



# El Amparo como Tutela Urgente y su Frustración Práctica. El Necesario Ensamble con las Medidas de Urgencia

(The “amparo” as provisional measure and its practical ineffectiveness)

**Roberto Omar Berizonce**

Professor Emeritus at the Universidad Nacional de La Plata, Argentina. Honorary  
President of the Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal and member of the  
International Association of Procedural Law.

“...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 cuele y escapa de las fronteras –al menos las establecidas– de las clásicas cautelares. Las partes están ceñidas y queman sus naves en este proceso típicamente diferenciado e independiente de todo otro absorbente y principal”.

Augusto M. Morello, *La cautela material*, J.A., 1992-IV-314.

**Abstract:** The essay deals with the theme of the provisional and urgent matters, specially the “amparo”, its practical ineffectiveness and the need to cope its theory with the provisional measures in general.

**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. 1. Las tendencias que se vislumbran en el derecho comparado. 2. Las proyecciones en nuestra doctrina y jurisprudencia. III. Las medidas de urgencia (tutelas anticipatorias, interinales y materiales) en el amparo y la protección diferenciada de los derechos fundamentales. 1. Derecho a la salud. 2. Derecho a la provisión de alimentos y, en general, al aseguramiento de condiciones dignas de subsistencia. 3. Derecho sociales en general, del trabajo y la seguridad social. 4. Derecho a la educación. 5. Derecho a la tutela ambiental. 6. Derechos de consumidores y usuarios de servicios públicos. 7. Algunas líneas tendenciales. IV. Interludio. ¿Exceso en el ejercicio de las potestades jurisdiccionales o dinámica propia del Poder Judicial como parte integrante del gobierno? V. La articulación de las medidas de urgencia (tutelas anticipatorias interinales y materiales) con el proceso de amparo.



## I. El amparo como tutela urgente y su frustración práctica.

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 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<sup>1</sup>.

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<sup>2</sup>. Se trata, entonces, de una verdadera y típica tutela procesal diferenciada, bien que desdibujada en la práctica como sistema protectorio<sup>3</sup>. 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<sup>4</sup>, ejerciendo la función protectora donde toda vez que de manera inicial,

---

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

<sup>2</sup> 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, p. 93.

<sup>3</sup> ROJAS, J.A., *Sistemas cautelares atípicos*, Rubinzal-Culzoni ed., Bs. As., 2009, p. 485, 491 y ss..

<sup>4</sup> 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., “A sentença mandamental”, *Temas de Direito Processual. Sétima Serie*, ed. Saraiva, São Paulo, 2001, pp. 53 y ss.. Su importancia práctica creció con la



aprecie que en el caso se dan los presupuestos; avisorada la razón jurídica, no se la *concederá*, sino que lisa y llanamente se la protegerá<sup>5</sup>.

En lo que sigue, después de perfilar la evolución operada desde las clásicas medidas cautelares hacia las denominadas genéricamente tutelas anticipatorias y satisfactivas, en confornte con las tendencias similares que se verifican en la legislación comparada, 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. En un interludio quedará esbozada la tan compleja cuestión de los límites en el ejercicio del control judicial de los actos de los poderes políticos, en tanto puedan interferir con las políticas públicas.

## **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<sup>6</sup>.

### **1. Las tendencias que se vislumbran en el derecho comparado.**

El derecho comparado exhibe con nitidez el fenómeno de la expansión de las clásicas

---

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..

<sup>5</sup> RIVAS, A.A., *El amparo*, ed. La Rocca, Bs. As., 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).

