



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

AUTOS: “ASOCIACION PRO HOGAR DEL DISCAPACITADO c/EN-AFIP-DGI Y OTRO s/AMPAROS Y SUMARISIMOS SEC. 2”

EXPEDIENTE N°: CAF 12.402/19

JUZGADO N°: 10

DICTAMEN N°: 317.472/19

FISCALIA N°: 1

Señora Juez:

I- Se corre vista a esta representación del Ministerio Público Fiscal de las presentes actuaciones, a fin de que me expida en relación a la competencia, la medida cautelar solicitada y la posible existencia de cosa juzgada.

II- Surge de lo actuado que la Asociación Pro Hogar del Discapacitado (PROHODIS) interpuso, ante la Justicia en lo Contencioso Administrativo Federal, la presente acción de amparo en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional contra la Administración Federal de Ingresos Públicos y la Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación, en razón de la lesión que configura su accionar conjunto para los derechos humanos de las personas con discapacidad bajo su cuidado, así como la violación del complejo normativo que prevé la suspensión de las ejecuciones fiscales en su contra, hasta la finalización de la emergencia sanitaria declarada.

Asimismo, solicita se decrete en forma urgente la medida cautelar innovativa, a fin de que se decretara la suspensión de las ejecuciones fiscales en curso, en los términos de tal emergencia sanitaria, y del mismo modo que fue reconocido a la actora hasta el año 2014.

En este contexto, la accionante precisó los términos del Decreto 486/02 de emergencia sanitaria, prorrogado hasta el 31/12/2019, a cuyo amparo se dispuso la suspensión de la ejecución de las sentencias que condenen al pago de sumas de dinero, dictadas contra los Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud.

Para ello, los sujetos que pretendieran acogerse a tales beneficios, deberían contar con el certificado de inscripción del Registro Nacional de Prestadores Sanatoriales, emitido por la Superintendencia de Servicios de Salud (cfr. Dto. 756/04). Sobre este punto, resalta la demandada que la AFIP había considerado a PROHODIS incluida en los términos de la Emergencia Sanitaria dispuesta, por cuanto contaba con dicha inscripción.

Sin perjuicio de ello, la contribuyente destacó las previsiones de la Resolución del Ministerio de Salud 496/14 (modificatoria del Anexo VI de la Res. 789/09), que establece que a excepción de una serie de sujetos, entre los cuales la parte alega no estar incluida, no será exigible la inscripción en el Registro de Prestadores de la Superintendencia de Servicios de Salud, a los prestadores de la Res. 1328/06.

A los fines de una mejor ilustración, la Asociación acompañó informes producidos por la propia Superintendencia de Servicios de Salud a la vez que manifestó su especial situación de vulnerabilidad como asociación sin fines de lucro, constituida por padres de hijos con graves discapacidades motrices y mentales.

Por su parte, indicó que el ente impositor sostenía la expiración del certificado de Prestador Médico Asistencial de la demandada con fecha 04/11/2011, el cual considera imprescindible a los fines de la aplicación del mentado Decreto.

Vale destacar que PROHODIS presentó una nota aclaratoria, expedida por el Registro Nacional de Prestadores de la Superintendencia de Servicios de Salud, de cuyo contenido se desprende que la inscripción se realiza al solo efecto que los prestadores de salud privados puedan suscribir contratos de prestación de servicios médicos con los Agentes del Seguro de Salud. De este modo, en virtud de la categorización del establecimiento por el Servicio Nacional de Rehabilitación

(Agencia Nacional de Discapacidad), no correspondería la inscripción solicitada por la Asociación.

Asimismo, la parte actora preconizó la urgencia en el dictado de la medida cautelar requerida, puesto que lo contrario impediría el funcionamiento de PROHODIS al punto de implicar la clausura del establecimiento, en razón de una actuación conjunta del Órgano impositor y la Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación, que tachó de arbitraria e ilegal.

Así, individualizó la existencia de quince (15) expedientes de ejecución en el Fuero, iniciados por la misma Agencia de la AFIP, y precisó que su consecución excluía a PHOHODIS de la protección de la que debiera gozar frente a la creciente crisis económica, en cuyo marco se dictó la emergencia sanitaria nacional, que la llevarían al cierre del establecimiento y por ende, al cese de la prestación que ofrece a 117 personas con graves discapacidades mentales y motrices.

En particular, puso de relieve la efectivización de embargos por montos superiores a los \$20.000.000 (pesos veinte millones), que tornaron imposible la continuación de la prestación Hogar y Centro de Día.

