivas, nos hemos de detener en un muestrario abarcador de dichas tutelas urgentes, tal como se exhibe en la jurisprudencia, con las consiguientes críticas que se levantan. Por último, hemos de dejar planteadas algunas alternativas útiles para articular tales medidas en el marco del proceso amparista, para la mejor salvaguarda del debido proceso.

(1) CSN, 8-4-08, U. 30.XLII, “Unión de Usuarios y Consumidores c. Cía. Euromédica de Salud s/Amparo”.

(2) CSN, 30-9-2008, “Comunidad Indígena Eben Ezer c. Prov. de Salta. Ministerio de Empleo y la Producción” Fallos 331:2119; La Ley, 2008-F, 93.

(3) ROJAS J.A., *Sistemas cautelares atípicos*, Rubinzal-Culzoni ed., Buenos Aires, 2009, p. 485, 491 y ss.

(4) La doctrina brasileña se ha ocupado profusamente del concepto de sentencia mandamental: BAPTISTA DA SILVA O., *Curso de Processo Civil*, Porto Alegre, 1990, pp. 247 y ss. BARBOSA MOREIRA J.C., *Mandato de segurança*. Uma apresentação em Temas de Direito Processual, Sexta Serie, ed. Saraiva, São Paulo, 1997, pp. 208-209; id., *A sentença mandamental em Temas de Direito Processual*. Sétima Serie, ed. Saraiva, São Paulo, 2001, pp. 53 y ss. Su importancia práctica creció con la sanción de la ley 8952, de 1994, que dio nueva redacción al art. 461 CPC: PELLEGRINI GRINOVER A., *Tutela jurisdiccional nas obrigações de fazer e nao fazer*, Rev. For., v. 333, p. 11 y ss. ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil*, Rev. Ed. dos Trib., São Paulo, 2008, 12a. ed., v.2, pp. 652-655.

(5) RIVAS A.A., *El amparo*, ed. La Rocca, Buenos Aires, 1987, pp. 41-44. En el mandado de segurança brasileño, la sentencia mandamental se reconoce por su particular “fuerza” y eficacia, una orden que impone que su destinatario deba atender, inmediatamente, lo que el juez manda, para asegurar su operatividad en concreto. El juez ordena y no simplemente condena y en ello reside –sostiene O. BAPTISTA DA SILVA– la diferencia con las sentencias propias del proceso de conocimiento (Curso de Processo Civil, ob. cit., p. 247). Asimismo: ARRUDA ALVIM, ob. cit., p. 655.

II. El fenómeno de la transformación de las medidas cautelares y su proyección como tutelas materiales urgentes, anticipatorias y satisfactivas

Las medidas urgentes devienen imprescindibles entonces en el típico proceso de urgencia amparista. No solo por la habitual dilatación del resultado final sino en esencia por la necesidad casi siempre imperiosa, de anticipar, siquiera a título interino y provisional, el bien de la vida tutelado por un derecho fundamental, que se exhibe flagrantemente vulnerado cuando de aquella situación de insatisfacción del derecho se deriva inevitablemente un daño irreparable para su titular, por el peligro inminente de que la providencia de mérito llegue tardíamente, y con ello se torne inútil el resultado de la jurisdicción (6).

El derecho comparado exhibe con nitidez el fenómeno de la expansión de las clásicas medidas cautelares (7) y su transmutación como verdaderas tutelas urgentes, anticipatorias y satisfactivas (8). Se vislumbra la superación y desborde de los límites tradicionales que encorsetan a las cautelares, y la paralela admisión de novedosas, o si se quiere, expandidas tutelas para materializar la temprana satisfacción, en todo o en parte, del derecho sustancial que se invoca y aparece revestido de fuerza convictiva bastante (9). Una línea de tendencia que se espeja en los ordenamientos más recientes (10).

A la luz de la experiencia argentina, puede afirmarse que en verdad, poco importa, porque queda desdibujado, cuál sea el ropaje bajo el cual la medida de urgencia se inserte: cautelar, autónoma, anticipatoria, satisfactiva, urgente. Más allá de las precisiones que dificultosamente ha tratado de aportar la doctrina (11), es lo cierto que las decisiones judiciales a menudo eluden pragmáticamente las categorizaciones cuyas fronteras todavía aparecen difuminadas, cuando no se atrincheran en aquellas típicas medidas cautelares amplificando su operatividad concreta.

Así, la CSN ha preferido considerarlas como medidas cautelares típicas o innominadas, aplicando el art. 232 CPCN., descartando la categorización de "autosatisfactivas". Habitualmente las ha caracterizado como cautelares innovativas, sosteniendo que es de su esencia enfocar sus proyecciones, en tanto dure el litigio, sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir el acto o llevarlo a cabo, porque dichas medidas se encuentran enderezadas a evitar la producción de situaciones que podrían tornarse de muy dificultosa o de imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva (12).

(6) RENGEL ROMBERG A., *Medidas cautelares innominadas*, Rev. Univ. Der. Proc., UNED, Madrid, 1990, pp. 488 y ss. DE LAZZARI E. N., *La cautela material*, J.A., 1996-IV, p. 651. BERIZONCE R. O., *Derecho Procesal Civil actual*, Abeledo-Perrot/LEP, Buenos Aires, 1999, pp. 481 y ss.

(7) Una sinopsis comparativa sobre las medidas cautelares o provisionales en el amparo, abarcativa de las legislaciones iberoamericanas, puede verse en *El derecho de amparo en el mundo*, H. Fix-Zamudio, E. Ferrer Mac-Gregor, coord., Porrúa, México, 2006, pp. 1250-1252, obra de A. HERRERA GARCIA.

(8) BIAVATIP, *Tendencias recientes de la justicia civil en Europa*, RDP, Rubinzal-Culzoni ed., Buenos Aires, 2008-1, pp. 513-516, con amplia bibliografía. LAFUENTE TORRALBA A.J., *La evolución de la tutela cautelar desde una perspectiva internacional...en Rev. de Processo RePro*, ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 2008, n° 156, pp. 77 y ss.

(9) MORELLO, A.M., *Expansión de las medidas cautelares y autosatisfactivas en Acceso al Derecho Procesal Civil*, A. M. Morello director, Lajonane, Buenos Aires, 2007, v. II, pp. 883 y ss. RIVAS A.A., *Medidas cautelares*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pp. 24 y ss.

(10) THEODORO JUNIOR H., *Tutela antecuada. Evolução... en Rev. de Processo, RePro*, cit., 2008, n° 157, pp. 130 y ss., donde se realiza un profundo análisis comparativo subrayándose la evolución del derecho brasileño. GARCIA MEDINA J.M. y ARRUDA ALVIM WAMBIER T., *Processo civil moderno...*, ob. cit., v. 1, pp. 186 y ss.