<sup>6</sup> 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, Bs. As., 1999, pp. 481 y ss..



medidas cautelares y su transmutación como verdaderas tutelas urgentes, anticipatorias y satisfactivas<sup>7</sup>. 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<sup>8</sup>. Una línea de tendencia que se espeja en los ordenamientos más recientes, cuya sucinta revista resulta útil para nuestro objetivo.

a. Esta nueva concepción ha terminado de ser recogida en Italia a partir de las reformas de 2005 (art. 669 octies CPC y correlativos), que dejando de lado el carácter accesorio típico del procedimiento de urgencia, instituyen un sistema similar al del *rèfère* francés. Viene a prevalecer la autonomía y la sumariedad de las acciones cautelares satisfactivas, para la atención de situaciones que suponen la irreparabilidad del perjuicio sufrido, de manera que las medidas anticipatorias se perfilan como una forma generalizada, rápida y sumaria de tutela jurisdiccional, alternativa al proceso de cognición plena, que se concreta en pronunciamientos tan solo provisionales pero directamente ejecutables. A salvo, naturalmente, su revocación en juicio declarativo posterior<sup>9</sup>. Se ha flexibilizado, en definitiva, la clásica regla de la instrumentalidad, lo que viene a posibilitar la pervivencia del pronunciamiento cautelar, con independencia y sin necesidad de promover el juicio de cognición; la clásica tutela cautelar conservativa asume así típicos perfiles anticipatorios y aún satisfactivos. En ciertas situaciones que presuponen derechos de tutela preferente por la irreparabilidad del perjuicio que se deriva, se habilita el dictado de decisiones provisionales pero que devienen directamente ejecutables (art. 669 octies), cuyos efectos perduran y se tornan definitivos, a menos que se instaure por cualquiera de las partes el proceso de cognición plena. De ahí que –como se ha observado<sup>10</sup>– haya perdido virtualidad la tradicional distinción entre medidas conservatorias y anticipatorias, sustituido por lo que se ha denominado como régimen de “instrumentalizada atenuada”.

<sup>7</sup> BIAVATI, P., “Tendencias recientes de la justicia civil en Europa”, *RDP* (Revista de Derecho Procesal), Rubinzal-Culzoni ed., Bs. As., 2008-1, pp. 513-516, con amplia bibliografía. LAFUENTE TORRALBA A.J., “La evolución de la tutela cautelar desde una perspectiva internacional...”, *RePro* (Revista de Processo), ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 2008, nº 156, pp. 77 y ss..

<sup>8</sup> MORELLO, A.M., “Expansión de las medidas cautelares y autosatisfactivas” en *Acceso al Derecho Procesal Civil*, A.M. Morello director, Lajonane, Bs. As., 2007, v. II, pp. 883 y ss.. RIVAS, A.A., *Medidas cautelares*, Lexis Nexis, Bs. As., 2007, pp. 24 y ss..

<sup>9</sup> Sobre las reformas del art. 669 octies, inc. 6º del CPC italiano: DITTRICH, L., “Il provvedimento d’urgenza ex art. 700 CPC”, en TARZIA G., *Il processo cautelare*, 2a. ed., Padova, 2004, p. 227. SALETTI, A., “Le misure cautelare a strumentalita attenuata”, en *Il processo cautelare a cura di G. Tarzia y A. Saletti*, 3a. ed., Cedam, 2008, pp. 289 y ss.; *id.*, “El nuevo régimen de las medidas cautelares y posesorias”, *Rev. Peruana de Der. Proc.*, Lima, 2008, XI, pp. 387 y ss..

<sup>10</sup> SALETTI, A., *La misure cautelare*, ob. cit., pp. 303 y ss..



b. De su lado, las Rules of Civil Procedure (RCP) inglesas de 1999 instituyen bajo la denominación genérica de “interim remedies” un conjunto de medidas cautelares conservativas y de otras que encajan en la moldura de la tutela anticipada –las interim injunctions, que posibilitan el dictado de órdenes judiciales de hacer o no hacer alguna cosa, rule 25.1(1)(a)-, las que pueden otorgarse en cualquier tiempo, incluso antes de la instauración del proceso cuando medien razones de urgencia o cuando el interés de la justicia lo haga deseable, fórmula flexible que abre al juez un considerable margen de apreciación<sup>11</sup>.

c. A su vez, en la legislación portuguesa los proveimientos de urgencia, sean conservatorios o satisfactivos, se incluyen en el marco de la tutela cautelar<sup>12</sup>. De todos modos, se discute al presente si tiene sentido mantener la relación de instrumentalidad entre las providencias cautelares y la acción principal. A partir del régimen procesal experimental de 2006 ha quedado fuera de discusión el reconocimiento de las providencias cautelares anticipatorias y de aquellas “autosuficientes”, que dispensan la acción principal<sup>13</sup>.

d. En cuanto al sistema del CPC brasileño, como es sabido, las medidas anticipatorias tienen un régimen específico -art. 273-, diferente del de las cautelares, bien que con la particularidad que en su evolución se concluyó admitiendo la casi completa fungibilidad (art. 273, §7), considerándose que se trata de dos modalidades bajo criterios comunes desde que unas y otras son provisorias y dependen del proceso principal para su mantenimiento<sup>14</sup>.

