

Un “nuevo molde” para el amparo

Jorge A. ROJAS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Acerca de la llamada naturaleza jurídica*. III. *Sobre su regulación: ¿proceso protectorio o dirimente?* IV. *Otras fuentes del amparo: el proceso urgente*. V. *Conclusiones*.

I. Introducción

Es mucho el tiempo que transcurrió desde el caso Siri hasta la actualidad.¹ Después de casi medio siglo, aún seguimos debatiendo cómo regular al amparo, continuamos discuriendo sobre su “naturaleza jurídica”; nos enfrentamos asumiendo posiciones casi inconciliables, que lo interpretan como un mecanismo operativo por sí mismo, de carácter principal, mientras otros lo entienden como subsidiario, e inclusive también se habla de un mecanismo residual.²

¹ *Fallos*: 239:459, sentencia del 27 de diciembre de 1957; citamos la fecha, pues es importante advertir, a los fines de nuestra tarea, que ese proceso se originó a comienzos de 1956 y recién luego de dos años prácticamente de un trámite estéril —por la atipicidad de la situación planteada—, se resolvió la cuestión sin conocerse la figura del demandado.

² Sirva como ejemplo citar un precedente de la Excelentísima Cámara Nacional en lo Civil, que ha decidido: “a la luz del estado actual de la ciencia procesal y de la realidad, se ha sostenido que el amparo no puede ser tildado de remedio excepcional, sino que es perfectamente normal ante los presupuestos que corresponden al ejercicio de la protección; por lo tanto, no debe ser calificado de excepcional sino de residual” (sala C, 6 de junio de 1995, E. D. 170-591).

Lo cierto es que desde comienzos de 1956, cuando se produjo el avasallamiento hacia los derechos del señor Siri, dándose comienzo así a lo que constituiría luego un *leading case* para los anales de nuestra jurisprudencia, no nos hemos puesto de acuerdo aún sobre qué es el amparo, qué alcance debemos darle, o bien qué características tiene, para poder encauzarlo adecuadamente.

Es cierto que podemos considerar que se ha aportado luz sobre su perfil a partir de la “nueva envergadura” que le ha dado el constituyente de 1994, pero aun con esta “jerarquización” seguimos envueltos en una especie de enjambre, que nos choca a la hora de su concreta utilización.

Las razones de ello son diversas, tal vez un apego al formalismo del que está imbuida la clase forense, quizá por una especie de “ceguera” del legislador, que omite su adecuada regulación, o por su uso indebido, o el “poco rigorismo” que trasunta su utilización.

Sea la razón que fuere, la que más nos atraiga, a la hora de conceptualizar al amparo, lo que no debemos omitir, tanto para su adecuada regulación como utilización, es volver nuestra mirada sobre las fuentes, que son ni más ni menos que los dos casos insignes en la materia (Siri y Kot), los cuales han permitido la entronización, en nuestra legislación primero y en nuestra Constitución ahora, de la figura que nos ocupa.

¿Por qué propugnamos volver a las fuentes del amparo? Porque desde esta premisa intentaremos desentrañar la anomalía que se produce en su operatoria, pues lejos estamos de obtener la protección expedita y rápida que dispone la Constitución, a través del funcionamiento que evidencia hoy el amparo.

Consideramos que esto se debe a la forma en que está estructurado nuestro instituto, el cual como bien enseña Morello no debe sujetarse a ningún tipo de vasallaje procesal.³ Paradójicamente, este extremo fue el que evidenciaron los precedentes que le dieron origen, doctrina que más recientemente la propia Corte Suprema ha ratificado.⁴

3 Morello, Augusto M., *Posibilidades y limitaciones del amparo*, en E. D. 165-1218.

4 La Corte ha sostenido con especial énfasis que es preciso evitar que el juego de los procedimientos ordinarios torne ilusoria la efectividad de las garantías constitucionales (véase considerando 10, voto del doctor Belluscio *in re* “Video Club Dreams c/ Instituto Nacional de Cinematografía”, E. D. 154-246).

Por esa razón, entiendo oportuno volver en este trabajo a ocuparme de la importancia que tienen las formas en nuestra materia. Aquello que permite que algo sea como es, no es otra cosa que su forma, siendo ella misma la que nos va a permitir distinguir sus propiedades, su funcionamiento y, por el principio de identidad, qué es.⁵

Esto no debemos confundirlo con la llamada naturaleza jurídica del amparo, sino por el contrario, desde la forma en que está estructurado, advertir el manejo que de él hacen los operadores jurídicos, y cuáles son los resultados que arroja en la realidad, para concluir entonces si así podemos darle vida a la letra de la Constitución nacional, pues surge una contradicción palpable entre las formas que debemos observar para sustanciar un amparo con los preceptos constitucionales, pues los tiempos que naturalmente consumen aquéllas no son los adecuados para la tutela de situaciones extremas —por su urgencia—, desvirtuándose así el instituto.

Señala Clariá Olmedo que el proceso se nos presenta como una abstracción de la ley. Ésta prevé hipótesis de conductas que integran una sucesión de actividades que deben o pueden cumplirse, conforme a un orden metódico y en persecución de un resultado, estableciendo las condiciones, formas y modos necesarios para su eficacia y las consecuencias de su inobservancia. Pero las previsiones legales que lo conforman en abstracto deben necesariamente concretarse, pues consisten en una actividad que se resuelve en cada uno de los diversos procedimientos judiciales.⁶

Aquí radica el meollo de la cuestión, pues se produce una contradicción entre la claridad del precepto constitucional y la operatividad que trasunta el amparo, pues su estructura no está preparada para atender con efectividad situaciones especiales por su urgencia, quedando de hecho desvirtuada la letra de la Constitución nacional justamente en desmedro de aquellos derechos que se pretende resguardar.

5 La simple identificación en el diccionario de la palabra forma, nos da cuenta de la figura exterior de un cuerpo, agregándose como otra acepción: "fórmula o modo de proceder". Es decir, como señalaba Aristóteles, por oposición a la materia, la forma es aquello por lo cual algo es lo que es.

6 Clariá Olmedo, Jorge A., *Derecho procesal*, Depalma, 1989, t. I, p. 126.

II. Acerca de la llamada naturaleza jurídica

La doctrina se ha encargado de esbozar cuanta conceptualización ha entendido necesaria, a los fines de identificar al amparo, pero siempre introduciéndolo en estándares tradicionales.

Cómo se puede disentir con aquellos que sostienen que el amparo es un derecho, si es lógico que así pueda ser considerado, pues está previsto en la Constitución nacional como una prerrogativa de la que goza toda persona.