(11) Como señala FALCON, la cuestión de la tutela anticipada está plagada de indefiniciones y confusiones (*Código Procesal Civil y Comercial de la Nación...*, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, 2a. ed., v. III, p. 175). Acerca de los criterios utilizados por la CSN para encasillar los diversos supuestos: ROJAS J.A., *Sistemas cautelares atípicos*, ob. cit., pp. 472 y ss. Sobre la evolución operada a partir de la concepción dogmática de las medidas cautelares y la distinción entre medidas anticipatorias interinales y materiales o definitivas o satisfactivas: BERIZONCE R.O., *Tutela anticipada y definitiva en Derecho Procesal Civil actual*, Abeledo Perrot-LEP, Buenos Aires, 1999, pp. 481 y ss.

(12) Fallos, 324:2042; 325:2367; 326:970, entre otros.

III. Las medidas de urgencia (tutelas anticipatorias interinales y materiales) en el amparo y la protección diferenciada de los derechos fundamentales

Sea como fuere, y aún en un escenario de “confusión” dogmática, bien vale la pena recorrer las tendencias jurisprudenciales que afloran en tan fértil terreno, sus líneas directrices y aún sus meandros. Desarrollo que resultará más fructífero a partir de una clasificación en atención a los bienes jurídicos tutelados de modo preferente (13), para al cabo formular algunas conclusiones acerca de las principales líneas de tendencia.

1. Derecho a la salud.

Estando en juego el *derecho a la salud*, ha sostenido el más Alto Tribunal de la Nación que habiéndose solicitado una medida cautelar por los padres de una niña discapacitada, no cabe soslayar aún en esa etapa “larval” la índole y trascendencia de los derechos en juego ni el espíritu mismo de la legislación respectiva, desde que la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido y protegido por la Ley Fundamental, por manera que corresponde el dictado de medidas de urgencia en el curso de la acción amparo para que el Estado Nacional y una provincia provean a un menor discapacitado la medicación necesaria para conjurar un riesgo de vida, bajo apercibimiento de *astreintes* (14).

- o tratándose de un menor minusválido, para afrontar los gastos de su rehabilitación si dicha medida es la única susceptible de cumplir con la protección provisional del derecho invocado (15).

- o en el caso de necesidad de suministro de medicamentos oncológicos, obligación de carácter netamente alimentario, y ante el alto grado de vulnerabilidad del requirente (16); u otro tipo de medicamentos específicos cuya carencia pone en riesgo la vida del paciente (17).

- o el suministro de tratamiento médico y los elementos ortopédicos necesarios a quien carece de ingresos y de cobertura de obra social, bajo apercibimiento de “astreintes” (18).

- o a los fines de la provisión de un marcapasos para un paciente con serios riesgos cardíacos (19).

- o el suministro en forma inmediata de una silla de ruedas petitionado por los padres de un menor de edad que padece problemas de salud y carece de cobertura médica (20).

(13) BERIZONCE R.O., Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas, RDP, 2008-2, pp. 35 y ss; idem, Tutelas procesales diferenciadas, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009, pág. 15 y sgtes.

(14) CSN, 24-4-03, Fallos, 326:1400; La Ley, 2003-D, p. 261; DJ, 2003-2, p. 511. En el caso, a título de medida cautelar innovativa; asimismo, Fallos, 325:2367; 326:970; 30-9-08, I., C.F. c. Prov. Bs. As.

(15) CNFed. C y C, Sala III, 23-9-03, La Ley, 2003-F, p. 671, con cita del art. 230 ins. 2º y 3º CPCN. En sentido similar: CN Fed. C y C., Sala I, 10-12-02, DJ, 2003-2, p. 98.

(16) CSN, 24-4-07, “Defensor del Pueblo de la Nación c. Prov. de Bs. As. y Estado Nacional”. Juzg. Crim. y Correc. de Transición Mar del Plata, 12-6-01, El Der., v. 196, p. 443.

(17) Cam. Fed. La Plata, Sala III, 19-3-02, LLBA, 2002- 1111. Se concedió a título de medida cautelar innovativa. Asimismo a título de medida autosatisfactiva, si el PAMI no hizo entrega de la medicación para tratar la leucemia del afiliado (Juzg. Crim. y Correc. Transición Quilmes, 14-9-01, J.A., 2001-IV-458).

(18) CSN, 12-7-01, Fallos, 324:2042.

(19) CSN, 25-3-03, Fallos, 326:970; La Ley, 2003-E, p. 305; encuadrada como cautelar innovativa. Juzg. Crim. y Correc. de Transición Mar del Plata, 12-4-02, LLBA, 2002, p. 842; El Der., v. 198, p. 112, donde fue considerada como “autosatisfactiva”; véase al respecto SCBA, Ac. 92.711, 26-9-07, cit.

(20) CSN, 18-12-03, “S.,E.G. c. Prov. de Bs. As. y otro”, Fallos, 326:4963.

- o si se trata de prestaciones por discapacidad, si el peticionario padece dolencias y afecciones de orden espiritual que requieren atención urgente y que podrían agravarse (21); o si se peticiona la provisión de un transmisor especial para un menor de nueve años que padece una hipoacusia bilateral profunda congénita (22).

- o si se justifica atento el delicado estado de salud de la accionante cuya dolencia reviste una gravedad tal que resulta discapacitante (23).

- o la cobertura de un tratamiento con la finalidad de inducir la ovulación (24).

- o la promovida a título de medida autosatisfactiva, prevista en el CPC de Corrientes, para que se obligue a la Provincia a internar en un hospital público y brindar tratamiento neuropsiquiátrico adecuado, a quien padece de alcoholismo crónico y otras dolencias, agravado por la situación de indigencia viviendo en la calle, ante la negativa que alega insuficiencia de camas en el nosocomio (25).

- o la medida autosatisfactiva, peticionada por una médica a fin de preservar la vida y la salud de un niño con la urgente comparecencia a cierto nosocomio a fin de que se practique un estudio serológico del virus VIH, y virus Hepatitis B y C, para que en el caso de ser positivo se brinde tratamiento, ante la negativa de sus padres-portadores de VIH y la madre además Hepatitis C positivo (26).

- o teniendo en cuenta la delicada situación de vulnerabilidad en que se encuentra una menor embarazada y su grupo familiar y el riesgo que para su salud psíquica representa la continuidad del embarazo, el alumbramiento y la maternidad, resulta procedente disponer medidas de protección tendientes a garantizar contención y apoyo a la menor, y los recursos necesarios para asumir la responsabilidad de una persona por nacer (27).

Sin que la incompetencia del juez resulte óbice para el dictado de la medida, concurriendo razones de urgencia grave por hallarse comprometido el derecho a la vida del peticionante por su necesidad de alimentos (28). Aún corresponde habilitar la feria judicial cuando de las circunstancias relatadas por la requirente surge que se trata de un caso de urgencia que no admite demoras (29).

(21) CNFed. C y C, sala de feria, 22-1-02, La Ley, 2002-A, p. 857; DJ, 2002-1, p. 304. En supuesto similar: CNC, Sala A, 8-4-03, La Ley, 2003-C, p. 345.

