



UNIVERSIDAD DE BELGRANO

# Las tesinas de Belgrano

**Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
Carrera de Abogacía**

**El juez pretor y la medida autosatisfactiva**

**Nº 93**

**Fabián Guillermo Slisaransky**

**Tutora: Mabel Alicia de los Santos**

Departamento de Investigación  
Junio 2003



Gracias a la Dra. Mabel de los Santos por toda su colaboración y, fundamentalmente, por estar entre aquellos que luchan por una Justicia y Educación que engrandezcan nuestra Nación.



## Índice general

<b>Introducción</b> .....	7
<b>PARTE I</b>	
<b>CAPÍTULO 1. LA MEDIDA AUTOSATISFACTIVA</b>	
1.1 Concepto .....	7
1.2 Surgimiento del concepto .....	8
1.3 El contenido del instituto .....	9
1.4 El nomen iuris .....	10
1.5 Fundamento constitucional .....	11
<b>CAPÍTULO 2.</b>	
LA MEDIDA AUTOSATISFACTIVA Y LA MEDIDA CAUTELAR: SIMILITUDES Y DIFERENCIAS QUE LAS HACE AUTONOMAS .....	13
<b>CAPÍTULO 3. REPAROS OPUESTOS</b> .....	
<b>PARTE II</b>	
<b>CAPÍTULO 1. DOCTRINA</b> .....	
1.1 PRESUPUESTOS DE FUNDABILIDAD DE LAS MEDIDAS AUTO SATISFACTIVAS Y DE LAS MEDIDAS CAUTELARES, por Efraín Ignacio Quevedo Mendoza (H), en elDial.com, del 17 de noviembre de 2002 .....	18
1.2 ¿ES INCONSTITUCIONAL LA MEDIDA AUTOSATISFACTIVA? (SU DIMENSIONALIDAD EN LOS CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVOS), por Walter F. Carnota, en el Dial.com, del 18 de febrero de 2003 .....	25
1.3 “LOS NUEVOS EJES DE LA REFORMA PROCESAL CIVIL: LA MEDIDA AUTOSATISFACTIVA”, por Jorge W. Peyrano, en E.D., 169-43 .....	26
1.4 INFORME SOBRE LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS, por Jorge W. Peyrano, en La Ley, 1996-A-999 .....	28
1.5 “RESOLUCIONES ANTICIPATORIAS Y MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS”, por Mabel de los Santos, en La Ley, 1997-IV-801 .....	29
1.6 UN FUERTE ESPALDARAZO JURISPRUDENCIAL A LA MEDIDA AUTOSATISFACTIVA, por Jorge W. Peyrano, en El Derecho, t. 180-285 .....	31
1.7 EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA SALUD Y EL PMO: LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS, por Carlos A. Ghersi, en J.A., 2001-II-454 .....	33
1.8 MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS: EL PODER JUDICIAL Y LOS DERECHOS HUMANOS, Por Carlos A. Ghersi, en J.A., 2001-III-425 .....	34
1.9 EL AMPARO Y LA MEDIDA AUTOSATISFACTIVA COMO VIAS PROCESALES PARA LA PREVENCIÓN DEL DAÑO, por Mabel De los Santos, en Rev. de Der. Proc., Nº 2, p. 377 y ss, Edit. R. Culzoni, oct de 2002 .....	36
1.10 NUESTRA OPINION .....	40
<b>CAPÍTULO 2. JURISPRUDENCIA</b> .....	
2.1 JUZG. NAC. CIV., N. 67, 2/8/96 –“Clavero, Miguel Angel c/Comité Olímpico Argentino (C.O.A.) s/amparo” .....	41
2.2 CApel.CC Rosario, sala II, setiembre 18-1998. –Faiart Argentina, S.A. s/medida cautelar innovativa .....	42
2.3 JUZG. NAC. CIV., N. 67, 8/9/1999 - R. D., J. S. v. Obra Social de la Unión Obrera Metalúrgica .....	44
2.4 TRIB. FAMILIA LOMAS DE ZAMORA, N. 3, 24/5/2001 - M., H. N. v. PAMI. ....	45
2.5 JCCorr. de Trans. Nº 1 de Mar del Plata, causa 3/53.652 .....	49
<b>CONCLUSIÓN</b> .....	
54	



## Introducción

Sabemos, quienes buscamos en el derecho respuestas oportunas y eficaces que hagan de la justicia una forma de vida en lugar de un vocablo abstracto, de la necesidad que existe en la esfera del **derecho procesal** de legislar oportunamente los denominados **procesos urgentes**, género que incluye las medidas cautelares reguladas por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pero que también comprende el amparo, el hábeas data y el hábeas corpus garantizados específicamente en el artículo 43 de la Carta Magna.

Pero allí no acaban las especies que requiere el derecho para que el sistema de economía procesal -directiva de nuestro ordenamiento de forma que incluye el concepto "celeridad"- viaje por su cauce natural.

Es por ello que, la doctrina ha creado hace ya varios años dos institutos que vienen a sumarse y a completar los referidos procesos urgentes. Son ellos, la "tutela anticipada" y la conocida en la procesalística rioplatense "**medida autosatisfactiva**". Y es de ésta última que deseamos ocuparnos.

Es nuestra intención, a través de este trabajo, mostrar la urgencia de regular la figura basándonos en dos elementos que son, nada más y nada menos, la clave que ordena su urgente tratamiento parlamentario. Por una lado, la doctrina que, con fundamentos que no dan lugar a recurrirlos, da muestras por demás suficientes de su necesidad. Por el otro, la jurisprudencia que, basada en los argumentos de la primera, refleja la labor de los jueces actuando en distintas oportunidades como verdaderos pretores ante la ausencia de normas específicas. Estos puntos serán el eje de las siguientes páginas.

Para llevar a cabo el objetivo general, pero como punto de partida, nos encargaremos de definir la **medida autosatisfactiva**, comparar ésta con la medida cautelar y demostrar sus puntos comunes y diferencias que las hace autónomas, lo que nos permitirá corroborar la finalidad del trabajo.

La obra estará organizada en 2 partes, la primera se dedicará a hacer la presentación de la protagonista y, la segunda, expondrá la finalidad de esta obra, demostrando cuanto urge en nuestro Código Procesal Civil y Comercial de la Nación incorporar el instituto referido.

Pero hay un fin superior en esta obra, y es convencer a mis lectores y así sumar fuerzas para que los proyectos se transformen en soluciones prácticas para todos aquellos que hace algunos siglos decidieron resignar parte de su libertad confiando en un Estado de Derecho.

## Parte I

### Capítulo 1. La medida autosatisfactiva

#### 1.1 Concepto

Se trata de 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<sup>1</sup>. Se trata de una especie del género de los "procesos urgentes".

Mabel de los Santos, las define -siguiendo a Jorge Peyrano, y el texto de las conclusiones del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal- diciendo que son soluciones jurisdiccionales urgentes no cautelares, despachables in extremis y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles. Las mismas importan una "satisfacción definitiva" de los requerimientos de los postulantes, de modo que son autónomas, no dependiendo su vigencia y mantenimiento de la interposición o ulterior de una pretensión principal. Asimismo dicho remedio de urgencia, no cautelar, resulta útil para solucionar vías de hecho<sup>2</sup>.

La medida autosatisfactiva es una solución urgente no cautelar, despachable in extremis, que procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial. Posee la característica de que su vigencia y mantenimiento no depende de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal<sup>3</sup>.

Su dictado está sujeto a los siguientes requisitos:

- a) concurrencia de una situación de urgencia;
- b) su despacho debe estar presidido por la existencia de una probabilidad y no de una simple verosimilitud, de que efectivamente lo requerido es jurídicamente atendible;

1. PEYRANO, Jorge W. , Medidas Autosatisfactivas, Editorial Rubinzal Culzoni, 1997, p. 13.

2. DE LOS SANTOS, Mabel, Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas, Jurisprudencia Argentina, 1997-IV-800.

3. CONCLUSION 8ª del XIX Congreso de Derecho Procesal, levado a cabo en la ciudad de Corrientes, agosto de 1997.

c) exigibilidad de la contracautela sujeta al prudente arbitrio judicial.

La medida autosatisfactiva da respuestas a problemas jurídicos no menores, sobre todo si tenemos en cuenta que su principal socorrido es "lo urgente".

- 1) se busca con ella remediar la flaqueza propia de la teoría cautelar clásica conforme a la cual sólo puede obtenerse una solución jurisdiccional urgente a través de la promoción de una cautelar que, ineludiblemente, reclama la ulterior o concomitante iniciación de un proceso principal, so pena del decaimiento de la respuesta jurisdiccional urgente obtenida<sup>4</sup>. Para encuadrarse en el susodicho esquema, quien está interesado en conseguir una tutela jurisdiccional "urgente", insoslayablemente deberá imaginar -y a veces inventar- una acción principal (que frecuentemente no le interesa para poder encaballar en la misma el requerimiento que formula respecto de una pronta tutela jurisdiccional). Tal estado de cosas es corriente en los países iberoamericanos; por ejemplo, en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal de Uruguay (abril de 1995), declararon que: "Las exigencias de la vida jurídica actual han determinado la necesidad de crear estructuras destinadas a la resolución urgente de pretensiones en forma definitiva al margen de la tutela cautelar y provisional clásicas".
- 2) ofrece adecuada respuesta a los interrogantes que plantean muchas disposiciones legales que, a las claras, establecen soluciones urgentes no cautelares.
- 3) Es una inapreciable herramienta para hacer cesar ciertas conductas o vías de hecho -en curso o inminentes- contrarias a Derecho respecto de las cuales el aparato cautelar resulta inoperante o, por lo menos ineficiente<sup>5</sup>.

## 1.2 Surgimiento del concepto

La causa próxima más importante de su nacimiento ha sido la percepción de la ausencia en el conjunto de atribuciones judiciales en vista a la satisfacción de ciertas situaciones urgentes que no encontraban soluciones adecuadas en las medidas precautorias tradicionales. Inclusive desde la perspectiva de los civilistas y comercialistas se experimentaba igual sensación<sup>6</sup>, es decir que "si bien todo lo cautelar es urgente, no todo lo urgente es cautelar". Es que la categoría de lo urgente resulta mucho más amplia que el horizonte de lo cautelar<sup>7</sup>.

Algunos eligieron desfigurar lo conocido y así fue que empezaron a hablar de la cautelar autónoma, que sería aquella que no caduca, cuya sobrevivencia no depende de la iniciación a posteriori de un juicio principal. Otros, la mayoría, buscaron fijar los límites de un nuevo concepto jurídico, "la medida autosatisfactiva", que llegaba para ocupar, de manera coherente y fundada, la referida sensación de vacío. En otros países, como en EE.UU., a través del régimen de los injunctions<sup>8</sup>, y asimismo en Italia, Alemania y Perú, el ideario de la medida autosatisfactiva está presente de lege lata, y su funcionamiento es corriente. En dichos lugares, el referido ideario se encuentra en paralelo con la diligencia cautelar ortodoxa sin mezclarse y asignándole a esta última el rol que le compete. En lugar de "desfigurar" a la "teoría cautelar clásica" se ha preferido preservarla y generar un nuevo instituto pensado por y para dar respuestas eficaces y expeditas a ciertas situaciones de urgencia que no reclaman (por sí mismas o porque no les interesa a los afectados) la promoción de acciones principales posteriores<sup>9</sup>.

Otra causa mediata que juega en relación a muchas de las demás tutelas diferenciadas y no sólo respecto de la autosatisfactiva es el achicamiento del Estado que se ha registrado en la casi totalidad de las naciones iberoamericanas. Dicha circunstancia ha provocado la desaparición de organismos dependientes del Poder Administrador que alguna suerte de contralor ejercían sobre una ancha franja de cuestiones que han quedado huérfanas de intervención gubernamental. Ello explica el fortalecimiento del rol de los jueces y la imperiosa necesidad experimentada por éstos de contar con "tutelas diferenciadas" de las corrientes, que les permitan ejercer cabalmente el nuevo perfil que -de hecho- les ha conferido la sociedad.

4. PEYRANO, Jorge W., Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas, en J.A. 1997-II-926.

5. PEYRANO, Jorge W., Medidas Autosatisfactivas, Editorial Rubinzal Culzoni, 1997, p. 15.

6. LORENZETTI, Ricardo Luis, La tutela civil inhibitoria, en L.L. 1995-C-118, NICOLAU, Noemí, La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional, en L.L. 1996-A-1247, ANDORNO, Luis, El denominado proceso urgente (no cautelar) en el Derecho argentino como instituto similar a la acción inhibitoria del Derecho italiano, en J.A. 1995-II-887, ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, Derecho a la intimidad, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 157; FARINA, Juan, Tratado de sociedades comerciales. Sociedades anónimas, Zeus, Rosario, 1979, p. 293

7. PEYRANO, Jorge W., Informe sobre las medidas autosatisfactivas, en L.L., 1996-A-999.

8. PEYRANO, Jorge W., Una nueva vía procesal para preservar el derecho a la privacidad; el proceso urgente, en la revista jurídica Vox Juris de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres (Lima), suplemento de mayo de 1995, p. 14.

9. PEYRANO, Jorge W., Los nuevos ejes de la reforma procesal civil: la medida autosatisfactiva, en E.D. del 24-10-96.

### 1.3 El contenido del instituto

La procedencia de la medidas autosatisfactivas está supeditada a la concurrencia simultánea de circunstancias infrecuentes derivadas de la urgencia impostergable en la que el factor tiempo y la prontitud aparecen como perentorios; de la fuerte verosimilitud sobre los hechos, con grado de certidumbre acreditada al inicio del requerimiento o, en su caso, de sumaria comprobación, la superposición o coincidencia entre el objeto de la pretensión cautelar, provisional o preventiva -en la terminología clásica- con la pretensión material o sustancial, de modo que el acogimiento de aquella torne generalmente abstracta la cuestión a resolver porque se consumió el interés jurídico (procesal y sustancial) del peticionante.

En suma, proceden las medidas autosatisfactivas según el texto del Proyecto de Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires (art. 67), a consideración de la legislatura bonaerense, " En aquellos supuestos excepcionales en que:

- I) se acredite la existencia de un interés tutelable cierto y manifiesto;
- II) su tutela inmediata sea imprescindible, produciéndose en caso contrario su frustración;
- III) no fuese necesaria la tramitación de un proceso de conocimiento y autónomo, y
- IV) si el juez lo entendiere necesario se efectivizará contracautela; se podrán disponer las medidas que la índole de la protección adecuada indique, bajo la responsabilidad del peticionante"<sup>10</sup>

Vale la pena referirnos particularmente a dos aspectos de este novedoso pero no menos necesario instituto del derecho procesal, el aseguramiento del derecho de defensa del emplazado y la ausencia actual de basamento normativo.

Además de que en ciertos casos el juez puede de oficio conceder un traslado previo, su resolución inaudita pars no vulnera el principio de bilateralidad y contradicción, el que se afianza con el ejercicio ulterior de la potestad impugnatoria que se abre con la vía recursiva. Ante el "juicio inmediato (que involucra conocimiento y decisión)"<sup>11</sup>, rigen analógicamente los principios del procedimiento monitorio que desplazan la iniciativa del contradictorio del actor al demandado "confiriéndose la oportunidad de ser oído, no antes sino después de la decisión en su contra, siempre que se cite al demandado para que se pueda defender"<sup>12</sup>. En esta orientación, además, se encolumna la doctrina preponderante<sup>13</sup>.

Respecto a la ausencia de texto legal que admita la cautela material o las medidas autosatisfactivas, cabe reiterar que los congresos jurídicos que abordaron la problemática y la doctrina científica han coincidido que ello no es impedimento insuperable para su recepción. La ausencia de soporte normativo no importa, derechamente, la orfandad de apoyatura jurídica del instituto, tal como ocurre con otros numerosos arbitros procesales de creación pretoriana, nacidos para corregir anomalías o desequilibrios (procedimentales o sustanciales), al abrigo de la aplicación del principio -insistimos, prudente y mesurado- de las normas análogas (art. 16, Cód. Civ.).

Se ha sostenido que la operatividad actual de las medidas autosatisfactivas deriva del poder cautelar general que le asiste al juez, conforme al artículo 232 del Código Procesal Civil de la Nación y de Buenos Aires, que constituye "una norma casi en blanco para que sea llenada por el magistrado"<sup>14</sup>, en situaciones de excepcionalidad y previa verificación de la concurrencia de los restantes recaudos<sup>15</sup>. Peyrano añade, como argumentos corroborantes, distintas fuentes: las atribuciones legales implícitas, el ancho pliegue del artículo 43 de la Constitución Nacional, el andamiaje de las medidas cautelares genéricas y, muy especialmente, los numerosos dispositivos legales que prevén soluciones que más allá de su designación, constituyen medidas autosatisfactivas<sup>16</sup>. La función integradora del Derecho Procesal como subsistema jurídico

10. MORELLO, Augusto M. y KAMINKER, Mario E., EL Proyecto de Reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires (estado actual), en J.A.: del 01-10-97, p. 42. El cual sigue, en lo restante, los lineamientos generales del Anteproyecto de Código General del Proceso, de Arazi, Roland; Eisner, Isidoro; Kaminker, Mario y Morello, Augusto, ed. de los autores de 1993.

11. Estas ideas del actual desarrollo ex post del derecho de defensa fueron expuestas por el Dr. Augusto M. Morello en una de sus disertaciones en las III Jornadas del Foro de Derecho Civil, celebradas en Olavarría en agosto de 1997.

12. MARTINEZ, Oscar J. Y VIERA, Luis A., El proceso monitorio (Bases para su legislación uniforme e iberoamericana), en Revista Jurídica lus, N° 41, 1990, ps 51, 74, 77 y ss. Ver también sobre el proceso monitorio, ARAZI Roland, El proceso del fin de siglo, ps. 6, y BORGE, Marcos A., Procedimiento monitorio, p. 71, ambos en Derecho Procesal. En vísperas del siglo XXI, ob. Cit. Supra.

13. PEYRANO, Jorge W., Vademécun de las medidas autosatisfactivas, en J.A. 1996-II-709, punto IV, y Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas, en J.A., 1997-II-296.; DE LAZZARI, Eduardo N., La cautela material, en J.A., 1996-IV-651.; BERIZONCE, Roberto O., Tutela anticipatoria y definitiva, en J.A., 1996-IV-764.

14. DE LAZZARI, La cautela material cit; en el mismo sentido Etcheverry, María Delia, Las medidas cautelares materiales. Sentencia anticipatoria, en L.L. del 13-03-96, p.3;

15. Acude a ese mismo fundamento BERIZONCE, Tutela anticipada y definitiva cit.

16. PEYRANO, Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: Tutela de urgencia...cit.

ordenado e interrelacionado<sup>17</sup>, la labor interpretativa -dinámica y progresista- del juez teleológico<sup>18</sup> y especialmente el contenido nutricional de las normas abiertas como las que regulan las medidas cautelares tradicionales (arts. 689, 693, Cód. Proc. Civ. de Santa Fé; 232, Cód. Proc. Civ. de Buenos Aires), otorgan suficiente sustento legal abastecedor para acoger, pretorianamente, el instituto en exámen. Por otro lado, así se han pronunciado, mayoritaria o unánimemente, numerosos eventos científicos que, sin perjuicio de propiciar su recepción legislativa, han admitido su aplicación actual<sup>19</sup>. Las diferencias de postura se generan en derredor de aspectos periféricos tales como su admisión inaudita pars, la gravedad o irreparabilidad del perjuicio, la procedencia -que creemos innecesaria, por vía de principio- de contracautela sobre el régimen recursivo, todo lo que -en esencia- no contraría sus aspectos troncales.

#### 1.4 El nomen iuris

Existe disparidad terminológica en la identificación del instituto en cuestión, pudiendo esto generar confusiones que estimamos son fácilmente superables.

En los albores del desarrollo del instituto, al ocuparse de un proceso colectivo que satisfaga las exigencias procesales de los intereses difusos y supraindividuales, Morello utilizó la expresión -primigenia- de "proceso preliminar preventivo" para caracterizar a una herramienta "que traspasa la órbita de las medidas preliminares, con autonomía que se agota en sí misma y que tiene fuerza vinculante mediante una sentencia que previene el ulterior proceso contencioso porque la satisfacción preventiva se ha agotado ya con lo actuado dentro de ese tipo de proceso"<sup>20</sup>

Luego se utilizaron también otras acepciones como "cautela material", medidas anticipatorias materiales o definitivas, "cautela con efectos materiales", explicándose que el aditamento de los adjetivos "cautelar" y "sustancial" conlleva efectos conclusivos que agotan y fenecen la litis. Siguiendo esta tesitura se refieren preferentemente a la cautela material -entre otros- Berizonce, De Lázzari, Madariaga y Etcheverry<sup>21</sup>.

Rivas alude a la "anticipación impropia por consumación". Parte de las sentencias anticipatorias vinculándolas con el objeto del proceso y que satisfacen la pretensión calificándolas como propias e impropias. Las propias se dictan previa sustanciación, mientras que las impropias se decretan inaudita pars y se subdividen en: impropias por satisfacción (en las que la pretensión se satisface total o parcialmente pero de manera provisional) y las impropias por consumación que agotan el objeto de la pretensión y pueden ser irreversibles ya que "o se satisface la pretensión en ese momento o no podrá satisfacerse más, pues la lesión al derecho se habrá consumado irremediadamente. Desde ya que una vez dictadas, la continuidad del proceso resulta prácticamente una cuestión abstracta, salvo en su aspecto declarativo para determinar futuras responsabilidades o las que pudieren corresponder al régimen de costas"<sup>22</sup>.

Los civilistas, por su lado, analizan la cuestión especialmente al estudiar la prevención del daño, Lorenzetti enfatiza que en el derecho civil surge la tutela inhibitoria con una serie de instrumentos que permiten prevenir el daño antes de que se produzca, incursionando en el orden social al señalar conductas obligatorias. De ese modo la tutela inhibitoria (que siempre tiene una finalidad preventiva) admite, como género, dos especies: una acción cautelar (que es provisoria) y otra definitiva, las que se diferencian en su instrumentación procesal, unidas ambas en su finalidad preventiva de impedir la concreción de la amenaza del daño, frente al interés -legítimo o simple- del titular requirente. En ese ámbito se entroniza a la medida cautelar sustancial como instrumento de la tutela inhibitoria<sup>23</sup>. En sentido similar se pronuncia Nicolau quien, a partir del sustento normativo del artículo 43 de la Constitución Nacional, sostiene que la tutela inhibitoria en cuanto instituto de Derecho sustancial -que impone límites al ejercicio del derecho subjetivo- "no tiene tanto

17. NICOLAU, Noemí L., La tensión entre el sistema y el microsistema en el Derecho Privado en Trabajos del Centro N° 2 del Centro de Investigaciones de Derecho Civil, de la Universidad Nacional de Rosario, 1997, p. 79.

18. LOPEZ MESA, Marcelo J., La interpretación evolutiva o dinámica de las normas en Revista de Jurisprudencia Provincial de Buenos Aires, Año 6, febrero de 1996, N° 2, ps. 1 y ss.; aut. Cit., El juez y la interpretación de la ley (Del señorío romano al vasallaje exegético y algo más allá), en E. D. 170-1004.

19. Para el detalle de las jornadas científicas que auspiciaron estas herramientas ver GALDOS, Jorge Mario, Un fallido intento de acogimiento de una medida autosatisfactiva, en L. L. 1997-F-482.

20. MORELO, Augusto M. y STIGLITZ, Gabriel A., Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos, Platense, 1986, p. 160, punto III. El maestro platense luego retomó el tema, entre otros, en los siguientes trabajos: La cautela material, en J. A. 1992-IV-314; La tutela judicial provisoria durante el desarrollo del proceso, en L. L., 1994-E-848; La tutela satisfactiva, en J. A. 1995-IV-413, en anotación al fallo de la Cám. Nac. Civ., sala G, 4-5-94, "Zambardieri, Juan C. C/Municipalidad de Buenos Aires"; La tutela anticipatoria ante la larga agonía del proceso ordinario, en E. D. 169-1341.

21. BERIZONCE, Tutela anticipada y definitiva cit., y Derecho Procesal. En vísperas del siglo XXI cit, ps. 58 y ss.; DE LAZZARI, La cautela material cit; MADARIAGA, Rodolfo E., La llamada "cautela material", en E. D. 171-1062; ETCHEVERRI, Las medidas cautelares materiales. Sentencia anticipatoria cit, p. 3.

22. RIVAS, Adolfo A., La jurisdicción anticipatoria y la cosa juzgada provisional, en L.L. Actualidad del 22-2-96, p.2.

23. LORENZETTI, Ricardo L., La tutela civil inhibitoria, en L. L. 1995-C-217.; autor cit., Las normas fundamentales de Derecho Privado, Rubinzal Culzoni, 1995, N° 5, apartado A, p. 294.

en cuenta la libertad de quien amenaza injustamente el derecho de ese otro a no sufrir la amenaza de daño<sup>24</sup>. Concordantemente Andorno apunta que nuestro “proceso urgente” es equivalente a la “tutela inhibitoria” del Derecho italiano y conforma una protección judicial de urgencia sustantiva y no cautelar, sin necesidad de contracautela y cuyos presupuestos son un comportamiento lesivo, un daño injusto, una relación de causalidad adecuada entre dicho comportamiento y el daño causado y el factor de atribución que corrientemente será el dolo o la culpa<sup>25</sup>.

Desde otro miraje, parecido y complementario, se distingue entre pretensión cautelar o conservativa, si se resalta la petición de parte que las solicita; o proceso o procedimiento cautelar sobre la base de la forma de tramitarlas, y finalmente sentencia cautelar según la naturaleza de la resolución a dictarse<sup>26</sup>.

Empero, en el quehacer cotidiano del operador del Derecho -la visión étic de Alterini, esto es la derivada de la propia percepción del fenómeno jurídico por sus protagonistas, los juristas, a los fines de su análisis técnico- se ha impuesto la asignación terminológica propiciada por Peyrano, su más insistente impulsor. Esta expresión -incluso- es bien recibida por la visión emit del fenómeno jurídico: la sociedad y con independencia de lo que opinen los juristas<sup>27</sup>.

Luego de un proceso de decantación y afinamiento, superado el estadio inicial del rótulo de “proceso urgente” que primero propició el profesor rosarino, se asentó la expresión que propuso definitivamente y que es la más reconocida: **medidas autosatisfactivas**.

Acuden a esta terminología jurídica, entre otros, Kemelmajer de Carlucci, De los Santos, Vázquez Ferreyra y Herrero<sup>28</sup>. También se advierte la preponderancia de esa expresión lingüística en las ponencias y trabajos presentado en los eventos científicos<sup>29</sup>.

Más allá de que quizá sea más asertivo “proceso autosatisfactivo” para diferenciarlo, sin dejar lugar a dudas, de las medidas cautelares clásicas, hablar de “medidas autosatisfactivas” denota y connota las propiedades del instituto: la pretensión se agota en sí misma (por ello la referencia a autosatisfactivas), es decir, se autoabastece, con prescindencia de otro proceso principal. También aventa eventuales confusiones al prescindir de la expresión medida cautelar (consolidada en su versión clásica como dependiente y subordinada a otro juicio) que no se supera por completo con el añadido de los adjetivos “material” o “sustancial”.

## 1.5 Fundamento constitucional

Siguiendo la clasificación de Luis Luciano Gardella<sup>30</sup>, las medidas autosatisfactivas encuentran su fundamento, entre otros, en los siguientes derechos y principios constitucionales.

### 1. Desde el punto de vista del solicitante

- a) Derecho a la jurisdicción, traducido en la posibilidad de acudir al órgano jurisdiccional en procura de un pronunciamiento útil y eficaz que resuelva oportunamente la pretensión articulada en la causa. Este derecho preexiste al proceso, como un derecho del hombre, plasmado en la facultad de peticionar (art. 14, Constitución Nacional)
- b) Acceso a la justicia: derivado del anterior. Este principio y garantía tiene asiento en el artículo 18 de la Constitución Nacional, y cabe entenderlo como la capacidad de toda persona física o jurídica de tener la

24. NICOLAU, Noemí Lidia, La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional, en L. L. 1996-A-1245.

25. ANDORNO, Luis O, El denominado proceso urgente (no cautelar) en el Derecho argentino como instituto similar a la acción inhibitoria del Derecho italiano, en J. A. 1995-II-887. Respecto a la amenaza del daño como contenido del daño injusto ver DE LORENZO, Migue F., El daño injusto en la responsabilidad civil, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, especialmente p. 17, nota 11 y ps. 69 y 77.

26. ARAZI, Medidas cautelares, cit, p.4, en parecida orientación Berizonce, Tutela anticipada y definitiva cit; De Lazzari, La cautela material cit.

27. Ver ALTERINI, Atilio A., Cultura y Derecho Privado, en L. L. 1996-B-932.

28. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Algunos aspectos referidos a la eficacia del llamado proceso familiar, en Derecho procesal. En vísperas del siglo XXI, Ediar, Buenos Aires, p. 84, obra colectiva dirigida por Roland Arazi; DE LOS SANTOS, Mabel A., La medida cautelar innovativa y el anticipo de la sentencia: su ubicación entre los llamados procesos urgentes, en J. A. 1996-I-633; aut. Cit., Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas, en J. A. 1997-IV-800; HERRERO, Luis René, Decisión oportuna sobre decisiones urgentes, en E. D. Supl. De Ternas procesales, del 30-11-95, p.42; VAZQUEZ FERREYRA, Roberto, Las medidas autosatisfactivas en el Derecho de Daños y en la tutela del consumidor, en L. L. 1997-E-1440.

29. Vgr., en el XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal Civil de Corrientes de 1997 se registran importantes ponencias que recurrieron a esa designación. En esa orientación: Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: Tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas. Un derecho sustantivo al que las medidas autosatisfactivas están llamadas a servir: la tutela inhibitoria, por María A. Barroeta Veña y María del C. De Barreto; Medidas autosatisfactivas por Olga Ciancia, Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: Tutela de emergencia. Medidas autosatisfactivas por Cecilia Mayo de Ingaramo; Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: La tutela judicial anticipada. Las medidas de satisfacción anticipada y las medidas autosatisfactivas, por Angel Fermín Garrote (h).