Cómo podemos negar que es una declaración de voluntad dirigida al órgano jurisdiccional contra una persona distinta de aquella que la formula para obtener la protección de derechos o garantías que fueron conculcados.

Cómo podemos negar que el amparo constituye una acción, si resulta clara la potestad que nace en cabeza de cualquier persona que vea violentado en forma arbitraria o ilegal alguno de sus derechos, sean contemplados por la Constitución, un tratado o una ley.

Es decir, que por el camino que lo analicemos, partiendo de los conceptos tradicionales en que se apoya nuestra disciplina, siempre concluiremos en que asiste razón a todos aquellos que sostienen una u otra postura.

Lo cierto es que el amparo es simplemente eso y no otra cosa. Un amparo es un mecanismo —ahora constitucional— que está a disposición del justiciable para resguardar los derechos y garantías que consagra nuestra ley fundamental.⁷

Por eso, como con acierto enseñaba Carrió, no podemos enfrascarnos en moldes tradicionales sólo por resultar conocidos y de fácil manejo,

7 Sostiene Palacio, y es importante señalarlo en este punto a los fines que aquí seguimos, que luego de la reforma constitucional de 1994 el amparo adquirió el rango de “derecho constitucional expreso” —razón por la cual prevalece respecto de cualquier limitación o restricción contenida no sólo en leyes nacionales o provinciales— sino que también, por un lado, “extendió su ámbito de admisibilidad a actos y omisiones provenientes de particulares y, por otro lado, amplió el tipo de derechos susceptibles de tutela a través de ese remedio, que no se circunscriben ahora a los reconocidos por la Constitución, sino que también comprenden a los que se encuentran reconocidos por un tratado o una ley” (Palacio, Lino E., *La pretensión de amparo en la reforma constitucional de 1994*, en L. L. 1995-D-1237).

debemos ir adecuándonos a la impronta que marca en nuestra realidad la figura de que se trate.⁸

Es cierto que es una acción, es cierto que es una garantía, es cierto que es una pretensión, es cierto que es un proceso. Todo ello es indiscutible, pero no lo es menos que cada una de esas posturas parte para su análisis de lo que denominamos "presupuestos jurídicos subyacentes", a los cuales podemos identificar como aquel conocimiento previo que conforma el bagaje cultural de cada intérprete y que quizá no hayamos revisado lo suficiente para ponernos de acuerdo con el mismo, o con el alcance que conceptualmente le atribuyamos, dando por descontado su sentido. Así, ya sabemos qué es una acción, partimos de la base de conocer qué es un proceso, nadie duda qué cosa quiere decir pretensión.

La pregunta que cabe formularnos es si por esa vía nos adentramos en el espíritu final que animó a la Corte Suprema a partir del caso Siri, y que de alguna manera trató de plasmar el constituyente de 1994, con aciertos o errores, pero en definitiva tratando de rescatarlo al concebir al amparo.

Si partimos de esta base, concluiremos a poco andar que no podemos concebir al amparo de los distintos modos que se pretende, pues todos ellos son verdaderos: nadie puede sostener que alguna de esas concepciones resulte falsa; lo que señalamos es que del modo que lo hagamos siempre vamos a "fotografiar" un aspecto, sin advertir quizá que hay varios elementos que coadyuvan a su cristalización.

Por ello, como enseñaba Carrió, quizá los juristas buscan aquello que nunca van a encontrar cuando se detienen en el análisis de la llamada naturaleza jurídica de tal o cual instituto. Por eso decimos que las apreciaciones que hagamos sobre el amparo tienen que apuntar a su mayor utilidad y eficacia, en lugar de detenernos a analizar concepciones de carácter dogmático, que por su abstracción pueden desvirtuarlo.⁹

⁸ Sostenía Carrió que las afanosas pesquisas de los juristas por descubrir la naturaleza jurídica de tal o cual institución o relación, están de antemano y en forma irremisible destinadas al fracaso. Entre otras razones porque lo que se busca, tal como se lo busca, no existe (Carrió, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, 1976, p. 75).

⁹ Esta línea han seguido Morello y Vallefín (*El amparo. Régimen procesal*, 2a. ed., Plátense, p. 13) cuando señalan, siguiendo a Carrió, que deliberadamente omiten polemizar con este tipo de disputas (referidas a la llamada naturaleza jurídica) pues resultan estériles, realizando sólo un muestreo de todas las posiciones asumidas que van desde un interdicto, pasando por una petición, un juicio, un recurso, entre otras.

III. Sobre su regulación: ¿proceso protectorio o dirimente?

A nadie le puede pasar por alto que la vida que ha tenido el amparo en nuestro país ha sido verdaderamente aciaga,¹⁰ desde su creación pretoriana, pasando por su regulación legal, hasta su jerarquización constitucional. Recorramos sus regulaciones.

El amparo nace con los casos Siri y Kot,¹¹ luego se materializa primero por la ley 16.986¹² —el amparo contra actos de la autoridad pública—, luego en el artículo 321 del Código Procesal¹³ —el amparo contra actos de particulares— y desde entonces, la desvirtuación del instituto ha sido una constante que lo ha caracterizado (o estigmatizado).

Llegó finalmente una jerarquización con su introducción en la Constitución nacional, y hoy nos quedamos con la siguiente realidad: la doctrina sigue discurriendo sobre su carácter principal o subsidiario y su regulación resulta por demás sobreabundante y dispersa.¹⁴ Finalmente, la

Como lo señalaba Carrió (*op. cit.*, nota anterior, p. 76), no es útil hablar de la naturaleza jurídica de tal o cual institución, porque ello, si bien contribuye a preservar la ilusión de que el orden jurídico es autosuficiente, lo hace al alto precio de proporcionar una guía inadecuada para la solución de los casos difíciles y una base poco fructífera de sistematización.

10 Así lo sostuvimos en un trabajo titulado *Amparo y proceso*, en J. A., número especial (6036) del 7 de mayo de 1997, pp. 37 y ss.

11 *Fallos*: 239:459 y 241:296, respectivamente.

12 Que data de 1966, es decir, prácticamente a diez años de que se originó el amparo contra los actos de la autoridad pública.

13 Es decir en 1968, también prácticamente luego de diez años de originado el caso Kot, que dio lugar al amparo contra actos de particulares.