En estos términos, vale destacar los dichos de la actora en cuanto al **“daño irreparable que ocasionaría a todos los jóvenes que residen en el instituto (...) no poder continuar con la prestación”**; **“(...)con la gravedad de los diagnósticos que presentan los concurrentes, resulta casi imposible tener otra opción de residencia similar a PROHODIS”**; **“(p)ara aquellos concurrentes con discapacidad física, dada la gravedad de las mismas, en muchos casos implicará SU MUERTE”** (el resaltado es propio).

En este sentido, la actora ofreció sendas piezas probatorias para fundamentar sus argumentos, así como propuso la producción de otras tantas, entre las cuales se destaca el nombramiento de un perito médico especialista en neurología y de un perito contador, profesionales estos que podrían echar luz en el análisis de los informes médicos obrantes en autos, así como de los libros de comercio y otros documentos en posesión de la actora (ver fs. 2/18vta.).

En este contexto, el Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 4 se declaró incompetente para conocer en las presentes actuaciones, resolución que fuera consentida por la parte actora (ver fs. 21/25).

De este modo, fue desinsaculado para intervenir en las presentes el Juzgado Federal de la Seguridad Social N° 10, que agregó copias de las Sentencias recaídas en la causa N° 9694/2018, caratulada **“ASOCIACION PRO HOGAR DEL DISCAPACITADO PROHODIS c/EN-AFIP s/AMPAROS Y SUMARISIMOS SEC.2”**, de lo cual se colige que la Asociación habría demandado, ante la Justicia Federal de la Seguridad Social, a la Administración Federal de Ingresos Públicos a los fines de que se suspendieran las ejecuciones fiscales iniciadas contra ella, en cuyo marco solicitó una medida cautelar de no innovar; planteo que fuera rechazado **“in limine”** tanto en Primera Instancia como en la Alzada (ver fs. 28/35).

Delineadas las circunstancias fácticas del caso, corresponde que me expida sobre la materia traída a vista.

III- Al respecto cabe tener presente que, conforme lo dispuesto en los arts. 103 y cc del Nuevo Código Civil y Comercial y art. 54 de la Ley Orgánica del Ministerio Público 24.946, el **Defensor de Menores e Incapaces** es parte esencial y legítima en todo asunto judicial o extrajudicial en el que intervenga un menor de edad, e incluso puede deducir todas las acciones y adoptar las medidas que sean necesarias para su mejor defensa en juicio, bajo pena de nulidad de todo acto que tuviere lugar sin su participación.

En ese sentido, en autos **“Violeta Sandra Lucía Carballo de Pochat c/ ANSeS s/Daños y Perjuicios”** -19/05/2009-, la CSJN declaró la nulidad de las actuaciones cumplidas sin la intervención del Ministerio Pupilar, toda vez que se hallan comprometidas las garantías de defensa en juicio, del debido proceso legal, de acceder a la justicia en un pie de igualdad, y el derecho a ser oído, tutelados -en



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

relación a los menores- por la Constitución Nacional y por la Convención sobre los Derechos del Niño.

En dicho caso, el Máximo Tribunal sostuvo que es "...descalificable la sentencia que, al confirmar una resolución, omitió dar intervención al ministerio pupilar para que ejerciera la representación promiscua a pesar de que dicha resolución comprometía en forma directa los intereses de la menor, lo que importa desconocer el alto cometido que la ley le ha asignado a dicho ministerio, y no sólo menoscaba su función institucional sino que acarrea la invalidez de los pronunciamientos dictados en esas condiciones" (conf. C. 1096. XLIII. R.O. -autos Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía-, ver también Fallos: 325:1347 y 330:4498 y doctrina de Fallos: 305:1945 y 320:1291).

Por su parte el señor Defensor Oficial ante la Corte Suprema, en autos "Rivera Rosa Patricia (en nombre y representación de sus hijos menores) c/ Estado Nacional y/o Estado Mayor Gral. del Ejército Arg. -CSJN 06/07/2010- puso de relieve que, al haberse omitido conferirle vistas fundamentales desde el inicio del proceso, se privó a los menores de gozar de la representación que ejerce el Ministerio Pupilar (sin que ello pudiera quedar subsanado con la vista otorgada en ulterior instancia).

En virtud de los argumentos más arriba expuestos, soy de la opinión que, previo a todo trámite y ante la posibilidad de encontrarse en juego los intereses de personas menores de edad y/o con incapacidad jurídica a causa de sus discapacidades psíquicas, **se debería dar intervención al Ministerio Público de la Defensa** en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 54 de la ley 24.946.

