

EL AMPARO Y LOS SISTEMAS CAUTELARES

Por Jorge A. Rojas

1.- EL ESCENARIO ACTUAL

A fin de contextualizar la situación que atraviesa el país dentro de la temática de este trabajo, es necesario recordar que la emergencia económica, social, administrativa, etc. declarada a través de la ley 25.561, no sólo ha sido receptada por nuestro más Alto Tribunal, sino que inclusive los medios de comunicación masiva (mass media), con los cuales coinciden algunos estamentos de gobierno, sostienen casi como opinión corriente, que nos encontramos al borde de la disolución social, o de una posible guerra civil, o bien de la refundación de una nueva república¹.

En general, dentro de este extremismo mediático, y sumidos en una parálisis escalofriante, el país asiste inerte a una seguidilla de escaramuzas, que persiguen buscar una especie de “orden mágico”, que no hace más que revelar el “infantilismo” que nos distingue como nación².

Y como es costumbre, tratamos de mantener las culpas bien lejos, de buscar “otros” responsables de nuestras desgracias, de buscar excusas para justificar algunos proceder. En fin, siempre mantenemos una línea endeble, dubitativa, poco seria, que nos ha llevado a la situación actual, con dirigentes equívocos, a los que les cuesta muchísimo, tan sólo, decir la verdad.

En esta penosa realidad que nos toca vivir, uno de sus perfiles roza al sistema jurídico, vapuleado como no podía ser menos, por idas y venidas que provocan absoluta inseguridad³. Dentro de él, las figuras que están “de moda”, son sin duda alguna, el amparo y las medidas cautelares.

Sobre ellos queremos reposar esta mirada, para mostrar el desarrollo, muy particular por cierto, que nos brinda una alternativa superadora, dentro de ese clima agobiante que debemos enfrentar, pese al dictado de la llamada “ley tapón o antigoteo”, y el posterior decreto 1316/02, a través del cual se persigue un cierre mucho más riguroso y exacerbado del llamado “corralito financiero”⁴.

¹ Aludiendo a las cinco repúblicas francesas, ver nota del Dr. Mariano Grondona, en diario La Nación del 26 de mayo de 2002, p. 23. El Jefe de gabinete Alfredo Atanasof, también se refirió con ese alcance ante la Cámara de Diputados de la Nación sosteniendo que “el país está al borde de la disolución”. Y desde luego ello se mantiene a nivel político, ámbito en el cual se hace mucho más evidente este tremendismo informativo.

² Hasta hace poco el actual Presidente de la Nación, sostenía que el día 9 de Julio de este año 2002 se iba a producir un cambio que iba a marcar una especie de despegue de nuestro letargo, como si mágicamente, no sabemos, ni imaginamos por qué motivos, esa fecha contuviera un don especial, más allá de su connotación histórica.

³ Es interesante apreciar como la doctrina ha registrado esta situación. Vease entre otros el trabajo de Alicia Josefina Stratta, “El denominado derecho de la emergencia ha puesto al derecho en emergencia”, publicado en diario E.D. del 29/5/02.

⁴ Todo ello a pesar de algunos aspectos que rayan la inconstitucionalidad, ya declarada en el caso Grimberg que más adelante trataremos, como en primera instancia con respecto al decreto 1316

2.- LAS SENDAS DEL AMPARO

Para analizar el amparo, y el desarrollo que ha tenido en estos últimos tiempos, con motivo de las implicancias del “corralito financiero”, al afectar tan gravemente el derecho de propiedad de los particulares, es necesario partir del art. 43 de la Constitución Nacional, pues es la más reciente (y preeminente) regulación de nuestro instituto⁵.

Sin embargo, no podemos dejar de recordar sus orígenes a través de los casos Siri y Kot⁶, ya que de ellos deriva –pues se mantiene vigente aún, en varios aspectos- la ley 16.986, y el recientemente reformado art. 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Dentro de la realidad en la que encuadramos este análisis, y teniendo presente la regulación legal del amparo, una de las sendas que debemos distinguir dentro de él, es la que podríamos denominar *legislativa*, para diferenciarla de otra que llamaremos línea *pretoriana*.

2.1.- La vía legislativa

Si bien el amparo –como señalamos- está contemplado por el art. 43 de la Constitución Nacional, del juego armónico de aquél con los arts. 41 y 42 de nuestra Ley Fundamental, vamos a poder advertir que fue concebido para diversas variantes.

Podemos aludir así al amparo en favor del consumidor, del usuario, en defensa del patrimonio nacional, contra la discriminación, etc., o bien a las formas específicas que contempla la norma del art. 43, como el habeas data y el habeas corpus.

Al margen de ello, encontramos al amparo –por la remisión que hace el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional- consagrado en diversos Tratados internacionales a los cuales la Argentina ha adherido, y que en el presente constituyen derecho positivo en nuestro país⁷.

Pese a que toda esa profusa legislación contempla la figura del amparo, aún está vigente, aunque parezca paradójico, la letra de la vieja ley 16.986, que mantiene el plazo de caducidad que contempla su art. 2, o bien los confusos “ambos efectos” del recurso de apelación (art. 15), o un procedimiento que sin perjuicio de ser restringido y sumario, aún posee resabios que lo descalifican

⁵ Ello a los fines de aclarar las reformas introducidas por la ley 25.488, en especial en el art. 321 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación.

⁶ Fallos 239:459 y 241:296, respectivamente.

⁷ Sirva como ejemplo, citar el art. 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 6 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, o el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica.

–por inapropiado– para quedar inmerso dentro de las nuevas previsiones del art. 43 de la Constitución Nacional⁸.

Esa disposición establece que *“todo afectado puede interponer acción expedita y rápida de amparo”*, en coincidencia plena con la letra de los Tratados internacionales que hemos mencionado, que en general aluden en idénticos términos a la acción de amparo, pretendiendo en definitiva que todas las personas puedan obtener, como hoy lo sostiene expresamente el art. 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, una tutela *“efectiva e inmediata”*, a través de esa *“vía de protección”*, que constituye el amparo.

Sin embargo, pese a esa legislación, aún se encuentra sin reglamentar el art. 43 de la Constitución Nacional, y si bien alguna línea doctrinaria sostiene su operatividad, lamentablemente siempre chocamos con el mismo inconveniente, que es aquél que lleva a los jueces a darle vida al amparo a través de la letra de la ley 16.986, con algunos esquemas que hoy resultan poco útiles, como antes lo señalamos⁹.

Por eso hemos llamado a esta primera línea, que advertimos dentro del amparo, *“legislativa”*, pues pese a aparecer regulado con una profusión de normas claramente sobreabundante, en la realidad, aún no contamos con una ley de amparo que regule nuestro instituto, como el constituyente lo concibió en el art. 43, con lo cual la manda constitucional resultaría incumplida o meramente teórica, ya que no existe aún un *“procedimiento”* expedito, lo suficientemente rápido, de carácter protectorio, para resguardar situaciones que no admiten dilación por su urgencia manifiesta.

⁸ Sin perjuicio de ello, como veremos al analizar la otra senda que transita el amparo, la jurisprudencia ha ido introduciendo algunas modificaciones importantes para su desarrollo, como el plenario de la Cámara Nacional en lo Contencioso-Administrativo Federal, del 27/8/02, que dispuso que *“las cuestiones relacionadas con el cómputo del plazo para la articulación del amparo previsto en la ley 16.986 deben ser analizadas en el caso en particular, atendiendo a las defensas planteadas”* (in re Bertoni, Alba Hilda y Otro c/P.E.N. ley 25.561 – Dto. 1570/01 – 214/02 s/Amparo ley 16.986. También en esa misma línea la Cámara Civil ha declarado de oficio la inconstitucionalidad del art. 15 de la ley 16.986 (CNCiv., Sala I, 19/11/98, Quinquel S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/Recurso de hecho, E.D. 188-553, con nota laudatoria de Sagües).

⁹ Desde el punto de vista judicial sirva como ejemplo señalar un precedente: *“el efecto devolutivo que dispone el art. 198 del C.P.C.C.N. para la concesión de los recursos contra medidas cautelares no alcanza a las dictadas dentro de los procesos de amparos regidos por la ley 16.986. En tales supuestos, la apelación tiene efecto suspensivo, de conformidad al art. 15 de la ley citada (cfr. Sala III in re: "D' Angiuli, Pascual c/E.N. PEN Sec. de Energía y Com. Dec. 92/97 s/amparo", del 18/3/98; y Sala II in re: "Alcorta Carlos E. (RQU) y otros c/PEN", del 7/4/97)”*. (CNCont.-Adm. Fed., Sala I, 12/9/2000, en autos: "Barbara S.C.A. -RQU- c/P.E.N. Jefatura de Gabinete de Ministros (Dec. 55/00) s/queja”, LD-Textos). Pero también desde el punto de vista doctrinario ver las críticas de Carnota a los intentos de reglamentar el amparo consagrado en el art. 14 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, distorsionando no solo su objeto sino además los propios fines que persigue aquella Ley fundamental con relación a la operatividad de la figura (Carnota, Walter F.; La desnaturalización del amparo porteño, diario L.L. del 28/5/02, pág. 1).

Lo único que tenemos en este sentido, es un proyecto de ley impulsado por los senadores Menem y Yoma, algunos de cuyos aspectos queremos destacar, al solo efecto de advertir el retroceso que importaría su sanción¹⁰.

Por ejemplo, se contempla expresamente que el juez, con carácter previo a cualquier otra actuación, y por auto fundado, deberá expedirse acerca de la admisibilidad o no de la acción, bajo pena de nulidad de todo lo actuado en lo sucesivo. Esto deberá llevarlo a cabo, dentro del plazo de dos días de presentada la demanda.

Desconociendo la naturaleza del amparo, y la jurisprudencia dominante en la materia, el proyecto prevé la posibilidad de que el magistrado admita la intervención de terceros en el proceso¹¹.

Además, el proyecto contempla que serán apelables nuevamente “*en ambos efectos*” la sentencia definitiva, la que rechace la demanda, y las resoluciones que admitan o rechacen las medidas cautelares, en acciones promovidas contra la autoridad pública.

Esa misma norma, agrega a continuación, que las medidas cautelares dispuestas en procesos iniciados contra particulares, serán apelables al solo efecto devolutivo.

Como broche final a este pantallazo, solo agregaremos que el proyecto señala que la interposición del recurso extraordinario implicará la suspensión de la ejecución de la sentencia hasta tanto se resuelva su denegatoria, o exista pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Como se puede advertir, parecería que el legislador nacional vive de espaldas, no sólo a la realidad, sino además, a la letra de la Constitución Nacional, pues no existe ningún tipo de cortapisas en nuestra Ley Fundamental, para presumir que el amparo tiene que estar “encorsetado” en las formas en que se lo pretende regular.