30. GARDELLA, Luis L., Medidas autosatisfactivas: principios constitucionales aplicables. Trámite. Recursos, en Medidas Autosatisfactivas. Sta fe. Rubinzal Culzoni, 1999.

posibilidad real, concreta y sin excepciones, de solicitar y obtener que el Estado, por medio del Poder Judicial, le garantice efectivamente en los hechos el ejercicio de sus derechos<sup>31</sup>

De este principio se derivan los siguientes subprincipios:

- Subprincipio de la pretensión a la tutela jurídica: en el sentido de que una de las partes pretende frente al Estado la tutela jurídica favorable correspondiente a una situación jurídica<sup>32</sup>
  - Subprincipio de “razonabilidad técnica y axiológica”, que requiere una adecuación entre los fines del proceso (en nuestro caso de las medidas autosatisfactivas) y los medios para lograrlos, mirando siempre la justicia intrínseca de la postulación.
- c) Principio de “justicia pronta”: como corolario del principio preambular de “afianzar la justicia”, la Corte ha inferido el mandato de “lograr una justicia rápida dentro de lo razonable”<sup>33</sup>
- De este principio se derivan los siguientes subprincipios:
- Subprincipio de economía procesal: en lo tocante a la simplificación de las formas del debate<sup>34</sup>
  - Subprincipio de humanización de la justicia judicial, en el sentido de propender a la intermediación y tender a la aceleración de los procesos, evitando dilaciones desleales; confianza en la buena justicia y tutela de la paz y de la armonía social<sup>35</sup>
  - Subprincipio de eficacia: a fin de obtener la finalidad principal del proceso, esto es: la justicia, debe privilegiarse el valor jurídico eficacia<sup>36</sup>

## 2. Desde el punto de vista del beneficiario o destinatario de la medida

Derecho de defensa, que comprende:

- El derecho de ser oído (arts. 18 y 75, inc. 22, Constitución Nacional; art. 8º, Pacto de San José de Costa Rica)
- El derecho de cuestionar, que comprende 2 facetas: por aplicación del principio procesal de contradicción (en nuestro caso adaptado al carácter de “proceso urgente” que revisten las medidas autosatisfactivas), se admitirá acá en ciertos casos una bilateralidad restringida previa al despacho y la posibilidad de postular la revisión judicial que se dicte, mediante los recursos legalmente autorizados.

## 3. Desde un punto de vista común a todos los implicados en el proceso, tanto justiciables como jueces

Principio de razonabilidad que, desde el preámbulo (“Dios, fuente de toda razón y justicia”), impregna todo nuestro sistema jurídico. Vale decir, viniendo a la órbita procesal, cualquier pretensión y cualquier decisión en el proceso (también en las medidas autosatisfactivas) debe pasar por el tamiz de la “razonabilidad” directamente conectado con el valor “justicia”<sup>37</sup>

31. VALCARCE, Arrodín, El derecho a la jurisdicción y el acceso a la justicia, en J. A. Del 27-3-96, N° 5978, ps. 10/14.

32. ROSENBERG, Leo, Tratado de Derecho Procesal Civil, t. II, p. 58.

33. SAGÜES, Nestor Pedro, Elementos del Derecho Constitucional, Depalma, Buenos Aires, 1997, t. II, p. 616.

34. COUTURE, Eduardo, Fundamentos de Derecho Procesal Civil, p. 189.

35. DEVIS ECHANDIA, Hernando, Teoría general del proceso, t I, p. 51.

36. PEYRANO, Jorge W., El valor “eficacia” en el proceso civil contemporáneo, en Cuestiones procesales, La Ley, Buenos Aires, 1980, ps. 19/22.

10/14.

ROSENBERG, Leo, Tratado de Derecho Procesal Civil, t. II, p. 58.

SAGÜES, Nestor Pedro, Elementos del Derecho Constitucional, Depalma, Buenos Aires, 1997, t. II, p. 616.

COUTURE, Eduardo, Fundamentos de Derecho Procesal Civil, p. 189.

DEVIS ECHANDIA, Hernando, Teoría general del proceso, t I, p. 51.

PEYRANO, Jorge W., El valor “eficacia” en el proceso civil contemporáneo, en Cuestiones procesales, La Ley, Buenos Aires, 1980, ps. 19/22.

37. BIDART CAMPOS, Germán, Manual de Derecho Constitucional, Ediar, Buenos Aires, ps. 207 y ss.

## Capítulo 2

### La medida autosatisfactiva y la medida cautelar: similitudes y diferencias que las hace autónomas

Creemos que pocos son los caracteres comunes entre las medidas cautelares y las autosatisfactivas, consistiendo básicamente el elemento común en el carácter urgente, del que deriva la ejecutabilidad inmediata, la mutabilidad y el requisito del peligro en la demora para su despacho favorable que se traduce en la necesidad de tutela judicial inmediata a los fines de evitar la frustración del Derecho. Los restantes caracteres y requisitos propios del esquema cautelar son ajenos a la esencia y finalidad del proceso autosatisfactivo, el que por su naturaleza constituye un proceso urgente, autónomo y contradictorio, despachable “inauditam parte” y previa contracautela, según el grado de apariencia del derecho y de urgencia de su despacho. Es asimismo un medio de tutela rápida y extraordinaria, admisible restrictivamente ante la inexistencia de otra vía procesal eficaz.

A continuación, resumimos el pensamiento de la Dra. de los Santos<sup>38</sup>, acerca de las diferencias y semejanzas entre ambos institutos.

Nos dice Mabel que la calificación de una determinada institución jurídica no es pura pérdida de tiempo en cuestiones bizantinas. La explicación de la realidad de un modo correcto exige siempre una lograda calificación toda vez que de ello se derivan importantes consecuencias, no sólo teóricas sino también -y fundamentalmente- prácticas. Cualquier determinación de la correcta posición de un instituto jurídico tiene la indudable utilidad de contribuir a la siempre y necesaria compleja integración de lagunas, cooperando también en la distinción de instituciones afines.

En ese orden de ideas y a los fines de explicar los caracteres propios de las medidas cautelares, nos relata la ilustre jurista que, ellas son instrumentales, provisionales, mutables o flexibles, se disponen inauditam parte, el conocimiento para decretarlas es “en grado de apariencia” -no de certeza-, no producen efectos de cosa juzgada material, no causan instancia, su acogimiento no configura prejuzgamiento, no tienen incidencia directa sobre la relación procesal, son de ejecutabilidad inmediata y revisten carácter urgente.

**a) Carácter instrumental.** *Esta nota distintiva, formulada por Calamandrei consiste en la característica configuradora de las medidas cautelares que las vincula a un proceso principal, al que sirven, garantizando la efectividad de su resultado<sup>39</sup>. Las mismas nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, de la cual aseguran preventivamente su resultado práctico. Nacen al servicio de una providencia definitiva. La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata por cuanto más que a hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Si bien todas las normas procesales son instrumentales respecto de la actuación del derecho material, las medidas cautelares son -como expresara Calamandrei- “instrumento del instrumento” en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional.*

De este modo la tutela cautelar se prevé por el legislador como medio a través del cual puede conseguirse que otro medio, el proceso, funcione eficazmente, haciendo realidad esa afirmación teórica de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Ahora bien, como instrumento que es la medida cautelar necesariamente debe cumplir su función en relación al proceso principal, vale decir, a la tutela judicial que en él se presta. Ello se traduce en una serie de consecuencias que deben verificarse para afirmar la existencia de esa relación de dependencia con el proceso principal y que se analizan seguidamente.

En primer lugar: la medida se acuerda teniendo en mira el objeto de un proceso principal pendiente o que se habrá de iniciar, a cuyo efecto el régimen legal prevé un plazo de caducidad de la medida si no se promueve el juicio al que accede la cautelar (vgr. Art 207, Cód. Proc. Civ. Nac.: “Se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieren ordenado y hecho efectivas antes del proceso, si tratándose de obligación exigible no se interpusiese la demanda dentro de los diez días siguientes al de su traba...”).

En segundo término, la instrumentalidad exige que finalizado el proceso principal la medida cautelar se extinga. Nacida en previsión de la prestación de una tutela judicial, una vez obtenida ésta la resolución

38. DE LOS SANTOS Mabel, Medida autosatisfactiva y medida cautelar (semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales), Revista de Derecho Procesal N° 1, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 33

39. CALAMANDREI, Piero, Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, El Foro, Buenos Aires, 1997, ps. 44 y ss.

cautelar está destinada a desaparecer por falta de fines<sup>40</sup>. Sin embargo esta consecuencia tiene matices vinculados con el tipo de sentencia que ponga fin al proceso principal y con las modalidades de su eventual ejecución, si se trata de una sentencia de condena.

En tercer lugar, toda medida cautelar, pese a producir sus efectos desde el momento en que es concedida, tiene una duración temporal supeditada a la pendencia del proceso principal. Nacen con una duración limitada que deriva de su carácter provisional (art. 202, Cód. Proc. Civ. Nac.: "Las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron. En cualquier momento en que éstas cesaren se podrá requerir su levantamiento"), pero es la instrumentalidad la que determina su momento final<sup>41</sup>.

Finalmente, la relación de medio a fin existente entre la medida cautelar y el proceso principal impone que exista correlación entre la medida que se ha de adoptar y el posible contenido de la sentencia. Los efectos que se deriven de la cautela deben ser adecuados para cumplir esa función asignada de asegurar la efectividad práctica de la resolución definitiva de la litis. Ahora bien, esta consecuencia del carácter instrumental debe interpretarse en sentido amplio, entendiendo que es admisible toda medida que asegure o garantice la efectividad de la sentencia y no sólo aquellas destinadas a asegurar la ejecución.

Sobre el particular, Calamandrei destacó que la relación de instrumentalidad que liga la providencia cautelar a la providencia principal puede asumir diversas formas, que el autor agrupa en cuatro categorías:

- 1) Las providencias que aseguran la futura ejecución forzada de la sentencia de condena;
- 2) las que deciden interinamente sobre la relación sustancial controvertida hasta tanto sobrevenga la decisión definitiva y con miras a evitar perjuicios irreparables derivados del mantenimiento de la situación existente;
- 3) las providencias instructorias anticipadas -que en nuestro Derecho positivo y no obstante su finalidad cautelar se las considera un instituto jurídico diferenciado: las medidas de prueba anticipadas-, y
- 4) las resoluciones que deciden sobre la contracautela que se establezca para evitar eventuales perjuicios derivados de la traba indebida de la medida cautelar<sup>42</sup>.

Ahora bien, la cuestión adquiere relevancia en tanto la jurisprudencia registra casos de denegatoria de cautelares por coincidir con el objeto de la pretensión principal decisiones que parten de la concepción de la cautelar como mera aseguradora de la eventual ejecución de la sentencia, omitiendo que su contenido es más amplio y que la cautela puede ser no sólo conservativa sino también innovativa<sup>43</sup>, pudiendo incluso anticipar provisionalmente el contenido de la decisión de mérito sobre la pretensión principal.

**b) Provisionalidad:** *Se entienden que son provisionales o interinas por cuanto mantienen su vigencia en tanto subsisten las circunstancias que las engendraron. Asimismo, denegada una medida precautoria su rechazo no impide recabarla nuevamente, en tanto se hubiere modificado la situación de hecho o de derecho.*

Tal carácter resulta del propio texto del artículo 202 del Código Procesal Civil de la Nación: "Las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron: en cualquier momento en que éstas cesaren se podrá requerir su levantamiento".

El carácter provisorio de las medidas cautelares no significa apartamiento del principio de preclusión que opera la extinción de la facultad de impugnar los pronunciamientos jurisdiccionales cuando transcurre el plazo que establece la ley. De allí que para solicitar el levantamiento de una medida cautelar firme -vale decir: fuera de los casos que prevé el artículo 198 del Código Procesal Civil de la Nación- debe demostrarse que cesaron las causas que la determinaron. No se puede fundar el pedido en que ellas fueron inicialmente improcedentes, desde que, de ser así, debió recurrirse dentro del plazo legal<sup>44</sup>.

40. CALDERON CUADRADO, María Pía, Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil, p. 35, con cita de CALAMANDREI, Introduzione..., p.21.

41. DE LOS SANTOS, Mabel, La medida cautelar genérica o innominada, en Tratado de las medidas cautelares, obra coordinada por J. W. Peyrano, Panamericana, t. 4, ps. 143/144. En efecto: si no se promueve el proceso principal en el plazo establecido, se produce la caducidad de la medida cautelar. Si el proceso concluye por desistimiento o caducidad de la instancia o si se rechaza la demanda, cae la medida cautelar.

42. CALAMANDREI, Introducción al estudio...cit., ps. 53/64.

43. CARNELUTTI, Francisco, Sistema de Derecho Procesal Civil, trad de N. Alcalá-Zamora y Castillo y S. Sentís Melondo, Uthea, Buenos Aires, 1944, t. I, p. 249: "Las exigencias que pueden determinar el arreglo provisional del litigio mediante la alteración y no mediante el mantenimiento del estado de hecho, son lógicamente opuestas a las que he indicado en el número precedente. Existen, en efecto, casos en los que se comprometería el resultado del proceso, jurisdiccional o ejecutivo, si desde el principio no se dispusiese un determinado cambio en el estado de hecho. Es preciso arrancar del principio de que el buen éxito del proceso, tanto desde el punto de vista del conocimiento como de su ejecución, depende, por lo que atañe a su propia posibilidad al menos a su plenitud, de una serie de circunstancias materiales, sin cuyo concurso el acertamiento o la ejecución fallarían total o parcialmente a su finalidad".

44. ARAZI, Roland y FENOCHIETTO, Carlos E, Régimen del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 215.

c) **Mutabilidad o flexibilidad.** *Para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, puede disponerse un aseguramiento distinto al solicitado u obtenido, o limitarlo teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intenta proteger (art. 204, Cód. Pro. Civ. Nac.). Asimismo, cuando la medida no cumple adecuadamente la función de garantía a que está destinada, el acreedor puede solicitar su ampliación, mejora o sustitución, mientras que el deudor está autorizado a recabar su sustitución por otra menos perjudicial que garantice suficientemente el derecho del primero (art. 203, Cód. Proc. Civ. Nac.).*

Así resulta del texto de los artículos 203 y 204 del Código Procesal Civil de la Nación antes citados:

Art. 203 - Modificación. El acreedor podrá pedir la ampliación, mejora o sustitución de la medida cautelar decretada, justificando que esta no cumple adecuadamente la función de garantía a que está destinada.

El deudor podrá requerir la sustitución de una medida cautelar por otra que le resulte menos perjudicial, siempre que ésta garantice suficientemente el derecho del acreedor. Podrá, asimismo, pedir la sustitución por otros bienes de mismo valor, o la reducción del monto por el cual la medida precautoria ha sido trabada, si correspondiere.

La resolución se dictará previo traslado a la otra parte por el plazo de cinco días, que el juez podrá abreviar según las circunstancias.

Art. 204 - Facultades del Juez. El juez, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, podrá disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intentare proteger.

d) Se decretan "inaudita parte". *Establece el artículo 198 del Código Procesal Civil de la Nación que: "Las medidas precautorias se decretaran y cumplirán sin audiencia de la otra parte..." La razón de dicha disposición debe hallarse en la necesidad de eficacia de la tutela cautelar, pues si se cursara notificación a quien se pretende afectar con la medida, se le otorgaría la posibilidad de frustrar precisamente el objeto a que tiende.*

e) El conocimiento jurisdiccional para decretarlas es en grado de apariencia, no de certeza. *Adviértase que el principio de cognición, que es el grado de conocimiento que asume el juez frente a las situaciones jurídicas que se plantean en los procesos para emitir una declaración de la voluntad de la ley<sup>45</sup>, es en materia cautelar en grado de "apariencia": el juez debe verificar la apariencia o "humo de buen derecho" del peticionante de la medida. El juez no declara cierto ni el derecho del acreedor ni el cumplimiento del deudor, sino el fumus bonis iuris y el peligro de que el probable derecho sea violado, o sea ciertos hechos de los cuales resulta la verosimilitud de que exista un crédito y que, sin la efectivización de la cautelar, tal crédito pueda permanecer insatisfecho<sup>46</sup>*

f) No producen los efectos de la cosa juzgada material, no causan instancias y su acogimiento no configura prejulgamiento, *caracteres derivados de la mutabilidad o flexibilidad analizadas precedentemente.*

g) No tienen incidencia directa sobre la relación procesal en sí, *de allí que no interrumpen el plazo de caducidad de la instancia.*

h) Son de ejecutabilidad inmediata. *Los recursos contra las mismas se conceden con efecto devolutivo (no suspensivo) y ningún incidente planteado por el destinatario de la medida puede detener su cumplimiento.*

Así lo establece el artículo 198 del Código Procesal Civil de la Nación:

...Ningún incidente planteado por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento.

La providencia que admitiere o denegare una medida cautelar será recurrible por vía de reposición; también será admisible la apelación, subsidiaria o directa.

El recurso de apelación, en caso de admitirse la medida, se concederá en efecto devolutivo.

i) **Revisten carácter urgente.** *Este rasgo de las medidas cautelares resulta de su propia naturaleza y del contenido de diversas disposiciones legales. En efecto, las mismas pueden solicitarse aun antes de deducida la demanda (art. 195, Cód. Proc. Civ. Nac.); en caso de contienda de competencia, establece el artículo 12 del Código Procesal Civil de la Nación que "...ambos jueces suspenderán los procedimientos sobre lo principal, salvo las medidas precautorias o cualquier diligencia de cuya omisión pudiere resultar*

45. CARLI, Carlo, La demanda civil, Lex, Buenos Aires, 1980, p. 7

46. CARNELUTTI, Francesco, Derecho Procesal Civil y Penal, El Foro, Buenos Aires, 1981, t. I, p. 418.

*perjuicio irreparable”; se arbitra un mecanismo especial de suma celeridad para recibir información sumaria (art. 197, Cód. Proc. Civ. Nac.), tramitan por expediente separado (idem), ningún incidente planteado por el destinatario de la medida puede detener su cumplimiento (art. 198, Cód. Proc. Civ. Nac.), se decretan sin sustanciación (idem), entre otros.*

Dicho carácter urgente ha adquirido relevancia en razón de los más recientes estudios doctrinarios que lo consideran el rasgo común de las medidas cautelares con otros institutos de tutela urgente que no son estrictamente precautorios -por no compartir los restantes caracteres que estudiáramos-, tales como las medidas autosatisfactivas.

Así también se deriva de dicho carácter urgente que las providencias simples para resolver sobre pedimentos cautelares deben emitirse “inmediatamente” y no dentro del plazo de tres días, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 34, inciso 3º, in fine del Código Procesal Civil de la Nación<sup>47</sup>.

Veamos ahora los caracteres salientes de este nuevo instituto procesal que ha dado en llamarse medida autosatisfactiva. Es conteste la doctrina en sostener que el rasgo común de este tipo de providencias con las cautelares radica en el carácter de urgente que se explicara precedentemente. Esto supone que su dictado debe efectuarse en el lapso más breve posible y aun inaudita parte. Sin embargo, no en todos los casos deberían ser decretadas sin oír a la contraparte. En efecto, si media una fuerte probabilidad cercana a la certeza del derecho la medida podrá disponerse inaudita parte, de lo contrario deberá preverse algún tipo de sustanciación rápida, compatible con la efectividad de lo pretendido y con el carácter urgente de la pretensión.

Por su lado y por derivación lógica del carácter de urgente de la medida autosatisfactiva, la misma participa de otra nota de las medidas cautelares: la ejecutabilidad inmediata de lo decidido, pues, seguramente frustraría la finalidad de la medida que se admitieran recursos con efecto suspensivo contra la resolución que la acuerda o que algún incidente pudiera suspender su ejecución.

Respecto al carácter de mutable o flexible referido a la discrecionalidad del juez para acordar una medida diferente de la peticionada o limitarla; teniendo en cuenta la naturaleza del derecho a proteger, el mismo es aplicable a la medida autosatisfactiva en tanto resulta inherente a las decisiones urgentes. La razón de la acentuada discrecionalidad del juez de la urgencia implica apreciación subjetiva y cierta dosis de flexibilidad pero, obviamente, no justifica la arbitrariedad<sup>48</sup>.

En el caso de la medida autosatisfactiva tal carácter permite al juez “disponer las medidas que la índole de la protección adecuada indique”. Con independencia de estos tres caracteres comunes entre las medidas autosatisfactivas y las cautelares, respecto de las demás características antes señaladas existen importantes diferencias que son las que hacen difícil encuadrar estos pedimentos en la estructura cautelar clásica.

*En efecto, como señalara precedentemente, la medida autosatisfactiva no es instrumental, circunstancia que evidencia su condición de diligencia no cautelar. Tampoco es provisional por cuanto su resultado no queda ligado al resultado de una litis principal que no existe; ello obviamente sin perjuicio de reconocer que, como toda decisión judicial, se encuentra sujeta implícitamente a la regla rebus sic stantibus; vale decir, puede cesar si se modifican las circunstancias tenidas en cuenta para acordarlas<sup>49</sup>*

*Por su lado la medida autosatisfactiva no necesariamente debe disponerse “inaudita parte”, debiendo reservarse dicha posibilidad exclusivamente para los supuestos en que exista convicción suficiente, cercana a la certeza, respecto del derecho invocado. Adviértase que tratándose de procesos de cognición restringida, que agotan el conflicto y lo resuelven de una vez y para siempre, el mero contralor ulterior en vía recursiva resulta insuficiente en la mayoría de los casos para resguardar adecuadamente el principio de bilateralidad o de defensa en juicio. Consecuentemente, siempre que las particularidades del caso lo permitan, debiera admitirse una suerte de sustanciación rápida o audiencia urgente<sup>50</sup>*

Finalmente, en cuanto a los requisitos para la procedencia de las medidas autosatisfactivas cabe puntualizar que tal como lo destacan los proyectos de reforma que prevén el instituto, el grado de conocimiento para disponer la tutela autosatisfactiva es la existencia de una fuerte probabilidad cercana a la certeza y no la simple verosimilitud<sup>51</sup>.

*Asimismo siempre es necesario, al igual que en el esquema cautelar clásico, que exista peligro en la demora; consistente en la necesidad impostergable de tutela judicial inmediata de manera que en caso*

47. Idem nota anterior, ps. 83/84, comentario del art. 198: “Naturaleza de las providencias cautelares. Plazo para dictar resolución”.

48. Berizonce, *Latutela anticipatoria...cit.*, p. 8.

49. PALACIO, Lino E, *Derecho Procesal Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, vol. VIII, ps. 49/50.

50. Ver conclusiones de la comisión IV, *Tutela anticipada y definitoria*, en las VII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, Junín, septiembre de 1996.

51. El Anteproyecto de Código para la ciudad de Buenos Aires elaborado por los Dres. Morello, Arazi y Kaminker exige que: “Se acredite la existencia de un interés tutelable cierto y manifiesto” (art. 67, Medidas autosatisfactivas).

*contrario se frustra el derecho invocado, recaudo que deriva del carácter urgente del proceso autosatisfactivo*<sup>52</sup>. Finalmente, no en todos los casos será necesaria la prestación de contracautela, la que sólo procederá cuando la medida se decreta inaudita parte y sin la suficiente certeza sobre la existencia del derecho invocado.

No puede soslayarse que algunos principios de la teoría general de las medidas cautelares sirven para explicar y resolver este tipo de requerimientos urgentes, tales como la relación entre el grado de apariencia del derecho y la entidad de la contracautela (a mayor verosimilitud del derecho, menor contracautela y viceversa), pero tal circunstancia no resulta suficiente para concluir que este proceso autónomo, no instrumental, sea cautelar.

En efecto, se trata de una medida que genera un proceso autónomo en el sentido que no es tributario ni accesorio respecto de otro, agotándose en sí mismo. Su dictado acarrea, insistimos, una satisfacción definitiva de los requerimientos del postulante. Se impone aclarar que lo de "satisfacción definitiva" debe entenderse en sus justos límites. El maestro Morello esclarece sobre el particular que ello se producirá en el supuesto de que la medida autosatisfactiva sea consentida o que adquiera firmeza como resultado de la frustración de las vías impugnatorias interpuestas por el beneficiario de la misma<sup>53</sup>

Como corolario de lo expuesto precedentemente pueden reseñarse las diferencias entre la medida cautelar y la medida autosatisfactiva en las siguientes características diferenciadas propias de esta última:

- a) No es instrumental;
- b) no es provisoria;
- c) su dictado no debe realizarse necesariamente inaudita parte, siendo menester en algunos casos alguna suerte de sustanciación rápida;
- d) es requisito de procedencia de la misma que se acredite una fuerte probabilidad -cercana a la certeza- de la atendibilidad del derecho invocado;
- e) no siempre es exigible la prestación de contracautela para su efectivización, especialmente si ha mediado sustanciación previa a su despacho.

## Capítulo 3

### Reparos opuestos

La medida autosatisfactiva, como proceso autónomo de cognición restringida y contradicción posterior al dictado de la medida ha llevado a considerar que la generalización de las tutelas diferenciadas podría representar un riesgo para el principio más caro al debido proceso legal: el de contradicción o defensa en juicio.

Se ha sostenido que la efectividad del proceso no puede ser buscada a cualquier costo, con sacrificio de las garantías fundamentales de una de las partes. Algunos autores han sostenido que su admisión sólo debe ser admitida con carácter absolutamente excepcional, para la tutela de los derechos absolutos, inherentes a la personalidad, cuando de su insatisfacción deviene necesariamente su frustración.

Analicemos los reparos opuestos a la inclusión legislativa del instituto.

#### **a) Riesgo de la utilización generalizada de los procesos urgentes:**

Los proyectos de reforma que prevén la medida autosatisfactiva expresamente señalan su carácter excepcional (v.gr. Anteproyecto para la Ciudad de Buenos Aires) y condicionan su admisión a los siguientes recaudos:

- 1) existencia de un interés tutelable cierto y manifiesto o fuerte probabilidad de que lo postulado resulta atendible,
- 2) que sea impostergable prestar tutela judicial inmediata para evitar la frustración del derecho,
- 3) que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida y
- 4) que fuese necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias a derecho.

52. El Anteproyecto para la ciudad de Buenos Aires, en su art. 67 requiere que la "tutela inmediata sea imprescindible, produciéndose en caso contrario su frustración".

53. Morello, La cautela satisfactiva cit.

Como se ve, no es probable que la tutela autosatisfactiva se generalice y se admita por esa vía lo que debe tramitar por la vía ordinaria de cognición plena. La doctrina y jurisprudencia demuestran que si algo existe en exceso es prudencia a la hora de valerse de este instrumento.

#### **b) Está en juego la bilateralidad en la estructura de la medida autosatisfactiva?**

Todos los proyectos que prevén la autosatisfactiva someten su definitividad a una regla de recurribilidad o impugnación y algunos admiten -si el juez lo considera necesario- una previa y reducida sustanciación. Ahora bien, aun en caso de despacharse inaudita parte no se vulnera el principio de bilateralidad o contradicción, el que se afianza con el ejercicio ulterior de la potestad impugnatoria que se abre con la vía recursiva.

La postergación de la bilateralidad no afecta la vigencia de la defensa en juicio ni, por consiguiente, los postulados del debido proceso legal.

Paralelamente se preserva la igualdad de las partes con la contracautela, lo que adquiere especial relevancia cuando la medida se decreta sin oír a la contraria y deben adoptarse recaudos para asegurar la responsabilidad por el eventual daño que pueda causar la misma en caso de ser impugnada y finalmente revocada.

#### **c) Debe limitarse el ámbito de aplicación de la medida autosatisfactiva?**

Creemos que no existen razones para limitar el ámbito sustancial (a los derechos inherentes a la personalidad) de aplicación de la tutela autosatisfactiva porque implicaría una limitación derivada de una concepción apriorística carente de fundamento y que deja fuera del ámbito de aplicación del instituto, por ejemplo, a la cesación de infracciones al régimen de la propiedad horizontal o a la suspensión judicial de las asambleas de las sociedades anónimas, entre otras postulaciones que requieren de este remedio.

## Parte II. Capítulo 1

### Doctrina

A continuación formularemos un resumen de distintos artículos doctrinarios dedicados a la medida autosatisfactiva; algunos, comentarios a fallos que por medio del instituto lograron que la “celeridad” no sea sólo un principio estudiado en las universidades y otros, doctrina pura. Son ellos sólo un ejemplo (pero de lo más representativo) de la procesalística moderna argentina que busca reformular la teoría cautelar clásica; y todo ello por necesidad, la de hacer del derecho procesal un “instrumento” útil para quienes deseamos valernos de él, abogados y magistrados. Y qué mayor reflejo de doctrina moderna que la concepción de la figura en estudio? Soluciones rápidas para necesidades que no pueden esperar (los plazos “clásicos” que se jactan de enmarcar, sin dejar lugar a dudas, todos los principios procesales, pero que a la hora de sentenciar, el derecho fue dañado de manera irreparable), porque de nada sirve un instrumento cuando su utilización no nos permite obtener la finalidad deseada (la tutela urgente).

Pero, decidimos comenzar con un comentario que rechaza la “medida autosatisfactiva” por los motivos que el mismo expone. Nosotros preferimos no hacer ninguna crítica previa al mismo (pese a nuestras diferencias reflejadas al finalizar la doctrina expuesta), y dejar que el lector saque sus conclusiones con la lectura del resto de las notas, que responden por sí solas al respetado jurista Efraín Ignacio Quevedo Mendoza (H).

#### **1.1 PRESUPUESTOS DE FUNDABILIDAD DE LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS Y DE LAS MEDIDAS CAUTELARES**, por Efraín Ignacio Quevedo Mendoza (H), en elDial.com, del 17 de noviembre de 2002.

Transcribimos la ponencia del Dr. Quevedo en forma íntegra, debido a nuestra discrepancia con el mismo en la materia en cuestión, ya que de lo contrario podríamos -sin quererlo- sacar de contexto su postura.

“I.- Aclaraciones previas: El trabajo que me propongo se reduce al análisis de uno de los aspectos de las medidas precautorias, —los presupuestos de fundabilidad—, circunscripto al proceso civil, dentro del orden jurídico mendocino, y sólo en forma indirecta, para compararlo con otra institución jurídica de reciente cuño y gran proliferación doctrinaria y jurisprudencial: me refiero a las medidas autosatisfactivas; con el objeto de indagar acerca de la necesidad de recepción legislativa o pretoriana de las mentadas medidas independientemente de otros institutos conocidos, dentro de la teoría general del proceso, como son las medidas cautelares.

No desconozco que este escueto análisis de las medidas de efectividad inmediata (autosatisfactivas) queda demasiado corto para un juicio valorativo cabal acerca de la indagación que nos proponemos, ya que sería necesaria, indudablemente, la referencia a otros aspectos de la problemática que plantean (potesta-

des de los jueces, valor de la sentencia, recursos, contradicción, normas sustantivas que prevén tutelas inmediatas, valor lógico jurídico procesal del juicio del juez, etc.) y la medición, por lo menos, con el amparo. Sin embargo, creo que la elevación del estudio del proceso hacia una teoría unitaria comprensiva de todos los tipos procesales hace impostergable el debate sobre las más variadas cuestiones procedimentales, hasta las que, al parecer, son más diminutas o nimias; y, quizá, este acotadísimo trabajo que propongo pueda servir de algo para, cuando menos, incentivar la discusión –primer paso para el avance del conocimiento–.