14 Téngase en cuenta las distintas figuras que existen en el amparo de los artículos 41, 42 y 43 de la Constitución nacional (medio ambiente, derechos del consumidor, del usuario, discriminación, competencia, hábeas data, entre otros), todo ello al margen de la remisión que hace el artículo 75, inciso 22, que nos permite caer en la cuenta de las distintas variantes de amparo que devienen de los tratados internacionales: A) *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en la ciudad de Bogotá, Colombia, 1948), artículo XVIII: toda persona debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente. B) *Declaración Universal de Derechos Humanos* (aprobada por Resolución 217 A, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948), artículo 8o.: toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley. C) *Conven-*

jurisprudencia sigue utilizando un esquema de razonamiento para su viabilidad, que es el mismo que en muchos casos ha coadyuvado a ese destino que definimos como aciago.

Veamos entonces cuál es la realidad del amparo. En el caso del que se dirige contra actos de la autoridad pública, la misma, una vez notificada de la pretensión, debe presentar un informe en los términos del artículo 80. de la ley bajo apercibimiento de nulidad, el cual en realidad no constituye un verdadero informe sino, por el contrario, debido a la desvirtuación de los usos forenses, una verdadera contestación de demanda. Sin embargo, ésta sí es la regla en el caso de tener que aplicar el artículo 321 del Código Procesal a un amparo contra un particular, y no olvidemos que debemos asimilar a tal, por ejemplo, no sólo a una persona de existencia visible sino también a una corporación multinacional.

Allí no sólo debe correrse traslado de la demanda, debe contestarse ésta, desde luego en los términos del artículo 356 del Código Procesal, luego tomarse la audiencia preliminar¹⁵ y además la apelación —con los límites que la estructura del juicio sumarísimo impone— se tramitará

ción Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica (aprobada por nuestro país por ley 23.054), artículo 25: *Protección judicial*. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. D) *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (aprobado por nuestro país por ley 23.313), parte II, artículo 2o., apartado 3: Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales.

Como podemos apreciar, no existiría sólo un amparo sino varios, lo que denota su atomización ya que a la luz de lo dispuesto por el artículo 75, inciso 22 de la Constitución nacional, estas normas ahora también son ley suprema de la nación.

15 Conforme a lo dispuesto por el artículo 35 de la ley 24.573, que dispuso introducir como artículo 360 ter dentro del Código Procesal el siguiente: "En los juicios que tramiten por otros procedimientos, se celebrará asimismo la audiencia prevista en el artículo 360 del Código Procesal Civil y Comercial de la nación, observándose los plazos procesales que se establecen para los mismos"; todo lo cual evidentemente no se compadece ni con el sentido finalista que debe conducir el amparo, ni menos aún con la importancia que se le atribuye a la audiencia preliminar dentro de un típico proceso de conocimiento.

con efecto devolutivo, con la excepción que marca el inciso 5 del artículo 498, es decir salvo gravamen irreparable, frente a lo cual nos preguntamos: ¿cuándo una sentencia que resulta desfavorable al apelante no causa un gravamen irreparable?

Obsérvese que la promoción de un amparo implica, en forma inmediata, y prácticamente automática, el encasillamiento del proceso dentro de los cánones tradicionales que antes mencionamos, sea la ley 16.986, sea el artículo 321 del Código Procesal, por ende nos interrogamos: ¿es así como resultan operativas las cláusulas constitucionales que resguardan los derechos de las personas, frente a avasallamientos que en forma manifiesta resultan arbitrarios o ilegales?

Entendemos que la respuesta debe ser negativa, pues si tenemos que transitar el decurso de un típico proceso judicial, corriendo traslado de una demanda, celebrando eventualmente una audiencia preliminar —reconociendo todas las ventajas que la misma ofrece— y ajustando los mecanismos impugnativos a la suerte de un efecto suspensivo, nos preguntamos si esto es eficaz, o mejor dicho, si de acuerdo con las previsiones del artículo 43 de la Constitución nacional estamos frente a un mecanismo expedito y rápido.

Seguramente que no. Pero también puede sostenerse que las medidas cautelares resultan útiles para sobrellevar situaciones urgentes o críticas. Es correcto. Pero nos preguntamos si los jueces son propensos a conceder una medida cautelar cuando no admite demora —por su urgencia— estando frente a una situación crítica, y más aún cuando con esa medida cautelar se pueda estar resolviendo el fondo de la cuestión, sea en todo o en parte, es decir, cuando ésta importe aquello que la doctrina ha denominado una tutela anticipada.

Es difícil dar una respuesta a esa interrogante, entre otras cosas por el rigorismo formal que reina en la clase forense y, además, porque transitar ese camino en algunos supuestos puede importar un exceso respecto al ámbito natural de las cautelares.

Sin embargo, en la realidad se han dado algunos fenómenos muy particulares, que dan cuenta de dos posibilidades: que se ha desvirtuado el marco tradicional de las medidas cautelares, o, en su caso, aquel que le incumbe al amparo, aunque existe un punto común que nos permite ad-

vertir que todo ello siempre ha sido en aras de un efectivo resguardo de los derechos conculcados.¹⁶

De tal modo se ha decidido:

...si la pretensión cautelar constituye una petición autónoma —que algunos autores denominan urgente— su procedencia requiere no sólo una apariencia del derecho alegado, sino una fuerte probabilidad de que sean atendibles las pretensiones del peticionante, es decir, un alto grado de certeza del derecho que debe demostrar quien reclama esta tutela, lo que se justifica por el carácter autónomo y no accesorio que la distingue de las pretensiones cautelares (Cám. Nac. Civ., sala L, 15 de mayo de 1997, “FM Tango S. A. c/LS 1 Radio Municipal s/Daños y perjuicios”).

Antes de detenernos en este particular pronunciamiento, otra sala de la misma Cámara ha interpretado que: “es procedente el amparo al solo fin de obtener una medida cautelar autónoma innovativa” (sala C, 15 de febrero de 1996, L. L. 1996-E-109).

Nos preguntamos, ¿existe una medida cautelar autónoma?, ¿qué cosa significa una petición autónoma?, ¿qué quiere decir que existe un alto grado de certeza del derecho?, ¿puede concebirse al amparo al solo efecto de obtener una medida “cautelar autónoma innovativa”?