No aprendemos de nuestros errores. La historia se repite, y sucede algo similar a lo acontecido luego de transcurridos casi diez años de aquellos fallos insignes: Siri y Kot, cuando el legislador pretendió regular a la institución, pues como decían los viejos maestros del derecho procesal, el día que el amparo nació legislativamente: murió.

No es posible concebir al amparo como un simple proceso de conocimiento más, en donde se admita la intervención de terceros, y se diriman los derechos en disputa, para ver cuál de las dos posiciones en el pleito es la correcta, a partir de la mayor o menor amplitud que se le dé al debate, y la prueba que en él se produzca.

¹⁰ Citamos este antecedente pues la Cámara de Senadores dio media sanción a ese proyecto el 15/11/2000, y ha pasado en revisión a la Cámara de Diputados.

¹¹ Debe ser desestimado el pedido de citación de tercero, por cuanto tal petición es inadmisibile en el reducido marco cognoscitivo de la presente medida (Civ. Y Com. Fed., Sala III, 4/12/97, Castaño, Rodolfo Amado y Otros c/I.O.S. s/Amparo, LD-Textos).

El amparo es una figura totalmente distinta, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Es ajeno a él la idea de debate, pues se trata de un proceso esencialmente protectorio. Persigue la tutela de los derechos que fueron vulnerados, agotándose su viabilidad en el cese inmediato de los efectos indeseados, que puede provocar un acto u omisión de una autoridad pública, o de un particular, que estén dotados de arbitrariedad o ilegalidad, y que éstas resulten manifiestas¹².

2.2.- La línea pretoriana

Frente a la descripción que hemos hecho, a través de cual tratamos de mostrar una parte de nuestra realidad, nos encontramos con otra faceta opuesta, que ha cobrado un auge inusitado, por vía de la protección que ha venido a brindar la jurisdicción a los particulares, con motivo del llamado “corralito financiero”, sin perjuicio de señalar que antes de ello, esta línea que llamamos *pretoriana*, por haberse gestado desde la jurisdicción, ya había tenido acogida, y había sido receptada inclusive por nuestro más Alto Tribunal.

Esa postura, en algunos momentos aparece confundida con la que regula el funcionamiento de las medidas cautelares, confusión que es importante deslindarla en dos ámbitos muy precisos, uno el del amparo; y otro, el de las medidas cautelares, que aún siendo medidas tradicionales, como un embargo, un secuestro, o una medida innovativa; por sus efectos, pueden tener incidencia directa sobre el alcance de una sentencia; por ende, ello puede aparejar un anticipo de la jurisdicción favorable al litigante, adelantando en todo o en parte, aquello que debe ser resuelto en la sentencia de mérito, de ahí que hayamos sostenido que se trata de un espacio excepcional dentro del cual funcionan los sistemas cautelares, en este caso a través de medidas precautorias típicas¹³.

No únicamente en los casos de los ahorristas que vieron violado su derecho de propiedad, sino también en otros supuestos, se han suscitado algunas situaciones particulares, que hacían que los hechos en los cuales se sustentaba la pretensión cautelar, coincidieran con los que sustentaban la pretensión principal, de ahí que como veremos más adelante la ley tapón, viene a “sancionar” pretensiones de esa índole, de modo totalmente injustificado.

¹² Esta es la doctrina sentada por la Corte Suprema en Fallos 322:2220, en donde señaló que el juicio se agota en ordenar el cese inmediato de la conducta estatal manifiestamente ilegítima.

¹³ Obsérvese como se confunden, por ejemplo estas medidas cautelares que mencionamos (embargo, secuestro, medida innovativa), que son utilizadas de modo diverso por la jurisprudencia. Así se ha resuelto que: “el modo de hacer valer las medidas cautelares que sean procedentes en los juicios de amparo cuyo origen se encuentra en la aplicación de los decretos 1570/01, 214/02 y 320/02, referidos a los depósitos bancarios, es el embargo del monto respectivo, su secuestro mediante el traspaso a una cuenta judicial del Banco de la Nación y su eventual disposición a favor del acreedor por el magistrado interviniente” (CFed. La Plata, Sala III, 9/4/02, Grugnala, Juan A. y Otro c/Estado Nacional s/Amparo, diario E.D. del 3/6/02, p. 5).

Pues bien, en esos casos, hemos visto en estos últimos tiempos la procedencia de medidas cautelares, que resultaban legítimas, y no debían tener ningún tipo de límites para su concesión, provocando una superposición entre los objetos de la pretensión cautelar y la de fondo.

Ha sido merced al activismo jurisdiccional, quizás desbordado en algunos casos, que se ha podido forjar este diseño especial del amparo, que hemos identificado como línea pretoriana, o bien, vía alternativa a la primera, con el propósito de distinguirla, pues aquí si se pueden apreciar las características que ha de reunir un verdadero proceso urgente, como debería ser el amparo.

Esto es, la posibilidad de que se le brinde al justiciable una tutela efectiva e inmediata, lograda con la sola promoción de la demanda a través de la cual se puede petitionar la cautela que resulte adecuada, para luego de tutelada esa situación, que aparece con urgencia y necesidad manifiesta de protección, se difiera un eventual contradictorio.

Esa combinación entre amparo –con un alcance tradicional¹⁴- y el mecanismo tuitivo que viene alojado en una medida cautelar -con un desarrollo especial o excepcional- ha marcado el avance pretoriano que intentamos describir, por lo cual conviene detenernos a analizar esos sistemas cautelares especiales, por su alcance y proyección hacia una protección efectiva e inmediata.

3.- LAS “MEDIDAS” CAUTELARES

De la misma forma en que concebimos el momento actual por el que atraviesa el amparo, la doctrina procesal ha avanzado en el desarrollo de las medidas cautelares, básicamente por la desmesurada incidencia que tiene sobre el proceso judicial el transcurso del tiempo, sea por el anquilosamiento de algunas instituciones, sea por un inadecuado manejo del procedimiento, o por una formación inapropiada del operador jurídico, u otras razones que podamos encontrar¹⁵, lo

¹⁴ Con esto queremos significar el desarrollo de un proceso de conocimiento sumarísimo.

¹⁵ Es interesante señalar el estudio llevado a cabo por el Dr. Berizonce “El tiempo del proceso y la eficiencia del sistema de justicia”, presentado como ponencia en el VII Seminario Internacional “Formazione e caratteri del sistema giuridico latinoamericano e problemi del processo civile”, llevado a cabo en el mes de mayo de 2002 en Roma, Italia, del cual se desprende una duración promedio para un proceso sumario (plenario abreviado) de 1911 días, para un desarrollo en dos instancias (esto es: cinco años, tres meses y 21 días), desde luego, sin transitar ningún recurso extraordinario, ni provincial ni federal. Señala aquél, la distinción que ya ha hecho la Corte Suprema entre duración y morosidad, pues mientras la primera alude a los extremos temporales comprendidos en los desarrollos del trámite; la segunda, califica la lentitud y la dilación. La duración responde a circunstancias indefectibles, como la complejidad del caso y el desenvolvimiento natural de los procedimientos –el buen trámite, que debe contemplar los tiempos de la defensa y la decisión- mientras que la morosidad resulta atribuible generalmente a la incuria, desidia o desinterés de los sujetos procesales, el juez y las partes (Ver Fallos 323:423 y sus citas). Por ello concluye, con buen criterio a nuestro entender, remitiendo a un trabajo de Morello (El derecho y nosotros, Ed. Librería Editora Platense, 2000, p. 79 y ss.), señalando que la búsqueda de soluciones al problema de la morosidad remite a una cuestión más amplia y abarcadora de la creciente disfuncionalidad del sistema de justicia, se requiere un enfoque sistémico que permita vertebrar un propio y adecuado programa integral de política judicial, que no se agota en la sola modificación del modelo teórico procesal, sino que además ha de hacerse cargo de la transformación de los restantes niveles

cierto es que han cobrado un auge inusitado las medidas cautelares dentro del proceso judicial, que han llevado a sostener, por ejemplo, a Morello, parafraseando a Storme –con citas de los Congresos celebrados en Brasilia y en Gante- que aquellas se han constituido en “las vedettes” en el escenario procesal¹⁶.

Esto nos ha permitido distinguir dos perfiles dentro del desarrollo de las llamadas medidas cautelares, que a nuestro entender, para poder conceptualizarlas mejor, conviene más interpretarlas como “sistemas cautelares”.

Uno es el que denominamos normal (por tradicional), de las llamadas medidas precautorias, que son aquellas que funcionan dentro del proceso de un modo clásico, sea por estar tipificadas dentro de nuestra normativa, sea por el alcance que poseen; para distinguirlo de otro, que denominamos excepcional, pues dentro de él, incluimos las medidas precautorias que por sus características, y efectos que producen en la relación procesal, importan un anticipo jurisdiccional, total o parcial de aquello que eventualmente debe ser materia de la decisión de mérito, circunstancia dable de observar con cierta intensidad en la actualidad.

Con referencia a la última variante, la doctrina es conteste en denominarla tutela anticipada, y más allá de que requiere algunas precisiones, entendemos que en general proviene de un rol superlativo, otorgado a una medida cautelar típica de las que contempla el sistema procesal, pues la lleva a la jurisdicción a anticipar aquello que debía decidir al dictar su sentencia definitiva, sin perjuicio de que también se manifiesta adquiriendo otras formas.

4.- LOS SISTEMAS CAUTELARES

estrechamente vinculados que configuran la organización del íntegro aparato jurisdiccional. Por eso proponemos una mirada distinta, esta vez sistémica, para las diversas formas en que actúa la ley en el proceso, y puntualmente para las que aquí señalamos como asegurativa, interpretándolas como subsistemas dentro de un sistema más amplio que es el proceso judicial

¹⁶ Morello, Augusto M., *El proceso civil moderno*, Ed. Librería Editora Platense, 2001, p. 303; calificativo éste que reitera en “Las medidas cautelares y la ley 25.587, diario E.D. del 10/5/02, p. 2, y luego en “El derecho y el proceso judicial civil, entre lo esperado y la realidad”, publicado en el diario E.D. del 5/7/02, p. 2, pues el maestro platense nos muestra que hoy son las “estrellas” (esto es el sentido que le otorgamos al término vedette), es decir aquello que tiene brillo propio y que se destaca, aún -paradójicamente- en la oscuridad. Y tan acertada nos parece la identificación, que ha sido merced al desarrollo de los que aquí denomino “sistemas cautelares”, para mostrar un finalidad muchas veces similar, aunque sus procedimientos, formas o mecanismos sean diversos, que ha sido merced a ellos que se ha “iluminado” un camino que entendemos fructífero y valioso si sabemos aprovechar sus ventajas, evitando algunos riesgos.

Enseñaba Calamandrei, en su tradicional obra en la materia¹⁷, que la ley actúa en el proceso de tres formas distintas: para que el juez conozca, para que el juez ejecute, o bien para que el juez conserve.