II.- Presupuestos: Para hacer inteligibles las ideas que más abajo se exponen se impone dejar aclarada la base conceptual sobre la que ellas asientan, inspiradas en el genio del maestro rosarino Adolfo Alvarado Velloso. De este modo, el punto de partida está constituido por la consideración del proceso como un fenómeno irreductible por irrepetible en el mundo del derecho: concebido como un “medio de debate” entre iguales y en igualdad, elegido por el constituyente originario para dirimir los conflictos de intereses suscitados entre los particulares o entre éstos y el Estado y que está regulado por normas claras impuestas desde la norma suprema. De ahí que sus principios viscerales sean: la igualdad de las partes litigantes (sustento racional), la neutralidad del juzgador (juez racional: imparcial e independiente), la eficacia de la serie de actos a través de la cual el proceso se desenvuelve (juicio razonable: etapas necesarias: afirmación, negación, confirmación y alegación), la transitoriedad de dicha serie (duración razonable) y la moralidad en que debe desenvolverse el debate (discusión razonable). El respeto y cumplimiento de éstos principios procesales garantiza la logicidad de la sentencia, con que se heterocompone el litigio, y la justicia del caso concreto. Sin embargo, ello no es suficiente para la consecución de los fines del proceso ya que la efectividad práctica de la resolución definitiva puede verse desbaratada si, en el lapso que transcurre desde la explosión del conflicto hasta la formación del mandato judicial, desaparecen los bienes objeto del litigio o las pruebas o se modifica el estado de cosas existente o si el daño a las personas o bienes se transforma en irreparable. Aquí aparecen las medidas precautorias, con sus características distintivas de instrumentalidad, provisoriedad y contradictorio diferido, para asegurar la eficacia práctica del proceso principal (y sus fines) mediante un procedimiento incidental siempre accesorio al proceso principal.-

Cabe hacer en este punto una digresión: el proceso (previsto por la Constitución) sólo puede nacer a la vida jurídica, en la postura que adoptamos para esta ponencia, de la petición de un particular (art. 14, CN.) o del Estado, efectuada al magistrado y referida a otro particular o al Estado (sistema dispositivo); petición que debe ser transmitida o proyectada a aquél respecto del cual se peticiona, generando una actividad (tesis que considera a la acción como fenómeno único e irrepetible en el mundo jurídico: “instancia bilateral” –Alvarado Velloso– o “proyectiva” –Briseño Sierra–). Ahora bien, cuando la petición (instancia) no es bilateralizada o proyectada, resolviendo el juzgador sin la audiencia de la parte respecto de la cual se peticiona (se insta), nunca estaremos en presencia de un verdadero proceso, sino de un mero procedimiento no susceptible de atribuir en forma definitiva los derechos de quien no fue oído (Alvarado Velloso).-

Este muy elemental y parcializado esbozo que pretende –en forma rudimentaria y quizá, hasta infantil– recoger algunas ideas del maestro Alvarado Velloso, es el marco genérico elegido para el presente trabajo; seleccionado no por antojo, sino por considerar que es el que puede servir de sustento para la elaboración de una teoría unitaria del proceso y el que permite el “rastrillaje” de los institutos procesales, distinguiendo “la paja del trigo”. A la luz de las ideas transcriptas se iniciará, entonces, el laboreo acerca de las medidas autosatisfactivas.-

III.- Acercamiento a la idea de medidas autosatisfactivas: Uno de los problemas más delicados al cual se enfrenta el mundo jurídico en los albores del nuevo milenio es, indudablemente, la profunda crisis en que está sumergido el sistema jurisdiccional; lo achacado al sistema es, principalmente en el aspecto práctico-jurídico, la lentitud y onerosidad de su concreción, el retardo enfermizo en que los conflictos jurídicos llegan a ser resueltos por la autoridad. Ante este entumecimiento crónico de la Justicia, la sociedad iberoamericana clama por la creación de una vía rápida de solución de disputas que no torne más penoso aún (por el transcurso del tiempo) el padecimiento que todo conflicto intersubjetivo implica per se; exigiendo a viva voz que se otorgue vigencia efectiva a la norma constitucional, garantizadora del derecho de todos los ciudadanos a una justicia expedita, a la satisfacción de las prestaciones jurisdiccionales por parte del Estado en tiempo razonable. En nuestro país esta exigencia supralegal está consagrada en el art. 43, C.N. y en el art.

54. Art. 43, CN.: Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidas por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinara los requisitos y formas de su organización.

8º, apartado 1º del Pacto de San José de Costa Rica (de similar manera es consagrada por los demás países latinoamericanos, como vgr. la Acción de Tutela de la Constitución Política de Colombia, art. 86; el Recurso de Protección de la Constitución Chilena, arts. 19 y 20; Const. Peruana de 1993, art. 139, inc.3º, etc.).

Como respuestas jurídicas y procesales a los novedosos requerimientos perentorios de los justiciables, un importante sector de la doctrina propugna la implementación positiva de los denominados PROCESOS URGENTES como nuevos métodos de debate en los cuales el factor tiempo tiene especial relevancia. Este tipo de proceso sería abarcativo de las medidas cautelares, por un lado; de los procedimientos de anticipación de la tutela, por otro; y, por último de las medidas autosatisfactivas, algunos incluyen al amparo, al habeas data, y al habeas corpus (Palacio). Y, como una especie privilegiada dentro de los procesos urgentes, aparecieron así, en el contorno jurídico, las denominadas medidas autosatisfactivas (Peyrano) o de satisfacción inmediata (Kaminker) o autosatisfactorias (Berizonce) o de efectividad inmediata (Camps); las cuales, en palabras de la prestigiosa doctrina que las propicia, tienen como principal causa de aparición: “la percepción de que algo faltaba en el cuadro de atribuciones judiciales en vista a la satisfacción de ciertas situaciones urgentes que no encontraban soluciones adecuadas en las medidas precautorias tradicionales” ya que “todo lo cautelar es urgente pero no todo lo urgente es cautelar” (Peyrano). Las medidas autosatisfactivas vendrían, de este modo, a remediar la flaqueza propia de la teoría cautelar clásica, ya que en el orden procesal argentino sólo se puede obtener una respuesta jurisdiccional urgente recurriendo a las medidas cautelares, las cuales imponen necesariamente la ulterior o concomitante iniciación de una pretensión principal para evitar la caducidad o decaimiento de la solución urgente obtenida. (arts. 112, inc. 8º, CPC. Mza. -15 días-; 207, CPCCN. y 207, CPCC. Bs. As. -10 días-).-

Ahora bien, para llegar a la idea de la tutela de satisfacción inmediata y extraer de ella sus notas típicas el camino más corto es recurrir a los propios textos en que se encuentran insertas y a las notables voces autorales que las propugnan. Entre ellos, especial relevancia tienen: las conclusiones 8ª a 10ª del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, (Corrientes, agosto de 1997); el art. 67 del Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires<sup>55</sup>; y el artículo 232 bis del Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial de la Provincia del Chaco<sup>56</sup>, en los cuales se caracterizó claramente a dicho instituto, pudiendo extraerse los siguientes rasgos típicos:

La medida autosatisfactiva es una solución urgente no cautelar, despachable in extremis, que procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial;

Posee la característica de que su vigencia y mantenimiento no depende de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal;

Su dictado está sujeto a los siguientes requisitos: concurrencia de una situación de urgencia, fuerte probabilidad de que el derecho material del postulante sea atendible, quedando la exigibilidad de la contracautela sujeta al prudente arbitrio judicial;

55. “En aquellos supuestos excepcionales en que: 1) se acredite la existencia de un interés tutelable cierto y manifiesto; 2) su tutela inmediata es imprescindible, produciéndose en caso contrario su frustración; 3) no fuere necesaria la tramitación de un proceso de conocimiento autónomo; 4) si el juez lo entendiere necesario se efectivizará contracautela. Se podrán disponer las medidas que la índole de la protección adecuada indique, bajo responsabilidad del peticionante”.

56. “Los jueces, a pedido fundamentado de parte respaldado por prueba que aparentemente demuestre una probabilidad cierta de que lo postulado resulta atendible y de que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, deberán excepcionalmente ordenar medidas autosatisfactivas. Según fueren las circunstancias del caso, valoradas motivadamente por el juez, éste podrá exigir la prestación de cautela suficiente”.

Los despachos favorables de medidas autosatisfactivas presuponen la concurrencia de los siguientes recaudos y quedarán sujetos al régimen que a continuación se describe:

- a) Que fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho, producidas o inminentes, contrarias a Derecho según la legislación de fondo o procesal.
- b) Que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines.
- c) Los jueces podrán fijar límites temporales a las medidas autosatisfactivas que despacharen y disponer, a solicitud de parte, prórrogas de las mismas. No rigen en la materia los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar.
- d) Los jueces deberán despachar directamente la medida autosatisfactiva postulada, o excepcionalmente según fueren las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y reducida substanciación, que no excederá de conceder a quien correspondiere la posibilidad de ser oído.
- e) El legitimado para contradecir una medida autosatisfactiva ordenada, podrá optar para impugnarla entre la interposición directa del recurso de apelación, que será concedido en su caso, con efecto devolutivo, o iniciar un juicio declarativo general sumario de oposición cuya promoción no impedirá el cumplimiento de la decisión judicial impugnada. Elegida una vía de impugnación, se perderá la posibilidad de hacer valer la otra. También podrá solicitar la suspensión provisoria de la medida autosatisfactiva que lo afectare, en el supuesto de que acreditare prima facie la existencia de posibilidad de sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación, previo ofrecimiento y prestación de contracautela suficiente.”

Tramitan inaudita et altera pars, es decir sin escuchar al beneficiario de la medida o bien previa audiencia en donde se limita a oírlo;

Hasta tanto se regule legalmente la medida autosatisfactiva, puede fundamentarse su dictado en la potestad cautelar genérica o en una válida interpretación analógica extensiva de las disposiciones legales que expresamente disciplinan diversos supuestos que pueden calificarse como medidas autosatisfactivas...". (Conclusiones XIX Congreso de D.P., Corrientes)

Es decir que estamos en presencia de un "... requerimiento urgente, formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota definitivamente —de ahí lo de autosatisfactiva— con su despacho favorable... " y " ...mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles ..."; (Peyrano).-

IV- Presupuestos de fundabilidad de las medidas satisfactivas. falta de diferenciación respecto de las cautelares clásicas:

Si bien, como se advirtió al principio, los puntos de investigación respecto de este instituto procesal son muchos, nuestro estudio se ceñirá a aquéllos que consideramos más álgidos, dejando de lado las notas que asemejan más nítidamente las medidas de efectividad inmediata a la cautela tradicional ("la ejecutabilidad inmediata", "la mutabilidad", Mabel De los Santos) o que no presentan mayores problemas en la doctrina (contracautela). Así no referiremos sólo a los presupuestos básicos de fundabilidad de las medidas satisfactivas, descriptos en el punto anterior (situación de urgencia y fuerte probabilidad de que el derecho material esgrimido sea atendible), y a su carácter autónomo; anticipando que, a nuestro entender, incluso éstas últimas características, no se distinguen esencial o cualitativamente de aquéllas otras exigidas por las medidas cautelares clásicas. Esta impresión emana de su simple comparación.

IV. A.- Situación de urgencia: En primer lugar: una situación urgente que reclama tutela inmediata imprescindible: se trataría de situaciones especialísimas en las cuales la falta de satisfacción de la pretensión en tiempo oportuno, es decir, en forma inmediata, implica directamente y sin más la frustración del derecho que se tiende a proteger, o bien la producción de un daño de difícil o de imposible reparación para el solicitante de la medida (Vargas). Esta primera característica se confunde a mi entender con el clásico *periculum in mora* exigido por las medidas precautorias tradicionales, las cuales si bien en la generalidad de los supuestos se dirigen principalmente a asegurar el cumplimiento de la sentencia, o la conservación de bienes, pruebas o derechos (embargo preventivo, secuestro, prohibición de contratar o de innovar, anotación de la litis, inhibición general de bienes), indirectamente, también, evitan un perjuicio irreparable para el solicitante de la medida, ya que de no concederse harían imposible arribar a una sentencia útil. Pero además, en otros supuestos, las medidas cautelares se dirigen derechamente a la solución de una urgencia (alimentos provisorios, guarda de personas, exclusión del hogar conyugal) y es palmario que de no ser concedidas se produciría un perjuicio de imposible reparación para el peticionante. Por ello la meridiana claridad del maestro puntano estableció, como un presupuesto general de cualquier medida precautoria, en el Código Procesal Civil y Comercial mendocino, la acreditación del peligro de pérdida o frustración del derecho (irreparabilidad del perjuicio de las satisfactivas) o bien la demostración de la urgencia de la medida (art. 112, inc. 2º, CPCMza) y, además, anticipándose quizá a esta discusión, también previó que los jueces, sin perjuicio de lo que dispongan otras leyes, podrán disponer medidas preventivas para la satisfacción de necesidades urgentes (art. 125, CPCMza) (Podetti). En definitiva, el requisito de satisfacción de una pretensión urgente cuya denegatoria produciría un perjuicio irreparable para el requirente de la medida no se diferencia, cualitativamente, en las medidas autosatisfactivas y en las precautorias tradicionales.-

IV. B.- El segundo presupuesto de las medidas estudiadas es la fuerte probabilidad de que el derecho invocado sea atendible (Peyrano), debemos estar en presencia de un interés cierto y manifiesto, frente a una evidencia de derecho (Kaminker); el derecho invocado debe presentarse límpido y sin ambigüedades; el juzgador no debe tener prácticamente duda alguna acerca de la procedencia del derecho esgrimido por el peticionante.

Este presupuesto, a mi entender, se confunde con el *fumus boni juris* o verosimilitud del derecho que debe acreditar el peticionante de las medidas cautelares, sobre todo teniendo en cuenta que la certeza jurídica exigida al juez para la resolución de un litigio y para la atribución de un derecho —controvertido— a cualquiera de las partes, recién puede adquirirse —y solamente— después de una instrucción con amplias posibilidades de debate y respetando el principio del contradictorio (Podetti), o, en buen romance, de la bilateralidad de la acción como instancia proyectiva. Cosa que nunca sucede ni en las medidas autosatisfactivas ni en las precautorias ya que ambas tramitan inaudita et altera pars o con un contradictorio muy reducido.

Es que aquélla exigencia, —ineludible— impuesta al juzgador, deriva no sólo de una norma lógica o psicológica, sino propiamente de un mandato constitucional. Me explico, la Constitución Nacional, al establecer la inviolabilidad de la defensa en juicio, que nadie puede ser condenado sin juicio previo (art. 18, CN), que

nadie puede ser privado de la propiedad sin sentencia fundada en ley (art. 17, CN); que nadie puede sufrir la confiscación de sus bienes (art. 17, CN.) y que todos sus habitantes son iguales ante la ley (art. 16, CN), ha establecido, con amplio alcance, el llamado derecho a la jurisdicción (o tutela jurisdiccional efectiva –Const. Española, 1978—), dentro del cual se incluye, como una garantía innominada protectora de todos los derechos de las personas, el debido proceso legal. O debido proceso a secas.

Siendo el proceso un método de debate (Alvarado Velloso), el primer derecho ineludible de toda persona en conflicto, que emana del derecho a la Jurisdicción, es la posibilidad de hablar, expresado desde antaño como el derecho de ser oído por el Juzgador, es decir el derecho de articular sus pretensiones; de relatar y probar sobre los hechos en que sustenta dichas pretensiones. Pero además, la tutela judicial garantiza al justiciable conflictuado el derecho a contradecir las pretensiones de su contraparte; a controlar la producción de las pruebas y a producir las pruebas tendientes a neutralizar las de su contrario. Este es, siguiendo a Ekmekdjian, el derecho de defensa, sustentado en la regla del contradictorio, según la cual el proceso se compone de una serie de actos encadenados, en los cuales deben participar todas las partes involucradas en el litigio objeto de aquél, para controlarse recíprocamente. No se le puede negar a una parte lo que se le han concedido a la otra. Este derrotero ya había sido trazado anteriormente por Calamandrei quien sostenía que el principio del contradictorio o de la dialecticidad, consiste en que: "... todo movimiento realizado por una parte abre a la contraria la posibilidad de realizar otro movimiento, dirigido a contrarrestar los efectos del que lo precede y que, podríamos decir, lo contiene en potencia...". En este sentido, con magistral pluma, se ha dicho que "correspondiendo la acción a las dos partes en litigio, su bilateralidad es condición de su utilidad" y "la actividad de cada parte favorece la finalidad del proceso siempre que se integre y rectifique mediante el contradictorio" (Carnelutti), por ello el contradictorio no es más que "igualdad entre las partes", advirtiendo, además, que "con una parte sola el proceso funciona mal y existe el riesgo de llegar a una decisión injusta"; esto es así porque la tarea del juez consiste, básicamente, en una "elección" entre la "razón y la sinrazón" de la parte, y, para que la elección sea correcta "es necesario que sean exploradas hasta donde es posible ambas vías. Pero cada parte tiene interés en que se explore una sola de ellas, la que conduce a su éxito. He aquí por qué solo la actividad de ambas constituye aquella colaboración de la cual el juez tiene necesidad" (Carnelutti).

En conclusión, tanto en las medidas satisfactivas como en las cautelares, el juez tiene un conocimiento periférico o reducido de la cuestión, compatible con la urgencia del despacho de las medidas. Es lo que la jurisprudencia denomina *summaria cognitio* propia del proceso cautelar que impide un análisis profundo de las múltiples circunstancias de hecho y de derecho que rodean las relaciones jurídicas (SCJ. Mza, LA. 157, fallo del 3/5/2000). Mientras tanto, siempre estaremos en presencia de un juicio de probabilidad que efectuará el juzgador; el cual puede ser mayor o menor, pero nunca será más que eso: una mera probabilidad, "por lo tanto", dice el gran tratadista, refiriéndose a la Provisionalidad de las medidas precautorias, pero plenamente aplicable a las medidas de efectividad inmediata, según lo sostenido, "el citado art. 202 del CPN. sólo acentúa la impertinencia de la preclusión, y con mayor razón de la cosa juzgada (material o formal), respecto de resoluciones que se adoptan, ..., sobre la base de recaudos mínimos y de una cognición periférica o superficial" (Palacio). Incluso, nótese que ante el derecho más evidente esgrimido, -constante en un instrumento público, por ejemplo-, siempre estará presente la posibilidad de existencia de un hecho extintivo o impeditivo o invalidativo de aquel hecho constitutivo alegado.

En definitiva, tanto en las medidas autosatisfactivas como en las cautelares el juicio del juzgador es un juicio de probabilidades sobre la atendibilidad del derecho esgrimido, pero no un juicio de certeza; puede haber una diferencia cuantitativa en la probabilidad de verosimilitud del derecho, pero nunca esa diferencia será esencial o cualitativa, nunca podrá llegarse a la certeza exigida constitucionalmente al juzgador para emitir su juicio definitivo sobre el derecho debatido, atribuyéndolo a alguna de las partes en debate (Palacio llega a la misma conclusión respecto de las medidas precautorias pero relacionándola sólo con su característica de provisoriedad; aquí lo relacionamos con la falta de proyección de la instancia precaucional o autosatisfactiva).

V.- Autonomía de las medidas autosatisfactivas. diferencia específica respecto de las cautelares. inconstitucionalidad de su definitividad.

El tercer presupuesto crucial para la doctrina que auspicia las satisfactivas es su autonomía: consumación del objeto de la pretensión y resolución definitiva: la solución urgente obtenida mediante ellas se mantiene, otorgando así plena y definitiva satisfacción al requirente; no siendo necesario, en consecuencia, la iniciación de proceso principal alguno. De esta manera, la resolución que recaiga en su trámite agotará el objeto de la pretensión del solicitante, adquiriendo el carácter y la calidad del caso juzgado; una vez emitida la resolución se habrá decidido definitivamente sobre un bien de la vida de una de las partes. Este último es el matiz que distingue a las medidas de satisfacción inmediata de las cautelares tradicionales, las cuales son siempre tributarias de un proceso principal y provisorias. Sin embargo, es justamente aquí donde se

hallan los mayores reparos y dudas de la recepción normativa o pretoriana de las medidas autosatisfactivas. El tema no es menor ya que la accesoriedad del procedimiento cautelar deriva en la provisoriedad de la providencia con que culmina el mismo, la cual decae invariablemente no bien desaparecen los presupuestos que la habían justificado y, además, se agota con el dictado de la sentencia definitiva que recae en el proceso principal. Sólo esto justifica constitucionalmente (arts. 18 y 17, C.N.) la formación de un mandato judicial que agrede o afecta intereses de quien no ha sido oído. En rigor, la accesoriedad de las medidas cautelares es lo único que da fundamento a la anticipación de la garantía jurisdiccional sin un conocimiento acabado del conflicto, sin la concurrencia de una de las partes (art. 16, C.N.).

Por otro lado, —siempre considerando que las cautelares tienen por objeto asegurar la eficacia de la sentencia a dictarse en otro proceso (con amplia posibilidad de debate) evitando así un perjuicio irreparable para una de las partes—, si observamos la actividad intelectual que desarrolla el juez al otorgar o no una medida precautoria, podemos ver —aunque esto es discutido— que su juicio de valor recae, principalmente, sobre la situación de urgencia y sólo en forma secundaria sobre el derecho en debate. A este respecto se ha dicho (Dras. Gil, Giavarino y Liberatore) que el objeto del proceso no se agota con la solución de la urgencia, por más que a veces coincidan (fijación provisoria de cuota alimentaria; exclusión del hogar conyugal) sino que, además, debe ser resuelto el derecho de fondo en litigio (sujeto pasivo del deber alimentario; sujeto activo del derecho al hogar conyugal), como puede verse en los alimentos provisorios y en los casos de violencia familiar. En cambio, la satisfacción de la urgencia en las medidas autosatisfactivas (pago de los salarios atrasados, por ejemplo) sí coincide con el fondo del litigio, que no dependerá de otro proceso principal.

En definitiva, las medidas autosatisfactivas, —tal como las propone la doctrina, los proyectos legislativos y las normas citadas—, responde a condiciones exactamente equivalentes a los previstos en los códigos procesales para las medidas cautelares, radicando la diferencia en la definitividad de la resolución judicial que dispone la medida, en cuanto la misma afectará los intereses de quien no ha sido oído y los afectará de manera inmodificable o irrevisible, pese a que pueda reconocérsele un derecho a recurrir la medida o a reclamar los eventuales daños y perjuicios que puedan derivar de su cumplimiento (v.gr. en el Anteproy. Cód. Proc. Civ. Com. Cdad. Autónoma de Bs. As., el régimen recursivo, en ambas medidas, es idéntico, art. 66, in fine). Es en este punto donde se produce la violación de la norma constitucional del debido proceso legal, que no impide brindar una tutela inmediata a intereses protegidos que corren el peligro de resultar desbaratados en el curso del proceso, pero siempre y cuando dicha tutela inmediata se otorgue en forma accesoría a la tutela perseguida en aquél y de manera provisoria. Por el contrario, si la urgencia en la protección del derecho se utiliza como justificativo de la adopción de medidas que tienen valor sustantivo y por lo tanto definitivo, se traspone el límite que marca la exigencia constitucional.-

VI.- Conclusiones finales: Compartimos plenamente la preocupación por una justicia temprana, que satisfaga los angustiantes reclamos sociales, por ello creemos que es loable el enorme esfuerzo realizado por la doctrina moderna para encontrar respuestas que se hagan cargo del clamor popular, poniendo el acento en el tiempo que insume el proceso (transitoriedad de la serie procesal). Pero si bien el tercer milenio nos plantea necesidades mucho más extremas y quizá angustiantes de los justiciables, las garantías y derechos constitucionales (la tutela jurisdiccional efectiva, el debido proceso), no pueden tener vigencia sólo para unos (reclamantes) y dejar de tenerla para otros (reclamados), violentando la idea lógica de proceso, con todos sus principios viscerales, emanada de la norma suprema.

En este sentido, la cuestión clave pasa, a nuestro entender, por encarrilar las soluciones urgentes en las vías constitucionales, de manera que la respuesta jurisdiccional rápida y expedita no se torne ineficaz en el caso concreto, por vulnerar aquéllas garantías supraleales, las cuales constituyen el soporte de la seguridad jurídica (Bidart Campos).

Ahora bien, si conforme lo analizado anteriormente, las medidas de satisfacción inmediata poseen los mismos presupuestos de fundabilidad que las medidas precautorias, limitándose en ambas el conocimiento judicial a una *summaria cognitio* o a un conocimiento periférico del derecho material en debate; es de toda lógica sostener que las medidas autosatisfactivas en realidad se identifican con las medidas precautorias clásicas y que por lo tanto su regulación positiva debe someterse ineludiblemente a los lineamientos de aquéllas. En consecuencia, deben tramitar en forma accesoría a un proceso principal donde se permita una amplia *cognitio* y su resolución debe ser provisoria (por lo menos hasta que la doctrina especializada no diferencie esencialmente aquéllos presupuestos entre ambas medidas, respetando siempre la norma constitucional).

De lo contrario, si pensamos que el trámite de las medidas satisfactivas debe ser autónomo, la regla del contradictorio se ve demasiado reducida; en un caso, el beneficiario de ellas no sabe que ya se ha dispuesto judicialmente sobre un bien de su vida, de su pertenencia, o de su propiedad (“un bien suyo”) sino hasta el momento del cumplimiento de la resolución jurisdiccional, es decir, cuando ya se dispuso sobre aquél —

en aquellos supuestos en los cuales se conceden las medidas *in audita et altera pars*— y, en el mejor de los casos, después de haber sido citado a una audiencia para escuchar sus razones, pero donde no tiene posibilidad ni de alegación ni de prueba. De esta forma, cuando se despacha jurisdiccionalmente una satisfactiva sin oír al beneficiario (afectado), se está vulnerando el derecho de defensa de éste último, ya que no se le permite ni siquiera hablar en el método de debate elegido para la determinación de sus derechos, ni mucho menos se le autoriza a resistir las pretensiones de la contraparte, produciéndose así una expropiación o confiscación de sus bienes, desigualitaria y arbitraria; vejatoria de la norma constitucional y de la idea lógica de proceso que ella impone para la determinación de los derechos de las personas en conflicto. Incluso, podría pensarse que la formación del mandato judicial, al sustentarse —exclusivamente— en las alegaciones de una sola de las partes, violentando el superior texto positivo, sería siempre arbitraria en la doctrina de la CSJ. quedando privada de la necesaria “lógicidad judicial o procesal”.

Siguiendo con el pensamiento expuesto, la conclusión a la cual arribamos, con total respeto y humildad, es que las medidas autosatisfactivas no pueden ser receptadas legislativamente en forma independiente y separada de otros institutos conocidos, como las medidas precautorias, ya que mediante éstas tendrían un perfecto andamiaje para su estructura y una excelente vía para su trámite, como sostienen autores de la talla de Lino E. Palacio (incluyendo también al amparo, Const. Nac., art. 43) (ver Conclusiones XX Congreso Argentino de Derecho Procesal, San Martín de los Andes, 1999).

De esta manera, se respetará el debido proceso consagrado como garantía constitucional que no es otra cosa que aquel “... que se adecua plenamente a la idea lógica de proceso: dos sujetos que actúan como antagonistas en pie de perfecta igualdad ante una autoridad que es un tercero en la relación litigiosa...”, respetuoso de sus principios elementales: igualdad de las partes litigantes, imparcialidad del juzgador, transitoriedad de la serie, eficacia de la serie y moralidad en el debate (Alvarado Velloso); y no se le dará valor superlativo a alguno de aquellos (transitoriedad de la serie), en detrimento de otros (igualdad de las partes, imparcialidad del juzgador y eficacia de la serie procedimental).

#### VI.- Ponencia:

1º) Las ideas de acción procesal y de proceso, como fenómenos únicos e irrepetibles en el mundo jurídico, coadyuvan a la elaboración de una Teoría General del Proceso, permitiendo analizar adecuadamente a su luz, todos los institutos procesales;

2º) Los presupuestos de fundabilidad de las medidas autosatisfactivas son equivalentes a los de las medidas precautorias clásicas; la fuerte probabilidad de atendibilidad de derecho esgrimido se compadece con la verosimilitud del derecho y la irreparabilidad del perjuicio con el peligro de pérdida o frustración del derecho, pudiendo variar sólo en una cuestión de grado o cuantitativamente, pero no en forma sustancial; en ambos casos estamos en presencia de un juicio de probabilidades y no de certeza.

3º) La equivalencia en los presupuestos de fundabilidad de las medidas de efectividad inmediata con los de las precautorias no justifica —rectius: impide— que aquéllas sean autónomas (sin vinculación a un proceso principal), ni que la decisión que recaiga sobre ellas sea definitiva;

4º) La autonomía del procedimiento autosatisfactivo y la definitividad de su resolución violentan el derecho de defensa en juicio del destinatario de las medidas y dan prevalencia a un principio procesal (transitoriedad de la serie) en detrimento de los demás principios (igualdad de las partes, eficacia de la serie, imparcialidad del juzgador), violentando la idea lógica de proceso emanada de la norma constitucional (arts. 14, 16, 17, 18, CN.);

5º) La satisfacción jurisdiccional de intereses pasibles de daños irreparables (pretensiones urgentes), cuando no se escucha a su destinatario, sólo justifica el despacho, a través de un procedimiento, de medidas de naturaleza accesoria a un proceso principal;

6º) Cuando no se respeta el derecho de defensa (bilateralidad de la acción, proyección de la instancia) no se justifica el dictado de resoluciones judiciales definitivas y autónomas que dispongan sobre los bienes y derechos de personas no oídas por el juzgador.-

#### VIII.- Bibliografía

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “Introducción al Estudio del Derecho Procesal”, t. I y II, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1997 y 1998;

ARIAS, Aldo Guarino, Código Procesal Civil de Mendoza, comentado, anotado y concordado, t. III, ed. Jurídicas Cuyo SRL., Mendoza, 1986;

ASTUDILLO de MATIELLO, María Teresa, “Las medidas autosatisfactivas, su aplicación en el supuesto de abandono de inmuebles locados”, ponencia presentada al XX Congreso Nacional de Derecho Procesal.-

BIDART CAMPOS, Germán J., “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, T. I, Ed. Ediar, Bs. As., 1989;

BOULIN, Alejandro, “Procesos Urgentes: vías para su aplicación en la legislación vigente”, ponencia presentada al XX Congreso Nacional de Derecho Procesal.-

- CAMPS, Carlos E., La proyectada recepción legislativa de la tutela anticipada, JA. – Doctrina, set. 1999, nº 6161, p.2.-
- DE LOS SANTOS, Mabel, Medida autosatisfactiva y medida cautelar (semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales), en Rev. de Der. Procesal, Medidas Cautelares, ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As.–Santa Fe, 1998.-
- COUSSIRAT, Jorge A., “Las Garantías de Contenido Procesal en las Constituciones Provinciales”; en DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL, t. I, Ed. Depalma Buenos Aires, Mendoza, 1990;
- EKMEKDJIAN, Miguel Angel, “Tratado de Derecho Constitucional”, T. II, Ed. Depalma, Bs. As., 1994, art. 18;
- Libro de Ponencias y Conclusiones del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, T. I, Corrientes, 1997;
- MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS, Jorge W. PEYRANO, director, Ateneo de Estudios del Proceso Civil, Ed. Rubinzal - Culzoni Editores, 1999;
- PALACIO, Lino Enrique, Derecho Procesal Civil, t. VIII, ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1985;
- PALACIO, Lino E. y ALVARADO VELLOSO, Adolfo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente, t. V, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1990;
- PODETTI, Ramiro José, Tratado de las medidas cautelares, 2ª edición, ed. Ediar, Bs. As., 1969;
- QUEVEDO MENDOZA, Efraín I., Las medidas cautelares en el proceso concursal, en Rev. de Der. Procesal, Medidas Cautelares, ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As. – Santa Fe, 1998;
- QUEVEDO MENDOZA, Efraín I., Juicio de alimentos provisorios urgentes, en JA. 1979-IV-718; Revista, JA. 1997-IV, págs. 620 a 622 (Fallo Camacho Acosta);
- Revista de Jurisprudencia Argentina Número 6100, Especial, Medida Autosatisfactiva, Coordinador Jorge W. Peyrano, julio 29, de 1998;
- ROJAS, Jorge A., Una cautela atípica, en Rev. de Der. Procesal, Medidas Cautelares, ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As. – Santa Fe, 1998.-
- SEGOVIA, Juan Fernando; “Los Derechos Sociales y los Nuevos Derechos. Constitucionalismo social y constitucionalismo post - industrial en el derecho público provincial; en DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL, t. I, Ed. Depalma Buenos Aires, Mendoza, 1990;
- VITANTONIO, Nicolás J. R., “UN ANCHO CAMINO HACIA EL PROCESO LABORAL DEL TERCER MILENIO: LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS”, Revista de Doctrina Judicial LABORAL, Ed. Juris, Rosario, Santa Fe, 2000, págs. 5 a 20;

## 1.2 ¿ES INCONSTITUCIONAL LA MEDIDA AUTOSATISFACTIVA? (SU DIMENSIONALIDAD EN LOS CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVOS), por Walter F. Carnota, en elDial.com, del 18 de febrero de 2003.