## 2. Las proyecciones en nuestra doctrina y jurisprudencia.

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 trata de aportar la doctrina<sup>15</sup>, es lo cierto que las decisiones

<sup>11</sup> BARBOSA MOREIRA, J.C., “Uma novidade: o Código de Processo Civil inglês”, *Temas de Direito Processual. Sétima Série*, ed., Saraiva, São Paulo, 2001, pp. 179 y ss..

<sup>12</sup> FERREIRA DA SILVA, C.M., *Providencias anticipatorias no processo civil português*, conferencia pronunciada en las XVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Brasilia, 1998, nº 25.

<sup>13</sup> TEIXEIRA DE SOUSA, M., “Um novo processo civil português: a la recherche du temps perdu?”, *RePro* (Revista de Processo), 2008, nº 161, p. 216-217. Sobre el régimen procesal experimental (dec-ley 108/2006), de flexibilización de las formas: CORREIA DE MENDONÇA, L., “Processo civil líquido e garantías...”, *RePro* (Revista de Processo), nº 170, 2009, pp. 215 y ss..

<sup>14</sup> THEODORO JUNIOR, H., “Tutela antecepada. Evolução...”, *RePro* (Revista de Processo), cit., 2008, nº 157, pp. 130 y ss., donde se realiza un profundo análisis comparativo subrayándose la evolución del derecho brasileño. GARCÍA MEDINA, J.M. y ARRUDA ALVIM WAMBIER, T., *Processo civil moderno...*, ob. cit., v. 1, pp. 186 y ss..

<sup>15</sup> Como señala FALCÓN, la cuestión de la tutela anticipada está plagada de indefiniciones y confusiones (*Código Procesal Civil y Comercial de la Nación...*, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Bs. As., 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.,



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<sup>16</sup>.

A su vez, la SCBA deslindó claramente la naturaleza y el ámbito de las medidas cautelares, anticipatorias y satisfactivas (o de efectividad inmediata). Mientras las cautelares típicas o asegurativas no actúan sobre el derecho de quienes las promueven sino tan solo sobre los bienes de su deudor para conservarlos, en cambio las cautelares sustanciales o materiales (anticipatorias y satisfactivas) procuran acelerar el reconocimiento y efectividad del propio derecho que se pretende, cuando se generan especialísimas situaciones de urgencia impostergable. De su lado, entre la tutela anticipada y la satisfactiva (medidas “autosatisfactivas”) se perciben nítidas diferencias, pues mientras en la primera la decisión es interina o provisional y, por ende, queda sujeta a la sentencia definitiva en un proceso más amplio y pleno, en cambio la otra se agota en el mismo pronunciamiento que resulta definitivo e irreversible. No es accesoria ni está subordinada a otro proceso. Bien que se deja a salvo, en uno u otro caso, el derecho de defensa de la contraria<sup>17</sup>.

---

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, Bs. As., 1999, pp. 481 y ss..

<sup>16</sup> Fallos, 324:2042; 325:2367; 326:970, entre otros.