Creemos que en estos supuestos los moldes tradicionales, tanto de las medidas cautelares cuanto del amparo, por el hecho de ser tales han quedado literalmente excedidos, y es hora, como enseña Morello, de que capitulemos con la realidad, que no consideremos que la tutela anticipada es un hallazgo de biblioteca, y que por tanto registremos los es-

¹⁶ Existen algunas excepciones que también debemos registrar, pero que no hacen más que dar cuenta de la necesidad de regular un proceso expedito y rápido con el alcance que venimos señalando: “no corresponde hacer lugar a ciertas medidas —interdicción de cuentas bancarias, orden de no pagar cheques ya librados, etcétera— solicitadas, no ya para garantizar el resultado de una acción de fondo promovida o a promoverse, sino en carácter de pretensión autónoma, encuadrada dentro de lo que la moderna doctrina procesal ha dado en llamar ‘medidas autosatisfactivas’, pues, más allá de la duda que por sí sola plantea la admisión de una categoría aún no explícitamente receptada en el ordenamiento legal, lo cierto es que las medidas que se pretenden no pueden ser alcanzadas sin la previa sustanciación de una acción judicial con intervención de los sujetos eventualmente involucrados, cuyo derecho de defensa en juicio se vería, de otro modo, seriamente afectado” (Cám. Nac. Com., sala C, 27 de abril de 1999, *in re* “Cleanline Servicios S. A. c/Valles, Guillermo Juan s/Medida precautoria”, E. D. del 16 de diciembre de 1999, p. 7).

fuerzos de la jurisdicción para tutelar de cualquier modo situaciones urgentes.¹⁷

No es ésta la oportunidad, por los límites que este trabajo nos impone, para aludir a la “presunta autonomía” de las medidas cautelares, ni menos aún a la aptitud del amparo al solo efecto de obtener una medida cautelar.

Lo cierto es lo que la realidad indica. Ella está ahí, incólume. Creemos que el desafío consiste en interpretarla para encauzarla con orden, pues éste es el que va a brindar las mejores posibilidades para la utilización de estas herramientas que se están engendrando “con fórceps” ante la insuficiencia de la ley.

Frente a esta realidad nos planteamos la necesidad de estructurar de un modo distinto el amparo, en donde contemos con la posibilidad de regular adecuadamente lo que hemos denominado jurisdicción anticipada (o tutela anticipada), a través del cual fortalezcamos las medidas cautelares por un lado para brindarle independencia operativa, pero por otro le demos armas a la jurisdicción *para trabajar sobre situaciones límite*, sin necesidad de desvirtuar al amparo, privilegiando la protección de los derechos vulnerados en contraposición con su discusión, en donde habilitemos la vía del contradictorio a partir de la previa igualdad de las partes frente a la ley.

Por eso, consideramos importante “recrear” las fuentes que dieron origen al amparo, para advertir que en ningún caso se pretendió constituirlo como un proceso dirimente de los derechos en disputa sino, por el contrario, como un proceso protectorio, pues precisamente si algo tiene que aparecer con certeza y liquidez (aspectos sobre los que más adelante volveremos) son los derechos que fueron vulnerados para brindarles la protección adecuada.¹⁸

17 Enseña el maestro platense, con la agudeza que lo destaca: “nos parece que buscar en las explicaciones en uso de la teoría general de la cautela las razones que ya no puede brindar a un mecanismo operacional que se ha desglosado de su carril ortodoxo, sería pecar de cierto candor, porque no son idóneas para dar cuenta de esta palpitante experiencia que se cuele y escapa de las fronteras —al menos las establecidas— de las clásicas medidas cautelares. Las partes están ceñidas y queman sus naves en este proceso típicamente diferenciado e independiente de todo otro absorbente y principal” (Morello, Augusto M., *La cautela material*, en J. A. 1992-IV-314).

18 Seguimos idéntico criterio al sustentado por Rivas ya desde su obra *El amparo* (La Rocca, 1987), esbozada más recientemente en su ponencia en el *XIX Congreso Nacional*

De tal modo, debemos recordar que en el caso Siri la Corte señaló, entre otras cosas:

...que basta esta comprobación (la vulneración de los derechos o garantías) para que inmediatamente la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias... Ya a fines del siglo pasado señalaba Joaquín V. González: “No son, como puede creerse, las declaraciones, derechos y garantías, simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la nación. Los jueces deben aplicarla en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre o independiente dentro de la nación argentina” (“Manual de la Constitución argentina”, *Obras completas*, Buenos Aires, 1935, vol. 3, núm. 82; *cfr.*, además, núms. 89 y 90).

Consideramos a éste el “holding”¹⁹ del fallo que nos ocupa, porque la disidencia del doctor Herrera, en ese caso, trasuntó ese espíritu forma-

de Derecho Procesal (*Libro de ponencias*, t. II, p. 767), en donde el autor mencionado sostiene que “la esencia del amparo es la de ser una modalidad específica de actuación de la jurisdicción protectora, es decir, que significa un deber ineludible del Estado de operar protegiendo, a través de sus órganos competentes al efecto, precisamente potenciado por tratarse de una garantía constitucional, dentro de un mismo sistema jurisdiccional garantizador”.

Es importante destacar en este punto, siguiendo a Linares Quintana, que “garantía es la institución creada a favor del individuo para que, armado con ella, pueda tener a su alcance inmediato el medio de hacer efectivo cualquiera de los derechos individuales que constituyen en conjunto la libertad civil y política” (*El debido proceso como garantía innominada de la Constitución nacional*, Editorial Jurídica Argentina, 1943, p. 204).

¹⁹ Carrió distingue claramente, siguiendo a Cueto Rúa y la línea del sistema del *common law*, entre *holdingy dictum*, al señalar que el primero constituye la expresión necesaria del juez para resolver el caso, mientras que el segundo constituye lenguaje de apoyo o superabundante, que viene a abonar el camino de la decisión central (véase Carrió, Genaro R., *Recurso de amparo y técnica judicial*, Abeledo-Perrot, 1959, p. 49); por lo tanto, como podemos apreciar, la mayoría de la Corte entendió que la falta de reglamentación del amparo no constituía, ni tampoco podía constituirse, en un obstáculo para disponer la remoción de las vías de hecho o de la actuación de la autoridad pública —en su

lista tan apegado a los excesos rituales; pero atención, que revela un estilo de nuestra judicatura que resulta un indicador de sobrada importancia a la hora de ponderar el mecanismo que debería regular al amparo y que generalmente pasamos por alto.

Obsérvese que en esa disidencia el doctor Herrera sostuvo que si bien era cierto que el recurrente en ningún caso había sostenido que había deducido un recurso de hábeas corpus, agregó que: “no solamente no concreta de qué acción se trata, sino que el trámite impreso a la causa, a su pedido y con su conformidad, ha sido el establecido por las leyes procesales para dicho recurso”.