“En una interesante y meditada ponencia, publicada en este portal jurídico (ver artículo del presente capítulo, pag. 29 y ss.), el ilustre procesalista mendocino Efraín Quevedo Mendoza (‘Presupuestos de fundabilidad de las medidas cautelares autosatisfactivas y de las medidas cautelares’) plantea que, bajo ciertas premisas, la llamada ‘medida autosatisfactiva’ puede no llegar a soportar el test de constitucionalidad.

Sabida es la franca explosión y proliferación de estudios en torno a estas herramientas, que han sido receptadas además por diversos tribunales de justicia. Su análisis y ponderación, por ello, pasa a ser un asunto trascendente.

Quevedo Mendoza parte de determinados presupuestos procesales que de suyo son incontestables. Concretamente, y siguiendo las enseñanzas de Alvarado Velloso, enfatiza la importancia que tiene la igualdad en todo proceso judicial, condición que la eleva a la categoría de imperativo constitucional.

Nosotros siempre hemos sido defensores a ultranza del derecho a la jurisdicción, y del debido derecho adjetivo. No nos choca, al contrario, nos complace ese acento.

Vemos que las adoptadas ‘medidas autosatisfactivas’ en tanto y en cuanto son despachadas ‘inaudita et altera pars’, pueden hacerse acreedoras a ese reproche de falta de bilateralidad y carencia de contradicción. Ello nos parece indubitable en las relaciones ‘inter privados’.

¿Qué ocurre en el contencioso administrativo? Pues bien, sabemos que el Estado demandado también se hace beneficiario al derecho de defensa. En otras palabras, el referido derecho siempre aprovecha a actor y a accionado, aún en los supuestos de la presencia estatal en la relación procesal de base.

Empero, hemos visto muchas veces cómo una medida autosatisfactiva tiende a paliar con visos de provisoriedad y urgencia situaciones desatadas por el propio Estado, en donde éste no sólo fue escuchado sino que conformó la primigenia decisión (negatoria de los pretendidos derechos de los accionantes).

¿Aquí hay que ‘bilateralizar’ todo ‘ex novo’? Un buen ejemplo lo suministra la vieja ley 23.473 de procedimiento previsional. Malgrado las imperfecciones técnicas que la pudieron aquejar (y que nosotros pulcra-

mente relevamos en su momento), realmente no creemos que el hecho de que el denominado recurso de apelación no tuviera traslado legal fuese inválido de la actividad controladora de la administración a cargo de la entonces Cámara Nacional de Apelaciones de la seguridad Social.

Así como el 'iter' del proceso de formación y sanción de la ley puede constitucionalmente ser interrumpido por un 'decreto de necesidad y urgencia' (artículo 99, inc.3, CN), y la administración puede también por razones de urgencia resolver frente a un 'estado de necesidad pública', en que la precariedad del tiempo y la gravedad de la situación puedan hacer indispensable tomar alguna decisión en forma inmediata<sup>57</sup>, algo parecido acontece en el proceso judicial.

Debe tenerse, entonces, muy presente que la autosatisfactiva no es lo normal o corriente. Pero cuando entra en juego la tutela inmediata de derechos (como ha sucedido en casos relativos a derecho a la salud), la autosatisfactiva tiene cabida. Al decir del citado Gordillo, 'deben ser excepcionales, pero no inexistentes'<sup>58</sup>.

El derecho administrativo, en tanto derecho procesal del derecho constitucional, debe representar el adecuado equilibrio y balance entre potestad y garantía, que es lo mismo que el poder y libertad.

Como bien destaca el profesor de la Universidad de Siena Giancarlo Rolla, 'no es aventurado afirmar que cada derecho tutelado por la Constitución, articulándose en una multiplicidad de situaciones subjetivas, precisa para su efectividad tanto de la labor especializada del legislador, como de la intervención garantista y reparadora del juez'<sup>59</sup>. Ello es particularmente cierto cuando de derechos prestacionales ('Welfare rights') se trata.

No dejemos que lo ritual y lo formal, que son significativos, pierdan su norte, y se conviertan en un fin en sí mismos".

Es que la ausencia de un texto legal que defina tales institutos, delineando sus contornos y determinando sus requisitos de procedencia, conduce a resultado variables y atenta contra la igualdad y la seguridad jurídica.

### 1.3 "LOS NUEVOS EJES DE LA REFORMA PROCESAL CIVIL: LA MEDIDA AUTOSATISFACTIVA", por Jorge W. Peyrano, en E.D., 169-43

"¿Se puede predicar de un ordenamiento procesal que es eficaz cuando fuerza a demandar -contrariando así, el principio, con raíz constitucional, de libre demandabilidad que explica la condenación generalizada que mereció otrora la acción de jactancia<sup>60</sup> y, consiguientemente, a llevar injustificadamente el índice de litigiosidad, no obstante que lo que desea el justiciable es otra cosa: que se le satisfaga su 'urgencia', y punto?

En verdad, no es menester recurrir a situaciones hipotéticas para demostrar que urge reformular la doctrina cautelar clásica o crear un nuevo 'casillero' para conceder soluciones adecuadas a determinadas coyunturas. Por el contrario, realidades muy recientes confirman la denunciada labilidad de la teoría cautelar clásica para otorgar una adecuada respuesta jurisdiccional en ciertos supuestos.

Como prueba de lo que venimos expresando, echaremos mano a dos casos, aunque, por supuesto, no se agota con ello el catálogo correspondiente.

En primer término, mencionaremos el caso 'Cariaga'. El mismo tramitó ante la justicia ordinaria en lo Civil y Comercial de la ciudad de Santa Fe. Se trataba de una demanda de amparo promovida por Eduardo Jusús Cariaga contra el Ministerio de Salud y Medio Ambiente de la provincia de Santa Fe y/o provincia de Santa Fe la que fue acompañada por la solicitud del dictado de una medida cautelar innovativa que mereciera (el 3 de junio de 1996) el siguiente proveído: '...A la cautelar decretase la suspensión del acto impugnado (omisión de la cobertura de salud), mandando a los accionados que provean lo pertinente para que el actor se practique un estudio de histocompatibilidad, a sus efectos, librese oficio'. Así fue que el requirente petitionó (y obtuvo) cautelarmente y sin prestación previa de contracautela que se le practicara 'un estudio de Histocompatibilidad a los fines de determinar el tratamiento a seguir (teniendo en cuenta que de acuerdo al diagnóstico médico padece de aplasia severa de médula ósea) con carácter de urgencia en razón de su estado de paciente terminal según el propio diagnóstico que le otorgó una sobrevida de tres meses, hace ya un mes, a realizarse ya sea en los organismos de salud dependientes del Estado o aportando los fondos suficientes a los efectos de la realización en el sector privado'. Concomitantemente, historió la realización de un prolongado trámite burocrático en miras a conseguir que el costo del estudio en cuestión fuera

57. GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, Buenos Aires, 2000, IX-20; idem, "Después de la reforma del Estado", Buenos Aires, 1998, capítulo VI.

58. GORDILLO, Agustín, "tratado...", ob. Y tomo cits., XIII-36.

59. ROLLA, Giancarlo, "Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional", Mexico D.F., 2002, p. 67

60. PEYRANO, Jorge W., La acción mere declarativa, como medio de la plena realización de la garantía jurisdiccional de certeza jurídica, en "Cuestiones de derecho procesal", Bs. As., 1980, Editorial La ley, pág. 49 y ss.

afrontado por el Estado santafesino, culminando el mismo con un pronunciamiento administrativo conforme al cual se le hacía saber que aquél carecía de fondos al efecto. Ante ello, ‘torturando’ un tanto los límites del nuevo art. 43 de la CN, fue que inició amparo judicial para obtener judicialmente lo que administrativamente se le negaba. La pregunta al lector: ¿puede haber alguna duda de que lo único que le interesaba al postulante era lograr la solución de su ‘urgencia’ y nada más, y de que, seguramente, una vez conseguido ello, la sustanciación del principal (el amparo) habrá entrado ‘en vía muerta’ por siempre jamás?”

Como segundo caso, el autor del artículo, se refiere a ‘Clavero Miguel Angel c. Comité olímpico Argentino’ (ver artículo de la Dra. Mabel de los Santos, en pág. 48 y ss.)

“Y qué decir de los cada vez más frecuentes pedidos de ‘autorizaciones judiciales’ formulados por médicos, instituciones sanatoriales u hospitalarias, para suplir la incapacidad transitoria de un paciente que no se encuentra en condiciones de prestar su consentimiento a una intervención quirúrgica de urgencia a la que debe someterse y que tampoco cuenta con parientes habilitados al efecto<sup>61</sup>. Ciertamente es que se suelen torcer las cosas, encarrilándose tales pedidos de autorización judicial como si fueran un supuesto de ‘protección de personas’, pero sólo desfigurando a este último instituto se lo puede hacer funcionar para remediar la situación.

Vinculado con lo anterior, también pueden mencionarse las cuestiones planteadas por algunos ‘objetores de conciencia’ que se niegan (pese a la gravedad de los cuadros clínicos que padecen) a ser objeto de transfusiones de sangre en razón de formar parte de los Testigos de Jehová, culto que (como se sabe) en virtud de la particular lectura de la Biblia, considera objetable dicha práctica. Tales negativas suelen desembocar también en pedidos de autorizaciones judiciales supletorias efectuados por autoridades sanatoriales u hospitalarias o por parientes próximos del paciente<sup>62</sup>.

En los susodichos supuestos (y hay muchos más) la doctrina cautelar clásica que, ineludiblemente, reclama la promoción de un litigio principal al cual lo precautorio accede y sirve, resulta inidónea para brindar una solución de urgencia sin forzar al justiciable a recorrer caminos torcidos que ninguna relación guardan con sus reales apetencias y necesidades. Por ello es que afirmábamos (hace ya algún tiempo) que ‘ante la falta de mecanismos idóneos los justiciables se ven obligados a inventar procesos principales (habitualmente amparos o pretensiones mere declarativas) para poder estar en condiciones de encaballar en los mismos pedimentos cautelares cuya sustancia es, en realidad, lo único que les interesa y motoriza<sup>63</sup>.

Respecto al ordenamiento jurídico vigente, “la sensación de ‘vacío’ o de ausencia de resortes procesales de urgencia no cautelares no ha pasado inadvertida. Prueba de ello es que la doctrina, desde antaño, se ha preocupado por el tema, aunque, quizás, de una manera más inorgánica que lo que sucede en la actualidad. Acontece que ‘hay que darle tiempo a las abejas de la imaginación’, para que, morosamente, realicen su labor lenta pero incesante. Nos parece que el producto ya está listo para ser degustado por todos.

Decíamos más arriba que el señalado ‘vacío’ que se experimente en la materia no ha pasado desapercibido. Tampoco para el legislador. Así es que en ocasión de regular algunos sectores jurídicos han empleado, a todas luces, lo que, en esencia, debería ser llamado ‘medida autosatisfactiva’. Así es que la recientemente promulgada ley 24.417 (EDLA, 1995-A-21) incluye supuestos en los cuales se pueden adoptar medidas judiciales urgentes, sin que su subsistencia dependa de la posterior iniciación de un proceso sustantivo (ver artículo “informe sobre las medidas autosatisfactivas, pág. 22 y ss.). Igualmente se interpreta que el artículo 252 de la Ley de Sociedades<sup>64</sup> da pie para que pueda postularse, exitosamente, la suspensión judicial de la celebración de la asamblea de una Sociedad Anónima, en razón, v.gr., de que sea convocada defectuosamente o de que no se le ha permitido a un accionista presentar sus acciones en término<sup>65</sup>. Sobre el particular, hemos consignado que: ‘Ahora bien: tal creación pretoriana, es decir, la de suspender judicialmente la celebración (y ya no la ejecución de una resolución asamblearia) de la asamblea de los socios de una sociedad anónima a raíz de ciertas falencias (por ej., en su convocatoria) conocidas por el socio con bastante antelación, ¿es o no es una medida autosatisfactiva? Pensamos que la respuesta debe ser afirmativa. Por lo pronto, no advertimos concurrencia de razón atendible alguna para obligar al accionista del caso a esperar la adopción de una resolución asamblearia, cuya validez está condenada de antemano. Por otro lado no visualizamos ni la necesidad (y ni tan siquiera la posibilidad), por parte de quien obtuviera la suspensión judicial de la realización judicial de la asamblea correspondiente, de tener que promover alguna pretensión

61. BUERES, Alberto, Responsabilidad civil de los médicos, Bs. As., 1994, Hammurabi, t. 1, pág. 211.

62. Conf. ED, 162-624, resolución del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la 15ª Nominación de Rosario, comentada por Germán Bidart Campos, también el trabajo de Roberto Vazquez Ferreyra, El consentimiento del paciente en un fallo de la Corte Suprema de Justicia, en Zeus, 63-D-61.

63. PEYRANO, Jorge W., “Lo urgente y lo cautelar”, cit.

64. Art. 252. Ley de Sociedades Comerciales (ley 19550 [ED, 49-943]): “El juez puede suspender a pedido de parte, si existieren motivos graves y no mediare perjuicio para terceros, la ejecución de la resolución impugnada previa garantía suficiente para responder por los daños que dicha medida pudiere causar en la sociedad”.

65. FARINA, Juan, Tratado de Sociedades Comerciales. Sociedades Anónimas, Rosario, 1979, Zeuz, pág. 293.

principal con posterioridad. Estamos, entonces, ante una medida autosatisfactiva en sede comercial, pariente próxima de las diligencias cautelares pero que se diferencia de éstas por su autonomía y por conceder, en cierta forma, una satisfacción definitiva a los requerimientos de quienes reclaman su dictado<sup>66</sup>.

Concluye diciendo el profesor rosarino que, "por lo común, cuando se predica acerca de la necesidad de modernizar el proceso (civil, por ejemplo) se lo hace defendiendo la incorporación de metodología y aparatología de última generación para insuflarle nuevos aires y más eficacia (que es a lo que todos apuntamos en definitiva) a la añosa estructura de aquél. Así se propone, v.gr., desde la realización de estudios estadísticos y sociológicos para determinar (seria y fundadamente) cómo debe ser el proceso que necesitamos hasta la posibilidad de cursar notificaciones judiciales válidas a través del fax y la filmación de las audiencias (especialmente, la de índole probatoria) para mejor documentarlas.

En general, todas las propuestas del tenor de las recordadas se caracterizan porque padecen el defecto de que los costos que involucrarían las tornan difícilmente realizables en la práctica.

Como en más de una ocasión hemos señalado, se trata de aprovechar al máximo lo que tenemos. Es que desconfiamos de la viabilidad (por lo menos en lo inmediato) de proyectos de modernización de las estructuras procesales, demasiado ambiciosos y que demanden importantes desembolsos.

Ni ayer ni hoy y seguramente tampoco mañana, el Poder Administrador (que es el que abre y cierra la bolsa) ha sido generoso con el Poder Judicial. Entonces y dado que no somos afectos a una resignación fatalista y como algo que hay que hacer, quizás el camino elegido sea el más aconsejable: reformar lo que se pueda, en función de lo que se tenga.

No falta quienes afirman que ante el estado actual, por ejemplo, del proceso civil, correspondería usar como divisa de fe la que dice así: 'transformación o responso'. Creemos que no es para tanto. Pero también pensamos que urge hacer, por lo menos, lo que buenamente se pueda.

Creemos que los nuevos ejes de la reforma procesal civil no pasan, ineludiblemente, por un incremento en el número de órganos judiciales o de la cuantía del presupuesto del Poder Judicial. Del mismo modo, somos de la idea de que no mejorarían las cosas, v.gr., un acortamiento de los plazos procesales, una simplificación de trámites y ni tan siquiera la introducción (hasta donde se pudiera) del proceso oral en materia civil. Estamos persuadidos de que, con ello, se seguirán dando largas a los juicios y de que los justiciables no verán rápida y eficazmente satisfechas sus pretensiones y expectativas.

Si se pretende un proceso eficaz se deberá, entre otras cosas, no perder de vista que si bien no todo lo cautelar es urgente, no todo lo urgente es cautelar. La categoría del 'proceso urgente' es mucho más amplia que la del proceso cautelar. Es que abarca a éste y también, v.gr., a las medidas autosatisfactivas, a las sentencias anticipatorias, al hábeas corpus, etc. Asimismo la adopción generosa del género de las 'sentencias económicas' (que incluye los procesos de ejecución continuada, las 'condenas abiertas'<sup>67</sup> y las condenas anticipadas) pueden erigirse en un válido eje de una reforma procesal 'en serio'. También puede contribuir en tal sentido una profunda reformulación de la teoría general de la prueba que se traduzca en textos legales que, con prudencia, se decidan a incorporar figuras pretorianas o no del todo perfiladas legalmente como el valor probatorio de la conducta procesal de las partes<sup>68</sup>, la doctrina de las cargas probatorias dinámicas<sup>69</sup> y la doctrina de los propios actos en materia procesal civil<sup>70</sup>. El método de debate que se adopte (oral, escrito o mixto), no nos interesa particularmente, siempre y cuando se tengan en cuenta los ejes reformistas que hemos señalado. Si se operara una modificación legislativa en tales o parecidos términos, sí diríamos que la reforma procesal civil se ha producido. Lo otro, es cosmética, postergación o carencia de verdaderos deseos reformistas".

#### **1.4 INFORME SOBRE LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS**, por Jorge W. Peyrano, en La Ley, 1996-A-999.

"Cuántas veces el abogado práctico experimenta una sensación de disgusto y hasta de aprehensión al tener que, obligatoriamente, promover un proceso principal (que no le interesa ni le sirve) en miras a lograr que un tribunal le conceda (lo que sí le interesa y le sirve), que es el despacho de una diligencia cautelar. Después, el letrado se las arreglará para dar largas al litigio que se ha visto compelido iniciar aun a despecho de la voluntad de su comitente que más bien hubiera preferido no demandar (v.gr. por daños y perjuicio) al destinatario de la cautelar en cuestión. Pero 'a fuerza ahorcan', y se habrá cumplido así con la ortodoxia en

66. PEYRANO, Jorge W., Las medidas autosatisfactivas en materia comercial, pág. 5.

67. COLOMBO, Carlos, Condena de futuro, Revista Argentina de Derecho Procesal N° 1, año 1969, págs. 60 y sigts.

68. PEYRANO, Jorge W., Doctrina de las cargas probatorias dinámicas, en "procedimiento civil y comercial", Rosario, 1991, Juris, t. 1, pág. 75 y ss.

69. PEYRANO, Jorge W., Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas, en "El proceso atípico", Buenos Aires, 1993, Universidad, pág. 140 y sigtes.

70. PEYRANO, Jorge W., La doctrina de los propios actos en el procedimiento civil, en "Comentarios Procesales", Santa Fe, 1986, Panamericana, t. 2, pág. 31.

materia precautoria que decreta que el proceso cautelar no reviste naturaleza autónoma, puesto que su finalidad es garantizar el buen fin de otro proceso. Ya hemos tenido oportunidad de dar noticias sobre el referido estado de cosas que padecemos en nuestro medio<sup>71</sup>, sumándose otras voces doctrinarias a nuestra insatisfacción sobre el particular<sup>72</sup>. Debemos destacar que una reciente e importante creación doctrinaria cual es la denominada 'cautela material', también respira falta de complacencia respecto del referido estado de cosas. Y no podía ser de otra manera. Piénsese en el caso del mítico paparazzo Ron Galella que siguió, infatigablemente, a Jackie Kennedy en los 60 y 70, forzándola a recurrir a los estrados judiciales para obtener de éstos un mandamiento consistente en ordenar al susodicho 'acosador' fotográfico que se abstuviera de acercarse a menos de cincuenta metros de ella<sup>73</sup>. Dicho mandato fue un 'injunction' (característico del derecho angloamericano) que de ninguna manera obligaba a la afectada a promover casi de inmediato, una pretensión principal. Sin embargo, hoy y aquí cualquier curial y ante un supuesto análogo deberá alertar a su mandante acerca de la necesidad de promover un ulterior proceso sustantivo. El vacío es evidente".

"En realidad, creemos que como la necesidad tiene 'cara de hereje', de manera desordenada y asistemática, el legislador nacional ha acuñado dispositivos que participan del ideario de generar un proceso que soluciones situaciones de urgencia, de modo autónomo y no cautelar. En tal sentido, nosotros anotamos el caso del art. 1071 bis del CC que tutela la privacidad<sup>74</sup>. Por su parte, Andorno visualiza otros varios: 'Entre los diversos supuestos de aplicación de dicho proceso urgente (no cautelar) en el derecho argentino podemos mencionar a las acciones de reconocimiento o impugnación del uso de las personas físicas, el abuso de la imagen ajena, a la violación del derecho a la intimidad a la acción orientada a impedir las inmisiones, al ámbito de las acciones negatorias y confesorias disciplinadas en el Código Civil y a las hipótesis de violación al régimen de propiedad intelectual, entre otros casos'<sup>75</sup>. Más aun: La recientemente promulgada ley 24.417 (Adla, 1995-A, 9) incluye supuestos en los cuales se pueden adoptar medidas judiciales urgentes, sin que su subsistencia dependa de la posterior iniciación de un proceso sustantivo<sup>76</sup>.

"La concepción de las medidas autosatisfactivas es la mejor prueba de que el copete que encabeza el presente, es correcto. Estamos ante un mecanismo que da respuesta jurisdiccional rápida a situaciones urgentes, careciendo el mismo de naturaleza cautelar. Por supuesto que la referida concepción y su ideario, se interpondrán en su caso, con el transcurso del tiempo. Por supuesto, también, que todavía falta ponerse de acuerdo sobre temas tan importantes como el consistente en asegurar al destinatario de una medida autosatisfactiva el ejercicio adecuado de su derecho de contradicción y de defensa en juicio (¿Bastará a tal efecto con los recursos previstos en materia cautelar, será preciso diseñar para la materia un esquema recursivo específico o se deberá encuadrar a todo el despacho de una medida autosatisfactiva como si fuera un 'procedimiento monitor urgente' en cuyo seno podrá el beneficiario de la misma formular la oposición correspondiente?).

Pero lo que por ahora más nos importa, es que se tome conciencia de que algo 'falta' y de que es impostergable incorporarlo a nuestra ley y prácticas procesales. Esa toma de conciencia, tarde o temprano, fructificará en procedimientos menos apegados a la ortodoxia de nuestros mayores pero más sensibles a los requerimientos de los tiempos que corren, de 'esto que pasa' ".

### 1.5 "RESOLUCIONES ANTICIPATORIAS Y MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS", por Mabel de los Santos, en La Ley, 1997-IV-801.

La notable jurista, en su artículo, nos dice que la nota que caracteriza a las llamadas medidas autosatisfactivas es precisamente que se agotan con su despacho favorable, no siendo necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento.

"En efecto, se trata de una medida que genera un proceso autónomo en el sentido de que no es tributario ni accesorio respecto de otro, agotándose en sí mismo. Su dictado acarrea una satisfacción definitiva de los

71. PEYRANO, Jorge W., "Lo urgente y lo cautelar", en JA, del 8 de marzo de 1995, pág.2.

72. CARNOTA, Walter, "De cronogramas, amparos y medidas cautelares". ED. Boletín del 17 de abril de 1995.

73. PEYRANO, Jorge W., "Una nueva vía procesal para preservar el derecho a la privacidad: El proceso urgente", publicado en la revista Vox Juris de mayo de 1995, publicación dependiente de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Marín de Porres de Lima (Perú).

74. Art. 1071 bis, CC: "El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieran cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación".

75. ANDORNO, Luis O., "El denominado proceso urgente (no cautelar) en el derecho argentino como instituto similar a la acción inhibitoria del derecho italiano, en J.A, Boletín del 7 de junio de 1995, p. 2.

76. La normativa citada procura solucionar ciertos aspectos de la violencia "familiar" a través de la instrumentación de medidas judiciales que en algunos casos (según el criterio de Eduardo de Lazzari vertido en el seno de la Comisión N° 2 del XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, que compartimos) no concuerdan con la doctrina cautelar ortodoxa.

requerimientos del postulante (siempre que la medida autosatisfactiva sea consentida o que adquiera firmeza como resultado de la frustración de las vías impugnatorias interpuestas por el beneficiario de la misma.

También se ha sostenido doctrinariamente que la procedencia del despacho de medidas autosatisfactivas debe interpretarse con criterio restrictivo, que en ningún supuesto pueden decretarse oficiosamente y que el procedimiento monitorio puede ser el carril adecuado para encauzarlas. En su defecto debe arbitrarse, en la medida de lo posible y conveniente, alguna suerte de sustanciación previa a su despacho favorable<sup>77</sup>

Es posible encontrar ejemplos de tales medidas en la jurisprudencia nacional, habiéndose invocado generalmente como vía para deducir tales requerimientos la medida cautelar genérica o innominada, promoviendo, simultánea o inmediatamente una pretensión principal (habitualmente amparos o pretensiones meramente declarativas) para mantener viva la solución de urgencia lograda, evitando así la caducidad de la medida precautoria.”

Como ejemplo jurisprudencial, citamos “Clavero Miguel Angel v. Comité Olímpico Argentino” (ver parte II, capítulo 2, jurisprudencia, pag. 67 y ss.) que tramitó por ante el juzgado de feria durante el mes de julio de 1996 en el ámbito de la Justicia Civil (patrimonial) de la Capital Federal. “El demandante promovió allí juicio de amparo y una medida cautelar genérica que provocó el dictado, con fecha 24/7/96, de la resolución cautelar que se transcribe ‘Disponer que la demandada arbitre de inmediato las medidas necesarias e idóneas para que, en cuanto de ella dependa, se proceda a la acreditación de Miguel Angel Clavero en su condición de integrante del equipo de ciclistas de nuestro país ante los juegos de la XXVI Olimpiada, solventando a su costo o de quien corresponda el importe del pasaje, alojamiento y viáticos necesarios; debiendo adoptar asimismo las medidas pertinentes en la sede de los juegos olímpicos para la efectiva participación del actor en los mismos (cfr. Arts.230, 232 y concs. CPR.)’.

El caso tuvo amplia difusión periodística. Se trataba de un joven ciclista (Miguel Angel Clavero) con muchos antecedentes deportivos y que había sido nominado para integrar la delegación de ciclismo en los Juegos de la XXVI Olimpiada de Atlanta (EE.UU.). El deportista viajó con pasajes oficiales a Atlanta e inicialmente se alojó en la villa olímpica. Sin embargo al día siguiente e inopinadamente, el jefe de la delegación le habría informado “que, por no estar en los listados oficiales, debía retirarse inmediatamente de la Villa”, lo que provocó su regreso a Buenos Aires. Ante la inminencia de la realización de la justa deportiva de su especialidad, Clavero logró el despacho cautelar antes transcripto, aunque, en definitiva, no volvió a Atlanta por circunstancias que tornaron inoficioso su retorno, aun cuando el Comité Olímpico Argentino había cumplido la orden judicial.

Ahora bien, ninguna duda cabe de que lo único que pretendía el actor era lograr el dictado de la medida ordenada, pero para hacerlo debió adosar una pretensión principal de amparo. Lo expuesto fue destacado al dictarse sentencia respecto del amparo con fecha 1 de agosto de 1996 pues se resolvió dar por concluido el proceso por haberse agotado el objeto de la acción deducida con el dictado de la cautelar y se señaló que la cuestión planteada encuadraba en lo que la doctrina procesal moderna denominaba “medidas autosatisfactivas”.

Interesa destacar asimismo que la medida no se dispuso inaudita parte sino que se citó a la demandada a una audiencia para conocer si mediaban reparos relevantes a la pretensión urgente de Clavero y que la medida se ordenó sin contracautela, con fundamento en la “fuerte probabilidad” del derecho invocado y la inexistencia de reparos parte de la accionada, todo lo cual corrobora las diferencias apuntadas en el capítulo 2 de la primera parte de este trabajo entre este tipo de medidas y las estrictamente cautelares.

Existen numerosos casos de medidas autosatisfactivas en los anales de jurisprudencia, algunos de los cuales transcribiremos en el siguiente capítulo.

El tema que nos ocupa ha sido también objeto de análisis en el XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, celebrado en la ciudad de Corrientes en agosto de 1997, estableciéndose sobre el particular las siguientes conclusiones:

‘Resulta imperioso reformular la teoría cautelar ortodoxa, dándole así cabida legal a los procesos urgentes y a la llamada medida autosatisfactiva’.

‘La medida autosatisfactiva es una solución urgente no cautelar, despachable in extremis, que procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial. Posee la característica de que su vigencia y mantenimiento no depende de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal’.

‘Su dictado está sujeto a los siguientes requisitos: concurrencia de una situación de urgencia, fuerte probabilidad de que el derecho material del postulante sea atendible; quedando la exigibilidad de la contracautela sujeta al prudente arbitrio judicial’.

77. Ver conclusiones de la Comisión IV “Tutela anticipada y definitoria” en las VII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, Junín, setiembre de 1996.

'Hasta tanto se regule legalmente la medida autosatisfactiva, puede fundamentarse su dictado en la 'potestad cautelar genérica' o en una válida interpretación analógica extensiva de las disposiciones legales que expresamente disciplinan diversos supuestos que pueden calificarse como medidas autosatisfactivas'.