<sup>17</sup> Ac. 92.711, 26-9-07, especialmente votos de los Dres. Roncoroni y de Lázari. Si el actor pretendía que la empresa de medicina prepaga demandada cubriera la totalidad de los gastos que habría de acarrear un transplante hepático, y ante la grave patología alegada y la urgencia del caso, se dispuso a título de cautelar genérica o anticipatoria la realización de la intervención quirúrgica, no por ello el proceso se agota si ha mediado oposición de la demandada quien al contestar la demanda, negó los hechos y la procedencia del amparo. De modo que, si al cabo, no se acreditaron los extremos legales –que padeciere efectivamente una dolencia grave y que el trasplante fuere necesario– corresponde el rechazo de la demanda y la decadencia consecuente de la cautelar, que se considerara erróneamente “autosatisfactiva” (voto ponente del Dr. Pettigiani). Siempre habrá que asegurar la vigencia del contradictorio (voto del Dr. de Lázari); de lo contrario, mediaría un exceso de jurisdicción en menoscabo de la defensa en juicio. Un análisis profundo de este pronunciamiento puede verse en ROJAS, J.A., *Sistemas cautelares atípicos*, ob. cit., pp. 405 y ss..

### 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<sup>18</sup>, 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<sup>19</sup>.

-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<sup>20</sup>.

- 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<sup>21</sup>; u otro tipo

---

<sup>18</sup> BERIZONCE, R.O., “Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas”, *RDP* (Revista de Derecho Procesal), 2008-2, pp. 35 y ss..

<sup>19</sup> 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..

<sup>20</sup> CN Fed. 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.

<sup>21</sup> 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.



de medicamentos específicos cuya carencia pone en riesgo la vida del paciente<sup>22</sup>.

- 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”<sup>23</sup>.

- o a los fines de la provisión de un marcapasos para un paciente con serios riesgos cardíacos<sup>24</sup>.

- 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<sup>25</sup>.

- 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<sup>26</sup>; o si se petitiona la provisión de un transmisor especial para un menor de nueve años que padece una hipoacusia bilateral profunda congénita<sup>27</sup>.

- o si se justifica atento el delicado estado de salud de la accionante cuya dolencia reviste una gravedad tal que resulta discapacitante<sup>28</sup>.

- o la cobertura de un tratamiento con la finalidad de inducir la ovulación<sup>29</sup>.

- 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<sup>30</sup>.

- o la medida autosatisfactiva, petitionada 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

<sup>22</sup> Cam. Fed. La Plata, Sala III, 19-3-02, LL Bs. As., 2002-p. 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, p. 458).

<sup>23</sup> CSN, 12-7-01, Fallos, 324:2042.

<sup>24</sup> 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..

<sup>25</sup> CSN, 18-12-03, “S.E.G. c. Prov. de Bs. As. y otro”, Fallos, 326:4963.

<sup>26</sup> CN Fed. 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.

<sup>27</sup> CN Civil, 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, p- 680).

<sup>28</sup> CN Fed. C y C, Sala I, 1-7-04, DJ, 2005-2, p. 151.

<sup>29</sup> CN Com., 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.”.

<sup>30</sup> Juzg. Civ. y Com. Nº 6, Corrientes, 8-12-08, LL Litoral, 2009, p. 141, con nota de M.S. MIDÓN.





brinde tratamiento, ante la negativa de sus padres-portadores de VIH y la madre además Hepatitis C positivo<sup>31</sup>.

- 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<sup>32</sup>.

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<sup>33</sup>. Aún corresponde habilitar la fería judicial cuando de las circunstancias relatadas por la requirente surge que se trata de un caso de urgencia que no admite demoras<sup>34</sup>. Sin que sea obstáculo, habiéndose requerido la intervención de la CSN en vía originaria, que estuviere pendiente el pronunciamiento acerca de su propia competencia<sup>35</sup>.

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<sup>36</sup>; frente a una acción similar promovida por un grupo de médicos dependientes del Ministerio de Salud de la Prov. de Bs. As., 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

---

<sup>31</sup> 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, p. 393).

<sup>32</sup> JFamilia N° 1, Mendoza, 16-9-2008, “B., L. A.”, Sup. Const. La Ley, 2008 (octubre), p. 69, fallo 112.984.

<sup>33</sup> CSN, 7-3-06, Fallos, 329:548, con sus citas. J. Garantías La Plata N° 2, 15-1-02, LLBA, 2002, p. 209.

<sup>34</sup> JN Fed. Seg. Social N° 9, 30-7-04.