IV- En un primer término, corresponde que me pronuncie sobre la competencia del Tribunal para entender en autos.

Se ha definido a "la competencia como la capacidad o aptitud que la ley le reconoce a un juez o tribunal para ejercer sus funciones con respecto a una determinada categoría de asuntos o durante una determinada etapa del proceso" (Conf. Palacio, Lino E. "Derecho Procesal Civil, Tomo II, pág. 369, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994).

Para su determinación corresponde primariamente atender de modo principal a la exposición de los hechos que el actor hace al demandar, y en segundo lugar, y sólo en la medida en que se acude a ellos, al derecho invocado, pues los primeros animan al segundo, y por lo mismo, son el único sustento de los sentidos jurídicos particulares, que les fuesen atribuibles (CSJN, 26.4.86; C.N.Civ. Sala C, 22.9.87, LL 1987, E, 305; CSJN 16.06.87, JA 1987-IV, 208; C.N.Cont. Adm. Sala II, 04.03.86 "Rep. JA." 1987-148; C.N.Civ. Sala B, 23.03.82 JA 1983-II-351; CSJN 28.03.89; DT 1989, 1329; C.N.Civ. Sala E, 06.05.80, "Rep JA" 1981-108).

En idéntico sentido se ha dicho, que a los fines de la determinación de la competencia debe estarse únicamente a la pretensión esgrimida en la demanda y a las normas que rigen la cuestión, sin que sea necesario pronunciarse acerca de la verdad de la aseveraciones del demandante, ni sobre las defensas que en contradicción a ellas, opone el demandado, pues de lo contrario la cuestión de competencia solo podría dilucidarse una vez agotado el ejercicio de la jurisdicción (CNCiv. Sala M 30-09-94, c. 10.233, autos "Herrera c/ Corrales" L.L. 27-094-95).

Asimismo, resulta oportuno señalar que la competencia atribuida a estos Juzgados Federales de Primera Instancia de la Seguridad Social se encuentra determinada en los seis incisos que conforman el art. 2º de la ley 24.655 y si bien en ellos se entiende que abarcan una multiplicidad de cuestiones litigiosas, no puede soslayarse que dicho precepto escapa de la totalidad de los conflictos que eventualmente se pudieran generar dentro de los diversos componentes que contiene la materia.

Como todo plexo legal asignativo de competencia, no siempre puede proveer todas las posibles causas que han de plantearse en los estrados judiciales. De ahí que los magistrados deban ir zanjando las distintas circunstancias integrando los distintos ordenamientos jurídicos o realizar una conducta típicamente pretoriana.

Esto induce a indagar acerca de la naturaleza jurídica de la pretensión deducida en el libelo inicial.

La mera entidad de la Justicia Federal de la Seguridad Social justifica la competencia de las causas cuya naturaleza jurídica de los hechos deducidos en la demanda y del derecho invocado integren la realidad de la seguridad social.

En ese temperamento, aparece evidente la intención del legislador de atribuir una especialización en materia de seguridad social a los Juzgados Federales de la Seguridad Social, desde el solo hecho de la sanción de la ley 24.655.

*En virtud de lo expuesto, **corresponde destacar que la Sra. Magistrada resulta competente para conocer en la presente acción conforme lo dispuesto en el art. 4º de la ley 16.986 y 2º de la ley 24.655.***

*V- En relación a la **procedencia de la acción entablada**, debe recordarse que este procedimiento tuvo su origen en la jurisprudencia en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los famosos “leading cases” “Siri” y “Kot”, que admitieron, pese a la inexistencia de la regulación procesal específica, la existencia de una acción destinada a la protección de los derechos no alcanzados por el hábeas corpus, ya que estimó que “los preceptos constitucionales y la experiencia institucional del país reclaman de consuno el deber de asegurar el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de Derecho” (Fallos, 239:463).*

Recordamos que en el caso “Siri” se protegía un derecho (la libertad de prensa) frente a la violación de un poder público. En cambio, en el otro precedente, se admitió la acción respecto a una violación proveniente de particulares.

Luego de estos precedentes jurisprudenciales, la acción de amparo mereció la regulación legislativa mediante el dictado de la ley 16.986 referida a su interposición frente a actos del poder estatal, y por la ley 17.454 para regular este procedimiento frente a actos de particulares.

Finalmente, la reforma constitucional importó su agregado al texto de nuestra Carta Fundamental en el art. 43 que dispone: “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 reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley”.