Sobre el particular, resultan también relevantes las Conclusiones de la Comisión VI -Tutela anticipada y definitoria- de las 'VII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal' realizadas en setiembre de 1996 en Junín, Pcia. De Buenos Aires (JA 1996-IV-1027), donde se sostuvo que:

'1) Corresponde regular legalmente como categoría autónoma y diferenciada al llamado proceso urgente, género que se caracteriza por registrar en su seno un reclamo acentuado de una pronta, expedita y eficiente respuesta jurisdiccional. El mismo está integrado, entre otras, por las siguientes especies: las medidas cautelares, las medidas autosatisfactivas, las sentencias anticipatorias y las variantes de esta última especie, constituida por la denominada cautelar material'.

'2) Interín se concreta la regulación legal sugerida puede recurrirse -en casos absolutamente excepcionales- al art. 232 CPr. O normas análogas igualmente consagratorias del poder cautelar genérico, para propiciar soluciones urgentes no cautelares...'

En cuanto a la recepción legislativa, "este tipo de providencias, con caracteres propios y diferenciables del esquema cautelar clásico, que son el fruto de las necesidades de la multifacética realidad así como de soluciones pretorianas que se apartan de las estructuras tradicionales para ajustar con eficacia la decisión a las particularidades del caso y, especialmente, de la posterior o concomitante labor doctrinaria, han comenzado a ser receptadas en nuestro medio por los proyectos de reforma. El anteproyecto de reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Pcia de Bs. As. Elaborado por los Dres. Arazi, Eisner, Kaminker y Morello prevé en el capítulo 4 bis, bajo el rótulo de 'Tutela anticipada', lo siguiente:

'Art. 65 (Tutela anticipatoria). El juez podrá anticipar, luego de la litis, a requerimiento de parte, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la demanda o reconvencción sí:

- 1) Existe convicción suficiente acerca del derecho invocado.
- 2) Se advierte en el caso tal grado de urgencia que si la medida no se adoptase en ese momento, se causaría daño irreparable al peticionante.
- 3) La actitud procesal del demandado, evidencia, prima facie, abuso del derecho de defensa o manifiesto propósito dilatorio.
- 4) Se efectivice contracautela suficiente, salvo en los casos en que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 200, el peticionante se encuentre exento de darla.
- 5) La anticipación no produzca efectos irreparables en la sentencia definitiva.

La decisión no configurará prejuzgamiento'.

'Art. 66 (Ulterioridades). El juicio seguirá hasta su finalización. Al tiempo de tal sentencia o durante la secuela del proceso, si cambiaren las condiciones, la tutela anticipada podrá quedar sin efecto.

Procedimiento. Recursos. Modificación: Solicitada la tutela el juez designará audiencia con carácter urgente, a la que serán citadas las partes interesada.

Concluida la misma y sin otra sustanciación, resolverá.

El régimen de cumplimiento de recursos y las eventuales modificaciones de sustancia y contracautela respecto de las decisiones sobre tutela anticipatoria y medidas autosatisfactivas, será el establecido para las medidas cautelares'.

'Art. 67(Medidas autosatisfactivas). En aquéllos supuestos excepcionales en que:

- 1) Se acredite la existencia de un interés tutelable cierto y manifiesto.
- 2) Su tutela inmediata es imprescindible, produciéndose en caso contrario su frustración.
- 3) No fuere necesaria la tramitación de un proceso de conocimiento autónomo.
- 4) Si el juez lo entendiere necesario se efectivizará contracautela, se podrán disponer las medidas que la índole de la protección adecuada indique, bajo la responsabilidad del peticionante'.

Así también el art. 60 del proyecto del Código Procesal Civil y Comercial para la Provincia de La Pampa adopta el instituto de la medida anticipatoria con un texto similar al del art. 273 del Código de Processo Civil de Brasil. En el ámbito del derecho comparado, además del texto del código brasileño citado, se prevén medidas anticipatorias en el art. 317 del Código General del Proceso uruguayo. Por su lado, el art. 682 del Código Procesal Civil del Perú, bajo el rótulo de 'Medida innovativa' regula la procedencia de providencias anticipatorias."

## 1.6 UN FUERTE ESPALDARAZO JURISPRUDENCIAL A LA MEDIDA AUTOSATISFACTIVA, por Jorge W. Peyrano, en El Derecho, t. 180-285.

El renombrado jurista, precursor en la materia, haciendo referencia a un fallo de cámara<sup>78</sup> (ver parte II, capítulo 2, jurisprudencia, pag. 70 y ss.), comenta que "es por primera vez que un tribunal de alzada ha

78. CApel. CC Rosario, sala II, setiembre, 18-1998.- Faiart Argentina, S.A. s/medida cautelar innovativa, en E.D., 180-285.

tenido la valentía de atreverse a hacer jurisprudencia pretoriana de 'punta' en materia tan sensible puesto que es una de las principales expresiones de una nueva forma de ver y hacer las cosas en el terreno procesal civil. No es novedad que los tribunales argentinos -impulsados a veces por la necesidad de brindar soluciones impostergables y otras por la tardanza del legislador en diseñar normas legales que hayan optado (apoyándose en atribuciones judiciales implícitas, en la existencia de un poder cautelar genérico o en otras instituciones procesales flexibles) por construir figuras no previstas expresamente por ese entonces en el ordenamiento legal. Así fue que, entre otras, tuvieron un nacimiento inicialmente "extralegal", el amparo, las astreintes, la prohibición de innovar, la medida cautelar innovativa, y sigue la lista.

Cierto es que ya existían un nutrido número de decisiones judiciales de primera instancia<sup>79</sup> que ya se habían manifestado en sentido favorable a la aplicación de la medida autosatisfactiva, en vista a edificar un proceso civil eficiente. Pero todavía faltaba lo que hoy tenemos: una sentencia de segunda instancia, seriamente fundada y emanada de un órgano jurisdiccional prestigioso. Y esto es muy importante por el efecto multiplicador que normalmente acarrea el dictado de resoluciones emanadas de tribunales de apelación, al venir a estimular a otros órganos jurisdiccionales a seguir por igual o parecida senda. Es también cierta, y bienvenida la prudencia de nuestros jueces, que en su mayoría prefieren a la hora de aplicar novedades jurídicas que ellas estén precedidas por su regulación legal o -cuanto menos- respaldadas por el hecho de haber sido invocadas por tribunales de instancias superiores".

La lectura del fallo "persuade acerca de que se eligió el único camino posible. Repárese en que se estaría -según lo señalado por el tribunal interviniente- ante un supuesto de óbice legal para promover un juicio principal que viniera a darle respaldo y pie a una solución cautelar clásica. ¿Se puede pedir algo más para sostener que la aplicación de la medida autosatisfactiva fue correctamente dispuesta y, además, insoslayable? Por supuesto que se trata de un caso límite, pero barruntamos que deben abundar situaciones atípicas análogas a todo lo largo y ancho del país. En otras Naciones, EE.UU., Italia, Francia, Alemania, Bélgica, Chile, Uruguay -entre otras- se acepta que no todo lo urgente es cautelar, obrando en consecuencia. Así es que "al lado" de las soluciones cautelares ortodoxas se acogen otras respuestas urgentes con nombres distintos pero con fines similares a las de la autosatisfactiva. Pero por estas tierras todavía existe resistencia a superar moldes y estructuras pensados en función de una realidad radicalmente distinta a la que nos toca vivir.

Hay algo más que queremos destacar de la sentencia bajo la lupa; lo que se decidió se hizo *iura novit curia*. Para justificar el apartamiento del rótulo (medida cautelar innovativa) que le había asignado el requirente de la solución urgente postulada; postulación que, seguramente, obedeció a un explicable temor por hacer valer una institución recién llegada a las prácticas nativas. Se concretó así, una saludable suerte de "reconducción" de lo pedido por el justiciable figura aquella que -creemos- es acreedora a un mejor y más extenso desarrollo por parte de la doctrina nacional. Como fuere, lo trascendente es que se ha declarado jurisdiccionalmente en el caso que pese a no contar con texto legal expreso, la medida autosatisfactiva vive y late entre nosotros. Y no se crea que es poco que una resolución judicial remarque que no todo el Derecho es la ley. Para muestra veamos lo ocurrido recientemente en Perú. Una empresa minera peruana desarrollaba actividades de extracción de zinc mediante el uso de galerías subterráneas construida debajo de la laguna de Naticocha. En el mismo lugar desarrollaba actividades análogas otra compañía minera peruana, habiéndose construido galerías subterráneas interconectadas para sendas explotaciones. La cantidad de agua existente se hallaba en pleno incremento como consecuencia directa y previsible en el presente año del efecto climático denominado "Fenómeno del Niño", y por ello, está ejerciendo una presión muy fuerte sobre las galerías construidas por ambas Empresas mineras, puesto que podía originarse en cualquier momento una catástrofe producto de la presión que ejerce el agua sobre las galerías subterráneas y en consecuencia la muerte de los trabajadores de las mencionadas empresas mineras y adicionalmente la pérdida de la infraestructura construida por las Empresas mencionadas. Ante ello la primera de las Compañías mineras solicitó y obtuvo el 11 de setiembre de 1997 del Juzgado de Primera Instancia Mixto de Cerro de Pasco una medida autosatisfactiva (no regulada expresamente por el Código Procesal Civil de Perú) a través de la cual se la autorizaba a colocar tapones de seguridad en sus instalaciones subterráneas a fin de evitar una catástrofe en las galerías de la concesión minera. La autosatisfactiva fue apelada por la otra empresa minera y la Corte Superior respectiva, por mayoría, la revocó por entender que violaba el principio de legalidad al no haber sido prevista por el codificador peruano. Poco tiempo después las aguas inundaron dichas instalaciones acarreado la pérdida de seis vidas humanas y daños materiales por veinticinco millones de dólares estadounidenses; todo en nombre de lo que no tiene el crisma de lo legal no posee existencia jurídica.

79. Conf. de MARCELA GARCIA SOLA, Medidas autosatisfactivas. Perfiles jurisprudenciales, en J.A., Boletín del 29 de julio de 1998, pág. 74 y sigtes.

En verdad, el fallo que venimos anotando es otra expresión de una fuerte tendencia. De ello, da buena prueba lo siguiente: a) Tanto en la provincia del Chaco<sup>80</sup> como en la Provincia de Santa Fe<sup>81</sup>, ya tienen estado legislativo en las Cámaras de Diputados respectivas, sendos proyectos de ley que introducen a la medida autosatisfactiva a sus Códigos de Procedimiento Civil y Comercial. A ello debe agregarse que otros proyectos legislativos (Provincias de Buenos Aires y de La Pampa) incorporan el ideario de la autosatisfactiva, pero en el marco de una reforma procesal civil integral. b) Certámenes científicos importantes, comienzan a incluir a dicha figura como temática central a debatir en los mismos<sup>82</sup>, c) Ya existen legislaciones de índole procesal que utilizan el término 'medida autosatisfactiva'<sup>83</sup>, a título nomen juris de resoluciones urgentes no cautelares.

Lo que ayer fue una tímida respuesta, hoy es una realidad. Seguimos apostando en su favor, cada vez más convencidos de que su adopción no encierra riesgos mayores y que, en vez, representa un cambio copérnico de prácticas adocenadas e ineficientes que rigen la morosa y traqueteante marcha de los expedientes civiles y comerciales. Debemos confesar que nos sorprende tanto empeño que experimentan algunos en denostar lo que viene y en ensalzar lo que se tiene, como si alguien (se trate de operadores o de consumidores del sistema procesal civil) sintiera conformidad con el actual estado de cosas del proceso civil argentino”.

### 1.7 EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA SALUD Y EL PMO: LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS, por Carlos A. Ghersi, en J.A., 2001-II-454

“El tema del derecho a la salud aparece durante toda la década de los noventa del siglo XX, como algo recurrente; ello es porque el sistema de salud en sí mismo, se trató de considerar como un modelo economicista, como reflejo de la impregnación que toda la sociedad sufrió por el neoliberalismo.

Las obras sociales que habían surgido desde el movimiento sindical como un sistema de repartición altruista y solidario, comenzaron a considerar los servicios en función de costo/riesgo/beneficio, al igual que una empresa de medicina prepaga.

Las empresas de medicina prepaga surgieron durante la década de los ochenta del siglo anterior, pero durante los noventa y ante la desatención de la salud por el Estado, consolidaron el espacio como comercializable, en términos de una empresa más de la economía capitalista.

Dadas estas dos situaciones negativas (la economicidad como meta en las obras sociales y en las medicinas prepagas) fue necesario dictar por el Congreso Nacional, la ley de PMO como límite a esa

80. El día 31 de agosto de 1998 ingresó a la Cámara de Diputados de la provincia del Chaco suscripto por los legisladores Eduardo Colombo y Julio Sotelo el siguiente proyecto legislativo: “Artículo 1º. Incorpórase como art. 232 bis al Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Provincia del Chaco (ley 968), el siguiente texto. Art. 232 bis “Los jueces a pedido fundamentado de parte, respaldado por prueba que aparentemente demuestre una probabilidad cierta de que lo postulado resulta atendible y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, deberán excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas. Según fueren las circunstancias del caso, valoradas motivadamente por el Juez, éste, podrá exigir la prestación de caución suficiente. Los despachos favorables de medidas autosatisfactivas, presuponen la concurrencia de los siguientes recaudos y quedarán sujetos al régimen que a continuación se describe: a) Que fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho, producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación de fondo o procesal. b) Que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines. c) Los jueces podrán fijar límites temporales a las medidas autosatisfactivas que despacharen y disponer, a solicitud de parte, prórrogas de las mismas. No rigen en la materia los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar. d) Los jueces deberán despachar directamente la medida autosatisfactiva postulada o, excepcionalmente y según fueren las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterse a una previa y reducida substanciación, que no excederá de conceder a quien correspondiere la posibilidad de ser oído. e) El legitimado para contradecir una medida autosatisfactiva ordenada, podrá optar por impugnarla entre la interposición directa del recurso de apelación que será concedido, en su caso, con efecto devolutivo, o iniciar un juicio declarativo general sumario de oposición cuya promoción no impedirá el cumplimiento de la decisión judicial impugnada. Elegida una vía de impugnación, se perderá la posibilidad de hacer valer la otra. También podrá solicitar la suspensión provisoria de la medida autosatisfactiva que lo afectare, en el supuesto que acreditare prima facie la existencia de la posibilidad de sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación, previo ofrecimiento y prestación de contracautela suficiente”.

81. También en fecha reciente se presentó -motorizado por la diputada Isabel Jobe- en la Cámara de Diputados de Santa Fe un Proyecto de ley análogo al chaqueño transcrito en la nota anterior.

82. El Programa del XII Encuentro Panamericano de Derecho Procesal (octubre de 1998) a realizarse en la ciudad de Trujillo (Perú) incluye como uno de los temas centrales, el siguiente: “Medios efectivo para garantizar los derechos litigiosos. La tutela anticipada de los derechos en el proceso civil. Reformulación de las medidas cautelares. Los límites de las medidas autosatisfactivas en orden al debido proceso”.

83. Nos referimos al art. 5º de la ley 11.529 de la Provincia de Santa Fe “Medidas autosatisfactivas”. “El juez interviniente, al tomar conocimiento de los hechos denunciados, medie o no el informe a que refiere el artículo anterior, podrá adoptar de inmediato alguna de las siguientes medidas, a saber: a) Ordenar la exclusión del agresor de la vivienda donde habita con el grupo familiar, disponiendo -en su caso- la residencia en lugares adecuados a los fines de su control. b) Prohibir el acceso del agresor al lugar donde habita la persona agredida y/o desempeña su trabajo y/o en los establecimientos educativos donde concurre la misma o miembros de su grupo familiar. c) Disponer el reintegro al domicilio a pedido de quien ha debido salir del mismo, por razones de seguridad personal...”.

intención de considerar el derecho constitucional a la salud como un bien/servicio comercializable al igual que cualquier otro en la sociedad”.

“En el caso de autos (ver parte II, capítulo 2, jurisprudencia, pag. 75 y ss.) se plantea la necesidad de la continuidad de la medicación a un enfermo de HIV.

Es decir, no sólo la obligatoriedad de la prestación por parte de la obra social, sino que la misma sea eficiente y adecuada temporalmente, pues de lo contrario implica simplemente una no prestación (arts. 740 y 742 Cciv) y la posibilidad de colocar en sumo peligro la vida y el derecho a la salud del paciente.

Ante esta situación la jueza aplica o concede la denominada medida autosatisfactiva desde el derecho procesal, sustentada desde el derecho de fondo en el PMO.

¿Qué es el PMO? La ley 24754 dictada por el Congreso de la Nación, implica que existe un límite al nivel de derechos disponibles en el tema de las prestaciones de salud, tanto en el ámbito privado, como semiprivado y público, ya que en la Argentina coinciden los tres regímenes.

En lo que hace al sistema de obras sociales y hospitales, es simplemente una explicitación del derecho constitucional a la salud, de que goza todo habitante de la Nación Argentina y por el cual es Estado (directa o indirectamente) debe brindar su prestación.

En el campo de la medicina privada y prepaga complementariamente significa que el contrato de adhesión que suscriben las empresas con los adherentes al sistema tiene un límite a sus derechos disponibles, que es precisamente el PMO.

Esto significa dos cuestiones: la primera, que en el contenido del PMO es obligatoria su prestación por parte de las empresas, pues la indisponibilidad como derecho lo torna irrenunciable para el paciente, por ser de orden público.

La segunda es que, pese a lo expresado, cualquier cláusula que implique limitar o trasladar su costo o no aplicación de los contenidos del PMO, se considera como lo establece el art. 37 de la Ley de Defensa de los Derechos del Consumidor, como no escrita o, dicho en otros términos más simples, está fulminada de nulidad absoluta.

Queda claro entonces que desde la sanción de la ley del PMO, en la Argentina, tenemos un nuevo derecho constitucional civil a la salud que rige obligatoriamente y compromete al Estado y a las empresas privadas a prestar esos contenidos mínimos, lo que no es poca cosa en una década (los noventa del siglo XX) en donde el neoliberalismo trató de privatizar y economizar todo, hasta el derecho a la salud.

Respecto a las medidas autosatisfactivas, así como en 1968 el derecho de fondo a través de la reforma del Dr. Borda sufrió un vuelco ideológico fenomenal hacia la solidaridad y la efectividad de los derechos humanos en todos aspectos (contrato, reparación de daños, etc.) el derecho procesal no había experimentado en la praxis el mismo vuelco pese a los esfuerzos de procesalistas del grupo del Dr. Morello, etc.

Sin embargo, desde la reforma de 1994, con la introducción del amparo como medida procesal de celeridad judicial, la jurisprudencia, siguiendo a procesalistas lúcidos y progresistas (Morello, Peyrano, Gozaini, etc.) ha desarrollado una serie de instrumentos que posibilitaron a los más necesitados del accionar del poder judicial tener un real y rápido acceso a la concreción de sus derechos.

La medida autosatisfactiva, como la explica la jueza Mabel de los Santos, es una situación procesal que en definitiva permite concretar el derecho de fondo sin que sea necesario concluir todo el procedimiento judicial pues se advierte per se el derecho como una incuestionable situación, donde la vida del peticionante está en grave peligro y no se lo puede obligar a sustanciar el juicio.

Esto es una justicia acorde con un derecho a la salud sustentable, en un país civilizado, que pretende ser del primer mundo, pues la salud y la vida de los habitantes no saben de derechos per se o en expectativa de reconocimiento, etc.

Sin duda la templanza de la magistrada y la posibilidad de contar con dos herramientas básicas para el ejercicio de los derechos, como son: un derecho de fondo con contenidos claros y objetivables (no como pretendió el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial, versión noviembre de 1998, subjetivar las situaciones como lo hace claramente el neoliberalismo para imposibilitar un ejercicio rápido y seguro del derecho cualquiera sea) y desde el procedimiento, con igual eficacia especialmente a la celeridad de resolución.

Aplaudimos entonces, las tres cuestiones: un derecho de fondo real y de contenidos indisponibles (el PMO), un derecho procesal con celeridad (las medidas autosatisfactivas) y una jueza con convicción ideológica por el derecho de las personas, que son, por esas casualidades seres humanos, de las capas más necesitadas de la sociedad”.

### **1.8 MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS: EL PODER JUDICIAL Y LOS DERECHOS HUMANOS, Por Carlos A. Ghersi, en J.A., 2001-III-425**

“Introducción. Es necesario, antes de iniciar nuestro comentario a este trascendental pronunciamiento (ver parte II, capítulo 2, jurisprudencia, pag. 78 y ss.) citar y resaltar una frase del mismo porque precisamen-

te en los momentos tan difíciles que vive la Argentina es el signo de esperanza de un pueblo que quiere vivir en paz y del ser humano que pretende recuperar su dignidad: 'La sujeción del juez a la Constitución y en consecuencia, su papel de garante de los derechos constitucionalmente reconocidos refuerza el compromiso jurisdiccional con los problemas de su tiempo y destierra paulatinamente la figura del juez pasivo; en este vínculo precisamente radica el principal fundamento de la legitimación de la jurisdicción en la actualidad'.

Sin duda merece ser puesta en la primera página de todos los diarios de nuestro país, para que en cada ciudad, pueblo o caserío, los niños, las mujeres y los hombres de buena voluntad, sepan que se está 'construyendo' un nuevo Poder judicial, con mayúsculas, desde abajo, como deben ser todas las revoluciones pacíficas y engrandecedoras del alma humana.

Son funcionarios públicos que en silencio y desde sus lugares de trabajo, hacen de su rol una premisa de honestidad, probidad y como diría Jürgen Habermas: 'El deber e compensar la carencia de sentido con valores por vía del aparato del Estado y ofrecer servicios de bienestar'<sup>84</sup>.

"El rol del Poder Judicial. Comparto aquel viejo pero sólido concepto de Gramsci acerca de que el 'Estado es soberano en la medida en que es la misma sociedad ordenada'<sup>85</sup> y precisamente desde la irrupción del neoliberalismo y la 'operación' destrucción del Estado, los ciudadanos, los seres humanos, están inertes ante el sistema que genera nuevos daños individuales, colectivos y sociales y que la teoría general del derecho de daños debe enfrentarse como nuevo desafío, pero que no lo puede hacer sin el auxilio del derecho procesal, como dice el maestro Morello<sup>86</sup>.

Las acciones institucionalizadas (la sentencia de un magistrado) contienen dos principios fundamentales, que son: creencia en la legitimidad (cumplen la exigencia de la doctrina de los valores) y la función ideológica del consenso intersubjetivo (la correlación de las acciones con la veracidad de sus preferencias) y en esto opera el rol del Poder Judicial como parte de la lucha de medios y fines en la sociedad.

Las dimensiones socio-históricas que la CN le adjudica al Poder Judicial en el proceso de nacionalización (en el sentido Weberiano) y reconstrucción de la distribución asimétrica en la sociedad, lo refunda como humanizador (escuela de Frankfurt) y lo coloca en la praxis real, como sujeto de la soberanía, que normalmente le corresponde, pero que mucho le ha costado asumir.

Los principios de organización le acuerdan al Poder Judicial una cuota de 'poder' como espacio abstracto y concreto de cambio social, de limitación de los otros poderes (control constitucional), de control del cumplimiento de las funciones de los otros poderes (el caso de autos es típicamente esta situación, la falta de entrega de un medicamento vital a una persona carenciada en resguardo de su salud, que es su propia vida) y estas 'metas' son las garantizadoras de los derechos fundamentales de la persona humana<sup>87</sup> que la Constitución Nacional, a partir de la reforma de 1994, ha incorporado por vía de los Tratados Internacionales<sup>88</sup>.

De allí que Poder Judicial, CN y función de los magistrados, son una trilogía de preferencia veritativa y de propensión al equilibrio imprescindible en el ambiente del sistema y en el mundo de vida (poder y auto gobierno).

Schelling en su obra 'investigaciones sobre la libertad humana' (1809), coloca una frase que siempre me ha hecho meditar mucho y que creo que es oportuna: 'La historia de la naturaleza comienza con el bien, puesto que es obra de Dios; la historia de la libertad, con el mal, pues es obra del hombre'.

Las personas en la naturaleza están librados a la voluntad de su creador, pero en la 'sociedad' pierden su libertad, en la necesidad de una convivencia sujeta a reglas que le aseguran la paz y seguridad.

El problema central es cuanto de esa libertad hay que dar.

Siempre hemos entendido que ese 'dar de la libertad' tiene su límite en la 'dignidad', pues cuando se coloca al ser humano en 'indignidad' se pierde la esencia misma de la persona y llega la marginación, el odio, la violencia y el devenir se torna incierto, oscuro pero no sólo para el 'despojado' sino para toda la humanidad (mi querido maestro Luis M. Boffi Boggero, me decía que cuando se dañaba a un ser humano, se estaba dañando a toda la humanidad).

El derecho a la vida no es un derecho a secas, por sí y en sí, (aun cuando sí lo sea en otro aspecto, entendiéndose bien) sino lo es indisolublemente unido a la dignidad, a la calidad de vida, al goce del 'ser humano'<sup>89</sup>.

84. HABERMAS, Jürgen, "Problemas de legitimación en el capitalismo tardío", 1998, Ed. Amorrortu, p. 8.

85. GRAMSCI, Antonio, "La política y el Estado moderno", 1993, Ed. Planeta, Madrid, p. 172.

86. MORELLO, Augusto M., "Entre la vida y la muerte", JA del 18/04/2001.

87. SERRANO, Alonso E., "Derecho a la persona", 1996, Ed. La Ley, Madrid, p.5

88. Consult Vega, Juan C. Y Graham, Marisa, "Jerarquía constitucional de los tratados internacionales", 1996, Ed. Astrea.

89. Consult. Hoff, Pedro, "Bioética y Derechos Humanos", 1999, Ed. De Palma.

Las patologías son contingencias en la vida de las personas que afectan su calidad de vida y que en la medida que puedan ser aliviadas o sanadas deben serlo, pues sino incorporan un sufrimiento que poco a poco denigran esa calidad de vida humana<sup>90</sup>.

En este sentido, la sociedad como núcleo organizado, al cual cada uno de nosotros le entrega parte de esa libertad, debe colocarse al lado del sufriente, pues esa es la 'función social del Estado o la Sociedad Organizada' de lo contrario esta última no tiene finalidad teleológica y pierde razones de sus esencias y existencia.

La entrega de un medicamento a una enferma de cáncer no puede ser negada bajo ningún pretexto, es más importante que construir autopistas para que circulen los automóviles, es más importante que el financiamiento de la política... es más importante... porque se trata de quitar el dolor, de ser misericordioso con el otro, ¿será esto tan difícil de entender para algunos funcionarios públicos?

No se puede pensar una organización social (de hecho la CN, LA 1995-A-26, no lo dispone así) sin un proceso de valorización ideológica del ser humano y esto es simplemente la 'dignidad del otro, del conciudadano, del emparejamiento frente a la realidad del que sufre.

No puede haber una sociedad concebible, donde aparezca la dicotomía entre la moral interna y la moral discursiva (entre una sentencia que rescata el valor de la dignidad y un discurso vacío y abstracto de un ministro de salud) donde haya oposición entre campos regulados por la moral y campos regulados por el derecho (Hegel, 'Fenomenología del espíritu).

El sistema de roles (entre los poderes) permite asegurar las funciones (desde la magistratura) donde esas contradicciones generan en una sentencia simple y humilde (pero de importancia central en el sistema) con acciones de evitación de daños.

Medidas anticipativas. El derecho procesal pretoriano ha logrado establecer mecanismos (medidas autosatisfactivas, anticipativas, etc.) que se colocaron en la entrelinea de los valores y las normas con inmanencia ontogenética que supieron priorizar su poder legítimo como herramienta de los derechos fundamentales.

Está bien, me hace ser optimista, me hace recordar la frase de Weber: 'la necesidad en que se encuentra todo poder y aun toda chance de vida, de obtener su autojustificación'.

Las necesidades humanas son temporales y espaciales de allí que fuera de un tiempo y lugar propios, dejen de ser prioridades para convertirse en el 'sitio' de la historia, por ellos cuando se necesita inmediatez, es necesario que el magistrado entienda que la prioridad es lo 'material' y no lo formal (amparos, medidas autosatisfactivas y anticipativas) porque está en juego la vida, la salud, la calidad de vida, valores 'ultraconstitucionales' patrimonios de la humanidad toda por sobre los Estados Nacionales; deberían ser el primer derecho globalizado y sin embargo pareciera no hablarse de esto.

Por eso es necesario insistir en que las herramientas derecho de fondo y derecho procesal deben aunarse en tiempo y lugar justos; de lo contrario, el derecho sólo servirá para el disciplinamiento social injusto y perderemos así la significación moral del derecho.

Reflexión a modo de colofón. Las constituciones burguesas, con sus reformas durante el Estado de bienestar (incluyo la de 1994 pues a pesar de que cronológicamente estábamos en el Estado Neoliberal, su contenido es propio de la década de los ochenta o sea de la restauración del Estado de Bienestar) constituyen una herramienta discursiva y reivindicativa que necesita de herramientas procesales y de magistrados que las hagan operativas (como en el caso de autos) pues de lo contrario estaremos en el doble discurso donde tener derechos no implica ejercerlos.

El 'decisionismo' (término acuñado por J. Habermas) de los jueces confirma la legitimidad de la acción de petición y posibilita deontológicamente reivindicar a la persona como imperativo de una sociedad que quiere establecer un sistema de preferencias o metas seleccionadas: primero los seres humanos<sup>91</sup>.

**1.9 EL AMPARO Y LA MEDIDA AUTOSATISFACTIVA COMO VIAS PROCESALES PARA LA PREVENCIÓN DEL DAÑO**, por Mabel De los Santos, en Rev. de Der. Proc., N° 2, p. 377 y ss, Edit. R. Culzoni, oct de 2002.

1) INTRODUCCION. "El fallo judicial que comentamos proviene de la ilustrada pluma de un estudioso juez de Mar del Plata, Pedro Federico Hooft, quien desde su labor diaria ha marcado una línea jurisprudencial valiente y comprometida con la finalidad de brindar un servicio de justicia eficaz. En ese orden de ideas resulta relevante la aplicación que realiza el magistrado del principio 'iura novit curia' que permitió resolver una acción de amparo como medida autosatisfactiva (vale decir: inaudita parte) a los fines de acordar tutela judicial en tiempo útil y prevenir de tal modo un daño a la salud de la accionante.

90. HABERMAS, Jürgen, "Problemas de legitimación en el capitalismo tardío", cit., p. 15.

91. BAKUNIN, Mijail, "Dios y el Estado", 2000, Ed. Grupo Editor de América Latina, p. 84.

Se ha dicho con razón que sólo se alcanzará la efectividad del Derecho cuando éste brinde instrumentos más aptos para la prevención que para la reparación del daño<sup>92</sup>. En ese orden de ideas en los últimos años ha cobrado especial interés la denominada función preventiva del Derecho de Daños<sup>93</sup> y, paralelamente, en el ámbito del Derecho Procesal se registra un incesante laboreo doctrinario respecto de los llamados 'procesos urgentes'<sup>94</sup>, los que constituyen instrumentos de trámite para obtener la denominada tutela preventiva.