<sup>35</sup> CSN., “Salas D. y ot c. Prov. Salta y Estado Nacional, s. amparo”, 29-12-08, La Ley, 2009, con nota de DI PAOLA, M.E., y ESAIN, J., *La Corte suspende el ecicidio en el bosque salteño*.

<sup>36</sup> CSN, 31-10-06, La Ley, 2006-F, p. 507, con nota de C. PIZZOLO, *La salud pública como bien colectivo*.

a que hubiere lugar<sup>37</sup>.

## **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<sup>38</sup>. 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<sup>39</sup>.

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 de los programas y medidas seguirán expuestos a todo tipo de riesgos, sin contención alguna ni recursos viviendo en la vía pública; todo bajo

---

<sup>37</sup> Juzg. Cont. Adm. Nº1, La Plata, 29-5-08, LLBA, febrero 2009, p. 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, LL Córdoba, 2009, p. 183).

<sup>38</sup> Fallos, 329:549, 553 y 2759; La Ley, 2006-E, p. 149.

<sup>39</sup> 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.



apercibimiento de astreintes que se habrán de imponer en la persona del funcionario remiso<sup>40</sup>. 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; previniéndose 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<sup>41</sup>.

### 3. Derecho 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<sup>42</sup>.

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 Cod. Contenc. Adm. provincial y ordenar al Instituto de Seguridad Social proceda a abonar las mensualidades correspondientes al beneficio pretendido<sup>43</sup>.

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<sup>44</sup>.

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 cargos deudor, cuestionado por violación al principio de legalidad<sup>45</sup>.

---

<sup>40</sup> Juzg. Cont. Adm., Nº 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*.

<sup>41</sup> Resolución del 7-5-09, en El Dial Express, 18-5-09.

<sup>42</sup> Cam. Fed. La Plata, Sala III, 14-2-02, LLBA, 2002 p. 485. En el caso, como medida innovativa.

<sup>43</sup> 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.

<sup>44</sup> T. Crim. Necochea Nº 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.

<sup>45</sup> J. Contencioso Administrativo, Mercedes Nº 1, 31-5-04, La Ley 2004-F, p. 474.



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<sup>46</sup>.

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-<sup>47</sup>.

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<sup>48</sup>.

#### **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<sup>49</sup>.

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<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> JN Fed. Seg. Soc. N°9, 30-7-04.

<sup>47</sup> J. Contencioso Administrativo N°1 Zárate-Campana, 28-5-04, Supl. Adm. La Ley, agosto, 2004, p. 76.

<sup>48</sup> CNSeg. Social, sala III, 8-3-95, ED, 162-72.

<sup>49</sup> ST Formosa, 29-3-00, La Ley, 2000-C, p. 577.

<sup>50</sup> 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.



## 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-<sup>51</sup>. 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<sup>52</sup>.

O bien en el caso de la cautelar de prohibición de innovar petitionada por los amparistas afectados por los trabajos de construcción de una línea de alta tensión del electroducto Piedra del Águila-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<sup>53</sup>.

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<sup>54</sup>.

O en el caso emblemático en que se suspendieron los efectos de las resoluciones administrativas que autorizaban la caza de toninas overas<sup>55</sup>. 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<sup>56</sup>.

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

---

<sup>51</sup> CF La Plata, Sala III, 25-10-07, La Ley, 2008- E, p. 602, con nota de A. ARANCET. SCBA, 19-5-98, “Almada H. c. Copetro S.A.”, LLBA, 1998, p. 1314.

<sup>52</sup> CF La Plata, Sala III, 25-10-07, cit..

<sup>53</sup> CF B. Blanca, 17-3-99, J.A., 1999-III, p. 247; El Der., v. 183, p. 969.

<sup>54</sup> SCBA, 19-3-03, J.A., 2004-II, p. 327.

<sup>55</sup> JNF Contenc. Adm. Nº2, 22-3-83, La Ley, 1983-D, p. 568.

<sup>56</sup> CNF Contenc. Adm., Sala I, 23-4-98, La Ley, 1998-E, p. 530.



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<sup>57</sup>.

## **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<sup>58</sup>.

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<sup>59</sup>.