Esta última variante es precisamente la que aquí nos incumbe, pues cuando la ley permite que el juez conserve, Calamandrei enseñaba que conservar debía interpretarse con una doble acepción: conservar, manteniendo una determinada situación, o bien conservar “alterándola”¹⁸.

Esa caracterización nos lleva a advertir que existen diversos sistemas –que vienen a quedar configurados como subsistemas, en este caso, los que llamamos cautelares, que pertenecen a un sistema mayor, que es el proceso, que a su vez se inserta en otro, el Código Procesal y así sucesivamente hasta insertarse en nuestra Ley Fundamental- en virtud de aquellos que mencionamos primero, la ley actúa en el proceso –como dijimos- con carácter conservatorio (o asegurativo).

Sirva como ejemplo de ello, la actuación conservatoria que realiza el juez del concurso, o de la quiebra, muchas veces alterando una determinada situación de hecho para permitir que el concursado, o el fallido, puedan llevar a cabo una determinada gestión, o cerrar un determinado negocio, o permitir la continuación de las actividades habituales, en defensa de la propia masa¹⁹.

Otro ejemplo, lo encontramos en la actuación con carácter conservativo que tiene la ley en materia de prueba anticipada, cuando el juez debe alterar –en el sentido de avanzar modificando una situación procesal determinada- a los fines de conservar prueba que considera importante para dilucidar la litis, este aspecto tiene un sentido fundamental que propende a la mayor eficacia del proceso judicial²⁰.

¹⁷ Calamandrei, Piero, Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, trad. de Marino Ayerra Merín, Ed. El Foro, 1997, p. 34

¹⁸ Ob. cit., p. 48. Esto se debe a que el daño que se quiere evitar proviene del mantenimiento de un determinado status quo, de ahí la necesidad de alterarlo, “innovando”, es decir modificando, la situación existente.

¹⁹ De tal forma se resolvió que “a los fines de tutelar el interés iuspublicístico comprometido en el proceso concursal, el juez está autorizado a dictar medidas cautelares de excepción –en el caso, el cese de la suspensión de la fallida del Registro de importadores y exportadores decidido por la Administración Nacional de Aduanas- cuando de ello se sigue un beneficio para la quiebra, sin verificarse un perjuicio irreparable para el tercero afectado” (del dictamen del Fiscal ante la Cámara, que ésta comparte y hace suyo); (CNCom., Sala A, 26/12/97, in re “Manuel Fernández Vega S.A. s/Quiebra”, E.D. 181-404).

²⁰ Cabe señalar que existen ordenamientos provinciales, como el art. 272 del Código Procesal santafecino, que contempla a las medidas de prueba anticipada, dentro del capítulo de las medidas cautelares. Otro ejemplo lo constituye el Código de Mendoza, elaborado por Podetti, quien en el Título VI, al aludir a las medidas precautorias, consagra un capítulo I referido a normas generales, y un capítulo II, que denomina “medidas para asegurar la ejecución y conservativas”, y un capítulo III, que llama “otras medidas preventivas”, dentro del cual su primer artículo (el 125 de ese cuerpo legal), contempla las medidas preventivas para el aseguramiento de pruebas, y nótese como se perfila ya en Podetti, este ámbito que llamamos excepcional, al solo efecto de distinguirlo de aquél otro tradicional, que apuntaba únicamente al aseguramiento de la efectividad de una sentencia, pues dentro de ese artículo 125 del Código Procesal mendocino, se señala, además que podrán adoptarse medidas preventivas para el aseguramiento de personas, la conservación de cosas o la satisfacción de necesidades urgentes (y como ejemplo de lo que constituye un claro anticipo jurisdiccional, el art. 129 contempla los alimentos provisionales).

Por ese motivo, consideramos que Calamandrei entendió conveniente estudiar centralmente a las providencias cautelares, desde ese punto de vista, y no como habitualmente se las considera, con cierta imprecisión, como un proceso.

La doctrina italiana, desde Chiovenda, prosiguiendo por Carnelutti y Calamandrei, ha analizado desde diversos puntos de vista las medidas cautelares, inclusive es cierto también, interpretándolas como procesos, aunque centrando la mirada de modo preeminente, sobre la pretensión esgrimida, y no sobre el procedimiento, o bien sobre los efectos que producía una decisión al respecto.

Sin embargo, es de destacar que el estudio que lleva a cabo Calamandrei, tiene como punto de partida, la “resolución cautelar” del juez, de carácter conservativo, con el alcance que hemos señalado, es decir manteniendo o alterando.

Precisamente, ese es el sentido que le dio nuestro legislador, al momento de sancionarse la ley 17.454, cuando al aludir a la prohibición de innovar, reguló expresamente en el art. 230 del Código Procesal que aquella medida precautoria era procedente –como sistema asegurativo- *“siempre que existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho...”* (sic), toda vez que lo que la jurisdicción persigue, con el dictado de este tipo de medidas, es precisamente evitar que por vías de hecho (positivas u omisivas), se consume una irregularidad, o un perjuicio, o una violación de un derecho o garantía, por una parte, en desmedro de la otra.

Es decir, que a través de ella se persigue el mantenimiento –esta es la actuación conservativa o innovativa, con carácter protectorio (asegurativo)- de la igualdad de las partes ante la jurisdicción, tratando de evitar un perjuicio hacia alguno de los litigantes, que fuera de muy dificultosa reparación ulterior.

Y por cierto que para ello, no solo alcanza con mantener un determinado status quo, toda vez que en ese caso sus efectos se producirían hacia delante, sino que es probable que sea necesaria la variación de ese status quo, es decir, innovando sobre él, de modo de que en ese caso, el perjuicio se manifestaría por el mantenimiento o subsistencia de esa situación, de hecho o de derecho, que resulta lesiva o perjudicial; de allí la posibilidad de retrotraer –si fuera necesario- las cosas a su estado anterior.

Lo expuesto lo podemos advertir con claridad en la obra de Calamandrei, cuando considera que existen cuatro tipos de actuaciones de la ley –en el proceso civil- con carácter cautelar, a partir –reiteramos- del alcance asignado a las resoluciones que las contemplan:

a) Uno de ellos es la actuación de la ley propendiendo –con su actuación conservativa por asegurativa- a una mayor eficacia del proceso judicial. A este tipo de resoluciones las denominó

“providencias instructorias anticipadas”, y constituyen aquellas actuaciones que nuestra ley contempla como prueba anticipada en sus arts. 326 y ss.

b) La otra actuación de la ley que tiene carácter cautelar, es más tradicional, y es la que habitualmente identificamos como la que propende al efectivo cumplimiento de la sentencia, y que Calamandrei denominó: “providencias para el aseguramiento de la futura ejecución forzada”.

c) La tercera actuación que distingue, es la que nosotros conocemos como contracautela, evidenciándose aquí el carácter precautorio de la actuación de la ley, al tratar de resguardar al afectado por una medida cautelar, de los riesgos que importaría su obtención sin derecho, o bien que aquél no pudiera ser demostrado en el proceso, y eventualmente se produjera algún perjuicio.

Antes de proseguir sobre la última variante, es de destacar que dentro de todos estos sistemas cautelares, existe un denominador común, y es que en todos ellos se requiere la reunión de los mismos presupuestos sustanciales, para habilitar a la jurisdicción al dictado de las resoluciones correspondientes.

En todos ellos es necesaria una simple apariencia de que el derecho invocado es verdadero (verosimilitud del derecho, o *fumus bonis iuris*), y que existe un peligro en la demora (*periculum in mora*), que se reflejaría a través de cada situación en particular, sea por la pérdida del medio probatorio que se trata de resguardar, sea por una actuación de hecho del deudor, que persigue insolventarse para sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones, pero lo cierto es que son presupuestos esenciales de ese tipo de resoluciones estos dos extremos fundamentales, y como consecuencia de su reunión, recién entonces resulta operativa la contracautela, ya que ésta actúa como consecuencia de la reunión de aquellos otros recaudos.

Con la descripción precedente, se puede observar la existencia de diversos sistemas cautelares, pues de la misma forma en que vimos como el juez del concurso o de la quiebra puede actuar con carácter conservatorio (*innovando*), a favor de la masa, también vemos que aquí actúa la ley procesal, en resguardo de una determinada situación, pero obsérvese que por más que existan puntos en común, existe una divergencia en todos los supuestos descriptos.

Por eso, lo importante a advertir cuando aludimos a los sistemas cautelares, es tener en cuenta qué cosa es un sistema. Grün, lo define como “una entidad autónoma dotada de una cierta permanencia y constituida por elementos interrelacionados que forman subsistemas estructurales y funcionales, que se transforma dentro de ciertos límites de estabilidad, gracias a regulaciones internas que le

permiten adaptarse a las variaciones de su entorno específico²¹, y ese conjunto de partes que está interrelacionada entre sí, permite advertir que un análisis estático (por tradicional, esto es, meramente analítico), permitirá advertir cada una de las variantes que las distinguen, pero que analizadas en forma dinámica nos permiten advertir que al sistema proceso judicial, lo hacen aparecer con características propias distintas de cada una de sus partes.

Por eso, obsérvese que el procedimiento a seguir para la obtención de una prueba anticipada, no es el mismo que el que se debe seguir para el dictado de una medida precautoria típica, como un embargo preventivo.

Además, es de la esencia de las medidas precautorias, que tramiten inaudita parte, una mayor amplitud recursiva (por las variantes que contempla el art. 198), aunque sea restrictiva su concesión (por el efecto), entre otras características además de su celeridad e instrumentalidad para propender así a la mayor efectividad asegurativa que persiguen.

En algunos casos el juez hace actuar a la ley sustancial, vgr. en el caso de la actuación en el concurso o en la quiebra, en otros, el juez hace actuar a la ley procesal, vgr. en el embargo preventivo, o en la producción de prueba anticipada, o en la contracautela.

Lo cierto es que estos parámetros, nos dan la pauta de la existencia de determinados subsistemas (distintos entre sí, aunque su finalidad sea cautelar) que operan dentro de otro sistema mayor que los comprende que es el proceso judicial²².

4.1.- Sistemas Cautelares excepcionales

Esta visión más amplia o abarcativa de las distintas características que distinguen a los sistemas analizados, nos permite introducirnos en la cuarta variante que ha tenido en cuenta Calamandrei en su obra, que es aquella que aquél denomina: “providencia cautelar temporal”, que consiste en una

²¹ Grün, Ernesto; Una visión sistémica y cibernética del derecho, Ed. Abeledo-Perrot, 1995, p. 27. Su definición es tomada de la adoptada por la Asociación Argentina de Teoría General de Sistemas y Cibernética, aunque en general los autores son coincidentes en esa apreciación, más allá de las divergencias que puedan apreciarse en sus definiciones. Lo importante a destacar como bien señala Bunge es que es ínsita a la idea sistémica, que todo sistema tiene propiedades emergentes, que no poseen cada una de las partes que lo integran, precisamente porque la idea en esta teoría es que el todo es más que la suma de sus partes, desde un punto de vista cualitativo. Cabe agregar a ello que la idea de *estructura* dentro de esta teoría, importa el orden en que se hallan distribuidos los elementos del sistema. Mientras que el *subsistema* comporta cada una de las partes que integran el sistema que son funcionales y estructurales a la vez, por lo cual cabe agregar que por *función* debemos interpretar la acción o actividad que desarrolla el sistema o cualquiera de sus partes o elementos, conducente al logro del objetivo previsto (Falcón, Enrique M.; Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado, concordado y comentado, Ed. Abeledo-Perrot, 1997, T. V, p. 191).