(22) CNCivil, Sala B, 18-7-03, El Der, v. 206, p. 147. En sentido similar cuando se trataba de la cobertura de pilas y cables necesarios para el funcionamiento del implante coclear realizado (CN. Civ. Sala F, 16-7-03, DJ, 2003-3- 680).

(23) CNFed. C y C, Sala I, 1-7-04, DJ, 2005-2, p. 151.

(24) CNCom., Sala D, 13-8-02, J.A., 2003-II, p. 403, con nota de Guillermo F. PEYRANO. O de un tratamiento de fertilización asistida: CNCC Fed., Sala III, 19-5-2009, "B., M.N. y otro c. D.A.S.P. Congreso Nac."

(25) Juzg. Civ. y Com. N° 6, Corrientes, 8-12-08, LL Litoral, 2009, p. 141, con nota de M.S. MIDON.

(26) T. Coleg. Familia Nro. 5, Rosario, 1-8-08, Z., A. y otro). LL Litoral 2008 (octubre), p. 1028, fallo 5907. Igualmente, ante el inminente cese del servicio medio asistencial prestado por una obra social a una menor oxígeno dependiente, con el consiguiente riesgo de vida, resulta procedente ordenar que la obra social continúe prestando el servicio hasta que el Ministerio de Salud provea lo necesario para preservar la salud del paciente (Trib. Flia. N°3, L. de Zamora, 21-5-99, J.A., 2002-II-393).

(27) JFamilia N°1, Mendoza, 16-9-2008, "B., L. A.," Sup. Const. La Ley, 2008 (octubre), p. 69, fallo 112.984.

(28) CSN, 7-3-06, Fallos, 329:548, con sus citas. J. Garantías La Plata N° 2, 15-1-02, LLBA, 2002-209.

(29) JN Fed. Seg. Social N° 9, 30-7-04.

Sin que sea obstáculo, habiéndose requerido la intervención de la CSN en vía originaria, que estuviere pendiente el pronunciamiento acerca de su propia competencia (30).

Todavía, habiéndose admitido la procedencia del amparo colectivo deducido por médicos de un hospital público –el Hospital Materno Infantil de Salta– y dos asociaciones profesionales contra la Provincia de Salta, a fin de que se brinde una solución a las graves insuficiencias de infraestructura, equipamiento y recursos humanos que sufría el nosocomio (31); frente a una acción similar promovida por un grupo de médicos dependientes del Ministerio de Salud de la Prov. de Buenos Aires, se ordenó con carácter de medida cautelar y con sustento en el art. 22 inc. 3, C.Cont. Adm., a dicho Ministerio, que en el plazo de veinticuatro horas garantice la efectiva prestación del servicio de terapia intensiva de un hospital de La Plata, con la provisión de ocho médicos especialistas en terapia intensiva pediátrica y veinticuatro enfermeros con suficiente idoneidad; bajo apercibimiento de *astreintes*, haciendo personalmente responsable al funcionario remiso, solidariamente con el Ministerio de Salud provincial, y sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar (32).

2. Derecho a la provisión de alimentos y, en general, al aseguramiento de condiciones dignas de subsistencia

El derecho a la provisión de alimentos y, en general, al aseguramiento de condiciones dignas de subsistencia, ha sido atendido, asimismo, a través de medidas urgentes y anticipatorias. La propia CSN brindó acogida en numerosas oportunidades a cautelares satisfactivas –bien que sin rotularlas de ese modo– para condenar al Estado provincial y a la Municipalidad correspondiente a proveer los alimentos necesarios para asegurar una dieta que cubra las necesidades nutricionales básicas y se realicen controles sobre la evolución de la salud de los requirentes (33). El Alto Tribunal acogió también a título de medida cautelar urgente la solicitada por el Defensor del Pueblo de la Nación para que el Estado Nacional y la Provincia de Chaco suministren agua potable y alimentos a las comunidades indígenas que habitan en esa provincia, como así también de un medio de transporte y comunicación adecuados, a cada uno de los puestos sanitarios (34).

Igualmente, en el contexto de un amparo colectivo promovido contra la Provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de La Plata por varias asociaciones civiles de tutela de los derechos de los niños, corresponde adoptar una medida cautelar de carácter positivo para brindar urgente protección y resguardo de los niños y adolescentes que se encuentran en situación de calle –“niños de la calle”–, tendiente a fortalecer e impulsar la plena ejecución de distintos programas diseñados por el Ministerio de Desarrollo Social provincial, desde que se encuentra configurado el peligro en la demora en tanto, si no se adopta una medida de resguardo, los menores que actualmente se encuentran fuera

(30) CSN., “Salas D. y ot c. Prov. Salta y Estado Nacional, s. amparo”, 29-12-08, La Ley, 2009-C, 472, con nota de DI PAOLA M.E., y ESAIN J., La Corte suspende el ecocidio en el bosque salteño.

(31) CSN, 31-10-06, La Ley, 2006-F, 507, con nota de C. PIZZOLO, La salud pública como bien colectivo.

(32) Juzg. Cont. Adm. N° 1, La Plata, 29-5-08, LLBA, febrero 2009-38 y ss., con nota de J.I. y L.G. BARRAZA. Conf.: ROJAS J.A., Sistemas cautelares atípicos, ob. cit., pp. 468 y ss. En cambio, en el marco de un amparo colectivo que perseguía se declare inaplicable e inconstitucional la práctica ministerial de repartir dispositivos intrauterinos para evitar los embarazos, deviene improcedente la medida cautelar que pretendía se ordene la prohibición de venta, comercialización, colocación e indicación terapéutica de los aludidos dispositivos, en tanto lo pretendido excede el limitado marco cognoscitivo de las medidas cautelares (Cam. 2a. Civ. y Com., Córdoba, 22-10-08, LLC, 2009-183).

(33) Fallos, 329:549, 553 y 2759; La Ley, 2006-E, 149.

(34) D. 587. XLIII. Originario, 18-09-07, “Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nac. y otra (Prov. de Chaco) s/proceso de conocimiento”; bien que se trataba de una acción colectiva a la que se confirió trámite de proceso ordinario.

de los programas y medidas seguirán expuestos a todo tipo de riesgos, sin contención alguna ni recursos viviendo en la vía pública; todo bajo apercibimiento de *astreintes* que se habrán de imponer en la persona del funcionario remiso (35). De hecho, incumplida parcialmente la manda, se hizo efectivo el apercibimiento ordenando la retención de \$800 diarios de toda retribución que perciba el ministro provincial del área y de \$200, en relación al secretario correspondiente de la Municipalidad; previéndose que, en caso de persistir el incumplimiento por un plazo superior a treinta días, las sanciones pecuniarias se harán extensivas a los titulares del PE y de la comuna (36).

3. *Derechos sociales en general, del trabajo y la seguridad social*

En materia de *derechos sociales en general*, se ha brindado la tutela cautelar en el marco del amparo para ordenar la restitución de fondos provenientes de una indemnización por despido, ante la precariedad de la situación del reclamante que padece desempleo y enfermedad sin cobertura médica, tratándose de un depósito bancario alcanzado por el decreto 1570/01 (37).