Veamos el caso que analizamos: (ver parte II, capítulo 2, jurisprudencia, pag. 86 y ss.) se trataba de una amparada de 78 años de edad, quien se hallaba en inminente peligro de muerte por padecer una insuficiencia cardíaca aguda que motivó su internación de urgencia con fecha 28 de marzo de 2002. En el centro asistencial le proporcionaron transitoriamente un marcapasos exterior para levantar las pulsaciones cardíacas y los facultativos que la atendían prescribieron la colocación de un marcapasos en el interior del cuerpo de la actora, cuya cobertura social fuera solicitada a 'P.A.M.I.' obteniendo como única respuesta que debía esperar un mes para su suministro, tiempo que ponía en riesgo la vida de la paciente. La parte actora dedujo acción de amparo, la que de conformidad con lo dispuesto por el art. 10 de la ley de amparo provincial (ley 7166) y por el art. 321 del Código Procesal Civil de la Provincia de Buenos Aires, sólo puede ser resuelta previa sustanciación. Pero al conocer de la acción deducida el magistrado advierte la urgencia inherente a su pretensión y destacando la naturaleza de los derechos constitucionalmente reconocidos, la preservación de la salud y más aún de la propia vida, que no requieren justificación alguna" encuadra la pretensión impetrada como autosatisfactiva y la resuelve favorablemente en la primera providencia, disponiendo la protección del derecho conculcado. Con citas jurisprudenciales basa el trámite acordado en lo normado por el art. 20 de la Constitución Provincial que establece respecto del amparo 'la facultad del juez para acelerar su trámite, mediante formas más sencillas que se adapten a la naturaleza de la cuestión planteada'.

2) LA MEDIDA AUTOSATISFACTIVA, EL AMPARO Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. Cabe recordar que la medida autosatisfactiva -conforme los textos legales que rigen en la Provincia de Chaco (art. 232 bis) y en La Pampa (art. 305), únicos Códigos Procesales de nuestro país que la contemplan hasta la fecha, puede resolverse sin oír a la contraria cuando la urgencia del caso así lo imponga de manera que constituye una vía procesal que permite acordar la tutela del modo más rápido posible aspecto especialmente relevante cuando se encuentra en juego el derecho a la salud. Al respecto considero importante señalar que existen tres aspectos del proceso estrechamente vinculados a las condiciones del 'due process of law' los tres de jerarquía constitucional: la igualdad de las partes (art. 16 C.N.) la defensa en juicio (art. 18 C.N.) y la tutela judicial efectiva en tiempo útil (arts. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 75 inc. 22 de la C.N.). Cuando se encuentran involucrados derechos tales como la salud o la vida" en que los tiempos que demanda su tutela son más breves que los propios de todo proceso de conocimiento" sólo la medida autosatisfactiva -que puede resolverse 'inaudita parte'- permite compatibilizar y conjugar armoniosamente los tres principios del debido proceso legal antes referidos, dando prelación al que la tutela efectiva del derecho indica como prevalente. En el caso la celeridad.

Tal como señalara magistralmente Roland Arazi al referirse a los procesos urgentes<sup>95</sup> (cita a que remite el fallo que comentamos) 'el principal problema del jurista actual es determinar entre diferentes valores, todos respetables cuáles deben prevalecer'. De ninguna manera ni siquiera por respetar el traslado que impone la ley de amparo, puede el juez dar a la pretensión un trámite que pueda frustrar el derecho invocado en razón de la demora misma del procedimiento legislado, máxime cuando nos hallamos ante 'derechos líquidos', vale decir, cuando se invocan derechos cuya procedencia resulta palmaria. En este punto no resulta ocioso recordar que estas medidas urgentes se basan no sólo en la urgencia sino también en la evidencia de que el derecho invocado existe. Advértase que la mayoría de las críticas que se efectúan a los llamados procesos urgentes (entiéndase: tutela anticipada y medida autosatisfactiva) soslayan que se trata de casos en que el derecho de quien pide la medida es claro y que se configura más que una simple

92. TRABUCCHI, Alberto. "Istituzioni di Diritto Civile". p. 187, Ed. Cedam. 33. ed. Padova" 1992.

93. GHERSI. Carlos A, "Teoría General de la reparación de daños.", Edit. Astrea. 1999, pág. 332/335, ZABALA DE GONZALEZ, "Resarcimiento de daños", Edit. Hammurabi, 1999, T. 4, pág. 417/445, ANDORMO, Luis O.. "El denominado proceso urgente (no cautelar) en el Derecho argentino como instituto similar a la acción inhibitoria del Derecho italiano", J.A 7/6/95. NICOLAU. Noemí. "La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional". La Ley, T. 1996-A" Sec. Doctrina, pág. 1245, entre otros.-

94. MORELLO. Augusto M., "La cautela material", J.A 1992-IV-314 y "La cautela satisfactiva" J.A 1995-IV-414; BERIZONCE, Roberto O., "Tutela anticipada y definitoria", J.A 1996-IV-741. PEYRANO, Jorge W., "Lo urgente y lo cautelar", J.A 1995-1-899, "Informe sobre las medidas autosatisfactivas". LL 19-12-95, "Las medidas autosatisfactivas en materia comercial", J.A 1996-1-823. "Los nuevos ejes de la reforma procesal civil: la medida autosatisfactiva" E.D. del 24-10-96 y "Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas", J.A del 4/6/97, DE LOS SANTOS, Mabel, "Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas", J.A I 997-1V-800, entre muchos otros. Ver también: PEYRANO, Jorge W. y otros. "Medidas autosatisfactivas", Edit. Rubinzal Culzoni, 1999 y Peyrano. Carbone y otros. "Sentencia Anticipada", Edit Rubinzal Culzoni, 2000. Ver también Gozaini. Osvaldo A, "El amparo como vía de prevención del daño". La Ley del 14/11/2000.

95. ARAZI, Roland. "Derecho Procesal Civil y Comercial" T. II, p. 173, Edit. Rubinzal Culzoni, 1999.

Fallos 300:1102 y 302:299, entre otros citados en De los Santos, M., "Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia", J.A 1999-IV-992, ver pág. 1002.

verosimilitud del derecho (que viabiliza la traba de una medida cautelar). Es ese también el motivo por el cual ante los casos concretos en que la medida autosatisfactiva ha sido bien dispuesta porque el derecho es palmario, evidente, ostensible, no existen reparos que oponer a lo que el juez decidió. En síntesis: en esos casos el juez debe dar prelación a la celeridad (expresión de la tutela efectiva en tiempo útil) por sobre la defensa en juicio que se posterga para la posterior impugnación de lo resuelto, asegurando por esa vía la igualdad.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado en diferentes pronunciamientos que la defensa en juicio y el debido proceso deben compatibilizarse con una rápida y eficaz decisión jurisdiccional que haga verdad el postulado de afianzar la Justicia enunciado en el Preámbulo de la Constitución

Vale decir, como sintetizara Arazi en el párrafo transcrito, que allí el juzgador debe dar prelación al valor celeridad para evitar que se frustre el derecho que, por otra parte, debe resultar palmario, evidente.

Ahora bien, si esta tutela urgente en tiempo útil pudiera ser acordada por la vía del juicio de amparo no hubiera tenido necesidad el magistrado interviniente de realizar semejante esfuerzo dialéctico para otorgar la tutela por vía de una medida autosatisfactiva. Lamentablemente las leyes de amparo fueron condicionando tanto la efectividad de dicha vía para la protección de las garantías constitucionales que la esencia de las pautas sentadas por la Corte Suprema en los casos fundacionales Siri (27/12/57) y Kot (5/8/1958) fue desvirtuada por las leyes reglamentarias del derecho de amparo.

Es que existen supuestos en que el derecho de quien pretende el amparo es claro y la tutela debe acordarse con urgencia para evitar que se frustre el derecho. Sin embargo en tales casos el traslado sumarisimo o el requerimiento de un informe circunstanciado pueden aniquilar toda posibilidad de acordar tutela efectiva (en tiempo oportuno). Sería de desear que una futura ley de amparo previera la posibilidad de dictar resolución inmediata (sin oír a la contraria) cuando el derecho es evidente y la urgencia del caso no hace posible correr traslado previo a resolver, tal como lo prevé el art. 580 del Código Procesal Civil Paraguayo<sup>96</sup>. A igual solución permite arribar el art. 305 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa<sup>97</sup> al establecer la procedencia de la “medida autosatisfactiva” como vía procesal alternativa para el amparo contra actos de particulares y de la autoridad y también el art. 232 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Chaco<sup>98</sup>, al regular la medida autosatisfactiva aunque no sólo limitada a la tutela

96. “Art. 580. Sentencia inmediata. Cuando por las circunstancias del caso y la urgencia con que deba concederse la tutela no fuere posible sustanciar el amparo, el juez dictará sentencia sin más trámite”.

97. “ Art. 305- Medidas autosatisfactivas. Quien se encuentre en la situación prevista por los artículos 302 de este Código y 1° de la ley 703, la que la modifique o sustituye, y sostenga que la protección de su interés jurídico no requerirá de la ulterior promoción de un proceso de conocimiento, podrá solicitar al juez que adopte las medidas autosatisfactivas que sean necesarias, en caso de que la protección judicial no pueda ser lograda por otra vía legal eficaz. Para ello deberá explicar con claridad en qué consisten su derecho y su urgencia y aportar todos los elementos probatorios que fundamenten la petición. El juez se pronunciará con la urgencia que el caso requiera, concediendo o denegando la medida. Cuando sea posible, la sustanciará previa y brevemente con quien corresponda. Al decretar la medida el juez podrá: 1º) Exigir al peticionante caución real o personal. En este caso, determinará cuál ha de ser su vigencia. 2º) Limitar la vigencia temporal de la medida, sin perjuicio de su ulterior prórroga. Podrá también modificarla, sustituirla o dejarla sin efecto, cuando las circunstancias ulteriores lo justifiquen. A las medidas autosatisfactivas no les será aplicable el art. 201. El legitimado para oponerse a la medida, podrá: a) pedir su suspensión, en caso de que pueda sufrir un perjuicio de imposible o difícil reparación; para ello deberá ofrecer caución suficiente. b) interponer recurso de revocatoria. El mismo deberá ser acompañado de toda la prueba que lo fundamente. El juez lo resolverá sin más trámite o lo sustanciará en forma breve, cuando exista posibilidad de hacerlo. c) interponer recurso de apelación, directo o en subsidio al de revocatoria, que será concedido en efecto devolutivo. d) promover el proceso de conocimiento que corresponda, cuya iniciación no afectará por sí sola la vigencia de la medida. Interpuesto el recurso de apelación se pierde la posibilidad de iniciar este proceso.”

98. “Art. 232bis. Los jueces a pedido fundado de parte, respaldado por prueba que aparentemente demuestre una probabilidad cierta de que lo postulado resulta atendible y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, deberán, excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas. Según fueran las circunstancias del caso valoradas motivadamente por el tribunal, éste podrá exigir la prestación de cautela suficiente. Los despachos favorables de medidas autosatisfactivas presuponen la concurrencia de los siguientes recaudos y quedarán sujetos al régimen que a continuación se describe:

- a) Que fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho, producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación de fondo o procesal;
- b) Que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines;
- c) Los jueces podrán fijar límites temporales a las medidas autosatisfactivas que se despacharen y también podrán disponer, a solicitud de parte, prórrogas de los mismos. No rigen en la materia los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar,.
- d) Los jueces podrán despachar derechamente la medida autosatisfactiva postulada o, excepcionalmente y según fueran las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y reducida sustanciación que no excederá del otorgamiento a quien correspondiere, de la posibilidad de ser oído;
- e) El legitimado para contradecir una medida autosatisfactiva ordenada podrá optar por impugnarla entre la interposición directa del curso de apelación que será concedido, en su caso, con efecto devolutivo, o iniciar un juicio declarativo general sumario de oposición, cuya promoción no impedirá el cumplimiento de la decisión judicial impugnada. Elegida una vía de impugnación, se perderá la posibilidad de hacer valer la otra. También podrá solicitar la suspensión provisoria de la medida autosatisfactiva que lo afecta, en el supuesto que acreditara “prima facie” la concurrencia del riesgo de sufrir un perjuicio de imposible o difícil reparación y prestará contracautela suficiente.”

de la garantías constitucionales sino de cualquier otro derecho que requiera protección preventiva y urgente (vgr. arts. 1071 bis, 2499 y 2618 del C. Civil, entre otros).

En este orden de ideas cabe recordar que el mayor beneficio del instituto denominado "medida autosatisfactiva" radica en su maleabilidad para acordar una protección rápida y, por ende, eficaz ante conductas o vías de hecho que afectan un interés tutelable cierto y manifiesto<sup>99</sup>.

3) LA MEDIDA AUTOSATISFACTIVA COMO VIA PROCESAL PARA LA PREVENCION DEL DAÑO. El proceso de cognición plena y exhaustiva resulta absolutamente incapaz de garantizar una tutela preventiva adecuada. Este modelo de proceso clásico es fiel reflejo del modo como se concibió el rol del juez a partir de la revolución francesa. El juez sólo era la "boca de la ley" (Montesquieu), la función de las sentencias era sólo "declarativa" del Derecho, no admitiéndose que el juez diera órdenes<sup>100</sup>. Este modo de ver las cosas subordinaba al Poder Judicial al Legislativo y favorecía una visión estática y legalista del derecho. Tal concepción reflejaba la idea de una rígida delimitación de los poderes de intervención estatal en la esfera privada, respondía al temor a los excesos de cualquiera de ellos ya la certeza de que la "legalidad" aseguraría el funcionamiento previsible e imparcial de los tribunales. Sin embargo, casi doscientos años después se produce una reacción que sin llegar a retornar al derecho natural a la manera que éste se presentó en los siglos XVII y XVIII confía al juez la misión de buscar para cada litigio particular una solución equitativa, razonable y eficaz dentro de lo que el sistema jurídico le permite hacer<sup>101</sup>.

Hoy no es concebible la función del juez limitada a la mera declaración del derecho sino que se admite su poder para dar órdenes, lo que ha aproximado la concepción continental del derecho ala concepción anglosajona, regida por la tradición del "Common Law". Sin embargo nuestra tradición jurídica es renuente a permitir la tutela preventiva, que involucra conferir al juez un rol que excede de la mera declaración del derecho. Adviértase verbigracia que ello resulta del propio texto del art. 1142 del Código de Napoleón, por el cual toda obligación de hacer o no hacer, en caso de incumplimiento, se resuelve en pérdidas y daños.

Sin embargo la tutela declarativa, precisamente porque no determina un hacer o un no hacer, resulta impotente para permitir la prevención del daño y principalmente la tutela de las nuevas situaciones jurídicas que en su mayoría poseen contenido extrapatrimonial. Todo esto revela que el sistema clásico no fue pensado para permitir la tutela preventiva, o más aún que la doctrina clásica no se preocupaba por la tutela preventiva de los derechos, pues entendía que la única tutela contra el ilícito se constituía mediante la reparación del daño.

Actualmente se ha destacado que prevenir el daño o su agravamiento constituye una de las funciones más excelsas del sistema jurídico y que si es imprescindible una tutela preventiva también es necesaria la construcción de un procedimiento autónomo y suficiente para la prestación de esta modalidad de tutela. Vale decir: es preciso contar con un procedimiento ágil, adaptable a la urgencia inherente al caso y que culmine con una sentencia que ordene bajo pena de multa y que admita una tutela jurisdiccional anticipatoria de igual naturaleza. Se trata de una tutela que mira siempre hacia el futuro<sup>102</sup>.

No cabe duda que la sentencia que comentamos constituye claro ejemplo de la función preventiva del daño a la salud de la actora y que en nuestro sistema jurídico, en tanto no se sustituyan las leyes de amparo por un texto legal más adecuado a la protección que enuncia el art. 43 de la Constitución Nacional, dicha tutela preventiva sólo puede acordarse eficazmente a través de la denominada medida autosatisfactiva ínsita en la potestad cautelar genérica del art. 232 del Código Procesal de la Nación y de la Pcia. de Buenos Aires. Cuando se encuentra involucrado el derecho a la salud -comprendido implícitamente en el derecho a la vida- no son admisibles demoras ni trámites que pongan en riesgo su protección. No olvidemos que en estos casos estamos hablando de derechos cuya procedencia resulta palmaria.

#### 4) CONCLUSIONES.

- a) La eficaz protección del derecho a la salud -multidimensional y de tendencia expansiva, como lo califica Quiroga Lavié<sup>103</sup> hace imprescindible que los jueces cumplan con la tutela preventiva del daño que resulta implícitamente del texto del art. 43 C.N.<sup>104</sup>.
- b) Prevenir el daño o su agravamiento constituye una de las funciones más elevadas del derecho, para cuya concreción es menester contar con un procedimiento ágil, adaptable a la urgencia inherente al caso y que culmine con una sentencia que ordene bajo pena de multa. En la actualidad, dados los

99. DE LOS SANTOS, Mabel, "Medida autosatisfactiva y medida cautelar (Semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales, cit

100. TARENO, GIOVANNI, "Storia della tutela giuridica moderna", Bologna, Mulino, 1976, pág. 287/291.

101. PERELMAN, Charles, "La lógica jurídica y la nueva retórica", Edit. Civitas, 1988, pág. 179.-

102. MARINONI, Luiz G., "Tutela inhibitoria: la tutela de prevención del ilícito", conferencia dictada en las Jornadas sobre Responsabilidad Civil en Homenaje al Prof. René Padilla, 13 al 15 de Mayo de 1999 y publicada en El Derecho del 17/2/2000.

103. QUIROGA LAVIE, BENEDETTI, CENICACELAYA. "Derecho constitucional argentino", T. I. p. 155. Rubinzal Culzoni, 2001

104. El art. 43 CN. prevé la protección por vía de amparo contra todo acto que arbitrariamente o con manifiesta ilegalidad 'amenace' un derecho o garantía reconocido por la Constitución.

textos legales que regulan la acción de amparo y que la jurisprudencia considera vigentes luego de la reforma constitucional, dicha tutela preventiva sólo puede acordarse eficazmente a través de la denominada medida autosatisfactiva ínsita en la potestad cautelar genérica.

- c) Finalmente cabe destacar que el fallo no puede sino ser objeto de elogio, no sólo por el contenido de lo resuelto sino también por su elaborada fundamentación que da acabada cuenta de todos los aspectos involucrados así como, especialmente, por la actitud del juez que denota autoridad, responsabilidad y, sobre todo, que cumple su labor “con la conciencia vigilante del hombre frente a su propio destino”<sup>105</sup>.

Es también un ejemplo de eficacia en el ejercicio de la labor jurisdiccional, que sin duda contribuye a que la castigada sociedad argentina pueda recobrar la confianza en las instituciones, al menos la confianza en el Poder Judicial.

#### 1.10. NUESTRA OPINIÓN

Como vemos, no son pocos ni faltos de reconocimiento los nombres de juristas que alientan la legislación de la medida autosatisfactiva; pero como es lógico, también existen reparos opuestos.

Los curiosos de esta obra, a esta altura, tendrán su opinión formada habiendo leído estos pensamientos tan valiosos -como sus autores- reflejados por la pluma en forma clara y sencilla de cómo solucionar algunos de los problemas por los que atraviesa el derecho procesal en nuestros días.

Nosotros, hace tiempo que estamos convencidos de la importancia que tiene ocuparse de este tema y lograr la incorporación del instituto en el código de formas, a pesar de que algunos se empeñen en querer defender lo indefendible en contra de la procesalística moderna del siglo XXI que busca -entre otras cosas- hacer efectivos los derechos sustanciales de la sociedad toda.

No podemos estar de acuerdo con una postura que rechaza la medida autosatisfactiva alegando, fundamentalmente, la inexistencia del derecho de defensa en juicio y sosteniendo que las medidas cautelares cumplen el rol del instituto en cuestión satisfactoriamente. A ello le contestamos que de ningún modo se vulnera la contradicción, en todo caso se posterga por razones obvias ya aclaradas en la primera parte de esta obra, y que no es una regla inexorable el dictado de la medida inaudita parte, pudiendo el magistrado y su sana crítica decidir una sumaria sustanciación según las circunstancias del caso. Además, por un lado, al agraviado le asiste el derecho de recurrir la medida y por otro, se preserva la igualdad de las partes con la contracautela, lo que adquiere especial relevancia cuando la medida se decreta sin oír a la contraria y deben adoptarse recaudos para asegurar la responsabilidad por el eventual daño que pueda causar la misma en caso de ser impugnada y finalmente revocada (ver parte I, capítulo 3, pág. 21 y ss.).

Finalmente, nos interesa destacar la preocupación que la doctrina muestra, en los escritos citados a favor de la medida, en dar respuestas a soluciones jurisdiccionales urgentes. La vida, la salud y el patrimonio de los ciudadanos -mayoritariamente obtenido a base de esfuerzo y sacrificio-, entre otros valores, constantemente aclaman respuestas definitivas que de no ser despachadas, inútil habrá sido creer en un Estado de derecho.

105. COUTURE, Eduardo, “Introducción al estudio del Proceso Civil”, Depalma. 1988 (Conferencias dictadas en París en la primavera de 1949), pág. 77.

## Capítulo 2

### Jurisprudencia

Los siguientes fallos son representativos de la extensa jurisprudencia existente desde hace varios años en donde jueces preocupados por ejercer su función en los términos que ella lo demanda se han convertido en verdaderos pretores del derecho.

Con estas resoluciones, queremos reforzar nuestra idea acerca de la necesidad y urgencia de legislar la medida autosatisfactiva, teniendo en cuenta que en este capítulo no estamos intercambiando opiniones doctrinarias sino, reflejando la realidad a la cual está sometido el derecho procesal (y no al revés).

#### **2.1 JUZG. NAC. CIV., N. 67, 2/8/96 –“Clavero, Miguel Angel c/Comité Olímpico Argentino (C.O.A.) s/amparo”. –**

Buenos Aires, agosto 2 de 1996.-

AUTOS Y VISTOS: I) Por contestado en tiempo y forma el traslado conferido a fs. 81 en los términos del art. 48 del Código Procesal.

II) Para resolver la acción de amparo impetrada, oída la demanda a fs. 59/80;

Y CONSIDERANDO: I) Que como cuestión liminar corresponde señalar que la Corte Suprema de Justicia reiteradamente ha decidido que las decisiones en los juicios de amparo deben atenerse a la situación existente al momento de dictadas y que las sentencias deben ceñirse a las circunstancias dadas cuando se dictan, aunque aquellas sean sobrevinientes (cfr. Morello-Vallefn; “El amparo. Régimen procesal”, p.26, ed. Platense, Bs. As. 1992). Ello así toda vez que, como resulta del propio texto del art. 43 de la C.N., la lesión comprensiva de la restricción y de la alteración, debe resultar actual, de modo que si la lesión ha cesado, la reclamación no resulta viable por la vía del amparo. En efecto, la actualidad del perjuicio que exige el art. 43 citado significa que el gravamen debe existir al tiempo de incoarse la acción de amparo, como cuando se pronuncie la sentencia (cfr. Gozaini, O.A., “El derecho de amparo”, ed. Depalma, Bs.As.,1995, p. 30).

Es que el amparo tiende a “restituir la situación jurídica restringida o a que cese inmediatamente la lesión constitucional. Y nada más” (cfr. Morello-Vallefn, ob. cit., p.118 con cita de Fiorini, Bartolomé; “El recurso de amparo”). Ninguna otra pretensión –declarativa o de condena– es susceptible de ventilarse dentro del juicio de amparo, afirmación que es coherente con lo normado por el art. 13 de la ley 16986 que deja “...subsistente el ejercicio de las acciones o recursos que puedan corresponder a las partes, con independencia del amparo”, norma de aplicación analógica a la acción de amparo contra actos de particulares (art. 321 C.P.C).

Ahora bien, las precedentes consideraciones legales, doctrinarias y jurisprudenciales tienden a explicar y dar solución adecuada a la especial situación acaecida en estos obrados, en que, dada la inminencia de la lesión invocada como fundamento del amparo, la acción judicial debió obrar con especial rapidez de modo de dar solución eficaz a la problemática planteada, agotando el objeto del amparo que a la fecha ha perdido actualidad, sin perjuicio de las acciones ordinarias a la que la cuestión pueda dar lugar.

En efecto, la acción de amparo fue promovida sólo un día antes de que comenzaran las pruebas de ciclismo en que pretendía participar el actor. Si bien las mismas se extendían por varios días, era menester dar la solución más pronta a la cuestión, para evitar incurrir en la reiteradamente invocada ineficacia de la tutela jurisdiccional. A esos efectos, interpretada la medida cautelar pretendida como una diligencia cautelar innovativa que suponía un adelanto de la sentencia de mérito pero, resultando ineficiente la verosimilitud del derecho invocado, se consideró conveniente oír sumariamente a las autoridades del C.O.A a los fines de conocer si mediaban reparos relevantes que oponer a la pretensión cautelar de Clavero. Celebrada la audiencia de que da cuenta el acta de fs. 44 y habiendo manifestado los comparecientes la inexistencia de reparos, se dispuso la medida allí ordenada y notificada, de cuyo cumplimiento dan cuenta las propias manifestaciones de las partes de fs. 45/55.

Trabada la litis en los términos antes expuestos, se advierte que el objeto del amparo se ha agotado, restando únicamente decidir respecto de las costas de la acción promovida y multa por inconducta procesal solicitada por la demandada. En efecto, las cuestiones ahora traídas exceden el marco de conocimiento sumarísimo de la acción de amparo, pues se trata de temas susceptibles de mayor debate y que corresponden resolver de acuerdo con los procedimientos ordinarios, máxime meritando las eventuales consecuencias que pretendan derivarse de cualquier declaración judicial en autos, que, como antes se expusiera, resultaría improcedente habida cuenta que a la fecha no existe actualidad del perjuicio, ni posibilidad de retrotraer la realización de los Juegos Olímpicos.

Es que, tal como se expresara en la audiencia por la suscripta y lo refiere la propia actora en el escrito de fs. 83/88, la acción promovida hubiera encuadrado más adecuadamente en lo que la doctrina procesal

moderna denomina “medidas autosatisfactivas” o “cautela satisfactiva”, que es una especie de la tutela de urgencia (cfr. Peyrano, J.W.; “Vademécum de las medidas autosatisfactivas”, J.A. del 3/4/96; Morello, A.M.; “La cautela satisfactiva”, J.A., 1995-IV-414, entre otros). Se trata de soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, susceptibles de ser despachadas “inaudita pars” y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles.

Ahora bien, en el caso, no cabe duda que dicha medida agotó el objeto del amparo, máxime considerando que “la actualidad del perjuicio”, que es recaudo de procedencia del amparo, no existe a la fecha. En su mérito, corresponde dar por concluido el proceso de amparo por mediar extinción de su objeto.

II) En cuanto a las costas del proceso cabe señalar que en la especie se advierte una gran confusión respecto de las causas por las que el ciclista Miguel Angel Clavero debió regresar de la sede de los Juegos de la XXVI Olimpiada, pero es claro también que la accionada cumplió en término la orden judicial impartida a fs. 44. No constituye óbice el aviso tardío que invoca Clavero a fs.53 vta., toda vez que quien promueve una acción judicial expedita y rápida para viajar a la sede de los Juegos Olímpicos, habilitando la feria judicial y provocando una actividad extraordinaria de magistrados, funcionarios y auxiliares de la justicia, no puede excusarse invocando que estaba ajeno a la versión de que iba a viajar y estaba entrenando en la ruta, cuando en la audiencia su representante legal fue notificado de la medida ordenada, a cuyo cumplimiento debía coadyuvar (ver reconocimiento y manifestaciones de fs. 53/54).

Por las razones expuestas, habiendo cesado antes de la contestación de la demanda el acto u omisión por el que se requería el amparo (cfr. arg. art. 14 de la ley 16986, aplicable por vía de lo dispuesto por el art. 68, segundo párrafo del C.P.C), pero meritando también que en la audiencia celebrada en autos la demandada expresó no tener reparos que oponer a la medida cautelar pedida por la actora; que se encontraba presente, como se expresa por la demandada a fs. 49, el Presidente de la Federación Argentina de Ciclismo, quien debía conocer las circunstancias ahora invocadas a fs. 77/80; que mediaba sin duda gran confusión respecto de la situación de Miguel Angel Clavero a juzgar por el contenido y fechas de la documentación traída a fs. 59/76, lo que autoriza a presumir que el actor tampoco conocía las razones por las que no fuera acreditado para participar en los Juegos, corresponde en el caso imponer las costas del proceso por su orden.

En cuanto a la multa por temeridad y malicia pedida por la demandada, no mediando, por las razones antes expresadas, elementos suficientes que permitan tener por configuradas tales conductas violatorias de los principios de lealtad, probidad y buena fe, corresponde desestimarla.

Por ello, resuelvo: 1) Dar por concluida la pretensión de amparo por haberse agotado el objeto de la acción deducida. 2) Imponer las costas del proceso por su orden, desestimando la multa también pedida. REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE.

## **2.2 CApel.CC Rosario, sala II, setiembre 18-1998. –Faiart Argentina, S.A. s/medida cautelar innovativa.**

Rosario, setiembre 18 de 1998. – Visto: el recurso de revocatoria con apelación subsidiaria opuestos a fs. 91/4 contra la resolución no. 630/98 a fs. 87 que no hace lugar a la medida cautelar, atento la resolución no. 1675/98 de fs. 95 que rechaza la revocatoria y el memorial de agravios de fs. 98/102; y

Considerando: 1.Faiart Argentina, S.A. promueve medida cautelar ( fs. 71/78) a los fines que se ordena a los Bancos Bisel, S.A. y Comercial Israelita el no pago de ocho cheques de pago diferido que individualiza, correspondientes a sus propias cuentas corrientes.

Fúndase tal petición en que los señores Ramiro Neves Vieira y Luis Fructuoso Vieira, ex presidente y vicepresidente de dicha sociedad, dejaron de ocupar sus cargos a partir del 20/08/98 y libraron con representantes legales de la misma esos cheques a favor de sí mismos en concepto de “honorarios como director” por el período enero/ agosto 1998.

Afirmase que no se encontraban en relación de dependencia, ni tenían honorarios fijados conforme art. 261, LS. En la Asamblea del 05/05/98 no se trató el punto remuneración de los directores porque precisamente el ejercicio dio pérdidas( art. 26, LS).

Señala que en una asamblea del 07/01/98 se “propuso” una remuneración a los directores, pero en dicho acto asambleario no se aprueba tal propuesta. Relata que Ramiro Neves Vieira cesó en su mandato el 05/05/98 pero siguió ejerciendo de hecho la presidencia hasta el 20/08/98 fecha de la última asamblea que designó nuevo director.

Por último asevera que no le es posible interponer esta medida juntamente con la acción principal pues conforme el artículo 276 de la ley de sociedades, la acción social de responsabilidad contra los directores corresponde a la sociedad, previa resolución de la asamblea de accionistas, la cual fue convocada para el día 23 de setiembre de 1998. Agrega que los aludidos beneficiarios de los cheques si bien tienen domicilios constituidos en el país, ambos son extranjeros y no tienen bienes a su nombre aquí. Afirma hallarse en

serias dificultades económicas en cuya virtud el cierre de las cuentas corrientes causarían un perjuicio irreparable.