La cláusula constitucional prevé las dos formas de amparo reguladas en nuestra legislación y exige para su admisibilidad formal de la inexistencia de otro medio judicial hábil para hacer cesar la violación, restricción ilegítima o peligro que impida el goce y ejercicio de un derecho.

El constituyente siguió la redacción del artículo 1º de la ley 16986 para establecer la categoría de los actos respecto de los cuales puede interponerse la acción de amparo, y se destaca que la lesión al derecho puede provenir de un “no hacer” (omisión) que importe una restricción ilegítima.

La norma constitucional permite el ejercicio de esta acción no sólo para garantizar el ejercicio de derechos de jerarquía constitucional, sino también de aquellos contemplados en tratados internacionales y leyes. Dado el nuevo orden de prelación de las leyes, surgido de las modificaciones introducidas en el artículo 75 inc. 22 y 24, esta ampliación del ámbito de actuación del amparo resulta trascendente y le otorga una amplitud compatible con la protección que intenta otorgar a los derechos humanos la comunidad internacional.

Debe destacarse que “el procedimiento debe ser sumarísimo para que logre la finalidad para la cual es concebido el mecanismo, pues de lo contrario, no tendría justificación su instauración” (Conf. Daniel Alberto Sabsay y José Miguel Onaindia, “La Constitución de los Argentinos”, Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994, 7ª edición, Ed. Errepar, 2009).

En este punto del Dictamen, resulta importante destacar que los destinatarios de la expresión “autoridad pública”, son el Poder Ejecutivo, y todo el



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

despliegue organizacional de la administración del Estado, el Congreso y las dependencias administrativas que están a su cargo y el Poder Judicial en sus diversos niveles.

Cabe destacar, que el Decreto 486/02 –B.O. del 13/03/02– conforme su art. 1, decreta la Emergencia Sanitaria Nacional hasta el 31 de diciembre de 2002, “a efectos de garantizar a la población argentina el acceso a los bienes y servicios básicos para la conservación de la salud, con fundamento en las bases que seguidamente se especifican:

a) Restablecer el suministro de medicamentos e insumos en las instituciones públicas con servicios de internación.

b) Garantizar el suministro de medicamentos para tratamientos ambulatorios a pacientes en condiciones de alta vulnerabilidad social.

c) Garantizar el acceso a medicamentos e insumos esenciales para la prevención y el tratamiento de enfermedades infecciosas.

d) Asegurar a los beneficiarios del INSTITUTO NACIONAL DE SERVICIOS SOCIALES PARA JUBILADOS Y PENSIONADOS y del SISTEMA NACIONAL DEL SEGURO DE SALUD el acceso a las prestaciones médicas esenciales”.

En la actualidad, lo dispuesto en dicho artículo se encuentra prorrogado por el art. 113 de la Ley N° 27.431 –B.O. 2/1/2018–, a partir del 1° de enero de 2018 y hasta el 31 de diciembre de 2019 –teniendo como prórrogas anteriores las leyes 26.204, 26.339, 26.456, 26.563, 26.729, 26.896, 27.200 y 27.345, conf. nota infoleg al art. 1 del Dec. 486/02–.

En clara demostración de la fundamentación de este decreto y de sus –continuas prórrogas– considero prudente traer a colación uno de sus considerando el cual expresa “Que los principios básicos de equidad y justicia social exigen que los sacrificios implícitos en las medidas que se adoptan por el presente Decreto alcancen y sean compartidos adecuadamente por todos los sectores involucrados, adoptando las medidas que tiendan a evitar el detrimento patrimonial de los actores del Sistema de Salud” (el subrayado me pertenece).

En este temperamento de ideas, resulta relevante reflexionar que el goce de la salud, entendido en sentido amplio, importa la defensa del derecho a la vida y a la preservación de aquella, que dimana de normas de la más alta jerarquía (conf. Preámbulo y arts. 31, 33, 42, 43, 75 inc. 22 Constitución Nacional; 3 y 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 12 incs. 1 y 2 ap. d) del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 4 inc. 1, 5, inc. 1 y 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica).

Entiendo así, que la labor de los jueces resulta determinante para sortear la paradójica situación derivada del contraste entre la incesante retórica de los derechos humanos y su constante expansión normativa, frente a la indisponibilidad de los mismos para la mayoría de la población.