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

---

<sup>57</sup> 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..

<sup>58</sup> CCiv. y Com. Mercedes, sala I, 18-9-01. LLBA, 2001-1374.

<sup>59</sup> JFed. Junín, 20-8-98, JA, 2001-II-193, con nota de C.A. Ghersi.



Provincia el carácter de pésimo o inexistente<sup>60</sup>.

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 Provincial 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<sup>61</sup>. 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<sup>62</sup>.

## 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 rótulos 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)<sup>63</sup>, violencia familiar (ley 24.417, art. 4)<sup>64</sup>, etc.-.

En segundo lugar, que tales cautelares materiales –anticipatorias y excepcionalmente satisfactivas- constituyen una técnica procesal particularmente apropiada para la tutela de los

---

<sup>60</sup> JFed. Formosa Nº 1, 25-8-05, LL, 2005-E, p. 687, con nota de M.G. Gelcich.

<sup>61</sup> Juzg. Fed. Nº 2, Tucumán, 18-2-09, La Ley, 2009-B, fallo 113.380, con nota de LAFUENTE, J.A., *Una sentencia sobre aumentos de tarifas*.

<sup>62</sup> Juzg. Civ. y Com. Nº 8, Corrientes, 17-3-09, con nota de M.S. MIDÓN, “El amparo colectivo para la defensa de los derechos individuales homogéneos...”, *Rev. de Doct. y Jurisp. Santa Fe*, ed. Jurid. Panamericana, 2009.

<sup>63</sup> FALCON, E.M., ob. cit., v. III, pp. 220 y ss..

<sup>64</sup> Ob. cit., p. 230.



derechos fundamentales de protección preferente<sup>65</sup>.

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. ¿Exceso en el ejercicio de las potestades jurisdiccionales o dinámica propia del Poder Judicial como parte integrante del gobierno?**

El ejercicio del poder cautelar genérico así ampliado ha suscitado no solo resquemores doctrinarios<sup>66</sup>, sino también vivos celos exteriorizados desde los poderes políticos del gobierno, crecientemente preocupados por el supuesto avance desmedido de los jueces, a quienes se imputa el avasallamiento de lo que consideran las potestades propias y excluyentes, sea del legislador, ya de la administración.

Hacia fines del siglo XIX, el equilibrio de poderes y la “batalla” entre la Administración y la jurisdicción se planteaba en el terreno de la indemandabilidad del Estado; medio siglo después el debate apuntaba a los obstáculos y barreras de la ejecución de las sentencias; ahora y a partir de la última década parece desplazarse hacia el alcance e incidencia de las cautelares contra el Estado. Más aún, recrudece la puja entre el control judicial y la pretensión de los poderes políticos de ejercer sus potestades discrecional y arbitrariamente. Por un lado, en verdad –como se ha señalado con acierto<sup>67</sup>–, el ejercicio del poder discrecional de la administración se encuentra condicionado a su compatibilidad con las garantías, derechos y principios constitucionales, que se verifica a través del control ejercido por los jueces. Empero, todavía, dicho control reconoce límites y fronteras que la propia magistratura se encarga permanentemente de acatar. No otra cosa significan las doctrinas pretorianas de las “political questions”, o del “self restraint”, tanto como la del “grave interés institucional” o de las “cuestiones trascendentes”, o la “excepcionalidad” de la declaración de inconstitucionalidad, que los superiores tribunales desenvuelven.

---

<sup>65</sup> BERIZONCE, R.O., *Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas*, ob. cit., p. 40-41; *id.* *Técnicas orgánico-funcionales y procesales de las tutelas diferenciadas*, RDP 2009-1, pp. 46 y ss..

<sup>66</sup> Por todos: ALVARADO VELLOSO, A., *El garantismo procesal* en la obra colectiva *Activismo y garantismo judicial*, Acad. Nac. de Der. y Cs. Soc. de Córdoba, Córdoba, 2009, pp. 145 y ss., especialmente pp. 163 y ss.. Se entrega a los jueces “la potestad necesaria para lograr autoritariamente lo que estiman *es la justicia del caso* dentro de los márgenes de su pura, absoluta y exclusiva subjetividad” (p. 166).