Es decir, que el criterio del ministro disidente mostró, como sigue sucediendo hoy en día —*mutatis mutandis*—²⁰ la necesidad de contar con una estructura procesal apta para proteger los derechos que aparecían conculcados, sin advertir que la función primordial de la jurisdicción, en esos casos, es precisamente la protección de esos derechos, y no dirimir su alcance o aplicación.

Por eso, esta mirada sobre nuestras propias fuentes puede ayudarnos a iluminar el camino hacia un proceso con una estructura protectora, en lugar de uno clásico, con un esquema típicamente dirimente de los derechos en juego.

En apoyo de lo que venimos sosteniendo, es de destacar que la Corte, en el caso Kot, entendió que lo que primordialmente tienen en vista el hábeas corpus y el recurso de amparo no es el origen de la restricción ilegítima a cualquiera de los derechos fundamentales de la persona humana, sino estos derechos en sí mismos a fin de que sean salvaguardados. Dichas garantías no atienden unilateralmente a los agresores, para señalar distinciones entre ellos, sino a los agredidos, para restablecer sus derechos esenciales.

caso— que cercenaban los derechos del justiciable. Es decir, la Corte señaló que sin formas procesales de ninguna índole —como lo establece ahora la Constitución de la provincia de Buenos Aires al regular el amparo (véanse los artículos 15 y 20)— igualmente se deben “proteger” los derechos que fueron conculcados, circunstancia que nos permite inferir, si éste constituye el *holding* del pronunciamiento que nos ocupa, que la trascendencia que tienen las formas es vital para la viabilidad del amparo, pues *a contrario sensu*, no podemos pretender la operatividad del amparo sobre la base de la estructura del proceso sumarísimo típico, o por lo menos tal como está concebido en nuestra ley adjetiva.

²⁰ Véase nota 17.

Siempre que aparezca, en consecuencia, de modo claro y manifiesto la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas, así como el daño grave e irreparable que se causaría, remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo. Todo lo que puede añadirse es que, en tales hipótesis, los jueces deben extremar la ponderación y la prudencia —lo mismo que en muchas otras cuestiones propias de su alto ministerio— a fin de no decidir, por el sumarisimo procedimiento de esta garantía constitucional, cuestiones susceptibles de mayor debate y que corresponde resolver de acuerdo con los procedimientos ordinarios. Pero, guardadas la ponderación y la prudencia debidas, ningún obstáculo de hecho o de derecho debe impedir o retardar el amparo constitucional. De otro modo, habría que concluir que los derechos esenciales de la persona humana carecen en el derecho argentino de las garantías indispensables para su existencia y plenitud, y es obvio que esta conclusión no puede ser admitida sin serio menoscabo de la dignidad del orden jurídico de la nación.

Esto que hemos extractado de los casos insignes de nuestros amparos, no es otra cosa más que la doctrina sentada por nuestro más alto tribunal, de la cual se desprende claramente que el amparo no fue generado como un mecanismo procesal apto para dirimir derechos en disputa sino, por el contrario, para efectivizar los derechos y garantías que consagra nuestra ley fundamental.

Es decir, su viabilidad depende de la protección que reclame el justiciable a la jurisdicción. Para ello, la cuestión a formularnos sería: ¿cómo lograr esto si antes concluíamos que por la vía que consagra el artículo 321 del Código Procesal, o bien por la que representa la vieja ley 16.986, no podemos lograrlo de modo expedito y rápido?

A nuestro entender, no existe otra fórmula más que dotar al amparo de otras formas, que marquen una nueva impronta en su procedimiento, que resulten adecuadas para lograr la efectiva tutela de los derechos vulnerados, y cuando sostenemos esto, lo único que pretendemos es que cobre vida la letra de nuestra Constitución nacional y la de los tratados internacionales que son acordes con ella, cuando aluden a un mecanis-

mo o a un recurso, en todos los casos, expedito, ágil, sencillo, rápido, como se desprende de todos esos textos.²¹

IV. Otras fuentes del amparo: el proceso urgente

Consideramos oportuno recordar que el amparo cobró auge en nuestro continente merced a la trascendencia que adquirió el instituto en tierra mexicana.²²

Y conviene señalar, ya que estamos haciendo una mirada retrospectiva hacia las fuentes del amparo, para proyectar hacia el futuro una estructura que permita su mejor efectividad, cómo se resolvió el amparo en el Virreinato de Nueva España (hoy México) en atención al comentario que antes formulamos.

Allí el virrey, conociendo directa o indirectamente (en este caso como presidente de la Real Audiencia de México), dictaba un mandamiento de amparo como protección frente a la violación de los derechos de una persona, sin determinar en éste la titularidad de esos derechos violados y sólo con el fin de protegerlos de la violación.²³

Como se aprecia, la actuación de la jurisdicción viene impuesta por dos extremos fundamentales, la certeza y la liquidez que brindan a la jurisdicción los hechos y el derecho.

Por lo tanto, la utilización de las formas tradicionales no permitirían—por insuficientes— el funcionamiento del amparo, motivo por el cual consideramos que la estructura que debe tener el instituto analizado es semejante a aquella que posee el proceso monitorio.

21 Lo remarcamos al margen de los errores en los que pueda haber incurrido el constituyente en la redacción del artículo 43, pues entre otras cosas alude a una acción expedita y rápida, cuando en verdad a lo que se apuntó fue a una protección sencilla—para evitar todo tipo de formalismos que inhiban el accionar jurisdiccional— y rápida para evitar la consumación o el agravamiento de un daño.

22 En el número 4 de la *Revista de Derecho Procesal* se publicó en la sección Congresos, Noticias y Documentos una copia de la primera sentencia de amparo que se dictó en México en 1848, que, como el lector podrá advertir de su lectura, trata de una sanción de destierro impuesta por el gobernador de un estado mexicano a un ciudadano, la cual había sido dictada sin juicio previo, adoptando el juez de la causa como decisión concreta dejarla sin efecto para brindarle a esa persona la posibilidad de contar con el debido proceso legal, y por ende de su legítima defensa.

23 Véase Castro, Juventino V., *Garantías y amparo*, México, Porrúa, 1996, p. 293.

De la lectura del precedente mexicano que citamos (en la nota 22) podemos advertir que el juez de la causa resolvió el amparo en forma inmediata, expedita y sencilla, pero obsérvese que para ello se superpusieron en los hechos de ese proceso dos pretensiones fundamentales: en primer lugar, la que podría constituir el objeto de una medida cautelar, tratando de evitar la ejecución de la decisión que se impugnaba, y por otro lado, la pretensión sustancial del amparista, que no era otra más que la misma, pues a la sazón no podía pretender más que se dejara sin efecto esa decisión.