No es ocioso recordar la doctrina de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a que “Los jueces deben actuar con suma cautela cuando deciden cuestiones que conducen a la denegación de prestaciones de carácter alimentario, pues en la interpretación de las leyes previsionales el rigor de los razonamientos lógicos debe ceder ante la necesidad de no desnaturalizar los fines que las inspiran” (CSJN “Vera Barros Rita E. C/ Est. Nac. Armada Argentina” sent. del 14/12/94).

Es dable tener presente que, aunque en el marco de otros supuestos fácticos distintos pero vinculados al derecho a la salud, la Corte ha interpretado que los jueces deben buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pedidos, para lo cual deben encauzar los trámites por las vías expeditivas, impidiendo que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela constitucional, lo cual se produciría si el reclamo tuviera que aguardar el inicio de un nuevo proceso (Fallos: 327:2127; 329: 4.918; 330:4.647, 331:563, entre otros).

A la luz de lo expuesto, **respecto a la cuestión de fondo se debería recabar informe circunstanciado acerca de los antecedentes y fundamentos de la petición de autos dentro de las previsiones del art. 8º de la ley 16.986.**

VI- Ahora bien, con respecto a la medida cautelar, corresponde realizar las siguientes precisiones:

a. En un primer término, es dable recordar que la medida precautoria es un remedio judicial que tiene por objeto proteger los intereses de los particulares cuando la cautela no puede lograrse por otros medios. Esta medida excepcional supone la verosimilitud del derecho invocado (*fumus bonis iuris*) y el peligro de la demora (*periculum in mora*), previstos en el art. 230 del CPCCN.

Así, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que: "Las medidas cautelares no exigen el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino solo su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad" (conf. CSJN; "Espinosa Buschiazzo, Carlos Alberto c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa, sent. del 11/4/05).

También debe destacarse, si bien se volverá sobre el tema con mayor profundidad, que para tener por acreditada la verosimilitud en el derecho, no se requiere de una prueba terminante y plena, bastando acreditar que exista el *fumus bonis iuris* y no que el mismo sea real, circunstancia que recién se tendrá por acreditada o no, con el dictado de la sentencia definitiva (conf. Fenochietto, Carlos E. - Arazi, Roland, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Bs. As., Ed. Astrea, 1993, Tomo I, p. 741/742).

Asimismo, el "*periculum in mora*" indica el interés jurídico del peticionante, y se refiere al riesgo de sufrir un daño grave e irreparable pero que no puede justipreciarse de modo tan exigente cuando existe mayor verosimilitud (conf. Fenochietto- Arazi, ob. cit., p. 833).

Couture, refiriéndose a las cautelares, asevera que la terminología que rige respecto de ellas es muy variada. Se las llaman, indistintamente, providencias cautelares, medidas de seguridad, medidas precautorias, medidas de garantía, acciones preventivas, medidas cautelares, etc. (Conf. Couture, Eduardo J., "Fundamentos del derecho procesal civil", 3º ed., Depalma, Bs. As., 1958).

En ese sentido, se puede decir que las medidas cautelares constituyen, en esencia, una serie de mecanismos procesales, instituidos, bien con el fin de tutelar o garantizar la efectividad de un proceso principal, bien con el de prevenir los perjuicios antijurídicos que pueden causarse con la iniciación, con el trámite o con la demora de su decisión (Conf. R. Parada Vázquez, "Prólogo" al libro de Chinchilla Marín, C. "La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa, Madrid, Universidad Complutense-Civitas, Madrid, 1991, pág. 14).

Desde su perspectiva legal, el código ritual adopta un sistema que permite asegurar los derechos pretendidos cuando estos ya han quedado reconocidos, por sentencia (art. 212 del CPCCN) y también cuando son verosímiles, siempre que la eventual demora en su satisfacción por causa de la duración propia de todo proceso o por la realización por el deudores de actos que disminuyen o revelan el propósito de reducir su responsabilidad patrimonial, importe el peligro de que cuando llegue el momento procesal oportuno, estos puedan haber salido de dicho patrimonio o resultar de difícil afectación.

Se trata pues de un instituto preventivo. El mismo "*nomen iuris*" encierra tal característica, pues el término "cautelar" significa "preventivo, precautorio". El propio Diccionario de la Lengua Española reconoce como definición de "medida cautelar" aquellas "que se adoptan para preservar el bien litigioso o para prevenir a favor del actor la eficacia final de la sentencia".



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

Por tal motivo, considero que el análisis de la pretensión cautelar debe conciliar la rapidez que amerita la adopción de la decisión y la prudencia con que se resulta necesario evaluar los recaudos de procedencia.