<sup>67</sup> CASSAGNE, J.C., *La discrecionalidad administrativa y el control judicial*, La Ley, 2008-E, pp. 1056 y ss; *id.*, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Bs. As., 2009, pp. 173 y ss..





Sin embargo, hay tiempos y circunstancias en que las susceptibilidades afloran con fuerza inusitada, el debate se enrarece y la puja sale a la luz sin tapujos. Véase si no, para muestra, dos capítulos que acaban de ser abiertos:

1. La Provincia de Buenos Aires ha dictado una nueva ley de amparo, nº 13.928 (B.O. 11-2-2009), con la particularidad que el P.E., a través de un veto parcial, objetó el segundo párrafo del art. 15 regulatorio del alcance de la cosa juzgada en el amparo colectivo, que establecía que “la sentencia alcanza a todo el grupo de afectados, y será oponible al vencido en beneficio de quienes, a pesar de no haber intervenido en el juicio, compartan la situación jurídica o de hecho con los que interpusieron la acción”. El precepto objetado, en realidad, plasmaba lo que es de la esencia de los procesos colectivos en cuanto se trata de la tutela de derechos o situaciones de objeto indivisible, cuya decisión por su naturaleza ampara también a todos los que se encuentran en las mismas condiciones. Es lo que la propia CSN decidió en el caso “Halabi”<sup>68</sup>. Pero lo sorprendente ha sido el fundamento del veto del P.E., donde se sostuvo que la normativa proyectada implica otorgar efectos “erga omnes” a la sentencia que recaiga en el amparo colectivo dando de tal modo al pronunciamiento judicial carácter legislativo, conculcando el principio republicano de división de los poderes. En buen romance, el PE cuestiona la ingerencia de los jueces y el alcance de sus decisiones constitucionales cuando se trata de tutelar derechos de incidencia colectiva, con desprecio no solo de la CN sino de la propia naturaleza de las cosas<sup>69</sup>.

2. La misma “filosofía” restrictiva de las potestades judiciales se denota en el proyecto de la ley de reformas al CPCCN, actualmente a consideración del Congreso<sup>70</sup>, regulatorio de las medidas cautelares contra el Estado Nacional, entes descentralizados o autárquicos y empresas o sociedades del sector público. Se pretende modificar el art. 198 e incorporar los arts. 206 bis y 206 ter, por los cuales se estatuye un régimen específico a favor del Estado Nacional y otras entidades públicas que, entre otras particularidades, establece como regla que los jueces no podrán disponer ninguna medida precautoria que afecte, dificulte, obstaculice, comprometa o distraiga de su destino los recursos propios del Estado o sus entidades públicas. En todos los demás casos, impone como previa a la adopción de cualquier medida una vista a la administración demandada

<sup>68</sup> CSN, 24-2-09, “Halabi, Ernesto c. PEN –ley 25.873, dto. 1563/04, s/amparo ley 16.986”.

<sup>69</sup> Como sostuvo la CSN en el referido caso “Halabi” corresponde atribuir carácter *erga omnes* a la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley 25.873, arts. 1º y 2º y del decreto 1563/04, pues el fundamento de esa amplitud de los efectos del pronunciamiento es inherente a la propia naturaleza de la acción colectiva en virtud de la trascendencia de los derechos que por su intermedio se intenta proteger (considerando 21).

<sup>70</sup> Cam. de Diputados de la Nación, Orden del día nº 1344, 2-12-2008, con dictamen favorable de la Comisión de Justicia.



(art. 206 bis). Asimismo, regula un procedimiento específico previo y las condiciones requeridas para ordenar una medida precautoria que persiga la suspensión de la ejecución de un acto administrativo (art. 206 ter). Si bien se ve, el proyecto reproduce y perfecciona el derogado art. 195 CPCN, texto ley 25.453, y el ulterior art. 195 bis, texto decreto 1387/01 y ley 25.561, art. 18, normas claramente inconstitucionales como en su momento esclareció la doctrina<sup>71</sup> y declaró la jurisprudencia.