²² Es sencillo advertir en esta línea, dentro del sistema proceso judicial, el subsistema probatorio, recursivo, etc., es decir sistemas menores dentro de otro mayor, que tienen una estructura propia, y funciones que los distinguen, caracterizan, e individualizan, al igual que sucede con los diversos subsistemas cautelares, conforme la descripción realizada en la nota anterior.

decisión anticipada y provisoria del mérito, aclarando el ilustre florentino, que existía una proximidad conceptual con las que su maestro -Chiovenda- denominaba: “declaraciones de certeza con predominante función ejecutiva”.

Esto en razón que se generaba una situación fronteriza muy particular, toda vez que al producirse el pronunciamiento anticipado de la jurisdicción, sobre aquello que tenía que ser objeto de decisión en la sentencia de mérito, era evidente que se producía una confusión, a tal punto que aquél autor transcribe en su obra una divergencia interpretativa que mantuvo, con Allorio, quien consideraba que mal podía llamarse cautelar a una decisión en la cual el juez, resolvía aquello que debía disponer recién en su sentencia definitiva.

Pero Calamandrei explicaba, por oposición a su colega, que aquello no excedía el ámbito de las medidas cautelares, pues no había que confundir la definitividad de una sentencia de mérito, con la provisoriedad de una cautelar, la cual se hacía imperioso dictar –antes de la sentencia definitiva- cuando la situación excepcional que se planteaba en el proceso así lo requería, pues las partes no podían quedar sujetas al transcurso de lo que él llamó: el “ordinario iter procesal”, esto es el transcurso de tiempo que normalmente consume el proceso, cuando era imperiosa una decisión provisional sobre el mérito.

Partiendo de los conocimientos, que nos proveyó la doctrina italiana, el legislador al concebir el Código Procesal en 1968 (ley 17.454), las reflejó en sus normas en especial al regular la prohibición de innovar (art. 230), como la medida cautelar denominada “genérica” (art. 232).

Hoy, la doctrina denomina indistintamente como tutela anticipada, situaciones diversas que vienen puestas tanto por la ley sustancial, como por la ley procesal, y que requieren a nuestro entender algún tipo de deslinde, precisando en rigor sus singularidades²³.

Tomemos como ejemplo, lo que sucede con los alimentos provisorios. En el Código Civil, Vélez Sarsfield, por cierto sin ningún tipo de tendencia procesal, pues todavía la ley adjetiva se desgajaba de la sustancial, había pergeñado un sistema a través del cual se lee en el art. 375, que cuando se promueva un juicio de alimentos, junto con la demanda, o bien durante su sustanciación, el alimentado podrá solicitar -cuando sean de toda necesidad- la fijación de una cuota provisoria de alimentos.

Esto es un ejemplo claro y elocuente, de lo que podría identificarse como tutela anticipada, siguiendo la denominación hoy utilizada por la doctrina, y al margen de los reparos que nos merece aquél sistema²⁴.

²³ Sirva como ejemplo la normado por los arts. 680 bis (ley 24.454), o los arts. 680 ter, o 684 bis (ambos según ley 25.488), todos éstos preceptos incorporados al Código Procesal, dentro del proceso especial de desalojo.

²⁴ Al respecto señalé, en un reciente trabajo titulado “Alimentos provisorios: ¿especie de los sistemas cautelares?”, publicado en Revista de Derecho Procesal 2002-I, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 351 y ss., más allá de seguir el mismo

Otro ejemplo, también elocuente de la utilización de los sistemas cautelares, con carácter excepcional, que llevaron a la jurisdicción a anticipar, en todo o en parte, aquello que debía ser materia de su sentencia de mérito, se puede ver reflejado en infinidad de fallos colectados en los anales de jurisprudencia de los primeros años de la década de los 80, en los cuales con motivo de diversas circulares del Banco Central de la República Argentina²⁵, los mutuos hipotecarios, en virtud de la espiral inflacionaria que padecía el país, sobre la base de los mecanismos de ajuste que contemplaban, y los intereses que se devengaban, a favor de las entidades financieras, se provocaba una situación por demás paradójica, pues cuanto el deudor más pagaba, más debía, como lo señaló, con tanta precisión, por entonces el juez Buedo.

De tal forma, para no caer en mora y estar habilitado para pedir la revisión del mutuo hipotecario, el deudor estaba indefectiblemente obligado a peticionar una medida cautelar, que le permitiera hacer frente a sus obligaciones, dejando de lado el sistema de ajuste que consagraba el mutuo, y de esa forma acceder al dictado de una sentencia de mérito, que declarara la invalidez de esos mecanismos de ajuste.

Entonces, existieron muchísimos pronunciamientos judiciales, que para evitar el mantenimiento de ese status quo reinante, lo alteraban a través de una medida innovativa (que incluían tanto dentro de los pliegues del art. 230, como del 232 del Código Procesal), para aventar esos riesgos para el deudor²⁶.

¿Para qué se hacía esto? Era precisamente para lograr que por vías de hecho, el actor no viera desdibujada su posibilidad de obtener la tutela de la jurisdicción, frente a una realidad inflacionaria que era pública y notoria.

Pero lo importante era que el juez, en oportunidad de dictar esa medida cautelar, lo que estaba haciendo, era adelantando, aquello que iba a tener que decidir al momento de sentenciar la causa.

criterio de interpretación sistémica con respecto al alcance tuitivo de la ley, las observaciones que merecía el sistema tal como se lo interpretaba o aplicaba en los usos forenses, pues se estaba desvirtuando su funcionamiento.

²⁵ Las tristemente famosas circulares 1050, 687, entre otras.

²⁶ “Procede la adopción de medidas precautorias si se advierte que el mantenimiento en forma absoluta de las prestaciones contractuales llevaría a desvirtuar la razón de ser del Art. 1198 del Cód. Civil (invocado en el principal), tornándolo inoperante si se permite que durante la sustanciación del pleito se opere el desmedro patrimonial que tiende a evitar. La situación provisional así arbitrada ha de quedar sujeta a los resultados del derecho que se declare en la sentencia definitiva” (CNCom., Sala A, 29/7/1983, “Cata, S.A. c/Cía Interamericana de Finanzas, S.A.”, E.D. 115-476, Sum. 105).

“La fijación de una cuota provisional tiende a facilitar que el deudor pague cuotas acordes con sus posibilidades, lo que redundará no solo en su beneficio, sino también en el de la entidad financiera acreedora, pues en cuanto comerciante de dinero, siempre le resulta conveniente recibirlo” (CNCom., Sala D, 6/3/1984, “Ferreira, Diana c/Cosmos, S.A. de Ahorro y Préstamo para la vivienda”, E.D. 104-617, Sum. 95).

Y ello desde luego, requería un conocimiento mucho más cuidadoso de la situación que se planteaba, por los efectos que se derivaban del dictado de una medida de tales características²⁷.

Pero lo cierto, es que tanto desde aquella época, como sucede en la actualidad, y lo veremos seguidamente con la llamada ley tapón o antigoteo, la jurisdicción anticipatoria, o tutela anticipada, viene de la mano de una medida cautelar típica, como puede ser la prohibición de innovar, o la medida innovativa, y se aprecia con mucha mayor claridad cuando se trata de la segunda, pues su efecto hace retrotraer las cosas (o recomponer si fuera posible), al estado anterior a la situación de hecho, o de derecho, que se trata de encauzar, pero siempre persiguiendo mantener el equilibrio entre las partes litigantes, es decir su igualdad ante la jurisdicción, para evitar así que por fuera del proceso judicial, una de ellas actúe en desmedro de la otra, y transforme en estéril cualquier reclamo, o protección, que se pretenda obtener²⁸.

Como vemos, parecería que aquí, dentro de este ámbito que llamamos excepcional, se darían los mismos presupuestos sustanciales que se requieren para el dictado de una medida precautoria típica (aquellas que involucramos en su faceta normal), sin embargo no es así, pues la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiene dicho, que es necesario observar una mayor prudencia en su concesión, y esto no puede estar puesto más que por el juicio de valor que realiza la jurisdicción, al apreciar los hechos que se le someten a su consideración, para el dictado de esa cautela.

En este sentido, resolvió nuestro más Alto Tribunal, en el leading case Camacho Acosta, y con apoyo en otros precedentes que: “esta Corte ha considerado a la medida cautelar innovativa como una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, y que por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión”²⁹.

²⁷ Lo expuesto lo podemos reflejar en uno de los tanto fallos de entonces. Así se decidió que “admitida la procedencia de una medida cautelar a fin de mantener el equilibrio patrimonial durante la tramitación del proceso en el que se reclama la nulidad parcial de un contrato de mutuo con garantía hipotecaria, en el que se pactó un interés del 12% anual sobre el capital actualizado, y no resultando posible su encuadramiento estricto dentro del tipo permitido por el art. 230 del Cód. Procesal, es adecuado recurrir a las autorizadas por su art. 232 y disponer una reducción del interés fijado a una tasa del 6% anual, sobre cuya base deberá efectuarse el pago de las mensualidades que se adeudan” (CNCiv. y Com. Fed., Sala I, 2/3/82, E.D. 98-739). En ese caso, se adoptó esa medida cautelar a fin de mantener el equilibrio patrimonial durante la tramitación del proceso por nulidad parcial de un mutuo hipotecario, a fin de evitar que los derechos cuya protección se reclama puedan resultar ilusorios. Estos precedentes pueden resultar de utilidad tenerlos en cuenta, pues nuestra cíclica realidad hace que estemos transitando caminos similares, aún dentro de esa materia que se contempla en los fallos que citamos.

²⁸ “La prohibición de innovar puede ser decretada tanto para que la situación de hecho existente no se modifique durante el curso del juicio como también para que no continúe como estaba en su comienzo. Este último supuesto constituye lo que doctrinariamente se ha denominado “medida cautelar innovativa” (CNCiv., Sala G, 7/12/1984, E.D. 113-660).

²⁹ Fallos 320:1633.

4.1.1.- Recaudos para la llamada “tutela anticipada”

Siguiendo nuestro hilo de razonamiento, la pregunta que cabría formular sería la siguiente: ¿qué caracteres o requisitos se deben observar para obtener una tutela anticipada?