O tratándose de derechos previsionales, atento su naturaleza alimentaria y las particulares circunstancias personales del requirente que debió cesar en sus funciones por padecer grave incapacidad de carácter permanente, con la consiguiente situación de desamparo, corresponde acoger la medida cautelar prevista en el art. 22 del Cód. Contenc. Adm. provincial y ordenar al Instituto de Seguridad Social proceda a abonar las mensualidades correspondientes al beneficio pretendido (38).

Igualmente, la avanzada edad del actor y su grave estado de salud permiten tener por acreditado el peligro en la demora a los fines del dictado de una cautelar innovativa en el amparo en que se cuestionaba la constitucionalidad del recorte del haber jubilatorio, y ordenar a la ANSES deje sin efecto la reducción para lo sucesivo (39).

O corresponde suspender con carácter cautelar el descuento realizado por el Instituto de Previsión Social provincial sobre los haberes previsionales de los amparistas en concepto de reducción de los mismos y cargo deudor, cuestionado por violación al principio de legalidad (40).

O también resulta procedente la cautelar innovativa requerida por la madre de un menor para que se ordene su inscripción como integrante del programa de Jefes y jefas de hogar desocupados -dec. 565/02-, aún cuando haya vencido la fecha límite para ingresar el mismo (41).

O debe hacerse lugar a la medida cautelar solicitada y ordenarse a la Municipalidad que garantice ante la existencia de un foco infeccioso, el traslado de la familia actora a un lugar con condiciones higiénicas sanitarias de habitabilidad -en el caso, una menor padece una enfermedad provocada por Hantavirus- (42).

(35) Juzg. Cont. Adm., N° 1, La Plata, 10-11-08, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, fasc. 3, pp. 330 y ss., con nota de I. A., D'ARGENIO, Un deber básico de la función jurisdiccional: asegurar el real acceso a los derechos sociales.

(36) Resolución del 7-5-09 [en línea] [Fecha de consulta 18 mayo 2009] Disponible en: <http://www.eldial.com.ar/eldialexpress/>

(37) Cam. Fed. La Plata, Sala III, 14-2-02, LLBA, 2002 p. 485. En el caso, como medida innovativa.

(38) SCBA, 13-4-99, El Der., v. 182, p. 1115; causas B-57513, 27-12-96; B-58.760, 9-12-97, La Ley, 1988-B, p. 502; Ac. 96.844, 4-10-06.

(39) T. Crim. Necochea N° 1, 3-11-02, LLBA, 2002, p. 847, aún tratándose de un tribunal incompetente para decidir el amparo. En sentido similar: ST Chaco, 11-2-09, La Ley Litoral 2009, p. 517.

(40) J. Contencioso Administrativo, Mercedes N°1, 31-5-04, La Ley 2004-F, 474

(41) JN Fed. Seg. Soc. N°9, 30-7-04.

(42) J. Contencioso Administrativo N° 1 Zárate-Campana, 28-5-04, Supl. Adm. La Ley, agosto, 2004, p. 76.

Una típica medida satisfactiva es la que se plantea en el marco del amparo contra la resolución 96 de la ANSES por la que se produjo el desdoblamiento del cronograma de pagos de haberes previsionales; sin embargo, no es procedente en el caso en que fue deducida cuatro días después de la fecha en que debía percibirse el haber conforme al cronograma original y dado que el monto a percibir por la accionante equivalente a seis veces el sueldo promedio de la economía nacional, no se encuentra acreditado que la prórroga de la fecha de pago –una semana–, genere a la demandante consecuencias de gravedad que no hubieran podido ser conjuradas de haberse adaptado con mínimo esfuerzo a la nueva situación planteada (43).

4. Derecho a la educación

El aseguramiento del *derecho a la educación* fue el fundamento para decretar a título de medida cautelar el ingreso inmediato de una menor al establecimiento educacional en el cual se le había denegado la reinscripción, por encontrarse en estado de gravidez, y hasta que se dicte resolución definitiva en el amparo incoado (44).

Igualmente resulta procedente la medida cautelar solicitada por los padres de una niña discapacitada con el fin de que el Instituto de Obra Médico Asistencial de la Prov. de Bs. As. asuma, en forma provisional, la cobertura integral de la prestación educativa que aquella recibe en una escuela especial (45).

5. Derecho a la tutela ambiental

A la *tutela ambiental* se le reconoce trato preferente, con la particularidad que en esa materia la procedencia de medidas cautelares y anticipatorias se ha sustentado principalmente en el principio precautorio, que indica que todo daño a la salud o al medio ambiente debe ser evitado o minimizado a través de medidas de carácter preventivo, tendientes a restringir las actividades cuyas consecuencias hacia la personas o el medio ambiente sean inciertos, pero potencialmente graves –art. 4, LGA– (46). Así, tratándose de la medida cautelar solicitada por los vecinos de un barrio a fin de que se ordene el cese de las obras destinadas a la instalación de una antena de comunicaciones móviles que no había sido autorizada y que se encuentra en una zona urbana y en las cercanías de una jardín de infantes (47).

O bien en el caso de la cautelar de prohibición de innovar peticionada por los amparistas afectados por los trabajos de construcción de una línea de alta tensión del electroducto Piedra del Aguila-Abasto, ante la posibilidad de un impacto negativo en el medio ambiente de la región serrana y de que la alteración del medio sea en algunos casos de imposible restauración (48).

O, a título de cautelar en un amparo tendiente a paralizar definitivamente obras emprendidas en una zona de reserva ecológica, se abstenga la Municipalidad demandada de autorizar o realizar trabajos consistentes en la tala y poda de especies arbóreas y alteración sustancial del suelo en el predio afectado, hasta tanto no se produzca el informe circunstanciado (49).

(43) CNSeg. Social, sala III, 8-3-95, ED, 162-72.

(44) ST Formosa, 29-3-00, La Ley, 2000-C, p. 577

(45) CSN, 30-9-08, “I., C.F. c. Prov. de Buenos Aires”. En sentido similar: T. Col. Flia. N°5, Rosario, 7-11-08, La Ley Litoral, 2009, p. 511.

(46) CF La Plata, Sala III, 25-10-07, La Ley, 2008- E, 602, con nota de A. ARANCET. SCBA, 19-5-98, “Almada H. c. Copetro S.A.”, LLBA, 1998, p. 1314.

(47) CF La Plata, Sala III, 25-10-07, cit.

(48) CF B. Blanca, 17-3-99, J.A., 1999-III-247; ED 183-969.

(49) SCBA, 19-3-03, J.A., 2004-II-327.

O en el caso emblemático en que se suspendieron los efectos de las resoluciones administrativas que autorizaban la caza de toninas overas (50). Es que, aunque por excepción, resulta procedente dentro de la acción de amparo el dictado de medidas cautelares de no innovar o la suspensión de los efectos del acto (51).