Es así, pues, por un lado, su rechazo puede hacer que el transcurso del tiempo torne imposible el cumplimiento de la sentencia y, por ende, se produzca una transgresión a la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva. Por el otro, su admisión liviana o infundada puede provocar perjuicios innecesarios al peticionante que será pasible de ser demandado por los daños y perjuicios que dicha medida generó a la parte contraria.

b. En este orden de ideas, sabido es que la sustanciación de un proceso, desde el inicio hasta la adopción de una decisión sobre el mérito –siempre resguardando el debido contradictorio– suele demandar un tiempo considerable.

Durante el mismo, quien ha sido convocado a juzgamiento puede desenvolver su accionar conforme a derecho, colaborando con el órgano jurisdiccional y aguardando la resolución que ratifique o desmerezca su posición. Pero también puede llevar a cabo determinadas conductas que impedirían la materialización del futuro mandato judicial.

Siendo esto último intolerable en aras de la protección del accionante y esencialmente para la propia operatividad de la jurisdicción, surge una actividad preventiva que, con la mirada puesta en la objetiva posibilidad de frustración, riesgo o estado de peligro y a partir de un razonable orden de probabilidades acerca de la existencia del derecho que invoca el peticionante, anticipa los efectos de la decisión de fondo ordenando la conservación o mantenimiento del estado de cosas existente o, a veces, la innovación del mismo según sea la naturaleza de los hechos sometidos a juicio. De lo dicho se desprenden los presupuestos, requisitos o condiciones necesarias para que puede tener lugar la función cautelar.

Es decir, en determinadas circunstancias el procedimiento ordinario previsto para la resolución de conflictos puede no ser adecuado por sí sólo para la conservación y salvaguarda de los derechos en juego, por lo cual sea necesario requerir de parte de los órganos del sistema judicial, una acción expedita, oportuna y rápida, que impida que se consume un daño irreparable.

Este sería entonces el propósito de las medidas cautelares, evitar los perjuicios que pueda producir el retardo en adoptar un pronunciamiento definitivo, anticipando provisoriamente un resultado y evitando que, de lo contrario, la sentencia definitiva pierda su eficacia o su oportunidad.

Lo dicho permite reconocer la innegable importancia que tienen estas medidas para la protección de los derechos.

c. Sin perjuicio de los argumentos que expondré “infra”, es dable tener en cuenta, en este sentido, que en la causa “Márquez, Alfredo Jorge c/ Anses s/incidente”, S.C., M641, LXLVII, cuya temática guarda ciertos visos de similitud a la aquí debatida, la Sra. Procuradora General de la Nación dictaminó, con fecha 28 de junio de 2013, que la obtención de una medida cautelar innovativa que coincida sustancialmente con la pretensión principal implica una adjudicación anticipada de derechos, que soslaya la tramitación del debido proceso, que es uno de los pilares de nuestro ordenamiento jurídico y del estado de derecho.

En consonancia, nuestro Máximo Tribunal de Justicia en la mencionada causa, con fecha 20 de Agosto de 2014, ha dicho, en su considerando 6º), que “...la Corte ha señalado reiteradamente que la viabilidad de las medidas precautorias se halla supeditada a que se demuestre la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, y que entre aquellas la innovativa constituye una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, lo que justifica una mayor estrictez en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (Fallos: 316:1833; 319:1069; 326:3729; 327:2490, entre otros)”.

Luego, en consid. 8º), expresó “Que en virtud de tales restricciones, correspondía a los magistrados verificar cuidadosamente la concurrencia de los extremos de hecho exigidos para la procedencia de la medida solicitada, valorándolos

con la prudencia que demanda un conflicto entre el derecho de defensa del organismo y la necesidad expresada por el actor. Debía ponderar, en concreto, si había quedado demostrado que la permanencia del requirente en la situación que tenía al pedir la tutela anticipada, le causaba un grave menoscabo cuyos efectos no podrían revertirse con el dictado de la sentencia final (Fallos: 324:1691)".

También la jurisprudencia de esta Excma. Cámara Federal de la Seguridad Social, reiteradamente ha señalado que: "La cuestión planteada en torno a la medida cautelar innovativa desestimada impone reiterar, una vez más, el principio uniformemente aceptado según el cual corresponde a los jueces extremar la prudencia en el otorgamiento de medidas que configuren un anticipo de jurisdicción favorable acerca del fallo final de la causa, lo que exige examinar con mayor atención los recaudos que hacen a su admisibilidad. (Fallos 316:1833). Ello resulta particularmente aplicable a casos como el de autos, en que el objeto de la tutela reclamada coincide con aquél que se persigue mediante una acción ya iniciada" (conf. CFSS, Sala III, "Sarno, Miguel Ángel c/Anses s/ Incidente" sentencia del 1 de marzo de 2011).