Aquí aparecen con claridad la certeza y la liquidez de los derechos conculcados, pues una persona había sido condenada sin juicio previo, por ende la actuación de la jurisdicción no se dirigió a la comprobación de la existencia de los derechos en juego, sino que ante la evidencia con que éstos aparecían no cabía ningún tipo de interpretación ambigua o confusa.

Surgen así dos nuevos estándares a tener en cuenta para obtener la protección de la jurisdicción: la certeza y la liquidez que brindan los hechos y consiguientemente el derecho invocado.

Pero paralelamente, también podemos advertir que ello exorbita el ámbito de las medidas cautelares, pues ya no podemos aludir a la simple apariencia del derecho invocado, como tampoco a la misma envergadura de las razones de urgencia que se invocan.

Por este camino, propender a la mixtura del régimen de las medidas cautelares, con las posibilidades que brinda un proceso de conocimiento, aparece como una solución atractiva para el amparo, que quedaría estructurado como un típico proceso urgente en donde se combinan el activismo jurisdiccional para brindar la protección adecuada, y el conocimiento indispensable para un posterior pronunciamiento de fondo, más allá del carácter formal que el mismo revista.²⁴

²⁴ Por esa razón, en "Una cautela atípica" (*Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, pp. 57 y ss.) señalábamos que existían a partir del avance y desarrollo de la tutela anticipada en la doctrina y en la jurisprudencia, primero renuente en su aceptación y luego del caso Camacho Acosta resuelto por la Excelentísima Corte (L. L. 1998-E-653) con una mayor disposición para ello, un ámbito que podíamos denominar normal o tradicional de las medidas cautelares, y otro excepcional, en donde involucrábamos precisamente a lo que se dio en denominar tutela anticipada.

Este esquema nos lleva a realzar su importancia a la hora de la regulación del amparo, precisamente por su trascendencia a los fines de obtener un funcionamiento de nuestro instituto que resulte expedito y rápido.

Consideramos que en este sentido la trascendencia que tienen los hechos y la actuación que le cabe a la jurisdicción se constituyen en puntales esenciales a la hora de contener ese tipo de situaciones urgentes, con lo cual la propuesta atinente a las formas apunta a lograr el acceso a una tutela jurisdiccional de carácter urgente²⁵ que permita proteger en forma efectiva, cierta y urgente, aquello que no admite dilaciones.

Aun por esta vía, que importa una simplificación en las formas, consideramos que se puede despejar aquella preocupación de la doctrina que apuntaba al exceso amparista que podría desbordar a la jurisdicción, pues la restricción que importan estos parámetros actuaría como una valla de contención interna del propio instituto.

No es lo mismo sostener —para evitar confusiones— que el proceso monitorio resulta adecuado para sustanciar un amparo, que sostener que la estructura monitoria es el molde más adecuado para obtener la protección expedita y rápida que es de la esencia del amparo.

Nos explicamos. No hay dudas sobre el origen del proceso monitorio, ni de su posibilidad de ser puro o documentado y de su utilización para procesos de ejecución entre otras alternativas,²⁶ como tampoco que la envergadura de los derechos que aparecen aquí en juego puede ser otra distinta a la de los que merecen la protección del amparo. Lo cierto es que la estructura monitoria permite la actuación expedita, sencilla y urgente de la jurisdicción por la evidencia de los hechos que permiten el suficiente grado de certeza a aquélla, y la consiguiente liquidez del derecho que deviene de la primera.²⁷

25 En idéntico sentido nos manifestamos en la revista *Proceso de Cambio* editada por los organizadores del XX Congreso Nacional de Derecho Procesal (véase p. 22).

26 No olvidemos que el Código General del Proceso uruguayo extiende su utilidad a otros supuestos, como por ejemplo las divisiones de condominio, de cosas comunes, u otras (véanse los artículos 351 y ss. de ese cuerpo legal), llamándolos a partir del primero de ellos: procesos con estructura monitoria. No obstante, sobre el procedimiento monitorio, véase la ponencia del doctor Martínez, Óscar J., “El procedimiento monitorio”, *Libro de Ponencias del XX Congreso Nacional de Derecho Procesal*, pp. 203 y ss.

27 La distinción que apuntamos sobre la evidencia de los hechos por oposición a la verosimilitud (o humo de buen derecho) que se requiere para el dictado de una medida cautelar, se puede ver en el excelente trabajo que los doctores Arazi y Kaminker llevaron a cabo en la obra *Medidas autosatisfactivas*, dirigida por el doctor Jorge W. Peyrano, Rubinzal-Culzoni, 1999, pp. 37 y ss.

Tomemos el ejemplo concreto, para demostrar en el campo aquello que puede parecer una abstracción, de un fallo reciente que comentamos.²⁸

La Excelentísima Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Curuzú Cuatiá desestimó un amparo aunque paradójicamente hizo lugar a la pretensión, pues el mismo llevaba consigo una medida cautelar que el peticionante había catalogado como innovativa.

Los hechos que le dieron origen fueron los siguientes: debido a la situación que desembocó en la intervención federal de la Provincia de Corrientes en 1999, se sucedieron una serie de revueltas y reclamos populares de todo tipo, por lo cual esos hechos resultaban públicos y notorios, sobre todo para los jueces que vivían en el lugar.

Con motivo de ello, los empleados judiciales de la ciudad de Curuzú Cuatiá hacía más de dos meses que no percibían sus remuneraciones, con las implicancias que ello representaba para sus grupos familiares y con el agravante de que tomaron conocimiento de que en el Banco de la Provincia de Corrientes de aquel lugar se encontraban depositados sus haberes, los cuales no podían hacer efectivos porque no llegaban de la tesorería los comprobantes o recibos que debían firmar los trabajadores para recepcionar esos pagos.

Ante ello, promovieron un amparo con una medida cautelar innovativa, pretendiendo el cobro de sus haberes. La cámara interviniente (que resultaba competente en los términos de la ley provincial 2903) decidió conceder la medida cautelar, dándole el título de "medida autosatisfactiva", previa comprobación en el Banco de la Provincia del lugar que era cierto que los fondos estaban allí depositados, pero con la salvedad de que, paralelamente a la concesión de la medida, decidió darle curso al amparo pidiendo el informe que la ley allí dispone (en términos similares al artículo 8o. de la ley 16.986).