Es evidente que el primero de ellos, en atención a la prudencia que exige la Corte, es requerir no ya una simple verosimilitud del derecho, como en cualquier otra medida cautelar, sino un mayor grado de certeza con respecto a esa apariencia del “buen derecho” que se invoca, que seguramente se verá reflejado no solo por los títulos que se exhiban, sino además por la situación urgente que se trata de resguardar, como sucede actualmente con el dinero de muchos ahorristas, que se vieron atrapados por el “corralito financiero”, y que constituyen excepciones que contempla especialmente la ley 25.587³⁰.

Este peligro en la demora, que clásicamente se ha señalado como uno de los presupuestos de viabilidad de las medidas precautorias, algunos autores, siguiendo la interpretación jurisprudencial, lo han desdoblado, llamando así al peligro que importe demorar la toma de una decisión que no admite dilaciones, para distinguirlo de otro peligro denominado “in damni”, por el perjuicio irreparable que la omisión en adoptar la tutela jurisdiccional, pueda traer aparejada.

En verdad, este recaudo no surge en forma expresa de norma alguna, pero sí de la posición que adoptó la Corte en los casos resueltos con esta suerte de anticipo de jurisdicción, cuando señala que el conocimiento del juez sobre los hechos que se le presentan debe ser mucho más cuidadoso, por las consecuencias que traerán aparejadas para el proceso, por eso añadimos, que esa mayor prudencia que requiere nuestro más Alto Tribunal, únicamente puede estar dirigida a apreciar con mayor claridad y precisión, tanto la verosimilitud del derecho, como el peligro de la demora, que bien pueden interpretarse como mayor certeza sobre el derecho invocado, y por el otro lado, mayor evidencia del peligro en ciernes que se pretende evitar³¹.

Por lo tanto, sintetizando estos recaudos o presupuestos sustanciales de la llamada “tutela anticipada”, por ahora de acuerdo al desarrollo que ella ha tenido en nuestra jurisprudencia (al margen de algunos proyectos de regulación, y otras como el Código Procesal Civil y Comercial de La Pampa), podemos advertir que existe una diversidad en la graduación de los presupuestos sustanciales de las medidas cautelares típicas, pues la verosimilitud del derecho, se transforma

³⁰ Véanse las excepciones que consagra el tercer párrafo del art. 1 de la ley 25.587.

³¹ En esta línea la Corte ha sostenido que: “La viabilidad de las medidas precautorias se halla supeditada a que se demuestre la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora. Dentro de aquella la innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que confirma un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión” (Electrometalúrgica Andina S.A.I.C. c/Estado Nacional-DGI; E.D. 172-605).

ahora, no ya en una mera apariencia del buen derecho que se alega, sino en una certeza (oponiéndola a la certeza plena a que accede la jurisdicción al momento de pronunciar su sentencia de mérito), del derecho invocado, pues éste aparece claro y cierto, ante la arbitrariedad o ilegalidad, que de modo manifiesto lo vulneran.

De allí deriva el otro recaudo, pues el peligro en la demora, le ha hecho sostener a la jurisprudencia que aparezca también líquido este derecho, de modo de demostrar que la actitud omisiva de su parte, puede generar un perjuicio irreparable, o de muy difícil reparación ulterior.

Esta gradación de los hechos, nos hace transitar por zonas grises, que es saludable que se caminen, pues abrirán los surcos necesarios para el andamiaje de estas cautelares, y que es importante señalar que vienen puestas por la fuerza de los hechos, como manifestaciones de la realidad.

El abanico de posibilidades que se abre, a partir del conocimiento de esos hechos por la jurisdicción, nos elevará –más allá de las formas que se observen en la implementación de estos sistemas– a advertir diversas alternativas que pasan de la simple verosimilitud del derecho (medida cautelar típica), a la certeza o fuerte probabilidad de certeza (ámbito excepcional de los sistemas cautelares), hasta llegar al convencimiento pleno, esto es la evidencia (sistemas cautelares que superponen una pretensión cautelar con la pretensión de fondo) que más adelante analizaremos.

En forma paralela, surge la urgencia de la situación a contemplar para encausarla desde la jurisdicción, todo lo cual nos da la pauta de la diversidad que se puede manifestar dentro de éste otro recaudo.

5.- LA LEY TAPON Y EL NUEVO DECRETO 1316/02: ¿SON NUEVOS SISTEMAS CAUTELARES?

Nos preguntamos si dentro de la mirada que proponemos, la llamada ley tapón o antigoteo y el decreto 1316, pueden ser considerados como un nuevo sistema cautelar, distinto a los anteriores, y la respuesta negativa que adelantamos al lector, nos impone las siguientes reflexiones:

Se aprecia a través de la ley y el decreto en cuestión, en una primera mirada genérica, una actitud que sin duda alguna podríamos identificar como “chicanera”, por parte del Estado Nacional³², pues lejos de “aceitar” los procedimientos, y destrabar los conflictos que ha provocado dentro del sistema judicial, evidencia una conducta absolutamente reprochable, con algunas situaciones que rayan la inconstitucionalidad, y lo que es más grave aún, en desmedro de los ahorristas.

³² Sirva como ejemplo de lo expuesto, el requisito del oficio previo al Banco Central que consagra el art. 3 de la ley, o la prohibición del segundo párrafo del art. 1, o bien el efecto que se le asigna al recurso de apelación en el art. 4 de la ley, entre otros.

Hemos visto lo que ha sucedido con el amparo, y las líneas que se abren respecto a su operatividad, vemos ahora, lo que ha sucedido con las medidas cautelares, pues de la misma manera que en el caso del amparo, se han abierto dos líneas.

Por eso nos preguntamos si aquí, frente al dictado de la ley 25.587, y el decreto 1316, estamos ante otros sistemas cautelares distintos, y la respuesta consideramos que es negativa, toda vez que en el art. 1 de la ley en cuestión, se señala que únicamente será admisible como medida cautelar la prohibición de innovar que contempla el art. 230 del Código Procesal, aspecto sobre cuya inconstitucionalidad ya se han expresado nuestros tribunales, como lo veremos seguidamente lo mismo ha sucedido con el decreto en cuestión.

5.1.- Inconstitucionalidad (¿a medias?)

Recientemente la Cámara Contencioso-administrativa Federal, ha resuelto declarar la inconstitucionalidad de la referida ley tapón o antigoteo³³, para lo cual se tuvieron en cuenta algunos aspectos que hemos mencionado, aunque dicho pronunciamiento nos merece algunas otras reflexiones.

En ese precedente que hoy tiene tanta trascendencia para nuestro país, la Sala interviniente sostuvo entre otros fundamentos, que “la norma bajo análisis (se refiere al art. 1 de la ley 25.587), establece una clara injerencia en el ámbito decisorio propio del Poder Judicial, pues resulta competencia exclusiva de los jueces, apreciar en cada caso concreto qué medida de las articuladas por el código de rito, resulta ser más adecuada en su aplicación a la controversia específica a fin de asegurar la eventual ejecución de la sentencia”.

Y agrega a continuación, que como consecuencia de ello, nuestro sistema republicano de gobierno, no puede ser limitado por el Poder Legislativo para un determinado grupo de casos, según la materia en litigio, con posterioridad a la iniciación de los procesos, sin que ello suponga un avasallamiento a los principios de nuestra Ley Fundamental.

Con fundamento en lo expuesto, y citando algunos precedentes de nuestro más Alto Tribunal, y la letra de algunos Tratados internacionales, que hoy constituyen derecho positivo en nuestro país, concluye la Sala declarando la inconstitucionalidad del art. 1 de la ley 25.587.

Sin embargo, se hace una distinción que nos merece algún tipo de observación, pues se señala con relación al alcance de la prohibición de innovar a la que alude el art. 230 del Código Procesal, y

³³ Ello fue decidido por la Sala II, con fecha 25 de junio de 2002, en los autos “ Grimberg, Marcelo Pablo c/P.E.N. – Dto. 1570/01 s/amparo ley 16.986.

refiere el art. 1 de la ley 25.587, que ella tiene por objeto impedir un cambio en la situación de hecho o de derecho, mientras dure el proceso, con miras a la eventual sentencia a dictarse.

Ello importaría, una apreciación a medias del verdadero alcance que posee la medida en cuestión, ya que se apuntaría únicamente a tratar de evitar una alteración del status quo existente, si de ello se derivara un perjuicio en detrimento del propio litigante que persigue la protección cautelar.

La redacción del propio art. 230, al que alude la ley “tapón”, -como señalamos- consagra dos alternativas, una que está representada por la prohibición de introducir cualquier modificación en el status quo reinante, si de ello se derivara un perjuicio, y otra que importa la alteración de ese status quo reinante, cuando de su mantenimiento se deriva un perjuicio evidente, esa es la variante que se ha dado en llamar medida innovativa, con las restricciones que han señalado nuestros tribunales³⁴.

Este aspecto ha sido obviado por el Tribunal que ha declarado la inconstitucionalidad del art. 1 de la ley “tapón”, pasando por alto esta faceta que brinda el propio art. 230 de marras.

Ello no significa que no se haya declarado correctamente su inconstitucionalidad. Nuestra disidencia apunta a sus fundamentos, toda vez que señala el Tribunal, que a los fines de que no se superponga la medida cautelar a la que accede (una clara manifestación innovativa, pues adelanta el 50% de los fondos cuyo recupero pretende el accionante, en un amparo contra la legislación que dispuso el llamado corralito financiero), con el fondo de la pretensión principal, considera que debe hacer lugar parcialmente al retiro de fondos.

Es importante destacar, que el Tribunal ha tenido en cuenta para esa declaración de inconstitucionalidad, un aspecto distinto a las situaciones de excepción que contempla el tercer párrafo del art. 1 de la ley, pues se trataba en este caso de un viaje de estudios, que ya había sido programado, y se requerían esos fondos a fin de solventar pasajes y estadía en otro país.

Lo cierto es que no sólo por ello, resulta inconstitucional ese precepto, sino porque además concretamente señala que no se puede petitionar una medida cautelar en la que se superponga su dictado y concesión, con el fondo de la pretensión del proceso principal al que accede.

Ello también es inconstitucional, toda vez que los mismos fundamentos que ha utilizado el Tribunal, caben para denostar semejante aserto del legislador, toda vez que los hechos no los elige el juez de la causa, sino –como lo señalamos- le vienen puestos por la realidad, como registros que se impregnan en ella, y únicamente cabe a la jurisdicción, encauzarlos del mejor modo posible, tratando de evitar los riesgos que signifique un menoscabo de cualquier derecho o garantía que merezca el amparo de nuestra ley, interpretando este término en sentido lato, es decir Constitución Nacional, Tratado internacional, entre otros, como lo ha hecho el Tribunal en el fallo aludido.

³⁴ Ver notas 24, 25 y 26.

Por eso, no cabe más que señalar, que es posible aún a la luz de la propia doctrina de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, que se superponga una pretensión de carácter cautelar, con la que se persiga en la acción principal, toda vez que tienen distinto alcance como lo hemos señalado, y lo único que cabe observar aquí, es un cuidado mucho más afinado en la apreciación de esos hechos que se tengan que evaluar, como así aquellos perjuicios que de esa situación se deriven, pues no admite ningún tipo de demora la decisión jurisdiccional, aunque sea provisional.