La propia CSN, pendiente la decisión sobre la procedencia de su intervención en la instancia originaria, en la acción de amparo promovida por un grupo de personas, comunidades indígenas y otras asociaciones contra la Provincia de Salta y el Estado nacional, para que se disponga el cese inmediato y definitivo de los desmontes y talas indiscriminadas de los bosques nativos situados en dicha provincia y la restitución y restablecimiento del ambiente al estado anterior, o la indemnización sustituta correspondiente, decretó a título cautelar urgente y con sustento en el principio precautorio –art. 4, ley 25.675–, el cese de manera provisional de tales prácticas; sin perjuicio de disponer la comparecencia de las partes a audiencia pública fijada al efecto y ordenar informes a cargo del Estado demandado en relación a las autorizaciones administrativas en cuestión (52).

6. Derechos de consumidores y usuarios de servicios públicos

Los *derechos de consumidores y usuarios de servicios públicos* han recibido también tutela diferenciada en materia de medidas urgentes. Así, resulta procedente la medida cautelar innovativa pedida en el marco de una acción de amparo por usuarios del servicio de agua potable para que el concesionario restablezca el suministro interrumpido y se abstenga de realizar nuevos cortes respecto de los actores, ya que el agua potable es un elemento indispensable para la vida y la salud de las personas, derechos que tienen raigambre constitucional (53).

O corresponde disponer, en el ámbito del amparo entablado por un usuario de una ruta sujeta a concesión, a fin de prevenir el acaecimiento de nuevos accidentes y a título de medida cautelar genérica innovativa, que la empresa concesionaria coloque semáforos de corte, construya dársenas, ponga en funcionamiento los artefactos de iluminación ya existentes, construya reductores de velocidad y coloque indicadores horizontales aéreos sobre ambas manos de circulación, advirtiéndose claramente a los transeúntes sobre la peligrosidad de los cruces referidos (54).

O es igualmente procedente la cautelar solicitada por el Defensor del Pueblo en una acción de amparo, a fin de que se requiera a diversas compañías de telecomunicaciones móviles, que restablezcan el servicio en la Provincia de Formosa e informen sobre las circunstancias que imposibilitan el acceso a la señal de diversos usuarios, toda vez que del informe realizado por la policía se advierte que el estado de prestación del servicio de telefonía celular reviste en la Provincia el carácter de pésimo o inexistente (55).

O corresponde hacer lugar a la medida cautelar solicitada por un usuario de energía eléctrica afectado y una asociación civil en el amparo colectivo contra el Estado Nacional y el Entre Provin-

(50) JNF Contenc. Adm. N°2, 22-3-83, La Ley, 1983-D, p. 568.

(51) CNF Contenc. Adm., Sala I, 23-4-98, La Ley, 1998-E, p. 530.

(52) CSN, “Salas D. y otro c. Prov. de Salta y Estado Nacional s/amparo”, 29-12-08, cit. Sobre la importancia del pronunciamiento en tanto se sustenta en el principio precautorio como base para conceptualizar la verosimilitud del derecho y el nuevo rol que, correlativamente, cabe asignar a las medidas cautelares en materia ambiental: DI PAOLA M.E., y ESAIN J., ob. y lugar cit.

(53) CCiv. y Com. Mercedes, sala I, 18-9-01. LLBA, 2001-1374.

(54) JFed. Junín, 20-8-98, JA, 2001-II-193, con nota de C.A. Ghersi.

(55) JFed. Formosa N°1, 25-8-05, La Ley, 2005-E, p. 687, con nota de M.G. Gelcich

cial Regulador de Energía de Tucumán, alegando la arbitrariedad de los incrementos tarifarios; y, en consecuencia, ordenar la suspensión de la ejecutoriedad de la resolución administrativa impugnada, debiendo la empresa prestataria proceder a la refacturación de la totalidad de las boletas emitidas, y asimismo, a compensar los pagos de facturas ya realizados por los usuarios (56). En sentido similar, se acogió a título de cautelar innovativa en el marco de un amparo colectivo contra la Provincia de Corrientes, ordenando al ente de energía local proceda a una nueva liquidación de los períodos en cuestión y absteniéndose de proceder al corte de suministros ante la falta de pago (57).

7. Algunas líneas tendenciales

El muestreo anterior permite avizorar ciertas líneas tendenciales que resulta útil subrayar. En primer lugar, que la proliferación de las cautelares materiales de todo tipo, que se consagran bajo distintos rúbulos y no siempre atendiendo a conceptualizaciones correctas, constituye un fenómeno notoriamente en expansión que se verifica, en general, en todo tipo de procesos como productos de decisiones pretorianas, y no obstante la ausencia de normas específicas. Se trata de potestades genéricas de los jueces de ejercicio discrecional, aunque no arbitrario, fuera de los supuestos que la ley prevé -p.e., alimentos provisionales (art. 375, C. Civil); interdictos de recobrar (art. 616 CPCN), exclusión del hogar conyugal (art. 231, C. Civil), protección de personas en general (arts. 234, 235 segundo párrafo CPCN; ley 26.061) (58), violencia familiar (ley 24.417, art. 4) (59), etc.-.

En segundo lugar, que tales cautelares materiales -anticipatorias y excepcionalmente satisfactorias- constituyen una técnica procesal particularmente apropiada para la tutela de los derechos fundamentales de protección preferente (60).

Por último, que operan en el proceso de amparo individual o colectivo con fuerza decisiva, al punto que en numerosos supuestos tienden a desplazarlo y hasta sustituirlo.

IV. Interludio. La ley brasileña de mandado de segurança nº 12.016, del 7 de agosto de 2009

En Brasil, la ley 12.016 estatuye sobre el *mandado de segurança* individual y colectivo, sustituyendo la normativa anterior (ley 1533/51 y modif.) (61). De entre las principales innovaciones que ha introducido (62), y en lo que aquí interesa, establece ciertas restricciones a las tradicionales medidas *liminares*, que no serán concedidas cuando tengan por objeto la compensación de créditos tributarios, la entrega de mercaderías o bienes provenientes del exterior, así como para pago de cualquier naturaleza (art. 7, III, §2); prohibición que se extiende a los casos de anticipación de tutela (§5). Igualmente destacable resulta la reglamentación del mandato de seguridad colectivo (arts. 21 y 22).

(56) Juzg. Fed. Nº2, Tucumán, 18-2-09, La Ley, 2009-B, p. 390, con nota de LAFUENTE J.A., Una sentencia sobre aumentos de tarifas.

(57) Juzg. Civ. y Com. Nº8, Corrientes, 17-3-09, con nota de M.S. MIDON, El amparo colectivo para la defensa de los derechos individuales homogéneos... en Rev. de Doct. y Jurisp. Santa Fe, ed. Jurid. Panamericana, 2009.

(58) FALCON E.M., ob. cit., v. III, pp. 220 y ss.

(59) Ob. cit., p. 230.