Pese a la inconsistencia de lo informado por la demandada, la cámara decidió desestimar el amparo, por considerarlo abstracto, toda vez que la medida autosatisfactiva que concedió agotaba la pretensión de los actores, cuando en verdad era la oportunidad adecuada para estimar favo-

28 Véase J. A. del 17 de mayo de 2000, núm. 6194, pp. 65 y ss.

rablemente ese amparo, dando cauce así a las formas que venimos proponiendo para nuestro instituto.²⁹

Esto importa una estructura de carácter monitorio, porque la fuerza de los hechos lleva a la jurisdicción, por su evidencia y atento al carácter manifiesto de la arbitrariedad, a su protección inmediata, para luego debatir, si fuera el caso a través de un proceso restringido, algún tipo de defensa que seriamente pueda plantear el eventual demandado, quien tendría así a su merced la posibilidad de habilitar el contradictorio sin que ese pronunciamiento definitivo que se obtenga en ese proceso restringido, por el mínimo conocimiento impuesto por la ley al juez, importe cosa juzgada material, ya que quedará habilitado quien legítimamente se considere agraviado, a revisar, a través de un proceso de conocimiento amplio, ese decisorio.

Por este camino obtenemos la posibilidad de alterar el esquema tradicional del proceso judicial, en donde la relación conocimiento-ejecución se ve trastocada por una inversa que implique protección-conocimiento, de modo tal de concebir un verdadero proceso que no quede desvirtuado por la obtención de una medida (sea cautelar o importe un claro anticipo jurisdiccional), sino que reúna todas las condiciones que nuestra ley fundamental requiere y sea eficaz para atender estas situaciones de extrema excepcionalidad, siendo la simiente de una adecuada sistematización del amparo.³⁰

²⁹ En el trabajo que señalamos en la nota anterior sostuvimos que si bien nos parece encomiable la actuación de la jurisdicción, por su activismo y la forma de hacer efectiva una tutela jurisdiccional, no consideramos oportuna la solución, no porque la medida autosatisfactiva resultara inadecuada, sino por el contrario, porque al margen de la denominación que le diéramos, daba pie para que el amparo continuara sustanciándose, tal como la cámara lo hizo, pero resolviéndolo como hubiera correspondido: esto es, ante la inexistencia de contradicción suficientemente seria y razonable, convalidando la medida decretada y no declarándolo abstracto.

³⁰ Sostenemos la necesidad de sistematizar el amparo, pues es evidente que existen diferencias entre las distintas alternativas que pueden generarse a partir de las variantes que consagra la Constitución nacional en sus artículos 41, 42 y 43, ya que no es lo mismo tramitar un hábeas data que brindar amparo a un consumidor o perseguir la declaración de inconstitucionalidad de una norma, motivo por el cual en su oportunidad, en la ponencia que presentamos en el XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal llevado a cabo en la ciudad de Corrientes en 1997, titulada "De la atomización a la sistematización del amparo", proponíamos la necesidad de fortalecer al amparo con una adecuada siste-

V. Conclusiones

Bien reconoció la Corte en el caso Siri, que resultaba imperioso dejar de lado su tesis tradicional, que relegaba al trámite de los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales la protección de las garantías no comprendidas estrictamente en el hábeas corpus (*Fallos*: 165:15; 169:103 y posteriores), señalando textualmente nuestro más alto tribunal que “los preceptos constitucionales, tanto como la experiencia institucional del país, reclaman de consuno el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales, para la efectiva vigencia del Estado de derecho e imponen a los jueces el deber de asegurarlas”.

Estábamos por entonces en 1957. Desde esa fecha al año 2000 han transcurrido 43 años, lo cual consideramos tiempo suficiente como para que los argentinos podamos encontrar cauce adecuado a una necesidad social, que evidencie la maduración del amparo.

Su falta de regulación importa no sólo una desidia política, sino además un manifiesto desinterés por la elevación de nuestra sociedad a esquemas de resolución de conflictos acordes con los tiempos que nos tocan vivir, para lo cual entendemos conveniente un enfoque sistémico para superar esta situación, ya que el proceso judicial —como subsistema—³¹ dentro de una determinada organización social, requiere la complementación de esfuerzos de las distintas vertientes que coadyuven en pos de esos objetivos.

Por eso, Bunge³² marca una impronta muy particular de todo sistema,³³ que es la que permite advertir que éstos poseen características de

matización, evitando el fenómeno de la atomización que allí describíamos (la tarea fue publicada en el tercer tomo de los libros que recogieron las ponencias de los participantes en el evento, pp. 151 y ss.).

31 Señala Grün que para un adecuado uso de la noción de sistema, a más de desechar el reduccionismo, se requiere, sintéticamente: a) tener una percepción de la naturaleza de su entidad, como distinta del resto del universo, esto es, poder distinguir el sistema de su entorno; b) reconocer su funcionalidad propia; c) apreciar correctamente la dependencia del sistema del entorno y la naturaleza precisa de esa dependencia; d) lograr una percepción y comprensión de la complejidad interna del mismo y la organización de esta complejidad, y e) descubrir sus caracteres dinámicos (Grün, Ernesto, *Una visión sistémica y cibernética del derecho*, Abeledo-Perrot, 1995, p. 33).

32 Bunge, Mario, *Sistemas sociales y filosofía*, Sudamericana, pp. 7 y ss.

33 Un sistema es algo que fundamenta su existencia y sus funciones como un todo me-

las que adolecen sus partes, y existe un principio fundamental en ese sentido que indica que los problemas sociales no se dan de a uno sino combinados, por lo cual sólo pueden entenderse y resolverse como sistemas; sugiriendo como receta para abordarlos con éxito, el hacerlo paso a paso, pero todos juntos.

Por ese motivo, nos adelantamos a señalar que no es un solo aspecto sobre el que conviene trabajar para estructurar al amparo, sino que son varios componentes los que influyen sobre el particular, entre otros, aquel que apunta a la formación de los operadores jurídicos, toda vez que es de fundamental importancia contar con un razonamiento forense acorde con las nuevas necesidades que imponen los tiempos actuales, pues de lo contrario caería en saco roto todo tipo de esfuerzo.³⁴

Obsérvese que la línea de razonamiento adoptada por la Corte, en lo que consideramos el *holding* del fallo, fue aceptada por la doctrina, a tal punto que Palacio, remitiéndose al mandamiento de seguridad brasileño y recordando a Buzaid, señala que aquel instituto, en Brasil, tiene como nota fundamental “la inexistencia de discusión” en torno al derecho invocado por el impetrante, por la indiscutibilidad de la pretensión enjuiciada,³⁵ agregando a continuación que la otra nota esencial que debe caracterizar al amparo radica en la necesidad de que aquélla tramite con la mayor celeridad y urgencia, a través de procedimientos dotados de la máxima simplicidad en sus dimensiones temporales y formales.