Asimismo, se dijo que la medida cautelar no puede prosperar cuando dentro del limitado marco cognoscitivo y los límites del pronunciamiento resulta que para determinar las circunstancias que se señalan en el recurso para acreditar la verosimilitud del derecho, necesariamente habría que avanzar sobre los presupuestos sustanciales de la pretensión que, precisamente, constituyen el objeto de la acción, es decir, habría que adelantar un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión debatida (conf. CFSS, Sala II, "Coronel, Carlos Rubén c/ Estado Nacional –M° de Defensa s/Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg", sentencia del 22 de noviembre de 2007).

En virtud de lo expuesto resultaría improcedente establecer medidas precautorias que coincidan con el objeto de la pretensión de fondo, pues con ello se desvirtúa la naturaleza meramente instrumental del instituto cautelar al convertirse en un medio para arribar precozmente a un resultado al que solo podría accederse mediante el correspondiente dictado de una sentencia de merito, por lo que adquiriría así un carácter autónomo, impropio de su naturaleza. (En igual sentido, Cám. Com., Sala C, "TVA Canal Satelital c/Cablevisión S.A.", sent. del 30-09-97; id. Sala C, "Construcciones Metalúrgicas Zanello", sent. del 20-12-93).

d. Más allá del criterio sentado en los párrafos que anteceden, es deber de la judicatura analizar las particularidades de cada nuevo caso traído ante sus estrados, el cual deberá ser valorado en materia de seguridad social, donde se encuentran en juego derechos de carácter alimentario, y la remisión indiscriminada a los antecedentes resueltos por el Máximo Tribunal podría llegar a configurar en supuestos dañinos a tal punto que se atentara contra la propia subsistencia del beneficiario y que, por su naturaleza, no sería susceptible de reparación ulterior.

De este modo, no puede recurrirse a la analogía como herramienta jurídica frente a casos que no trazan los paralelismos necesarios, sino que invitan a un análisis más profundo y susceptibles de alinearse con otros precedentes jurisprudenciales relevantes.

En este sentido, resulta insoslayable abordar el concepto y la temática que rodea al Derecho a la Salud y los Derechos de las Personas con Discapacidad.

1.- La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha definido a la salud como el "estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades" (Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud de junio de 1946) entendiendo que el derecho a la salud confluye en un conjunto de obligaciones que reposan en cabeza del Estado y que tienden a asegurar el acceso a una asistencia sanitaria que deberá garantizarse a toda la población.

Es necesario enfatizar que el derecho a la vida y el derecho a la salud son bienes jurídicos fundamentales que se encuentran íntimamente relacionados el uno con el otro, siendo que el derecho a la vida es un valor implícito, toda vez que el



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

ejercicio de los demás derechos que el ordenamiento jurídico reconoce en forma expresa requiere necesariamente de él y, por tanto, lo supone.

A su vez, el derecho a la salud se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida y al principio de la autonomía personal (conf. CSJN, “Asociación Benghalensis y otras c/ Estado Nacional”, 06/01/00, Fallos 323:1339; del dictamen del Procurador General de la Nación, “Cambiaso Péres de Nealón, Celia María Ana y otros c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas”, 28/08/07, Fallos: 330:3725 y, en especial, el dictamen Procuradora Fiscal ante la Corte Suprema del 13/04/2011 y la que la CSJN hace suyo en los autos “Quinteros, Virginia s/ su presentación”, del 23/02/2012).

Tales derechos fundamentales se encuentran regulados tanto en nuestra Carta Magna como en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos que fueron incorporados con la reforma constitucional del 94 y mediante el cual gozan de la misma jerarquía y supremacía que la Constitución Nacional.

El derecho a la salud se ve receptado en la Ley Fundamental en artículos, como el 14bis que dispone que el Estado otorgará los beneficios de la Seguridad Social; el art. 33 de los derechos no enumerados o implícitos donde se consagra como tales al derecho a la salud; el art. 41 que hace referencia al derecho que tienen los habitantes a un ambiente sano; el art. 42 que consagra el derecho que tienen los consumidores a la protección de su salud en la relación de consumo, lo cual se aplicaría a la relación con Obras Sociales y Prepagas.