(60) BERIZONCE R.O., Tutelas procesales diferenciadas, ob. cit., pp. 15, 49 y ss.

(61) Resulta tarea imposible referir la muy extensa bibliografía sobre el mandado de segurança. Destacamos, sin embargo, por todos: BUZAID A., Do mandado de segurança, Saraiva, São Paulo, 1989. BARBI C.A., Do mandado de segurança, Forense, 7ª. ed., R. de Janeiro, 1993. ARRUDA ALVIM, Mandado de segurança, direito público e tutela coletiva, ed. Rev. dos Trib., São Paulo, 2002.

La medida *liminar* se dispone siempre inaudita parte en el proveimiento inicial, salvo en el mandato colectivo donde solo puede otorgarse después de la audiencia de la persona jurídica de derecho público (art. 22, §2º). El poder del juez no está limitado a la suspensión del acto impugnado; puede dictar medidas activas, de anticipación de la tutela, siempre que resulte indispensable para la efectividad del derecho que se invoca. Como se ha señalado (63), lo que autoriza el art. 7º, III es un proveimiento de amplio espectro, que tanto puede configurar una medida cautelar, como también una satisfactiva, capaz de agotar incluso el objeto de la pretensión, como p.e. excepcionalmente la orden de provisión de medicamentos.

La *liminar* implica, casi siempre, una anticipación de tutela de carácter provisorio y temporario, pues sus efectos no van más allá de la sentencia (art. 7, § 3). Sin embargo, está sujeta a extinción por decaimiento decretable de oficio o a requerimiento del ministerio público, siempre que después de concedida el propio solicitante creara obstáculo a la marcha normal del proceso, o dejara de instar, por más de tres días útiles, los actos y diligencias que le correspondieren (art. 8º). Además, la *liminar* puede ser suspendida en sus efectos, “para evitar grave lesión al orden, a la salud, a la seguridad y a la economía pública”, cuando fuere requerido por la persona jurídica de derecho público interesada (art. 15).

En el *mandado de segurança* colectivo, la *liminar* solo puede decretarse previa audiencia de la persona de derecho público interesada, a cuyo efecto se despacha, en la primera providencia, intimación para que se manifieste al respecto en plazo perentorio (art. 22, §2). Bien que la jurisprudencia ha flexibilizado tal exigencia, ya antes de la ley 12.016, posibilitando en supuestos de excepción, su expedición *in audita parte* cuando fuere necesario para salvaguardar la efectividad de la tutela jurisdiccional (64).

En la evaluación crítica de la ley 12.016 se ha sostenido que en algunos aspectos –p.e. anticipación de la tutela, fuerza ejecutiva de la sentencia– trajo reformas más tímidas que las recientes del CPC. De todos modos, la garantía del proceso justo y la naturaleza constitucional del *mandado de segurança*, imponen una interpretación integradora para el enriquecimiento del *mandamus* renovado, mediante la aplicación subsidiaria de las reglas del proceso común (65). Como aspectos positivos, se destacan entre otros, las previsiones tendientes a acelerar los desarrollos litigiosos, estableciendo plazos perentorios para los actos a cargo de los representantes de las personas jurídicas estatales, y también para las comunicaciones internas de la administración.

V. La articulación de las medidas de urgencia (tutelas anticipatorias interinales y materiales) con el proceso de amparo

a. Las técnicas de simplificación y sumariidad de la cognición que sustentan la denominada genéricamente tutela anticipatoria y los procesos urgentes en general, persiguen asegurar la eficacia en concreto de la prestación jurisdiccional; y al mismo objetivo tienden, entre otras, las estructuras monitorias, la decisión temprana de la litis y la ejecución provisional de la sentencia (66). Son todos

(62) THEODORO JUNIOR H., O mandado de segurança segundo a Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009, ed. Forense, R. de Janeiro, 2009, pp. 60 y ss.. Ciertas regulaciones de la nueva ley, sin embargo, carecen de la efectividad de las recientes reformas del CPC (pp. 65 y 66).

(63) THEODORO JUNIOR H, ob. cit., pp. 24-25.

(64) THEODORO JUNIOR H, ob. cit., pp. 56-57.

(65) THEODORO JUNIOR H, ob. cit., pp. 65-66.

(66) Acerca de los beneficios sociales que aporta la ejecución provisional de la sentencia en España, véase el magnífico estudio de RAMOS ROMEU F., ¿Es deseable favorecer la ejecución provisional en Realismo jurídico y experiencia procesal? M. Serra Domínguez (Liber Amicorum), Atelier Barcelona, 2009, pp. 989 y ss.

mecanismos simplificadores tendientes a superar las dilaciones del proceso común. Se trata, como se ha señalado con referencia al derecho brasileño (67), de un significativo núcleo de técnicas procesales que tiene la finalidad preponderante de sumarizar el *iter* procedimental y posibilitar que la tutela jurisdiccional sea prestada en caso de urgencia.

El amparo, a su vez, aún admitiendo que constituye un remedio urgente, principal y no subsidiario, está articulado como un proceso de cognición abreviado (68), de modo que los tiempos que normalmente consume terminan por desvirtuarlo, alejándolo de las soluciones que se requieren en situaciones de extrema urgencia. Precisamente por ello, las cautelares anticipatorias han absorbido, en cierto modo, al amparo, en el sentido que en aquellas situaciones, la suerte de la pretensión cuya tutela se persigue se juega en esa instancia inmediata de la cautelar anticipatoria, que se abastece de una cognición más o menos superficial, epidérmica, de hecho subsumida en la urgencia. El pronunciamiento aunque provisorio, es directamente operativo y ejecutable (69). Y en ese escenario, el trámite del amparo opera como una especie de proceso de cognición posterior, para la salvaguarda de la garantía del contradictorio.

b. Aunque los resultados concretos de semejante ensamblaje suelen ser fructíferos, ha de convenirse que se está desvirtuando por devaluación el marco del amparo (70) y, por otro lado, asoma la sobreactuación de las medidas de urgencia –interinales y aún satisfativas–, con desmedro a menudo de la garantía de la defensa de la demandada.

c. Se hace menester entonces buscar una más adecuada articulación, que respetando las particularidades conceptuales de cada una permita, sin mella de la celeridad exigida por las situaciones de urgencia, tornar operativa la garantía de la defensa.

En el amplio menú de las técnicas de simplificación y sumariedad de la cognición ya aludidas se destacan los procesos de estructura monitoria y los procesos urgentes en sus diversas variables. De la combinación articulada de algunos o varios de ellos han de surgir fórmulas para abastecer “un recurso sencillo y rápido”, “efectivo”, expedito, ágil y simple, para la tutela de los derechos fundamentales.

En verdad, la búsqueda de mecanismos articulados para el logro del objetivo de amparar los derechos fundamentales en tiempo razonable, se erige en exigencia a menudo poco menos que insu-

(67) GUMERATO RAMOS G., *Proceso jurisdiccional civil, tutela jurisdiccional y el sistema del CPC...*, en VI Congreso Panameño de Derecho Procesal, Inst. Colombo Panameño de Derecho Procesal, Panamá, 2009, pp. 583 y ss.