Recuerda además, en ese mismo trabajo, lo que señalaba la doctrina por entonces, cuando vio la luz el amparo, tanto en revistas jurídicas —como el caso de Orgaz, quien sostenía que el amparo era un remedio urgentísimo, respecto al cual frente a su mera interposición no había contienda alguna— cuanto en pronunciamientos judiciales, como el caso de Aberastury, quien en un voto en disidencia, como miembro de

diante la interacción de sus partes (Joseph O'Connor y Sam Mc Dermott, Barcelona, Uruguay, 1998, p. 17).

³⁴ Es muy llamativo e importante a tener en cuenta el fallo que citamos en *Mediación obligatoria y audiencia preliminar* (de Colerio, Juan P. y Rojas, Jorge A., Rubinzal-Culzoni, p. 95) de un juez federal de la ciudad de Buenos Aires que, debido a la reforma efectuada por la ley 24.573, que introduce la audiencia preliminar, considera que no está en condiciones de llevarla a cabo por los inconvenientes que le generaría su aplicación.

³⁵ Palacio, Lino E., *La pretensión de amparo en la reforma constitucional de 1994*, en L. L. 1995-D-1237.

la Corte, señaló que era extraño al procedimiento del amparo toda idea de bilateralidad (*Fallos*: 250:151).

Como vemos, por entonces no existieron dudas de ningún tipo, ni desde la doctrina ni desde la jurisprudencia, en concebir al amparo como un mecanismo para atender situaciones urgentes que por su excepcionalidad no admitían ningún tipo de dilaciones, y lo que también es cierto, y nuestra realidad nos lo indica, es que los resultados que obtenemos hoy en día resultan magros frente a las posiciones esbozadas.

Por ese motivo es que “el nuevo molde” que proponemos para el amparo debe necesariamente sufrir modificaciones que apunten a estructurar³⁶ un verdadero proceso urgente, sin ánimo de que con ello se agote su sistematización que creemos necesaria para la contemplación de sus distintas variantes, toda vez que ha sido elocuente el agotamiento de las viejas estructuras que se han pergeñado para darle un correcto andamiaje; de ahí la importancia que le atribuimos a las formas al comienzo de este trabajo.

Esto hace que reiteremos nuestra postura de concebir una estructura monitoria, no para obtener una condena inmediata frente a cualquier tipo de petición, sino para obtener de la jurisdicción una actuación verdaderamente protectoria frente a situaciones que así lo requieran.

Reiteramos que ello podríamos lograrlo delimitando el campo de las medidas cautelares al diferenciarlas en esa zona gris a la cual antes nos referíamos,³⁷ para regular así lo que se denomina usualmente como tutela anticipada o jurisdicción anticipatoria, liberando al juez de toda limitación que importen las causales de prejuzgamiento que eventualmente podrían cercenar su actuación.

De tal modo, podríamos lograr de la jurisdicción, frente a la evidencia de los hechos, un “mandato de protección” o “mandato protectorio” que permitiera mantener el principio de igualdad entre las partes en el proceso, para equiparar ante la ley a aquel que haya sido objeto de cualquier tipo de violación —actual o en ciernes— de sus derechos.

Contamos para ello con los avances que ha producido la jurisprudencia en la materia, aunque con la salvedad de que en algunos casos se sigue denominando como medidas cautelares (clásicas) a aquellas que

³⁶ Desde un punto de vista sistémico, estructura sería el orden en que se hallan distribuidos los elementos del sistema (Grün, *op. cit.*, nota 31, p. 30, nota 10).

³⁷ Véase nota 24.

requieren otros aditamentos, que debemos añadir a los presupuestos sustanciales tradicionales.

Así se ha decidido que:

El hecho de que el objeto de una medida cautelar coincida —total o parcialmente— con el objeto de la pretensión principal, no invalida la cautela solicitada. Pero tal circunstancia, si exige una *mayor ponderación de los elementos en que se la funda*, pues únicamente cabe hacer lugar a determinado tipo de cautelares ante la *certidumbre* de que el *daño a prevenir* reviste el *carácter de inminente e irreparable* (Cám. Nac. Civ., sala D, 26 de septiembre de 1997, “Bella, Elvira Isabel c/Federación Argentina de Tiro [FAT] s/Amparo”, L. L. del 9 de septiembre de 1998, p. 5).

Estas pautas novedosas esbozadas por nuestra jurisprudencia son importantes de tomar en cuenta para regular el amparo, como la certeza del derecho invocado o su fuerte probabilidad de certeza, como asimismo la existencia de un daño que resulte irreparable, pues conducen a demostrarnos el exceso de los moldes tradicionales a los cuales antes hacíamos referencia; pero también nos permiten integrar un proceso con partes en igualdad de condiciones, con lo cual la actuación que le cabe a la jurisdicción adquiere, como se aprecia en los precedentes citados, un cariz fundamental.

La emisión de un mandato protectorio por parte de la jurisdicción provocaría dos alternativas, como las que plantea el dinamismo de la norma procesal: puede existir oposición del afectado, o no. En el primer caso el proceso a sustanciarse debe restringirse al máximo posible evitando todo tipo de discusión sobre la causa que ha generado esos hechos, centrándola únicamente en la existencia o no del derecho invocado, con lo cual, agotado ese trámite, con la eventual posibilidad de producir algún medio probatorio a esos fines —todo ello dentro de plazos perentorios y breves—, el juez dictaría sin más sentencia, la cual revestiría únicamente el carácter de cosa juzgada formal habilitando al accionado a ocurrir por la vía ordinaria tradicional para revisar todo lo actuado, en caso de tener que discutir la causa que dio origen a los hechos del amparo.

En el supuesto de que no exista oposición de parte del afectado, quedaría liberado el juez de tener que sustanciar contradictorio alguno, por

lo cual dictaría sin más sentencia confirmando o no, según los hechos del caso, el mandato protectorio que emitió.

Éste constituiría un verdadero proceso urgente, que no se agota simplemente con el dictado de una medida sino que abre la alternativa de un posible contradictorio, liberando a la jurisdicción de las ataduras que importa un anticipo jurisdiccional, para lo cual se requerirá fundamentalmente una apreciación más afinada como lo reclamó nuestro más alto tribunal desde los casos líderes que dieron origen al amparo, y que ha reafirmado recientemente en el caso Camacho Acosta.³⁸

³⁸ E. D. 176-64.