En el fondo, lo que se pone en cuestión es la posibilidad de que el Poder Judicial so pretexto de controlar la constitucionalidad o convencionalidad de las normas infraconstitucionales que edictan los poderes políticos de origen popular, termine inmiscuyéndose en el control y aún en el diseño de las políticas públicas. Y si esa posibilidad fuera admitida, cuáles serían los límites. El conflicto, desde luego, no es nuevo ni exclusivo de nuestro medio<sup>72</sup>.

Claro que el creciente activismo de los jueces en la tutela de los derechos fundamentales preferenciales de algún modo ha incidido para correr las “fronteras”, como correlato inevitable de la pasividad legislativa y la opacidad de la administración en numerosos de esos terrenos. ¿Cómo tolerar el parlamento que la CSN le imponga el cumplimiento de la manda constitucional de la movilidad de las prestaciones previsionales?<sup>73</sup> ¿Y que en vía cautelar un juez ordene al Ministro de Salud la designación en plazo perentorio de médicos y enfermeros para garantizar las prestaciones de un hospital público, haciéndolo personalmente responsable, bajo apercibimiento de astreintes y de las acciones penales que pudieran corresponder?<sup>74</sup>

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

a. Las técnicas de simplificación y sumariedad 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 otros, las estructuras monitorias, la decisión temprana de la litis y la ejecución provisional de la

<sup>71</sup> FALCÓN, E.M., *Reformas al Código Procesal Civil y Com. de la Nación*, Rubinzal-Culzoni ed., Bs. As., 2002, pp. 212 y ss.. ARAZI, R. y ROJAS, J.A., *Código Procesal Civil y Com. de la Nación*, Rubinzal-Culzoni ed., Bs. As., 2007, v. I, pp. 766 y ss., donde se menciona la jurisprudencia concordante.

<sup>72</sup> En Brasil se está debatiendo arduamente el tema: PELLEGRINI GRINOVER, A., “O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário”, *RePro* (Rev. de Processo), nº 164, 2008, pp. 9 y ss..

<sup>73</sup> CSN, “Badaro A.V.” 8-8-2006, LL, 2006-D, p. 801, con nota de L.D. AYUSO; *idem*, “Badaro A.V.”, 26-11-07.

<sup>74</sup> Juzg. Contenc. Adm. Nº 1, La Plata, 25-09-08, LL Bs. As., febrero 2009, con nota de J.I y L.G. BARRAZA, cit.



sentencia. Son todos mecanismos simplificadores tendientes a superar las dilaciones del proceso común.

El amparo, a su vez, aún admitiendo que constituye un remedio urgente, principal y no subsidiario, está articulado como un proceso de cognición abreviado, 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. 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 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 sencillo, para la tutela de los derechos fundamentales.

d. La esencia del amparo, como se ha sostenido<sup>75</sup>, 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<sup>76</sup>, a través de un proceso urgente y ante la evidencia de los hechos.

---

<sup>75</sup> RIVAS, A.A., *El amparo*, ob. cit., pp. 41-44.

<sup>76</sup> ROJAS, J.A., “Un nuevo “molde” para el amparo”, *RD* (Revista de Derecho Procesal), Nº 5, 2000, pp. 72-73.



En ese entendimiento, una de las posibilidades sería articularlo como una estructura semejante al proceso monitorio<sup>77</sup>, 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<sup>78</sup>.

e. Si el amparo, con más razón a partir de su encubrimiento constitucional, tiene una autonomía técnico-funcional plena y principal<sup>79</sup>, 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<sup>80</sup>.

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, sin perjuicio naturalmente de la inserción además en el ordenamiento procesal madre.

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<sup>81</sup> de los hechos, vendrían a superponerse con

---

<sup>77</sup> 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.

<sup>78</sup> 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).

<sup>79</sup> 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).

<sup>80</sup> MORELLO, A.M., y VALLEFÍN, C.A., *El amparo, Régimen procesal*, LEP, La Plata, 2004, 5ª. ed., pp. 385-386.

<sup>81</sup> 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..



el propio amparo<sup>82</sup>. 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”.

---

<sup>82</sup> 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.).