(68) MONROY PALACIOS J.J. sostiene que en los procesos de tutela jurisdiccional de urgencia confluyen la sumarización cognitiva y la sumarización procedimental. La primera alude a la posibilidad de que se dicten resoluciones de actuación inmediata, sin necesidad de llegar a un conocimiento pleno del conflicto; la segunda está referida a la abreviación de los plazos, limitación de los medios probatorios, concentración de los actos procesales y otras técnicas (La tutela procesal de los derechos, Palestra, Lima, 2004, pp. 194-195). 69 La misma virtualidad tienen de hecho las liminares en el mandado de segurança brasileño. Como se ha destacado, las medidas de urgencia, sean cautelares o anticipatorias, integran la tutela jurisdiccional como condición de su efectividad y se dictan en carácter provisorio y temporario (THEODORO JUNIOR H., ob. cit., pp. 25, 28).

(69) La misma virtualidad tienen de hecho las liminares en el mandado de segurança brasileño. Como se ha destacado, las medidas de urgencia, sean cautelares o anticipatorias, integran la tutela jurisdiccional como condición de su efectividad y se dictan en carácter provisorio y temporario (THEODORO JUNIOR H., ob. cit., pp. 25, 28).

(70) El propio mandado de segurança, se ha afirmado, puede ser considerado superado por el núcleo de técnicas procesales formado por los arts. 273, 461 y 461-A del CPC brasileño. En todo caso, el mandamus coexiste con dicho núcleo (GUMERATO RAMOS G., ob. cit., pp. 584-587).

perable, cualquiera fueren los sistemas. El caso español es paradigmático, bien que su articulación responde a bases constitucionales propias, distintas de las nuestras. Cómo es sabido, corresponde al Tribunal Constitucional el conocimiento de los recursos de amparo (art. 53.2, 161, b., Constitución Española), luego de haberse planteado la cuestión ante los tribunales ordinarios y cuando la decisión haya sido desestimatoria, con lo que se estableció un sistema mixto presidido por el principio de subsidiariedad (71). Sin embargo, el sistema condujo al colapso del Tribunal Constitucional, por el exponencial incremento de recursos de amparo, lo que motivó que la LOTC n° 6/2007, reformara el art. 241 de la LOPJ restringiendo el trámite de admisión de tales recursos, ampliando las causas de inadmisión por razones de fondo. De su lado, las vías ordinarias previas de restablecimiento de los derechos fundamentales, articulables mediante el incidente de nulidad de actuaciones del mentado art. 241, han quedado alteradas, pues se ampliaron los motivos que habilitan la vía incidental. Además de los defectos de forma que hayan causado indefensión y la incongruencia del fallo, el incidente debe promoverse como instancia ordinaria previa necesaria toda vez se denuncie la “vulneración de cualquier derecho fundamental”. De ese modo, y más allá de las dubitaciones que surgen en la doctrina (72), parece claro que la LOCT n° 6 se ha propuesto acordar una nueva configuración al amparo, articulando de un modo novedoso las previsiones constitucionales y legales con la finalidad declarada de tornar útil en concreto el remedio ágil y simple que por definición constituye el amparo.

d. La esencia del amparo, como se ha sostenido (73), es la de ser una modalidad específica de actuación de la jurisdicción protectora, que más que declarar hace fehaciente una realidad, utilizando vías procesales rápidas y expeditas. Por eso, si se busca en sus fuentes se advertirá que no se pretendió constituirlo como un proceso dirimente declarativo de los derechos en disputa, sino como una instancia protectora para la efectivización de los derechos y garantías (74), a través de un proceso urgente y ante la evidencia de los hechos.

En ese entendimiento, una de las posibilidades sería articularlo como una estructura semejante al proceso monitorio (75), de modo que acreditados los presupuestos de certeza por la evidencia de los hechos y la liquidez de los derechos conculcados, se habilite sin más el despacho inmediato del mandato protectorio y su ejecución; sin perjuicio de la ulterior procedencia del contradictorio restringido, toda vez que medie oposición del demandado. Según el tipo de defensa que se oponga, corresponderá al juez determinar el trámite de conocimiento ulterior. Se alteraría, de ese modo, la secuencia conocimiento-ejecución del régimen vigente por una inversa que implique protección-conocimiento, de modo tal de concebir un verdadero proceso contradictorio que no quede desvirtuado por la concesión del anticipo jurisdiccional (76).

(71) LOTC n°2/1979, art. 43, 44 y conc.; CASCAJO CASTRO J.I y GIMENO SENDRA V., El recurso de amparo, Tecnos, Madrid, 1985 pp. 81 y ss., 146-147.

(72) BACHEMAIER WINTER L., La reforma de la LOTC y la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones, Rev. Der. Proc., Madrid, 2007, pp. 49 y ss. YELAMOS BAYARRI E., El incidente del actual art. 241 LOPJ.. en Realismo jurídico y experiencia procesal, M. Serra Domínguez (Liber amicorum), ob. cit., pp. 1079 y ss.

(73) RIVAS A.A., El amparo, ob. cit., pp. 41-44.

(74) ROJAS J.A., Un nuevo “molde” para el amparo, RDP, N°5, 2000, pp. 72-73.

(75) ROJAS J.A., ob. cit., pp. 74 y ss.; id., Sistemas cautelares atípicos, ob. cit., pp. 519-525, donde se desarrolla de lege ferenda, la ley por hacer, proponiendo los diversos estadios de una estructura especial.

(76) ROJAS J.A., ob. cit., pp. 80-81. Planteada la oposición, el proceso a sustanciarse debe restringirse al máximo posible, evitando todo tipo de discusión sobre la causa que ha generado los hechos en que se sustenta el mandato protectorio, despachándose dentro de plazos breves y perentorios. El pronunciamiento revestirá únicamente cosa juzgada formal, de modo que podrá ser revisado a requerimiento de cualquiera de las partes en juicio de cognición plena (pp. 84-85).

e. Si el amparo, con más razón a partir de su encubramiento constitucional, tiene una autonomía técnico-funcional plena y principal (77), resulta claro que las medidas cautelares urgentes no pueden sustituirlo ni agotarlo. Por principio, la salvaguarda plena del derecho fundamental solo se logra mediante el amparo, por lo que su ejercicio no puede reemplazarse por una medida cautelar (78).

Ello no puede ser óbice, sin embargo, al ensamble entre ambos, imprescindible para asegurar el mejor rendimiento de la tutela protectoria. Y, en ese sentido, otra opción sería la regulación de las medidas anticipatorias y satisfactivas dentro del propio régimen del amparo, como lo hace la reciente ley brasileña de *mandado* de segurança, de 2009, bien que con los necesarios condicionantes y contrapesos (79).