### **Ofrecen contracautela.**

Al resolver la señora jueza considera que desde un análisis preliminar y provisorio no se encuentran reunidos los presupuestos necesarios para el dictado de una medida de esa naturaleza por no advertir ni verosimilitud en el derecho ni verificable la irreparabilidad del perjuicio.

Al rechazar la revocatoria considera que no se da el *bonus fumus iuris* de la pretensión cautelar con la simple invocación del art.261, LS, ni se halla acreditado un obrar ilegítimo, resultando insuficientes los elementos probatorios arrimados. Agrega que además el derecho aparecería controvertido con la constancia de una asamblea que obra a fs.16. Agrega que en el caso de medidas innovativas se requiere algo más que el aludido *bonus fumus iuris* y que la verosimilitud de surgir de manera manifiesta de los elementos obrantes de la causa.

Agráviase a la promoviente estimando que su parte debe demostrar *prima facie* el derecho que la asiste. Citando doctrina, reitera y describe nuevamente las circunstancias del caso e insiste en la aplicabilidad del art.261,LS, y que la remuneración de los directores sólo puede fijarse válidamente por el estatuto o por una resolución asamblearia. Agrega que en autos se ofreció prueba documentada de todo ello sin que exista el derecho de aquellos. De consiguiente surge *prima facie* la viabilidad de su pretensión, al resultar obvio el obrar a contrario derecho de Neves Vieira y Vieira quienes abusaron de las facultades que les otorgaban sus respectivos cargos en el directorio. Critica posteriormente el criterio de hesitación que provoca en la sentenciante la asamblea que luce a fs.16, siendo que de ella surge la mera proposición de una remuneración sin ser sometida a votación por lo que no fue aprobada. Refiere por fin a la acción que promoverá encuadrada en los art.276 a 278 de la LS como "acción social de responsabilidad" para lo cual se ha convocado asamblea solicitada por la representante de la accionista mayoritaria de la sociedad (Faiart-Faiancas e Porcelanas, S.A. de Portugal) accionista que posee más del 99% del paquete accionario que se agrega al juicio (fs.6).

II. La pretensión cautelar ha sido interpuesta por la interesada acompañando documental autenticada y útil para acreditar la existencia de la sociedad promoviente, como de los instrumentos contractuales y documentación societaria que en general avalan sus postulaciones en el marco de lo reseñado más arriba (fs.1/65, 80/3 y 88/9).

Puede considerarse acreditado que Faiart Argentina, S.A. constituida aquí en julio de 1995 (fs.15) a petición (fs.8) de quien en la asamblea última (fs.45/48) es accionista mayoritaria (artículo 16 acta constitutiva, fs.3 vta.), convocó asamblea para el 23/09/98 (fs.6/7) para promover acción social responsabilidad contra Ramiro Neves Vieira y Luis Fructuoso Vieira.

Igualmente hay constancia (fs.16) que aludidos Neves Vieira y Vieira eran directores (presidente y vice) y en asamblea extraordinaria de enero de 1998 se propone una remuneración para los mismos la cual no es objeto de votación ni decisión; que estos directores cesan en sus funciones designándose nuevos presidentes y vice (fs.45/48). Se ha acompañado copia de los recibos datados el 18 de agosto de 1998 (dos días antes de la asamblea) y el 13 de agosto de 1998 por el que los aludidos declaran haber recibido los cheques en concepto de honorarios como los directores (fs.82/3).

Se halla acreditado que la promoviente tiene saldos deudores en los bancos y que el ejercicio último dio pérdida.

¿Asiste razón a la señora Jueza en el sentido de que en el caso no existe ni buena apariencia del derecho invocado ni acreditación de perjuicio irreparable?

### **¿Es procedente o improcedente la cautelar?**

III. Varios son los aspectos a tratar, pero en todo caso lo destacable es la particularísima excepcionalidad del caso.

A) Según puede verse la cautelar no se promueve simultáneamente con la acción principal, conforme sería esperable por el art.389 del CPCC.

Cierto es que se acredita el impedimento de demandar por resultar necesaria previamente la asamblea societaria que habilite la acción, y aun más, que se ha llamado a asamblea y ordenado publicación de edictos.

Pero no es menos cierto lo siguiente. Por un lado el propio argumento revela que aún no se halla expresada la voluntad societaria de promover juicio de acción social de responsabilidad. De otro, este juicio sólo tiene relativa conexidad con la medida y ésta importa alcanzar anticipadamente el objeto pretensional sustancial.

B) Frente a esto se yergue en toda su fuerza la realidad incontrastable del caso. En él se revelan los elementos propios de la urgencia, el perjuicio irreparable y más que la invocación de normas legales impe-

ditivas de las conductas sindicadas como legítimas y causantes del perjuicio irreparable.

En tal virtud aplicando del *iura novit curia* es dable advertir que nos hallamos en un terreno particularísimo que la doctrina ha dado en llamar “medidas autosatisfactivas” (Peyrano, W., “Medida Cautelar Innovativa”, p. 95, JA, 1997-II-926) que “sólo podría promoverse exitosamente partiendo de alguna consagración legal que regule una situación en particular” (ob. cit., pág.931). Y así se ha dicho: “el socio que toma conocimiento de que se está por violar el contrato social podrá perfectamente recurrir al Tribunal requiriendo una resolución inhibitoria a fin de impedir la concreción del acto...” (Silberstein, R., “Algunas aplicaciones de las Medidas Autosatisfactivas en el Derecho Societario Argentino”, JA, número especial 29/ julio 1998, pag.57).

Lo dispuesto por el art.261, inc.2do. de la LS importa una norma expresamente impeditiva en línea con la circunstancia del caso en que los Vieira no contaban con remuneración aprobada a ser percibida.

C) El tipo de medida solicitada. Consistente en orden de no pago de cheque a Bancos se revela como interfiriendo en una actividad del tráfico bancario y del cheque como medio de pago incausado; en cuyo caso la improcedencia es la regla.

No obstante en el caso obran recibos atribuidos a los mencionados ex directores cuyas firmas les resultan verosímelmente atribuibles al cotejo con otras constancias ciertas de autos (fs.82/3, 16, 48). Como que al individualizarse los cheques recibidos e imputados a la causa que se esgrime, es posible sortear la dificultad antes mencionada, pues tales cheques no resultan incausados en su emisión.

D) Comportando el libramiento de los cheques una suma de aproximadamente \$64.000 en comparación con los valores y circunstancias de dificultades financieras y económicas de la empresa, es evidente que asiste razón a la misma sobre la irreparabilidad del perjuicio si presentados al cobro los cheques fueran rechazados. Es decir importaría afectar directamente el crédito bancario que, obvio resulta decirlo, parece central para cualquier empresa.

E) Conforme la documental acompañada es verosímil la invocación del carácter de extranjeros, sin bienes en el país, por parte de los señores Vieira, con lo cual el peligro en la demora se torna aún más clara.

F) La contracautela ofrecida (fs.74 vta.) consistente en una máquina de colado por inyección marca “Netzsch” cuyo valor se estima en U\$S 129.000 resulta suficiente a sus fines en orden a los valores en que quedaría comprometida la cuestión. Es decir aproximadamente el doble del valor de los cheques en cuestión.

G) Por último, en sus agravios la presentante agrega el objeto pretensional cautelar –el no pago de los cheques –la siguiente expresión: “...en tanto y en cuanto los cheques en cuestión sean presentados al cobro por Ramiro Neves Vieira y/o Luis Fructuoso Vieira...” (fs.98, líneas 25/6).

Esta precisión permite darle a la tutela un contorno adecuado al evitar su incidencia respecto de terceros.

Por todo ello esta sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario resuelve: hacer lugar al recurso de apelación interpuesto. En consecuencia ordenar llevar adelante la medida solicitada en carácter de autosatisfactiva con la aclaración precedente del párr. g). Esto es ordenar a los Bancos Bisel, S.A. y Comercial Israelita, S.A. que se abstengan de pagar los cheques de pago diferido números ... correspondientes a la cuenta nro. ...del Banco Bisel, S.A. (sucursal 47 Fray Luis Beltrán) y los cheques de pago diferido números... correspondientes a la cuenta corriente nro. ... del Banco Comercial Israelita (casa central), en tanto y en cuanto sean presentados al cobro por Ramiro Neves Vieira y/o Luis Fructuoso Vieira; bajo la fianza ofrecida que deberá constituirse debidamente en autos y hágase saber. – José Humberto Donati.—José María Serralunga. –Alicia García (Sec. Marta Gurdulich).

### **2.3 JUZG. NAC. CIV., N. 67, 8/9/1999 - R. D., J. S. v. OBRA SOCIAL DE LA UNION OBRERA METALURGICA**

1ra. INSTANCIA. –Buenos Aires, setiembre 8 de 1999. –Considerando: 1.Por presentado, por parte y por constituido el domicilio.

Resérvese la documental original adjunta.

2. Al pedido de beneficio de litigar sin gastos formulado a f.19, sin perjuicio de lo dispuesto por el art.13 inc.b ley 23898 (1), ocurra el peticionante por el Centro de Informática del Fuero a los fines de requerir la respectiva carátula. A tal fin, procédase al desglose de la pieza de f.19.

3. Atento los términos del planteo formulado y lo que resulta acreditado con la documentación acompañada respecto de la imprescindible necesidad de que el accionante no interrumpa su tratamiento como portador del virus HIV., configurándose claramente -a criterio de la suscripta- un interés tutelable cierto y manifiesto en razón de la expresa obligación que impone a las obras sociales la ley 24455, art.1 (2), considero aplicable al caso el trámite establecido por la doctrina y jurisprudencia para la llamada “medida autosatisfactiva”, bajo cuyos parámetros habré de resolver *iura novit curia* la pretensión formulada en la demanda de fs. 15/18.

Se ha entendido que la llamada "medida autosatisfactiva" constituye una solución jurisdiccional urgente, autónoma, despachable inaudita et altera pars y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles (conf. Peyrano, J.W., "Informe sobre las medidas autosatisfactivas", LL 1996-A-1000, entre otros). Dicha medida comporta la satisfacción definitiva del requerimiento del postulante y resulta un instrumento útil para remover "vías de hecho". Los textos vigentes y proyectos de reforma que la contemplan la supeditan, en términos generales, a que: 1) se acredite la existencia de un interés tutelable, cierto y manifiesto; 2) su tutela inmediata sea imprescindible, produciéndose en caso contrario su frustración; 3) que el interés del postulante se circunscriba a obtener la solución de urgencia requerida; 4) sólo en caso necesario corresponde exigir contracautela (conf. art. 305 CPCC. La Pampa, ley provincial 1828 [3], art. 232 bis CPCC. Chaco [ley provincial 4559] [4], art. 5 ley 11529 Prov. Sta. Fe [5] y art. 67 Anteproyecto de Código para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) y ver De los Santos, M., "Medida autosatisfactiva y medida cautelar (semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales) en Revista de Derecho Procesal, t. 1, 1998, Ed. Rubinzal-Culzoni, ps. 31/55).

En el caso, el art.1 ley 24455 establece que "todas las obras sociales y asociaciones de obras sociales del Sistema Nacional incluidas en la ley 23660 (6), recipendarias del fondo de distribución de la ley 23661 [7], deberán incorporar como prestaciones obligatorias: a) la cobertura para los tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos de las personas infectadas por alguno de los retrovirus humanos y los que padecen el Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida (SIDA) y/o las enfermedades intercurrentes;...".

En autos resulta evidente que la accionada se encuentra obligada por la norma antes transcrita, la que constituye un estatuto de orden público (conf. C. Nac. Civ., sala C, 14/10/97, " T.J.M.v. Nubial S.A.", DJ 1998-1-1078) (8). En efecto, las obras sociales sindicales integran el llamado "Sistema Nacional del Seguro de Salud", cuya administración corresponde a la ANSSAL., de conformidad con lo que resulta del art.1 inc. a ley 23660, siéndoles por ende aplicable lo establecido por el art.1 ley 24455.

Encontrándose en juego en el caso uno de los derechos más relevantes, como es el derecho a la salud, que hace a la dignidad de los hombres, especialmente de quienes padecen enfermedades, es menester el efectivo cumplimiento de las normas imperativas vinculadas con su protección eficaz (conf. Kiper, Claudio M., "Derechos de las minorías ante la discriminación", 1998, Ed. Hammurabi, ps.257/259).

Ahora bien, en el caso el actor manifiesta que si bien la obra social de la U.O.M. ha cumplido su obligación de suministrar la medicación por él requerida, lo ha hecho de manera discontinua, obligando al nombrado a suspender el tratamiento en razón de que sus recursos limitados le impedían afrontar su costo (ver f.9), lo que motivara el reclamo de que da cuenta la nota enviada el 23/7/1999 de la que hasta la fecha de su presentación el actor manifiesta no haber tenido respuesta. Asimismo, del certificado médico de f.1, cuya copia obra a f.8 resulta probada la imprescindible necesidad de no interrumpir el tratamiento a los fines de su eficacia, evitando generar resistencia del virus y mala respuesta a la medicación suministrada.

La circunstancia planteada y la documental obrante a fs.1/5 de autos permite concluir que se configuran en el caso los presupuestos de procedencia de las medidas autosatisfactivas, desde que existe un interés tutelable cierto y manifiesto en cabeza del actor y es menester su tutela inmediata para evitar la frustración del derecho a la salud, sin que sea necesaria la dación de contracautela atento la evidente procedencia de lo solicitado y sin perjuicio de lo que corresponda resolver sobre las costas del proceso (conf. "Medida autosatisfactiva y medida cautelar [semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales]", citado, Revista de Derecho Procesal, n.1, 1998, Ed. Rubinzal-Culzoni, p.51).

Configurados tales presupuestos resulta inconciliable con la urgencia inherente a la solución jurisdiccional que se reclama conferir traslado sumarísimo a la obra social del amparo promovido, habida cuenta de que la procedencia de la pretensión urgente deducida resulta expedita.

Por ello, resuelvo: disponer que la obra social de la Unión Obrera Metalúrgica suministre de manera regular, continua y permanente los medicamentos necesarios al actor para el tratamiento del virus HIV., de conformidad con lo dispuesto por el art.1 ley 24455, bajo apercibimiento de astreintes y de las demás sanciones que correspondan por desobediencia. Comuníquese la resolución a sus efectos al Ministerio de Salud y Acción Social. –Mabel A. de los Santos.

#### **2.4 TRIB. FAMILIA LOMAS DE ZAMORA, N. 3, 24/5/2001 - M., H. N. V. PAMI**

2<sup>da</sup> INSTANCIA. –Banfield, mayo 24 de 2001. –Considerando: 1. Que el 22/5/2001 a fs. 1/4 y 13/14 se presenta H. N. M. Como afiliada de PAMI n. 405078702604, por sí, con el patrocinio letrado de la Dra. Olga I. Vázquez, solicitando:

1) El cese inmediato de la omisión en que incurre el PAMI al no entregarle el medicamento prescripto el 17/4/2001 por la médica oncóloga de cabecera asignada por el PAMI, Dra. Diana L. Beloqui, y 2) El suministro en el día de la fecha del fármaco Arimidex (anastrozol 1mg.), sin más dilaciones y teniendo en cuenta que se trata de una medicación de largo plazo.

Hállanse agregadas en autos las constancias de los sucesivos rechazos de PAMI (20/4/2001, 2/5/2001 y 9/5/2001), fotocopias del resumen de la historia clínica, del informe histopatológico, del centellograma óseo total, de la resonancia magnética de columna cervical, de las órdenes de tratamiento oncológico, del informe de tratamiento de cobalto terapia.

A fs. 16/22 la medida forense de la Asesoría Pericial departamental, especialista en Medicina Legal y en Ginecología, Dra. Gladys C. Zurbano, se expide a partir de la documentación de interés médico legal obrante en autos, sobre la urgencia en el suministro de la medicación requerida.

Resulta de su detallado informe que:

a) H.N.M. padece de un carcinoma ductal infiltrante de mama diagnosticado en 1984, tratándose de un cáncer de tipo invasivo y en oportunidades multicéntrico; que a pesar de los tratamientos efectuados presentó metástasis ósea (columna cervical y dorsal), lo que sustenta la necesidad de que sea sometida a tratamiento de hormonoterapia de 2<sup>a</sup> línea con un inhibidor de los estrógenos a nivel suprarrenal, como es el Arimidex.

b) La medicación propuesta es sumamente necesaria, siendo urgente la necesidad de su administración, ya que se ha agotado el tratamiento de primera línea.

2. En el caso planteado es competente este Tribunal de Familia por disponerlo el art.827 inc.t CPCC. Bs. As., “en todo asunto relativo a la protección de personas”. Conforme señalan Berizonce, Bermejo y Amendolara, la latitud del precepto y su naturaleza residual dejan una puerta abierta para que el tribunal pueda conocer en cuestiones expresamente no contempladas en los incisos anteriores, pero que hagan a la integridad física o espiritual de las personas, en el ámbito personal o familiar. (Berizonce, Bermejo y Amendolara, “Tribunales y proceso de familia, Ley 11453 modif. por ley 12318”, 2001, Ed. Librería Editora Platen- se, p.97).

H.N.M. que padece una grave enfermedad oncológica, promueve acción de amparo contra PAMI, debido a la dilación en la entrega de un medicamento, a efectos de que cese la falta de atención sanitaria que la perjudica. Simultáneamente con la acción de amparo deducida, peticiona que se ordene en el día de la fecha el suministro del fármaco solicitado, sin más dilaciones.

El Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP - PAMI) fue creado por la ley 19032, aclarándose su naturaleza jurídica por medio de la ley 19465, en la que se señaló su carácter público no estatal.

Por lo tanto, se ha promovido en autos un amparo portador de una medida urgente, pues la pretensión material del amparo y la pretensión de la medida esgrimida son idénticas; en realidad, lo único que se pretende es la entrega por parte de PAMI del medicamento prescripto, sin demora.

Entonces, al decretarse la medida urgente solicitada deviene innecesario sustanciar el amparo, dado que se habría operado la extinción de la pretensión que comporta y el proceso respectivo por sustracción de materia –siéndole prohibido al órgano jurisdiccional dictar pronunciamientos abstractos –.

En la jurisprudencia, similar situación se verificó en el caso “Clavero, Miguel A. v. Comité Olímpico Argentino” fallado por el Juzgado Nacional de ferias en julio de 1996, en el que se adosó una medida cautelar genérica a la acción de amparo deducida, cuando lo único que se pretendía era el dictado de la medida ordenando la acreditación del actor en el equipo de ciclistas argentinos ante la XXVI Olimpiada, del que había sido excluido “por no estar en los listados”. Así, en la resolución final el juez da por concluido el proceso, por “haberse agotado el objeto de la acción deducida” con el dictado previo de la medida (fallo citado por Mabel A. De los Santos en JA 1997-II-926, por la C. Civ. y Com. Lab. y Paz Curuzú Cuatiá, 13/5/1999 en “Balbi, Carmen y otros v. Provincia de Corrientes”, anotado por Jorge A. Rojas en JA 2000-II-71 y por este Tribunal de Familia en “S., M.I. s/protección de persona”, 21/5/1999, anotado por Carlos A. Ghersi en JA 2000-II-393).

También la C. Nac. Civ., sala C, se ha expedido ante cuestiones procesales de esta índole, resolviendo que “es procedente el amparo al solo fin de obtener una medida cautelar autónoma innovativa” (LL 1996-E-109).

No obstante haberse admitido por la doctrina y por prestigiosa jurisprudencia que “la acción de amparo resulta la vía idónea para la efectiva protección del derecho a la vida como a la salud y a la integridad física” (Juzg. Crim. y Corr. Transición Mar del Plata, n. 1, 13/3/1999, consid. 3, anotado por Carlos A. Ghersi, en JA 6166 del 3/11/1999), en la comisión VII de las IX Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal y Laboral, llevadas a cabo en Junín en el mes de noviembre de 2000, una de las cuestiones tratadas fue el tema de las medidas autosatisfactivas y el amparo, sobre el que existieron dos posturas, cuyo detalle se considera pertinente transcribir por su vinculación con la problemática de autos.

La primera: a) En presencia de actos u omisiones encuadrables en los términos del art.43 CN., la acción de amparo es susceptible, con rapidez y eficacia, de dar adecuada satisfacción a esos derechos; b) Como regla, deben los jueces, por aplicación de los artículos 16 y 18, oír previamente a la persona afectada por el

fallo, aunque excepcionalmente, cuando ello no resulte posible por la urgencia del caso o la irreparabilidad del perjuicio invocado, resolver la cuestión inaudita parte; y c) Las leyes reglamentarias de la pretensión de amparo deben contemplar esta última posibilidad. La segunda: a) Se recomienda legislar prioritariamente – de manera no demasiado detallista– las formas urgentes del moderno proceso civil argentino (medidas autosatisfactivas, tutela anticipada, etc.). Sin perjuicio de ello, se estiman que pueden despacharse pretoriamente con el marco normativo actual; y d) El régimen de amparo no siempre resulta idóneo para servir de carril procedimental para las vías urgentes del proceso civil (Revista de Derecho Procesal, 2001-1, Ed. Rubinzal-Culzoni, p.538).

Subyace en los temas abordados en las jornadas, uno de los más significativos desvelos del estado constitucional de derecho real –el acceso a la justicia– y también, una tendencia –la identificación de los obstáculos y sus interrelaciones, para poder idear los medios e instituciones efectivos para superarlos –. Estas técnicas de garantía de los contenidos sustanciales del derecho, vinculados normativamente a los principios y a los valores inscriptos en la norma constitucional, constituyen la tarea y la responsabilidad de la cultura jurídica. Pues como sostienen Cappelletti y Garth, citando a Jacob, “son las reglas procesales las que infunden vida a los derechos sustantivos, las que activan dichos derechos para hacerlos efectivos (Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant, “El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos”, 1996, México, Ed. Fondo de Cultura Económica).

En el marco de estas precisiones y con estas exigencias, se analiza la situación de H.N.M., una mujer mayor afiliada al PAMI, que percibe mensualmente una pensión de \$102 y que padece cáncer ductal de mama invasivo con metástasis a nivel óseo.

Del resumen de historia clínica de fecha 17/4/2001 –fecha de presentación de la solicitud en PAMI–, confeccionada, firmada y sellada por la médica oncóloga tratante en papel con los datos identificatorios de la clínica (Clínica Modelo de Lanús, dirección y teléfono), surge lo siguiente: 1) En 1984: cáncer de mama derecho (T4 indica la porción del pecho afectada por la enfermedad, casi en su totalidad) con metástasis (TMx); 2) en 1988: cáncer de mama izquierda; 3) en 1992: extracción quirúrgica de los ovarios; y 4) en 2001: metástasis ósea en columna cervical y dorsal, tratamiento de primer nivel con tamoxifeno, y prescripción de tratamiento de segundo nivel con Arimidex (f.6).

Motiva la presentación judicial actual, la demora de más de un mes (desde el 17/4/2001 hasta 22/5/2001) por parte de PAMI, en el suministro del fármaco mencionado ut supra prescripto por la médica oncóloga tratante, que ha sido considerado necesario y urgente por la médica forense de la Asesoría Pericial departamental, especialista en ginecología (f.22).

a) Preciso es admitir que el tribunal considera en sus decisiones los componentes reales que operan sobre las necesidades humanas (Ghersí), lo que significa un reconocimiento del valor “humanidad” y la reubicación de la persona humana como centro del derecho, poniendo el acento en todos sus aspectos: los físicos o somáticos y los psíquicos; individuales, sociales, familiares, relativos a la capacidad de contemplación, de gozar, de proyectar, sentir, amar, al estado de salud (Mosset Iturraspe), advirtiendo en virtud de ello, y procurando superar, la incompatibilidad entre el “progreso jurídico” y las condiciones materiales y espirituales que conspiran contra la dignidad humana y la libertad (Ghersí, Carlos A., “Metodología de la investigación en las ciencias jurídicas”, 2001, Ed. Gowa profesionales, p.112, p.39; Mosset Iturraspe, Jorge, “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, n.1, “Daños a la persona”, Ed. Rubinzal-Culzoni).

En virtud de lo expuesto, la prevención –como mecanismo asegurado por la Constitución como garantía implícita para neutralizar los perjuicios no causados– constituye un mandato para la magistratura, cuya función preventiva de daños es una faceta de su accionar, tanto o más importante que la de reparar los perjuicios causados; en especial cuando se trata de los derechos humanos primeros (en cuyo caso la prevención es preferible a su reparación) de los más vulnerables (en cuyo caso la tutela debe ser mayor). Por lo tanto, este tribunal considera a la actora en situación de vulnerabilidad, que amerita el mandato preventivo de daños, fundado en la gravedad de su enfermedad, en el sufrimiento que genera el padecimiento físico que la aqueja desde 1984, en el escaso ingreso económico mensual y en su edad (conf. Preámbulo y art.75 inc.23 CN.; Corte Sup., “S., V. v. M., D. A. s/medidas preventivas”, 3/4/2001; Peyrano, Jorge W., “El proceso atípico”, 1993, Ed. Universidad, p.30; De los Santos, Mabel, “Los valores en el proceso civil actual y la consecuente necesidad de reformular los principios procesales”, JA 2000-I-752).

b) Asimismo, ante el derecho a la vida y el derecho a la preservación de la salud que lo integra –determinantes para el desarrollo de todo proyecto vital–, pues de ellos dependen los demás bienes humanos, se tiene el derecho a que los demás se abstengan de atacarlos, a la conservación de la vida y al goce de ella. Y en la dimensión jurídica el goce comporta su defensa (conf. Preámbulo y arts. 33, 42 y 43 CN., 3 y 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos [1], 12 incs.1 y 2 ap.d del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales, y Culturales [2], 4 inc.1, 5 inc.1 y 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos [3], 12 y 36 inc.8 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires – Trib. Familia

Lomas de Zamora, n.3, 21/5/1999, "S., M.I. s/protección de persona", anotado por Carlos A. Ghersi, en JA 2000-II-393 -).

A esos fines, reclama M. que se ordene a PAMI la atención sanitaria oportuna, mediante el cese de la omisión constitucional actual al denegarle mediante sucesivos rechazos la prestación del servicio farmacológico oncológico debido (PMO.), sin fundamentos suficientes –ilegibilidad de los estudios enviados, falta de dirección y teléfono de la Clínica Modelo de Lanús, inadmisibilidad de los sellos preimpresos de los profesionales, reenvío de estudios médicos, entre otros –.

El sentimiento jurídico se rebela frente a respuestas que conspiran abiertamente contra el respeto a la dignidad humana. Pues se contraponen a las razones invocadas por PAMI, el daño a los valores humanos básicos: la vida y la salud. Cabe destacar, además, para comprender la magnitud del incumplimiento –en el que abrevia su antijuricidad manifiesta–, que el objetivo fundamental del Sistema Nacional de Seguros de Salud consiste en "proveer el otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas". (conf. art.2 ley 22661 y resolución general 247/1996 Ministerio de Salud y Acción Social sobre cumplimiento del Programa Médico Obligatorio).

Frente a esta situación humana de urgencia y gravedad, en la que se peticiona la defensa de los derechos humanos esenciales de una mujer, el mandato constitucional-procesal exige una tutela judicial efectiva y sin demoras indebidas, consagrada por los arts. 18, 75 inc.22, 8 ap.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (4) y 827 inc. t CPCC. Bs. As. (5).

En orden a la efectividad de los derechos, el régimen del amparo no resulta idóneo como carril procedimental en autos, pues deviene abstracta la cuestión una vez que se resuelve la medida urgente esgrimida simultáneamente, porque coinciden ambas pretensiones.

Por lo demás, diversos procesos urgentes forman parte de la respuesta de la ciencia del derecho y de la práctica judicial a la demanda latente de métodos para hacer efectivos los derechos, reconociendo la recurrente dificultad de poner en vigor las leyes ideadas para proteger y beneficiar a los sectores menos poderosos de la sociedad. La sujeción del juez a la Constitución, y, en consecuencia, su papel de garante de los derechos constitucionalmente reconocidos, refuerza el compromiso jurisdiccional con los problemas de su tiempo y destierra paulatinamente la figura del juez pasivo; en ese vínculo precisamente radica el principal fundamento de la legitimación de la jurisdicción en la actualidad.

En este sentido, Gelsi Bidart sostiene que no puede hablarse de humanización procesal, si no nos referimos a la época en que nos encontramos, por cuanto el hombre es un ser histórico y el proceso un medio modificable a través del tiempo, según las necesidades y modalidades que van apareciendo... la radical individualidad del hombre por una parte y las diferentes clases de sociedad que va construyendo, obligan a revisar continuamente los medios que en ella se utilizan (Gelsi Bidart, Adolfo, "Humanización del proceso", en "El proceso. Los nuevos desafíos").

Entonces, en base a las consideraciones previas, aplicando el principio *iura novit curia*, la cuestión planteada encuadra en la estructura del proceso urgente denominado "medida autosatisfactiva", caracterizada por ser una solución jurisdiccional excepcional, urgente, autónoma, de ejecutoriedad inmediata, despatchable inaudita et altera pars, mediando una fuerte probabilidad de que lo pretendido sea atendible, y que se juzga, en este caso, tan atendible que deviene innecesaria la contracautela ("Faiart Argentina S.A.", C. Civ. y Com. Rosario, sala 2<sup>a</sup>, 18/9/1998, anotado por Roberto A. Vázquez Ferreyra en JA 1999-I-470 –fallo en el que se dictó una medida autosatisfactiva mediante la aplicación del principio *iura novit curia*–).

Disponer de esta situación urgente una comunicación previa a PAMI implicaría ignorar el deber judicial de tutelar el derecho a la vida, que incluye el derecho a la preservación de la salud; específicamente, significaría no hacer cesar un daño que persiste desde hace más de un mes y que no es evitable por otros medios, porque la peticionante carece de recursos económicos suficientes, ignorándose así los avances del cáncer diagnosticado sobre el cuerpo de H.N.M. –avances que agravan instante tras instante su deteriorada salud–, y como consecuencia disminuyen su calidad de vida con menoscabo de su dignidad. En general, significaría desconocer que el acontecer de la vida aparece inserto en el tiempo; en especial, significaría no poder comprender las resonancias dolorosas que para la peticionante enferma de cáncer con metástasis ósea, tendría la lectura de Borges: "El tiempo es la sustancia de que estoy hecho. El tiempo es un río que me arrebató, pero yo soy el río; es un tigre que me destroza, pero yo soy el tigre; es un fuego que me consume, pero yo soy el fuego..." (Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant, "El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos", 1996, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, p.17, "Diferencias entre el poder de los litigantes –la situación económica–"; Borges, Jorge L, "Nueva refutación del tiempo", Obras Completas, Ed. Emecé, p.771; Cárdenas, Eduardo, "El tiempo en los procesos de familia", LL 1985-D-748).