Lo contrario importaría, una actuación omisiva en desmedro de los derechos del justiciable, al cercenársele la posibilidad de articular una pretensión cautelar con el alcance indicado, lo que revela un claro avasallamiento del acceso a la jurisdicción, y por ende al desarrollo del debido proceso legal, al que tiene derecho toda persona, conforme las propias fuentes legislativas tenidas en miras por el Tribunal interviniente, pues en definitiva es hacia quien se debe dirigir la protección de la ley.

Como lo habíamos señalado, son varios los aspectos de esta ley 25.587 rayanos en la inconstitucionalidad³⁵, siendo de destacar entre otros además de los señalados, que apuntan a la violación del principio de división de poderes, creando el legislador excepciones que pretende restringir a la jurisdicción en cuanto a su valoración, por ejemplo el último párrafo de ese art. 1, que persigue la desvirtuación del principio de preclusión, y la consiguiente violación al derecho de propiedad, al pretender retrotraer los efectos de la ley a situaciones ya consolidadas.

Otro ejemplo, es el trámite “previo” al que se quiere ajustar la traba de una cautelar, también distorsionando su funcionamiento natural (art. 3), o bien cuando pretende que se concedan con efecto suspensivo los recursos que se interpongan contra las cautelares (art. 4), extremo éste que también descalifica totalmente el procedimiento, transformándolo en estéril, cuando el propio art. 4 a continuación, no sólo reconoce “excepciones” a ese régimen, cayendo en autocontradicción el legislador, sino consagrando además por vía elíptica, esa cautela que denominamos “tutela anticipada”.

5.1.1.- Prohibición de innovar o medida innovativa.

Parecería intención del legislador diferenciar la prohibición de innovar y la medida innovativa, pues se desprendería de la última parte del primer párrafo del art. 1 de la ley, que la única medida admisible será la reglada en el art. 230 del Código Procesal. Y cuál es esa medida sino la

³⁵ Véase Arazi, Roland y Rojas, Jorge A. ; Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Análisis exegético de la reforma, 3ra. Ed. ampliada y actualizada, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 82.

prohibición de innovar, que el código la llama así, y no “medida de no innovar” como suele identificársela a través de su apreciación parcial.

Sin embargo, para reconocer lo que sucede en la realidad, es importante destacar, que originariamente la jurisprudencia y alguna línea doctrinaria, identificaron a la prohibición de innovar como aquella que perseguía el mantenimiento de un determinado status quo³⁶, y cuando se aludía a la medida innovativa, se refería a un “uso no conforme” de la prohibición de innovar³⁷.

No obstante, la simple lectura, al margen de lo que hasta aquí hemos expuesto, para diferenciar los distintos ámbitos que podemos reconocer en las medidas cautelares, nos llevan al convencimiento que dentro de los pliegues de la prohibición de innovar, como la propia “ley tapón” lo señala, encontramos inmersa la medida innovativa, pues en la parte final de ese primer párrafo del art. 1 que estamos refiriendo, la ley transcribe la misma oración del art. 230 del Código Procesal que antes citáramos: “cuando existiere el peligro de que si se *mantuviera o alterara*”, y a continuación alude a la situación de hecho o de derecho existente.

En verdad, mantener y alterar son dos términos claramente diferenciables, que a la luz de lo expuesto, con relación al origen de los sistemas que nos ocupan, no consideramos apropiado agregar otro comentario.

Por ende, cae en saco roto el esfuerzo del legislador, cuando a continuación, pretende prohibir en el segundo párrafo del art. 1 de la ley, aquellas medidas cautelares tengan “*idéntico objeto que el perseguido respecto de lo que deba ser materia del fallo final de la causa*”, ello en razón de tratarse de una intromisión claramente inconstitucional, no sólo por avasallar derechos de neta raigambre constitucional, como el principio de reserva, o el acceso a la jurisdicción, sino porque además importa –como adelantamos– una violación al principio de separación de poderes.

Solo basta como ejemplo de la irregularidad denunciada, el párrafo inmediato siguiente al que comentamos, ya que se plasman allí, una serie de excepciones, que para no caer en la inconstitucionalidad denunciada, deben ser apreciadas con la amplitud que cada caso requiera, para tornar así viable un reclamo que no caiga expresamente dentro de las excepciones contempladas³⁸.

³⁶ Procede la medida de no innovar, si en el caso de prosperar la demanda por nulidad de un acto administrativo, que ordena la demolición de lo construido, la sentencia devendría de cumplimiento imposible, lo que causaría mayores perjuicios que los que se pretenden evitar con aquella medida (CNCiv., Sala E, 5/3/96, “Landivar de Matienzo, Mari Meri y otro c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/Art. 250 CPCCN”; LD-Textos).-

³⁷ Ver en ese sentido el trabajo de Peyrano, Jorge W.; Sobre “usos no conformes” de la prohibición de innovar y la revisión judicial de contratos indexados (E.D. 97-953), en el cual el autor precisamente se explaya sobre esta cuestión abordando la problemática que se planteaba con los mutuos hipotecarios a partir de esa recordadas circulares del Banco Central (1050, 687, entre otras).

³⁸ Sirva como ejemplo el fallo que antes citamos a través del cual la Sala II de la Cámara Contencioso-administrativo Federal declaró la inconstitucionalidad del art. 1 de la ley tapón, pues se trata de una situación de hecho que excede el marco legal.

Por eso, es importante concluir, en que no sólo *es posible que se superpongan las pretensiones cautelar y sustancial*, como lo señalamos, sino que además, las previsiones en ese sentido de la ley 25.587 resultan claramente inconstitucionales, y además es la propia ley la que da la pauta de ello, creando mecanismos que evidentemente no tratan de ser discriminatorios, pero que sí lo serían de contemplarse únicamente las excepciones que allí se mencionan, descartándose de antemano otras que podrían tener la misma envergadura, o importancia, que las consagradas en la letra de la ley, en desmedro de las potestades de la jurisdicción.

En síntesis, de lo expuesto no puede inferirse en modo alguno un nuevo sistema cautelar, sino que estamos como lo hemos señalado hasta aquí, en el ámbito normal o excepcional –según cada caso– de las medidas cautelares, siendo la ley en cuestión, precisamente una reafirmación de aquellos, en el sentido que lo hemos expuesto.

5.2.- El nuevo decreto 1316/02.

Ninguna duda cabe, que el nuevo decreto que dictó el gobierno, no sólo tampoco constituye un nuevo sistema cautelar, sino que tiene una finalidad diversa de aquellos, ya que lejos de perseguir una actuación protectoria o conservatoria de la ley, el Gobierno Nacional, propende con su dictado –paradójicamente ahora con apoyo en la doctrina de la Corte Suprema– una dilación en el cumplimiento de las sentencias, y de las medidas cautelares que se dicten en los amparos, que se promovieron con motivo del corralito financiero.

Se trata de un decreto de necesidad y urgencia, de dudosa constitucionalidad por su factura, ya que a la luz de lo decidido por la Corte resultarían normas absolutamente nulas³⁹.

Ya han tenido oportunidad de expedirse nuestros tribunales señalando la inconstitucionalidad de algunos de esos preceptos, sea por el diferimiento temporal que se pretende en el cumplimiento de las mandas judiciales, o bien por el corrimiento que provoca de la responsabilidad que incumbe a las entidades financieras hacia el Banco Central.

Lo cierto, es que por una vía o por otra, ya nuestros tribunales se han expedido por la inconstitucionalidad de esta normativa⁴⁰.

Sin embargo, nos interesa destacar, desde el punto de vista del análisis que venimos efectuando, que no sólo este nuevo decreto no tiene ribetes de un nuevo sistema cautelar, sino que por el contrario se engarza dentro de los parámetros que viene trazando la ley tapón, para encauzar las

³⁹ Ver Fallos 322:1726 ó 323:1934, entre otros.

⁴⁰ !ra. Inst. Juzg. Cont-Adm. Fed. N° 10, 25/7/02, “Andina Sofía Adela c/PEN dto 214/02 s/Amparo Ley 16.986”

desinteligencias del poder administrador, dentro de las pautas fijadas por la Corte Suprema en materia de emergencia.

Sin perjuicio de todo ello, es importante destacar a los fines de este trabajo, que el art. 3 de este decreto mantiene una línea que ya viene esbozada desde el dictado del decreto 320/02, luego reafirmada por la ley 25.587, que son todos los casos de excepción que se contemplan, en virtud de la cual se aprecia con mayor nitidez la inconstitucionalidad a la que venimos aludiendo, toda vez que el legislador pretende –subvirtiendo el principio de división de poderes- adelantarse a la jurisdicción para concebir los casos en donde se podrían exceptuar las mayores restricciones que persigue este nuevo decreto.

Es prueba elocuente de esto lo decidido por la Sala II de la Cámara Contencioso-Administrativo Federal, en el caso Grinberg, que antes citáramos, pues precisamente se hace lugar a una medida cautelar, al margen de las previsiones de excepción que consagró la ley tapón, con lo cual nos reiteramos en sostener, al margen de algunas particularidades que prevé este decreto, que es posible la superposición de una pretensión cautelar, con la misma que se perseguiría en la acción principal, cuando circunstancias de gravedad así lo justifiquen, reputándose por ende inconstitucional la preceptiva legal en cuestión.

6.- LA UNION DE LOS CAMINOS: AMPARO Y AUTOSATISFACTIVA

Parecería que las sendas que hemos descripto, tanto dentro del amparo, como dentro de los sistemas cautelares, tienen un vínculo común, que no queda muy claro si se materializa en uno u otro de los sistemas descriptos.

Lo cierto es que por vía de diversas denominaciones, también ha cobrado auge, lo que una línea de la doctrina denomina como cautela autónoma, otra como cautela material, y otra como autosatisfactiva, constituyendo todas expresiones en un mismo sentido, esto es, la posibilidad de obtener de la jurisdicción un pronunciamiento urgente, pero a su vez definitivo, que excede el marco de los sistemas cautelares, aunque se apoya en su estructura, para delinear el procedimiento que observan para su desarrollo, y a las que se les asigna, por oposición a aquellos, carácter autónomo, en lugar del instrumental y subsidiario de las cautelares.

Existen antecedentes de nuestros tribunales, que confluyen superponiendo la figura de la llamada cautela autónoma o material, con el amparo, y del mismo modo otros que hacen confluír el amparo con la llamada medida autosatisfactiva⁴¹.

Como podemos advertir, parece que el tema analizado ha llegado a un punto de fusión que permitiría la concreción de un proceso, de carácter esencialmente protectorio y urgente, sin perjuicio de lo cual conviene señalar que todas estas figuras, bajo las distintas denominaciones que hemos indicado, han tenido recepción jurisprudencial⁴², pero solo constituyen por el momento medidas urgentes, o soluciones urgentes, no alcanzando la envergadura de un verdadero proceso⁴³.