En ese terreno, sería útil incorporar tanto las anticipatorias como las satisfactivas, diseñando el ámbito específico de cada una. Con la aclaración que las últimas –“autosatisfactivas”–, en tanto requieren la demostración de la evidencia (80) de los hechos, vendrían a superponerse con el propio amparo (81). Es que por su propia naturaleza no son accesorias de otros procesos sino que se agotan en sí mismas, a condición que, salvo supuestos excepcionales, su pedido será sustanciado con la contraria.

Sea cual fuere el camino que en definitiva se adopte –articulación como una particular estructura monitoria o bien con la inserción preceptiva de las medidas anticipatorias y satisfactivas–, se habrá avanzado para despejar las innumerables dudas que complican el entendimiento en la doctrina y en la jurisprudencia, de cuestiones asaz complejas que comprometen la operatividad de la “garantía de las garantías”.

VI. Bibliografía

ARRUDA ALVIM. Mandado de segurança, direito público e tutela coletiva. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

- Manual de Direito Processual Civil. 12a. ed. Vol. 2. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.

BACHEMAIER WINTER, L. “La reforma de la LOTC y la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones”. Revista de derecho procesal. Madrid, 2007 -1- 49 y ss.

BAPTISTA DA SILVA, O. Curso de Processo Civil. Fabris, Porto Alegre, 1990.

BARBI, C. A. Do mandado de segurança. 7a. ed. Forense, Río de Janeiro, 1993.

(77) De allí que, según reiterada doctrina de la CSN, la acción de amparo no actúa como una simple medida de no innovar, no es una acción que se agota en la traba de una medida precautoria (Fallos 244:68, 245:11, 252:301, entre otros).

(78) MORELLO A. M., y VALLEFIN C. A., El amparo, Régimen procesal., LEP, La Plata, 2004, 5ª. ed., pp. 385-386.

(79) Así, cuando regula los requisitos de procedencia (art. 7º; III) impone la previa sustanciación en los conflictos colectivos (art. 22, §2); faculta al juez para requerir excepcionalmente caución, fianza o depósito del peticionante (art. 7º, § 3 in fine); veda la concesión de la liminar en ciertos supuestos taxativos (art. 7º - parágrafo 2; admite la suspensión de sus efectos en resguardo de los intereses generales (art. 15); impone al solicitante la carga de instar el trámite del principal en términos perentorios, una vez dictada la liminar, en resguardo del principio de buena fe (art. 7º, §3). Conf.: THEODORO JUNIOR H., ob. cit., pp. 23-30.

(80) FALCON, E. M., Código Procesal..., ob. cit., v. III, pp. 185-188. Para una visión comparativa de los diversos ordenamiento provinciales que regulan las medidas “autosatisfactivas”: ROJAS J.A., Sistemas cautelares atípicos, ob. cit., pp. 256 y ss.

(81) De ahí que la medida adoptada a título de “autosatisfactiva”, si en el amparo ha mediado ulterior oposición de la demandada, queda librada a la decisión final que, si desestima el amparo, produce la decadencia de aquella (SCBA, Ac. 92.711, 26-9-07, cit.). Conf.: ROJAS J.A., ob. cit., pp. 405 y ss.

BARBOSA MOREIRA, J. C. “Mandato de segurança. Uma apresentação”. En: Temas de Direito Processual. Sexta Serie. Saraiva, São Paulo, 1997.

- “A sentença mandamental”. En: Temas de Direito Processual. Sétima Serie. Saraiva, São Paulo, 2001.

BERIZONCE, R. O. Derecho procesal civil actual. Abeledo-Perrot, Platense. Buenos Aires, 1999.

- “Tutela anticipada y definitiva”. En Derecho procesal civil actual. Abeledo Perrot – Platense, Buenos Aires, 1999.

- “Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas”. Revista de Derecho Procesal. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2008 -2-, 35-47.

BIAVATI, P. “Tendencias recientes de la justicia civil en Europa”. Revista de Derecho Procesal. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008 -1-, 513-516.

BUZAID A. Do mandado de segurança. Saraiva, São Paulo, 1989.

CASCAJO CASTRO, J. I y GIMENO SENDRA, V. El recurso de amparo. Tecnos, Madrid, 1985.

DE LAZZARI, E. N. “La cautela material”. Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires, 1996 IV-651-665.

FALCON, E. M. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. 2a. ed. Vol. III. Lexis Nexis -Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

FIX-ZAMUDIO, H. Y FERRER MAC-GREGOR, E. (coords.) El derecho de amparo en el mundo. Porrúa, México, 2006.

GARCIA MEDINA, J. M. y ARRUDA ALVIM WAMBIER, T. “Processo civil moderno”. En: ARRUDA ALVIM, Manual de Direito Processual Civil. 12a. ed. Vol. 1. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.

GUMERATO RAMOS, G. “Proceso jurisdiccional civil, tutela jurisdiccional y el sistema del CPC”. En VI Congreso Panameño de Derecho Procesal. Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, Panamá, 2009.

LAFUENTE TORRALBA A. J. “La evolución de la tutela cautelar desde una perspectiva internacional”. Revista de Processo. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008 -156-: 77 y ss.

MONROY PALACIOS, J. J. La tutela procesal de los derechos. Palestra, Lima, 2004.

MORELLO, A. M. “La cautela material”. Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires, 1992-IV-314-318.

- “Expansión de las medidas cautelares y autosatisfactivas”. En Acceso al Derecho Procesal Civil. Vol. II. Lajonane – Platense, Buenos Aires, 2007.

MORELLO, A. M. y VALLEFIN, C. A. El amparo. Régimen procesal. 5a ed. Platense, La Plata, 2004.

PELLEGRINI GRINOVER, A. “Tutela jurisdiccional nas obrigações de fazer e nao fazer”. Revista Forense. Río de Janeiro, 1996 (333), 11 y ss.

RAMOS ROMEU, F. “¿Es deseable favorecer la ejecución provisional?”. En: Serra Domínguez, M. (Liber amicorum) Realismo jurídico y experiencia procesal. Atelier, Barcelona, 2009.

RENGEL ROMBERG, A. “Medidas cautelares innominadas”. Revista universitaria de derecho procesal. UNED, Madrid, 1990 -4-, 488 y ss.

RIVAS, A. A. El amparo. La Rocca, Buenos Aires, 1987.

Medidas cautelares. Lexis Nexos, Buenos Aires, 2007.

ROJAS, J. A. *Sistemas cautelares atípicos*. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009.

- "Un "nuevo molde" para el amparo". *Revista de derecho procesal*. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2000 -5-, 63-85.

THEODORO JUNIOR, H. *O mandado de segurança segundo a Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009*. Forense, Río de Janeiro, 2009.

- "Tutela antecipada. Evolução". *Revista de Processo. Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2008 (157), 130 y ss.

YELAMOS BAYARRI, E. "El incidente del actual art. 241 LOPJ". En: Serra Domínguez, M. (*Liber amicorum*) *Realismo jurídico y experiencia procesal*. Atelier, Barcelona, 2009. ◆