Sin embargo, aun frente a una situación en que se hallan ofendidos valores de tan alta jerarquía como los de autos –que justifican la preferencia jurisdiccional y consiguiente postergación temporal del principio de

bilateralidad–, la satisfacción definitiva de los requerimientos de quien postula la medida debe entenderse en sus justos límites, pues, conforme explica Morello, ello ocurrirá en los supuestos en que la medida sea consentida o que adquiera firmeza como resultado de la frustración de las vías impugnatorias.

Se ha reafirmado el carácter excepcional de este tipo de proceso tendiente a obtener la tutela autosatisfactiva, debido precisamente a que no cabe duda de que el principio de bilateralidad, aun cuando no se ha suprimido, debe reconocerse que se encuentra debilitado. Por ello tienen que existir valores de jerarquía superior que autoricen ese debilitamiento, a fin de que éstos no se vulneren totalmente. En el conflicto de valores el juez debe preferir el que estime prioritario (Arazi, Roland y Rojas, Jorge A., “Código Procesal Civil y Comercial, comentado, anotado y concordado con códigos provinciales”, t.1, 2001, Ed. Rubinzal-Culzoni, p.753).

Recientemente afirmó la Corte Suprema de la Nación, que “...el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (6) (Fallos: 302:1284 [7]; 310:112 [8]... el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de la naturaleza trascendente– su persona es inviolable y constituye el valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos 316:479 [9], votos concurrentes)... a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc.22), se ha reafirmado en distintos pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud –comprendido dentro del derecho a la vida– y se ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública en garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga” (Corte Sup., causa C.823 XXXV RH, “Campodónico de Beviacqua, Ana C. v. Ministerio de Salud y Acción Social – Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásticas” –24/10/2000– consid. 15 y 16).

El hombre como eje y centro del derecho. Esta idea fundante ha sido vivificada por el constituyente de 1994, mediante la jerarquización constitucional de los tratados de derechos humanos, que Ekmekdjian denomina “Tratados de integración humanitaria (que internacionalizan los derechos humanos)”. Entiende este Tribunal de Familia, en coincidencia con Quiroga Lavié, que con dicha jerarquización, “se ha priorizado la ética sobre la economía” (Ekmekdjian, Miguel A., “Tratado de derecho constitucional”, t.7, 1997, Ed. Depalma, p.616).

Por todo lo expuesto, corresponde hacer lugar a la medida urgente solicitada por H.N.M., en calidad de autosatisfactiva. Por lo tanto, el tribunal ordena a PAMI: 1) la entrega de la medicación Arimidex (anastrozol 1 mg.) de 28 comprimidos, conforme a la prescripción de la Dra. Diana Beloqui, por intermedio de la Farmacia Forcada, ubicada en la calle Juan XXIII 596 de Lomas de Zamora, con teléfono n. 4282-0871, y dentro de las veinticuatro horas de la notificación de la presente resolución, responsabilizándose en forma personal al interventor a cargo de la dirección del ente público por el incumplimiento de lo ordenado, y 2) conforme a una interpretación previsor, asegurar las entregas futuras de la medicación prescrita por los médicos tratantes, en forma continuada, evitando dilaciones burocráticas innecesarias y toda discontinuidad en el tratamiento oncológico de H.N.M., con número de beneficio 405078702604. 3) Por la naturaleza de la cuestión planteada, sin costas (conf. art. 68 párr. 2° CPCC. 4) Se autoriza a Graciela L. Vázquez para todo diligenciamiento o notificación, a efectos de dar cumplimiento a todo lo aquí ordenado. –María S. Villaverde.– Gabriel C. Díaz Dopazo.–Enrique Quiroga.

## 2.5 JCCorr. de Trans. N° 1 de Mar del Plata, causa 3/53.652

Mar del Plata. 10 de abril de 2002

Y vista:

La acción de amparo interpuesta por la Sra. Roxana Sonia Recouso, en representación de su abuela materna Sra. Corina Luca, y con el patrocinio letrado del Dr. Manuel Ferra, causa registrada bajo el número 3/53.652 de este Juzgado en lo Criminal y Correccional de Transición N° 1, Secretaría N° 5.

Y considerando:

I. Que la señora Roxana Sonia Recouso, en representación de su abuela materna Corina Luca, interpone formal acción de amparo a fs. 3/4 y vta. tendiente a lograr la cobertura por parte del “Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados –PAMI–” de la provisión de un marcapasos que requiere la amparada Corina Luca, de 78 años de edad, quien se encuentra en inminente peligro de muerte, internada en el Hospital Privado de Comunidad, a fin de proteger así su derecho constitucional a la vida, considerando que la acción de amparo constituye la vía idónea para obtener la tutela del derecho constitucional a su salud integral.

Puntualiza la amparista en la presentación inicial que lamentablemente su progenitora –afiliada al PAMI (beneficiaria n° 110150711509)– padece una “insuficiencia cardíaca aguda”, que motivara su internación con urgencia en el Hospital Privado de la Comunidad con fecha 28 de marzo del corriente año.

Añade, a ello que en el premencionado centro asistencial le proporcionan transitoriamente a la paciente un marcapasos exterior a fin de levantar las pulsaciones cardíacas de la misma, prescribiendo los facultativos que la asisten la colocación de un marcapasos (sistema de estimulación cardíaca permanente) en el interior del cuerpo de la Sra. Luca, marcapasos cuya cobertura social le solicitan a PAMI, sin obtener más respuesta que debe esperarse prácticamente un mes para el suministro del mismo, tiempo que la paciente realmente no puede esperar.

Es así que la situación es de extrema urgencia, dado que de no suministrarse de inmediato el marcapasos requerido, corre serio riesgo la misma vida de la propia paciente, situación de preocupante gravedad que se encuentra acreditada en autos mediante certificación médica obrante a fs.6, por la que el Dr. Luis Lembo, especialista en cardiología, expresa que “Ante la demora del PAMI el Servicio de Cardiología deslinda responsabilidad dejando constancia que dicha demora pone en peligro la vida del paciente en espera del marcapasos cardíaco”, requerido por la paciente para el tratamiento adecuado de su enfermedad.

II. El amparo, como acción y derecho constitucional ( Alberto Antonio Spota, Ensayo sobre la doble naturaleza jurídica del amparo constitucional, en L.L. del 3-3-2000), con sustento en las previsiones de los artículos 14, 17, 42 y 43 de la Constitución Nacional, artículos 20, 27, 31, 38 y concordantes de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en concordancia con normas de la ley provincial nº 7166, t. o. decreto 1067/95, en la medida en que resultan compatibles con las normas, principios y valores constitucionales, resulta la vía idónea para la efectiva protección de derechos de raigambre constitucional, aun cuando con anterioridad al proceso de reforma constitucional, dicha protección se infería de una interpretación dinámica y axiológica de la Constitución histórica.

Sentado ello, cabe también destacar –en coincidencia con diversos precedentes de este juzgado–, principios que la fecunda labor de la jurisprudencia y doctrina concordante han acuñado:

- La acción de amparo (reglada en el art. 43 de la Const. Nac. y en el art. 20, numeral 2 de la Const. de la Prov. de Buenos Aires, reformada en el mismo año), como procedimiento o vía de tutela esencial, juega como alternativa principal y no subsidiaria, de manera directamente operativa resulta la vía idónea, para asegurar la vigencia cierta de los derechos constitucionales (Augusto Mario Morello, La primera sentencia de amparo a la luz de la Constitución reformada..., en J.A. del 28-12-94). En tal sentido, en fecha reciente, Suprema Corte de Mendoza –en pleno–, al sostener el nombrado prestigioso tribunal provincial, que la vía más idónea no es sólo la vía más rápida, sino que quiere decir más apta, más hábil, más apropiada, de acuerdo a todas las circunstancias que el caso presenta (ver J.A. del 8-3-2000, ps. 75-76, nº 34-38). El amparo procede aun si existen otras vías alternativas utilizables cuando éstas –por resultar lentas o dificultosas– tornarían ilusoria la pretensión esgrimida (véase Carlos E. Camps, Amparo y ultra-anticipación de la tutela, en J.A. número especial, Derecho Procesal Constitucional, coordinadores: Néstor P. Sagués y Ramiro Rosales Cuello, Buenos Aires, 19-9-2001, Nº 6264, p. 12).
- Tal garantía en el ordenamiento constitucional de la Provincia de Bs. As. procede ante cualquier juez o tribunal letrado –con competencia en el lugar– (art. 20, apart. 2º de la Const. Provincial, art. 4 de la ley 7166, t.o. decreto 1067/95, asimismo puede verse: Morello, Augusto Mario y Vallefín, Carlos A., El amparo: régimen procesal, 3ª ed., Platense, 1998, p. 86, y de los mismos autores, Ley, sentencia y justicia. El amparo desde la preocupación de los jueces, en D.J. Nº 48, ps. 945 y ss.). Asimismo en lo que atañe a nuestro ámbito de competencia ver Acordada Nº 2844 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, de fecha 20-10-98.
- Respecto de la admisibilidad y procedencia del amparo constitucional, como vía adecuada para la protección efectiva de la salud, como valor y derecho fundamental, puede verse, entre otros fallos recientes: CSJN, in re “ E., R.E. c/OMINT S.A. de Servicios”, en L.L. del 19-4-2001, p.11; íd., in re “Campodódico”, en J.A. del 28-3-2001, Nº 6239, con nota aprobatoria de Eduardo L. Tinant, titulada ¿Inactividad material administrativa o abandono de persona?, ¿o un “tertius genus”: abandono de deber?; en sentido análogo, del mismo alto tribunal, in re “ C. de B., A.C. c/Secretarías de Programas de Salud”, con nota de Walter F. Carnota, titulada: ¿Es necesario argumentar al extremo el derecho a la salud? en L.L del 4-5-2001, p.2; CNCiv., sala D (jueces: Mercante, Bueres, Martínez, Álvarez), con dictamen favorable del fiscal de Cámaras, Carlos R. Sanz, en E.D. del 5-4-2001, p.6.

En sentido coincidente la más autorizada doctrina a puesto de manifiesto que las normas de la Constitución –en el caso particularmente las de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires– “no son retóricas ni declamación fraseológica, sino derecho de la constitución con fuerza normativa” (Germán Bidart Campos, El derecho de la Constitución y su fuerza normativa, Ediar, Buenos Aires, 1995; del mismo autor, Las transformaciones constitucionales en la postmodernidad, Ediar, Buenos Aires, 2000, ps. 16 y ss.).

III. Que en el caso traído a decisión judicial se encuentra gravemente comprometido el derecho a la vida y una adecuada atención de su salud de la amparada. En tal sentido se expide el Dr. Luis Lembo, especialista en cardiología, a fs.6, puntualizando que cualquier demora “pone en peligro la vida de la paciente en

espera del marcapasos cardíaco". Se destaca finalmente que dicha información fue suscrita por el premencionado profesional con fecha 5 de abril del corriente año, motivando ello y toda la situación brevemente reseñada la interposición de la presente acción de amparo.

Que sin perjuicio de lo normado por el art. 21 de la ley 7166, t.o. decreto 1067/95 –el proceso de amparo no prevé la articulación de cuestiones previas–, corresponde resolver expresamente respecto de la competencia de este Juzgado en lo Criminal y Correccional de Transición N° 1 Departamental.

Primeramente cabe señalar que ante todo y como principio rector debe imperar el espíritu amplio a favor de la acción constitucional del amparo que consagra el art. 43 de la Constitución Nacional, y lo expresamente dispuesto por el art. 20 numeral 2, apartado 2° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires en cuanto preceptúa que "el amparo procederá ante cualquier juez ...", normativa a su vez acorde con las previsiones del art. 4° de la ley de amparo provincial 7166, t.o. decreto 1067/95 y en lo que atañe a nuestro ámbito de competencia, ver Acordada N° 2844 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, de fecha 20-10-98. Asimismo puede verse: Morello, Augusto Mario y Vallefín, Carlos A., El Amparo: régimen procesal, 3 ed., Platense, 1998, p.86, y de los mismos autores: Ley, sentencia y justicia. El amparo desde la preocupación de los jueces, en D.J. N° 48, p. 945 y ss. En sentido concordante, cabe aquí invocar la "doctrina legal" de la Suprema Corte de Justicia de la provincia, que ha resuelto de manera expresa que: " Ante la afectación general de la salud de la población tutelada puntualmente en el art.36, apartado 8 de la Constitución provincial, cualquier juez resulta competente para conocer y resolver de la acción de amparo intentada ( SCJBA, sentencia del 8-8-2001, causa B. 62.934, " Prieto, Juan Manuel, Colegio de Médicos de la Provincia de Buenos Aires s/Amparo... Cuestión de competencia, art. 6°o, CPCA "); en igual sentido –aunque aquí con referencia a la preservación del derecho a la vida y la protección de la salud en casos individuales– en causas de este juzgado, entre otras "Ferre" (SCJBA, B. 61.177, 28-2-2001, "... corresponde en este caso reconocer la primacía procesal al órgano jurisdiccional ordinario que previno...") y "Pavón" (SCJBA, B. 63.415, 21-11-2001).

Ahora bien, al recaer aquí la prestación urgente requerida sobre el PAMI, si bien resulta en principio la justicia federal competente para el conocimiento de la pretensión esgrimida, y sin desconocer lo normado por los arts. 108, 116 y concordantes de la Constitución Nacional, atento la extrema gravedad y urgencia que el caso presente, en serio riesgo la propia vida de la paciente, la que no admite dilación alguna, a más de tenerse presente la situación de emergencia por la que atraviesa la justicia federal de Mar del Plata, de público y notorio conocimiento –con más de 11.000 presentaciones de "amparo contra el corralito"–, resulta aplicable al caso el criterio de nuestro más Alto Tribunal, sosteniendo "el Juez ante quien se interpuso el amparo no debió dejar de adoptar las medidas urgentes que la naturaleza y las particularidades de la acción instauradas podían requerir" (CSJN, Fallos: 300:432 y 300:460; ob. cit., ps. 175-177).

IV. Nos encontramos aquí frente a la imperiosa necesidad de abordar la cuestión que se plantea armonizando fundamentalmente dos valores en juego, por un lado a) el derecho legítimo de un paciente a recibir el tratamiento indicado por su médico tratante, cuando la prescripción es debidamente fundamentada de acuerdo a criterios de racionalidad médica, más aún cuando se encuentra comprometida la propia vida de la paciente, y b) un sistema de seguridad social enmarcado dentro del contexto de un Estado de Derecho, teniéndose presente el principio de justicia, en cuanto a la mejor protección a los valores en juego desde la perspectiva de los derechos de terceros y de la sociedad en su conjunto, en particular en estas actuaciones con relación a la distribución de los recursos económicos destinados al área de salud, sin supeditar un derecho de salud a las fluctuaciones del mercado, ni a resoluciones administrativas de una obra social, menos aún "economizar" la salud del paciente (Para mayor información ver Los principios bioéticos, en libro Bioética y Derechos Humanos: Temas y casos, Depalma, Bs.As, 1999, primera parte, Cap. I, punto 3, ps. 6-9).

Particularmente en este caso, la vida de la paciente, no puede esperar la realización de trámite burocrático –ni siquiera aquí judicial– alguno para obtener la obtención de cobertura por parte de su obra social respecto al marcapasos que su afección requiere para no conllevar a la muerte, toda vez que la demora en el tiempo en la satisfacción de un verdadero "derecho personal", de raigambre constitucional se traduciría de facto en una omisión constitucional, en detrimento del derecho a la vida, que debe ser subsanada por el órgano judicial requerido, en este proceso constitucional de amparo, so pena de reducir el derecho a una mera abstracción y a la misma manda constitucional en mero catálogo de ilusiones (art. 36, numeral 8 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

Cabe aquí recordar que la salud como valor y derecho humano fundamental encuentra reconocimiento y protección en diversos instrumentos comunitarios e internacionales en materia de Derechos Humanos, que ahora gozan de jerarquía constitucional en virtud de lo preceptuado en el art.75 numeral 22 de la Constitución Federal reformada de 1994, a saber: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículos VII y XI, Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948, artículos 3, 8 y 25; Pacto Internacional sobre Derechos Económicos,

Sociales y Culturales, art. 12, numeral 1 y numeral 2, apartado d); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 24, numeral 1, Convención Americana de Derechos Humanos, art. 4, numeral 1, 5 numeral 1, 19 y 26; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3, numeral 1, artículos 6, 23, 24 y 26.

V. En base a las consideraciones precedentes, toda vez que el derecho a la jurisdicción consagrado implícitamente en el art. 18 de la Constitución Nacional y en forma expresa en el art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos importa la posibilidad de ocurrir ante un tribunal judicial, a fin de obtener la tutela oportuna y eficaz de un derecho de raigambre constitucional.

En síntesis, la tutela real y eficaz de la salud como derecho humano fundamental (Augusto Mario Morello, Estudios de Derecho Procesal, t. II, Cap. 45, Platense, La Plata, 1998 ), requiere hacer efectiva la prestación requerida según fundada indicación médica y oportunamente autorizada por la obra social.

VI. En el caso bajo examen, ante los riesgos ciertos que puede acaecer para el derecho a la salud integral de la amparada, su integridad psicofísica, hasta su propia vida, procede encuadrar la prestación médica, en el concepto de una verdadera "terapia límite" (en palabras de Eduardo Luis Tinant).

Se advierte por ello, que de no brindarse una respuesta jurisdiccional favorable, oportuna y eficaz, se incurrirá –como ya se señalara– en una omisión constitucional, en detrimento de la salud de la amparista; debiéndose ponderar el criterio de la CSJN de garantizar ampliamente el derecho a la salud integral (conf. sentencia del más alto tribunal del 11-6-98, "Policlínica Privada de Medicina y Cirugía SA c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", 5-5-99; en sentido coincidente: SCJ de Mendoza, voto de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, en L.L. 1993-E-36; CCom. De Rosario, sala I, 11-10-94, en J.A. N° 6125, del 20-1-99, p.76, N° 46; Germán J. Bidart Campos, El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa, Ediar, Bs. As., 1995).

Las circunstancias fácticas y jurídicas relevantes reseñadas imponen en el caso sometido a decisión aunar esfuerzos para orientar toda decisión a un garantismo funcional teleológico, "que facilite y no malogre el acceso a la justicia" superador de un garantismo formal "muchas veces interpretado a favor del exceso ritual" (conf. Augusto Mario Morello, Rasgos definitorios del moderno modelo de justicia. La importancia de la persona y sus garantías , en E.D., Bs.As., 8-4-99. Del mismo reconocido jurista: Justicia continua y efectiva, en Estudios de Derecho Procesal, t.II, Cap. 45, Platense, La Plata, 1998).

VII. Finalmente, al momento de arribar en estos autos a una decisión jurisdiccional adecuada, teniendo en consideración que el ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos, entre ellos el de la preservación de la salud, más aún el de la propia vida, no necesita justificación alguna, sino por el contrario, la restricción que se haga de los mismos, debe ser justificada, y teniendo en cuenta así también la naturaleza de la acción articulada, y doctrina procesal moderna y jurisprudencia concordante, acerca del instituto de "Medidas Autosatisfactivas ", cabe meritarse las siguientes circunstancias jurídicamente relevantes.

A) 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 prestación médica en este momento necesaria, para su salud, en la figura de la llamada "medida autosatisfactiva". Ello por aplicación del clásico principio *iura novit curia*.

B) Que el XIX Congreso Argentino de Derecho Procesal (Corrientes, 1997) declaró que "Resulta imperioso reformular la teoría cautelar ortodoxa, dándose así cabida legal a los procedimientos urgentes y a la llamada medida autosatisfactiva. La medida autosatisfactiva es una solución urgente no cautelar, despachable in extremis que da una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial. Posee las características que su vigencia y mantenimiento no dependen de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal. Su dictado está sujeto a los siguientes requisitos: concurrencia de una situación de urgencia, fuerte probabilidad de que el derecho material del postulante sea atendible, quedando la exigibilidad de la contracautela sujeta al prudente arbitrio judicial. Hasta tanto se regule legalmente la medida autosatisfactiva puede fundarse su dictado en la potestad cautelar genérica o en una válida interpretación analógica extensiva de las disposiciones legales que expresamente disciplinan diversos supuestos que pueden calificarse como medidas autosatisfactivas " (Para mayor información puede verse: J.A., número especial Medida autosatisfactiva, N° 6100, 29-7-98. Coordinador: Jorge W. Peyrano).

C) En cuanto a los recaudos formales y sustanciales para la procedencia de este instituto bajo consideración, cabe remitirse a la calificada jurisprudencia, reseñada por Marcela García Solá, en el artículo Medidas autosatisfactivas, ob. cit., p. 78), siendo tales requisitos relevantes los siguientes: a) la "fuerte probabilidad", como grado de convicción exigido en el derecho del postulante; b) el peligro de su frustración actual o inminente, y c) la cesación de las conductas o vías de hecho que encarnan tal peligro, como interés exclusivo y urgente del postulante".

D) Que en la misma acción de amparo, el juez puede inaudita altera pars disponer medidas innovativas frente a situaciones de hecho de carácter irreversible en tiempos reales, acudiéndose en innumerables oportunidades por esta acción para obtener medidas autosatisfactivas, como una vía más de hacerlas viables, ante la carencia de una regulación legal específica (en tal sentido, ver: Carlos A. Carbone, en Las medidas autosatisfactivas y las sentencias anticipatorias como proyección de un nuevo principio general del derecho de raíz procesal, en J.A. 1999, t. IV, p.861). Y todo ello, conforme jurisprudencia sentada por la Cámara Primera de Apelaciones del Dpto. Judicial de San Isidro, sala I, 1-8-2000, “Unidad de Coordinación del Proyecto Río Reconquista s/Sumarísimo” (E.D., Bs. As., 15-3-2001, con nota aprobatoria de Jorge W. Peyrano, Un segundo hito jurisprudencial de bienvenida a la medida autosatisfactiva), siempre valorando y ponderando el juzgador todas las circunstancias del caso, entre ellas “el daño que se puede ocasionar al afectado por la medida y su posible reparación”, ante todos los valores en conflicto.

E) Que a su vez, si bien se puede alegar en contra de las medidas urgentes el argumento de poner en riesgo la seguridad jurídica, resulta ser principio rector que, como con muy buen criterio señala el prestigioso procesalista Roland Arazi (Derecho Procesal Civil y Comercial, t. II, Rubinzal-Culzoni, 1999, p.173) “... pueden existir valores de jerarquía superior a la misma seguridad. El principal problema del jurista actual es determinar entre diferentes valores, todos respetables, cuáles deben prevalecer”, para lo cual –añado– es menester, en cada caso efectuar una prudente ponderación, sopesando los distintos valores y derechos en cuestión, y priorizando aquellos que en la situación concreta merecen una mayor protección jurisdiccional.

F) Más aún, y en relación al caso aquí traído a decisión judicial, cabe destacar la jurisprudencia sentada por parte del Tribunal de Familia de Lomas de Zamora (decisorio de fecha 21-5-99, “S., M.I.”, en J.A. N° 6197, 7-6-2000, ps. 82-84 con nota aprobatoria de Carlos A. Gherzi, bajo el título Derecho civil constitucional a la salud. Medidas autosatisfactivas), en el sentido que ante una madre que solicitaba la cobertura social del servicio médico asistencial de su hijo oxigenodependiente, el tribunal con muy buen criterio aplica el procedimiento previsto para las medidas cautelares genéricas previstas en el art. 232 del CPCC t.o. de la Provincia de Buenos Aires (aplicable en estos autos en virtud de lo normado por el art. 20 de la ley de amparo), adaptado a las exigencias de sencillez y urgencia de las medidas autosatisfactivas, quien –en una postura con la que coincido plenamente– sostiene que las medidas autosatisfactivas comparten con las medidas cautelares “su carácter urgente, su ejecutabilidad inmediata y la circunstancia de que, en determinados casos –como el de autos– sea despachable inaudita parte”, evitando por demoras indebidas la consecuencia de un daño irreparable a bienes esencialísimos, como lo son la salud y la vida. Asimismo y de manera concordante, entre otros, puede verse sentencia del Juzgado Nacional Civil, N° 67, del 8-9-99, “R. D. J. S. c. Obra Social de la Unión Obrera Metalúrgica”, con nota aprobatoria de Carlos A. Gherzi, titulada El derecho constitucional a la salud y el P.M.O: las medidas autosatisfactivas, publicada en J.A. N° 6247, 23-5-2001, ps. 64-65).

VIII. Que la medida autosatisfactiva aquí planteada, responde a la imperiosa necesidad de brindar una tutela integral, eficaz y oportuna al derecho a la atención sanitaria, frente a un cuadro en el cual la demora en la sustanciación del proceso podría tornar ilusorio el derecho material. Es de recordar, como bien señalan Morello-Vallefin, que la totalidad de las instituciones procesales “tiene un destino y finalidad prevalecientemente instrumental, funcional. Están al servicio del Derecho material, es decir, de su satisfacción en concreto...”, más aún –podemos ahora añadir con los mismos autores– que “la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene razón” (en El amparo, Régimen procesal, Platense, 1998, 3ª ed., p.173). Así mismo véase lo normado por el art.22 de la ley 7166 t.o. decreto 1067/95, y art.19 de dicha normativa en relación con los artículos 232 y concordantes del CPCN t.o. Ver asimismo en sentido concordante, reciente fallo de la Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal Departamental, sala II, en C.3453, fallo del 22 de marzo del corriente año.

IX. A lo ya expuesto en los considerandos anteriores resulta claro que la prestación extremadamente urgente aquí ordenada, no afecta en modo alguno al funcionamiento y organización de la obra social accionada, frente a un decisorio judicial que brinda oportuna protección a un interés –y valor– públicamente relevante.

Por último, desde la perspectiva del principio bioético de justicia y correcta asignación de los recursos afectados al sistema de salud, resulta aquí particularmente relevante destacar que la paciente Corina Luca se encuentra internada en el Hospital Privado de Comunidad –con prestaciones a cargo de PAMI– desde el 28 de marzo del corriente año, con un marcapasos exterior transitorio por lo cual más allá de los costos humanos y del peligro para la calidad de vida, salud e incluso vida de la paciente, significa la demora en la entrega del marcapasos requerido una prolongación innecesaria de la internación de la paciente en el hospital e implica ciertamente en términos globales costos que muy probablemente –de continuar la situación de indefinición– puede inclusive superar el costo del marcapasos en cuestión.

Por todo ello, citas constitucionales, legales, doctrinarias y jurisprudenciales efectuadas, los anteceden-

tes del caso, y de conformidad con lo normado por los artículos 1, 4 y 5 y concordantes de la ley 7166, t.o. decreto 1067/95, y artículos 19, 33, 43, 75, incisos 22 y 23 de la Constitución Nacional, artículos 12, inciso 1°, 20, inciso 2°, 36, incisos 1, 2 y 8 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, artículos 232 y concordantes del CPCC, t.o.

Fallo:

I. Declárese competente este Juzgado para intervenir en este particular caso, atento los argumentos esgrimidos en el considerado III de la presente sentencia, particularmente criterio rector de la CSJN, en el sentido que “el Juez ante quien se interpuso el amparo no debió dejar de adoptar las medidas urgentes que la naturaleza y las particularidades de la acción instaurada podían requerir” (Fallos: 300:432 y 300:460; ob. cit., ps. 175-177).

II. Hágase lugar a la acción de amparo interpuesta por la señora Roxana Sonia Recouso, a favor de su abuela materna Sra. Corina Luca ( beneficiaria del PAMI N° 110150711509) con el patrocinio letrado del Dr. Juan Manuel Ferra y disponiendo en el carácter de “medida autosatisfactiva” (ver considerando VII) ordenar: que el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI) arbitre los medios necesarios para efectivizar la inmediata entrega a la amparada del marcapasos que con suma urgencia requiere con riesgo de vida, abonando su importe al proveedor del mismo a la mayor brevedad.

Regístrese. Notifíquese. Firme que sea, archívese. Líbrense oficios a la Delegación Mar del Plata del PAMI autorizando a la amparista a correr con el diligenciamiento del mismo.

## Conclusión

Siguiendo a Mabel de los Santos<sup>106</sup>, decimos que resulta imperioso incluir en los códigos procesales vigentes y en los proyectos de códigos el instituto de la medida autosatisfactiva, en tanto constituye una vía necesaria para asegurar la efectiva operatividad de los derechos sustanciales en los casos en los que sólo una actuación rápida de la jurisdicción puede evitar un daño irreparable o la frustración del Derecho.

Si bien tal postulación puede obtenerse a través de una aplicación de la medida cautelar genérica o innominada, se impone el dictado de normas procesales generales que determinen claramente el carácter excepcional de la medida autosatisfactiva, sus requisitos de admisibilidad, los efectos de su dictado y el régimen impugnativo. La normativa que lo contemple contribuirá a dar certeza y evitará la inseguridad jurídica. Por otra parte, el conocimiento previo por parte del justiciable de la vía y régimen aplicable, en tanto sirve de guía a quien quiera pedir justicia y al tribunal para administrarla, permite asegurar la igualdad de las partes y constituye una garantía para la defensa de los derechos.

No existe el riesgo de generalización del instituto si se lo legisla como vía excepcional y sujeta a la verificación de sus recaudos de admisibilidad.

No media afectación del principio de bilateralidad si se posterga la contradicción, sino, por el contrario, una adecuada compatibilización e integración de las garantías constitucionales vinculadas al “debido proceso”; por un lado, la defensa en juicio y la igualdad y, por otro, el dictado de una rápida y eficaz decisión jurisdiccional que haga efectivo el postulado de “afianzar la justicia”.

No es conveniente limitar el ámbito sustancial de aplicación de la tutela de urgencia autosatisfactiva, pues los derechos previstos en las leyes sustanciales requieren de preceptos generales que permitan su operatividad sólo condicionada a recaudos genéricos de admisibilidad.

En el XX Congreso Nacional de Derecho Procesal realizado en San Martín de los Andes en octubre de 1999, respecto a los procesos urgentes, se dijo:

1. El debido proceso es una preciosa garantía constitucional no sólo del demandado, sino también del actor, e involucra el derecho de éste a obtener una efectiva y oportuna respuesta jurisdiccional.
2. La garantía del debido proceso es polifacética y no siempre se materializa en la realidad de igual manera. Sus alcances y características no son las mismas cuando se trata de un proceso de conocimiento pleno que cuando se hacen valer “derechos líquidos” o se alega una situación de extrema urgencia que reclama impostergable solución.
3. El procedimiento monitorio, la medida autosatisfactiva y la tutela anticipada son tres de las vertientes principales del proceso urgente. Dichos institutos buscan mejorar la posición relativa del actor o del requirente de la prestación jurisdiccional, a veces injustamente olvidada.
4. Se recomienda la pronta y prudente incorporación a la legislación procesal argentina de la estructura monitoria, la medida autosatisfactiva, la tutela anticipada y otras expresiones válidas de una deseable

106. DE LOS SANTOS, Mabel, Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia, cit..

“justicia temprana”. Ello, sin perjuicio de que la medida autosatisfactiva y la tutela anticipada son operativas aun en ausencia de texto legal expreso.