En materia de medida autosatisfactiva, se ha decidido su procedencia, en muchos casos dentro de los pliegos de un amparo, accediéndose a su dictado, cuando existía una situación de suma gravedad, que por su urgencia no admitía dilación alguna, y que con su despacho favorable agota la pretensión del justiciable, decidiéndose todo ello inaudita parte⁴⁴.

Así se ha decidido dentro de un amparo, aquello que el Tribunal califica en mérito a la regla “iura novit curia”, como medida autosatisfactiva⁴⁵, una medida que propende al resguardo de la salud de una persona gravemente enferma.

El Dr. Pedro Hooft, a cargo del Tribunal que pronunció ese fallo, ha ratificado su línea, en otro caso de similares características, es decir, cuando existían razones de urgencia manifiesta que así lo justificaban, pues también se trataba de la protección de la salud de una persona enferma.

⁴¹ De alguna forma podemos señalar que ha sido Jorge W. Peyrano, quien desarrollo esta medida denominada autosatisfactiva, como forma diferenciada de una tutela urgente y efectiva, conceptualizándola como “un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables, que se agota –de ahí lo de autosatisfactiva- con su despacho favorable, no siendo entonces necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento, no constituyendo una medida cautelar, por más que en la praxis muchas veces se la haya calificado erróneamente como una cautelar autónoma (Medidas autosatisfactivas, Obra colectiva dirigida por Jorge W. Peyrano, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 13).

⁴² Conviene aclarar igualmente que en algunos ordenamientos provinciales, como son los casos de las Provincias del Chaco y La Pampa, se han contemplado, la medida autosatisfactiva en ambas y la tutela denominada anticipada en la segunda.

⁴³ En esta línea se ha sostenido que “si la pretensión cautelar constituye una petición autónoma –que algunos autores denominan urgente- su procedencia requiere no solo una apariencia del derecho alegado, sino una fuerte probabilidad de que sean atendibles las pretensiones del peticionante, es decir, un alto grado de certeza del derecho que debe demostrar quien reclama esta tutela, lo que se justifica por el carácter autónomo y no accesorio que la distingue de las pretensiones cautelares” (CNCiv., Sala L, 15/5/97, F.M.Tango S.A. c/L.S.1 Radio Municipal (M.C.B.A.) s/Daños y Perjuicios).

⁴⁴ Sirva como ejemplo de lo expuesto, lo resuelto por el Tribunal de Familia nro. 3 de Lomas de Zamora, en los autos “M., H.N. c/P.A.M.I. s/Amparo”, con fecha 24 de mayo de 2001, decisorio que se ha perfilado una línea interpretativa dentro de aquél por su reiteración.

⁴⁵ Aún cuando el amparista, persona vulnerable en atención a la enfermedad que padece, recurrió a la acción de amparo a fin de obtener que el IOMA, se haga cargo del costo de las sesiones de oxigenoterapia hiperbárica que necesita, por el principio iura novit curia cabe encuadrar procesalmente la petición formulada en la figura de la llamada “medida autosatisfactiva”, cuyo eventual otorgamiento por la vía judicial agota la prestación médica necesaria en este momento para su salud” (Juzg. Crim. Y Corr. de Transición, Mar del Plata nro. 1, 23/5/2001, J.A. boletín del 7/11/2001, con nota de Weingarten y Ghersi).

Nuevamente el Dr. Hooft, resuelve por vía de una acción de amparo, utilizando el nuevo estándar de la llamada medida autosatisfactiva, sosteniendo que “si bien es cierto que el amparista, persona vulnerable en atención a la enfermedad que padece, recurrió a la acción de amparo, a fin de obtener protección de sus derechos de raigambre constitucional, inherentes a su dignidad como persona humana, cabe encuadrar procesalmente, la petición formulada, cuyo eventual otorgamiento por la vía judicial agota la pretensión del accionante, que era la prestación médica necesaria para la salud de un familiar gravemente enfermo, en la figura de la llamada “medida autosatisfactiva”.

Aclara seguidamente el magistrado, que resulta imperioso reformular la teoría cautelar ortodoxa, dándose cabida legal de ese modo a los procedimientos urgentes, y a la medida autosatisfactiva, que reconoce –quizás con cierta contradicción- que tiene carácter urgente no cautelar, despachable in extremis, dándose así una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano jurisdiccional.

Evidentemente, el activismo del Juez interviniente, de cara a la realidad, para encauzar una situación afligente, nos revela su compromiso efectivo y concreto, con su función, como un órgano de poder más, dentro de la estructura del Estado. Es decir, el Poder Judicial, por más que parezca una verdad de perogrullo, también gobierna, sólo que lo hace a través de sus sentencias, como el caso que aquí nos ocupa.

Como vemos, existen ámbitos superpuestos, entre los que hemos denominado: senda pretoriana del amparo, y vía excepcional de los sistemas cautelares.

Por eso, habíamos señalado que la medida autosatisfactiva, no era otra cosa más que una medida de carácter amparista⁴⁶, que requería, por cierto, una adecuación dentro de los parámetros constitucionales para su mejor viabilidad⁴⁷, por lo cual proponíamos darle una nueva estructura al amparo, para cristalizar esa necesidad, y transitar así un camino que viene de la mano de los jueces, a veces “a los saltos”, pues algunos acceden a su concesión, y otros son reacios, constituyendo fiel ejemplo de lo expuesto, algunas decisiones que han tomado estado público con el “corralito financiero”, pero en definitiva revelan una necesidad, que se trasunta en esta mixtura que han conformado el amparo, y los sistemas cautelares⁴⁸.

⁴⁶ Rojas, Jorge A.; “Una cautela atípica”, Revista de Derecho Procesal nro. 1, 1998, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 57 y ss.

⁴⁷ Ver Sagües, Néstor P.; La “medida de satisfacción inmediata” (o “medida autosatisfactiva”) y la Constitución Nacional, suplemento de Derecho Constitucional de E.D. del 19/10/00, p.3.

⁴⁸ Para ello es importante una regulación acorde con las necesidades del justiciable, y no aquella que señalamos al comienzo de este trabajo que tiene media sanción por parte del Senado de la Nación. Advirtiéndose el avance pretoriano de los institutos en juego, y además la letra de nuestra Ley Fundamental y los Tratados internacionales a los que hemos adherido, ya que se prevé en el art. 43 de la C.N. “toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo”, cuando la acción no es el proceso, y su reflejo en la realidad, que es el procedimiento, es en verdad aquello que debe ser expedito y rápido.

6.1.- Distinciones y tensión

Tanto la figura de la llamada cautela autónoma, o material, como la autosatisfactiva, persiguen una idéntica finalidad, en todos los casos se trata de resguardar (con sentido protectorio), una situación de suma gravedad, de la cual puede derivarse un perjuicio irreparable, por eso no se admite ningún tipo de dilación, tratando de observar “formas” en el procedimiento, que no puedan desvirtuar el sentido finalista de su obtención.

Ello hace que el procedimiento que tienen los sistemas cautelares, sea el que mejor se adapta para resolver esas cuestiones. Sin embargo, la duda que se genera es ¿cómo utilizar un sistema de carácter cautelar, que agota la pretensión que eventualmente sería similar a la principal? Es decir, estamos frente a una medida cautelar, o frente a una condena.

En los ejemplos que analizamos, obsérvese que se trata siempre de casos de extrema necesidad, en donde esta en juego el derecho a la salud, por ende, si en la pretensión que tendría carácter cautelar, se solicita que se brinde la atención médica que necesita el paciente gravemente enfermo, qué otra cosa puedo pedir en el eventual amparo que promueva, sino lo mismo⁴⁹.

Existe un dato revelador de lo que acabamos de señalar, tomando por ejemplo, los dos precedentes emanados del Dr. Hoof, en ambos casos vemos que aquél resuelve en la parte dispositiva de su sentencia: “*hacer lugar al amparo*”, disponiendo con carácter de medida autosatisfactiva..., y allí condena por ejemplo al P.A.M.I., a suministrar un marcapaso, o al I.O.M.A., a brindar la atención médica a que refiere el primer caso citado.

Es decir, que por vía de amparo, hace lugar a una medida autosatisfactiva, superponiendo ambos conceptos, llegando a una solución que en estricta justicia parecería que no admite resquicio alguno, pues configura una actuación tuitiva (y expedita), digna de elogio.

Sin embargo, queda una duda, que es la observancia de la letra de la Constitución Nacional, pues en ambos supuestos que hemos citado a modo de ejemplo, se ha dictado una sentencia que condena, sea a dar, o a hacer algo.

El toque de atención que merece esta situación, está representado por el rol que le cabe a quien resultaría afectado por esta decisión, pues no habría sido oído por la jurisdicción.

De ello podría inferirse que se violentarían los principios básicos del debido proceso legal, que surgen no sólo de la letra de nuestra Constitución Nacional, sino además de los diversos Tratados internacionales que hoy son derecho positivo en nuestro país.

⁴⁹ De ahí la incongruencia que señalamos sobre la ley “tapón o antigoteo”.

Por eso, aparecen en tensión dos derechos o garantías, que se enfrentan a partir de la interpretación de las formas que observemos, para el desarrollo de un verdadero proceso judicial. Uno de ellos, estaría representado por el derecho a una tutela efectiva e inmediata, y otro estaría representado por el derecho de toda persona a ser oída en juicio.

Es decir, surge con claridad de la correlación de los arts. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, o del art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica, por citar solo algunos de esos Tratados internacionales a los que aludíamos, y a su vez del art. 43 de la Constitución Nacional, que el amparo debe brindar una tutela efectiva e inmediata, a los derechos vulnerados de cualquier persona, pues ese es el espíritu que se desprende de esas normas, y precisamente es el que han recogido nuestros tribunales, y desde luego no pueden menos que compartirse, pues no existe conflicto interpretativo alguno respecto a su alcance.

La tensión que se plantea, surge de la misma letra de esos Tratados, y de nuestra Constitución Nacional, cuando permiten generar una nulificación de trámites como los que apuntamos, al advertirse que no ha tenido intervención alguna en esos procedimientos, aquél que resulte afectado por una condena a través de las medidas que se adopten, pues por ejemplo el Pacto de San José de Costa Rica, señala en su art. 8, que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías dentro de un proceso judicial.

En idéntico sentido señala el art. 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente, y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial... También se desprende de nuestro art. 18 de la Constitución que nadie será condenado sin juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso, etc.

Por lo tanto, el desafío que se presenta hoy al Derecho Procesal, pasaría por resolver la tensión generada entre estos dos aspectos centrales, diseñando las formas, los procedimientos, o los "sistemas" (como aquí proponemos) para superar esos inconvenientes, evitando confrontaciones estériles⁵⁰.

En definitiva, debemos advertir que los caminos que se transitan en ese sentido son similares, pues apuntan a encontrar la respuesta esperada por el justiciable, que es aquella que permita la efectiva realización de los derechos que ha visto vulnerados, sea por acción o por omisión.

Por ese motivo, ya ensayamos una modesta respuesta frente a semejantes dudas, pues consideramos que ella tiene que venir puesta únicamente de la mixtura de los diversos sistemas en juego, de

modo tal de permitir la protección efectiva e inmediata por un lado, y por otro dejar a salvo el derecho de defensa en juicio de aquel que resulte afectado por la medida que se adopte⁵¹.

Para ello, consideramos que en primer lugar resulta oportuno recordar, como ya lo manifestamos en este trabajo, que no existe impedimento alguno en otorgar una medida cautelar, que se superponga con el fondo de aquello que eventualmente podría constituir el objeto de una pretensión principal, cuando la situación existente así lo justifique. Esto así fue receptado por nuestros tribunales, y se logró dentro del molde de un amparo⁵².

Por lo tanto, como podemos apreciar, se desprende de aquí algo que ya habíamos advertido, que no podemos mantenernos –frente a una cautela de estas características- dentro de los parámetros de los presupuestos tradicionales de las medidas cautelares, pues la verosimilitud del derecho, se transforma aquí en una fuerte dosis de certeza de que el derecho que se invoca resulta verosímil, circunstancia ésta que se correlaciona, con el tradicional peligro en la demora, que nuestros tribunales, quieren que se manifieste como un perjuicio real e irreparable, que justifique una decisión anticipada como la que se peticiona.

Mientras tanto, el rol del futuro demandado, no es que aparezca desdibujado, sino que la necesaria intervención jurisdiccional hace que por el momento no aparezca, pues es imperiosa –de ahí lo de solución urgente- la tutela jurisdiccional, que no puede verse diluida por la existencia de formas que importen algún vasallaje procesal del trámite.

Hasta aquí el carácter protectorio de la jurisdicción, dentro del ámbito de un proceso de amparo, que debe brindar una respuesta expedita y rápida al justiciable, ante la evidencia, o el carácter manifiesto, como señala el art. 43 de la Constitución Nacional, de la arbitrariedad o ilegalidad, que justifican la intervención judicial.

Esa decisión, para no desnaturalizar el proceso judicial, si le atribuimos carácter definitivo, nos genera el vicio del procedimiento que antes apuntamos, pues no tendría intervención el afectado. En cambio, si dejamos en sus manos la iniciativa del contradictorio, para el supuesto que eventualmente tenga algún derecho mejor, o preeminente al que invocó el accionante, dejaríamos a

⁵⁰ Distingue Díaz entre principios y sistemas señalado que los últimos constituyen las formas metódicas aptas para que los principios procesales, entendidos como presupuestos políticos fundantes de un ordenamiento procesal cualquiera cobren vida dentro de él (Díaz, Clemente; Instituciones de Derecho Procesal, Ed. Abeledo-Perrot, T. I, p. 198.

⁵¹ Rojas, Jorge A.; Un nuevo molde para el amparo, Revista de Derecho Procesal nro. 5, 2000, p. 63 y ss.

⁵² En este sentido se ha decidido que: “el hecho de que el objeto de una medida cautelar coincida –total o parcialmente- con el objeto de la pretensión principal, no invalida la cautela solicitada. Pero, tal circunstancia, si exige una mayor ponderación de los elementos en que se la funda, pues únicamente cabe hacer lugar a determinado tipo de cautelares, ante la certidumbre de que el daño a prevenir reviste el carácter de inminente e irreparable” (CNCiv., Sala D, 26/9/97, in re “Bella, Elvira Isabel c/Federación Argentina de Tiro (F.A.T.) s/Amparo”, E.D. 180-135).

buen resguardo no solo su derecho a ser oído, sino además la construcción de un verdadero proceso ajustado a derecho.

Por eso, sostenemos que las soluciones que se obtienen, si bien son urgentes, no constituyen un verdadero proceso, el cual se puede construir, otorgándole carácter cautelar a la decisión que se adopte, de ahí la distinción que hicimos entre definitividad y provisoriedad, para que una vez en manos del accionado la iniciativa del contradictorio, éste lo impulse o estime innecesario su desarrollo, aviniéndose así al acatamiento del mandato judicial respectivo, que ahora sí permitiría –en mérito al principio de preclusión que importa la consumación de una facultad procesal- que la jurisdicción emita una sentencia de mérito que deje a resguardo el derecho de aquél.

Esta inversión en el contradictorio, típico de los sistemas cautelares, es el que permitiría –desarrollándolo sistémica y eficazmente dentro del amparo- el molde de un verdadero proceso urgente.

Esto ya ha sido receptado por vía pretoriana por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un caso que siendo de su competencia originaria ha provocado que nuestro más Alto Tribunal otorgue la cautela provisional (también resguardando el derecho a la salud) que se superponía con el fondo de la pretensión del amparo, para requerir a su vez, en forma concomitante con ella, el informe que establece el art. 8 de la ley 16.986.

Es decir, primero protejo, por la imperiosa necesidad que reflejan los hechos de la causa, y luego, observo las formas esenciales para cubrir el derecho de defensa que asiste al afectado por la decisión, sin que el agotamiento de la cuestión –debido al otorgamiento de la cautela urgente- desnaturalice el proceso judicial, toda vez que existe la vía sucedánea que consagra el art. 1083 del Código Civil, para el caso de que no existiera derecho de parte del accionante de obtener la tutela que le hubiere sido concedida, ni posibilidad de dirimir la cuestión dentro del molde de un proceso de conocimiento absolutamente restringido, expedito y rápido como el amparo, circunstancia que limitaría el efecto de la sentencia para habilitar –si fuera el caso- otra instancia.

7.- CONCLUSIONES

Es evidente que se pueden superponer conceptos, o generar algunas confusiones cuando analizamos el devenir que ha tenido el amparo, desde los puntos de vista que lo hemos analizado, como igualmente el desarrollo que han tenido las medidas cautelares.

Lo importante, para no desvirtuar el funcionamiento de uno u otro sistema, es advertir la diferencia esencial que existe entre la definitividad que puede adquirir una sentencia de amparo, en resguardo de los derechos que fueron vulnerados, y la provisoriedad que reviste una resolución cautelar.

Precisamente, lo que se persigue en aras a lograr un verdadero proceso urgente, es la combinación de ambos sistemas con la efectividad suficiente, para consagrar así, si fuera necesario, por vía pretoriana, como viene sucediendo en estos últimos tiempos, con motivo de nuestra ajetreada realidad económica, un proceso de carácter urgente.

Las medidas cautelares por sí solas, no conforman un verdadero proceso, la provisoriedad de sus resoluciones, entre otros aspectos que no permiten concebirlas como un verdadero proceso (además de su mutabilidad, caducidad, instrumentalidad, etc.), sí sirven para evitar la perpetración de un daño que en algunos casos puede resultar irreparable.

Pero el amparo, tal como está estructurado, tampoco alcanza esa finalidad sólo.

Su compatibilización con esos sistemas cautelares, que funcionan dentro del que denominamos "ámbito excepcional", por los efectos que provocan, al generar un anticipo jurisdiccional, constituyen la llave para que accedamos a un proceso urgente, por cierto, con las precauciones que ha señalado nuestro más Alto Tribunal, que no son otras que las que intenta reflejar, quizás de un modo no tan feliz, la llamada ley tapón o antigoteo.

No podemos pasar por alto que el proceso judicial, cualquiera sea su tipo, es consumidor de tiempo, y esta realidad ha hecho que ya se esté avanzando firmemente en trabajar con nuevos estándares que permitan una justicia llamada ahora "preventiva".

Recientemente el jurista español José L. Vázquez Sotelo ha presentado como relación en el VII Seminario Internacional sobre el sistema jurídico latinoamericano, llevada a cabo en Roma en mayo de 2002, una ponencia en la cual describe con precisión la necesidad de transitar estas nuevas vías, que nos lleven desde luego a atribuirle otro rol a la jurisdicción, a darle un papel mucho más protagónico, a darle otro alcance al llamado "caso judicial"⁵³, y a advertir en definitiva que es posible el tránsito de estas vías novedosas, como ya lo ha demostrado la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, creando una nueva acción que permite un control de constitucionalidad concreto, sin la existencia de un caso o controversia, esto es en abstracto.

⁵³ Tradicionalmente la Corte ha entendido que "el Poder Judicial de la Nación conferido a la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales nacionales por los arts. 108, 116 y 117 de la Constitución Nacional se define, de acuerdo con una invariable interpretación, como el que se ejercita en las causas de carácter contencioso a las que se refiere el art. 2 de la ley 27; es decir aquellas en las que se persigue en concreto la determinación del derecho entre partes adversas. Por ello no se está en presencia de tal situación cuando se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes. La cuestión en examen no puede ser asimilada al supuesto de casos contenciosos, previsto en la norma citada, los únicos en los que los tribunales federales pueden ejercer su jurisdicción, ya que la descripción efectuada impide calificarlo como tal –Fallos 311: 421-. Sin perjuicio de ello nuestro máximo tribunal dentro del ámbito preventivo que aquí remarcamos sostuvo que "las pretensiones planteadas por la vía de la acción meramente declarativa constituyen una causa en los términos de los artículos 108, 116 y 117 de la Constitución Nacional, en tanto no tengan un carácter simplemente consultivo, no importen una indagación meramente especulativa y respondan a un caso que busque precaver los efectos de un acto en ciernes al que se le atribuye ilegitimidad (Fallos 310: 606; 312: 1003; 314: 1186 y 315: 1013 entre otros).

Esto es posible, y aunque parezca paradójico, conforme la descripción de nuestra introducción, esto existe hoy en nuestro país.

Por eso, debemos advertir en las cuestiones que aquí nos ocupan, debido a ciertas imprecisiones básicas, sobre el efecto que importan algunas medidas cautelares, que llevan a una tutela anticipada, que ésta haya cobrado forma a través de sistemas diversos⁵⁴, pues quizás una de las principales vías que nos falta transitar, y tal vez debería ser a primera de ellas, es la preparación adecuada del operador, mostrándole las ventajas de esos sistemas, para que no rehúse su utilización, por la sola resistencia que importa un cambio de actitud frente a una realidad que ya no es nueva.

⁵⁴ Sirva como ejemplo señalar el sistema protectorio que citamos, contemplado por el nuevo art. 680 ter del Código Procesal cuando impone un reconocimiento previo como variante de la conocida prueba anticipada para asegurar o cautelar una determinada situación de hecho, para propender a la eficacia del proceso. O bien, el nuevo art. 684 bis, también introducido al igual que el anterior, en el proceso de desalojo, por diversas causales (que apuntan a la desvirtuación del destino de la vivienda) siempre imputables al locatario, para evitar la dilación inapropiada del proceso judicial, que exceden el molde tradicional de las medidas cautelares.