Asimismo, el art. 75 incs. 18 y 19 dispone la obligación estatal de proveer a la prosperidad nacional y al desarrollo humano; el art. 23 llama a promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Conjuntamente se encuentra receptado y reconocido en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (art. 75, inc. 22 de la CN) con jerarquía constitucional, entre ellos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XI: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales...”; la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar...”; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12: “Los Estados Partes... reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental... medidas que deberán adoptar... d) la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”

Como puede vislumbrarse, la propia Constitución Nacional y los Instrumentos Internacionales con jerarquía constitucional consagran el derecho a la salud y la vida como fundamentales y, pone en cabeza del Estado Nacional la obligación de bregar para su cumplimiento arbitrando, a través de los entes u organismos que correspondan, todos los medios necesarios para resguardarlos.

En ese sentido la CN en su art. 75 inc. 23 coloca al Estado en calidad de “garante” de los derechos reconocidos. Tal normativa dispone: “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”

Lo dicho ha sido sostenido por la CSJN en reiterados fallos, en los cuales deja en claro el derecho a la preservación de la salud —comprendido dentro del derecho a la vida— y la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de

garantizar ese derecho con acciones positivas, pero que ello es sin perjuicio de las obligaciones que corresponden a las jurisdicciones locales, obras sociales y entidades de medicina prepaga sobre el tema. (Conf. “Cambiaso Pères de Nealón, Celia María Ana y otros c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas”, 28/08/07, Fallos: 330:372)

Mayor es el cuidado y la responsabilidad que recae en el Estado cuando la enfermedad que padece una persona es de carácter grave, dado que la misma tiene restringida la posibilidad de optar por un plan de vida. Siendo en ese sentido imprescindible que el actuar del Estado esté orientado a asegurar y garantizar el derecho a la salud, a fin de que la persona puede llevar una vida lo más armoniosa posible en la cual se respete su dignidad y el disfrute de una vida plena.

Lo expuesto encuentra sustento en el dictamen emitido por la Procuración General de la Nación en la causa Reynoso, Nilda Noemí c/ Instituto Nac. de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP) s/.Amparo. 16/05/2006, en el cual se sostuvo que el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo éste el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional.

El hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (v. doctrina de Fallos: 323:3229).” Agregando que “El derecho a la salud -especialmente cuando se trata de enfermedades graves- está íntimamente relacionado con el derecho a la vida y con el principio de autonomía personal, ya que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida (v. doctrina de Fallos: 323:1339)”.

2.- Sumado a lo que antecede, se debe tener en suma consideración a las personas que presentan algún tipo de discapacidad con motivo de alguna enfermedad que padezcan o por cualquiera que sea el origen, la naturaleza o la gravedad de la misma.

Siguiendo esa línea, el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad (Naciones Unidas, res. A- 37/51) enfatizó sobre el derecho de toda persona discapacitada a la participación e igualdad plena, dando lugar a una igualdad de oportunidades y a una participación más equitativa en el mejoramiento de las condiciones de vida resultantes del desarrollo social y económico.

Por ende, el principio de igualdad de oportunidades debe mitigar, aliviar y derogar las desventajas que presenta una persona con discapacidad, tanto respecto de las dificultades personales como de los obstáculos y condiciones limitativas que existen en la sociedad, impidiendo la plena participación e inclusión de los ciudadanos con discapacidad. (Conf. CSJN, in re, “G.R.A. s/ Insania y Curatela”, Fallo: 1301:0250).

e. Sobre este punto de mi exposición deviene pertinente señalar la configuración de:

1.- Verosimilitud del Derecho.

El primero de los presupuestos de las medidas precautorias consiste en un razonable orden de probabilidades sobre la existencia del derecho que pueda asistir al peticionante según las circunstancias, es decir que se entiende como la probabilidad que el derecho exista y no como una irrefutable realidad, que sólo logrará al agotarse el trámite (CNCiv. Sala E, 1-7-77, La Ley, 1980, v. C, pág. 714 y ss). Importa que, prima facie, en forma manifiesta, aparezca la probabilidad de vencer, o que la misma se demuestre mediante un procedimiento probatorio meramente informativo (inaudita parte, sin intervención de la parte contraria).

Debe resaltarse que no es necesario el grado de certeza propio de la sentencia, basta un grado menor, resulta suficiente la comprobación de la apariencia o verosimilitud del derecho invocado. A este recaudo agrega Calamandrei el juicio de probabilidad de que la sentencia “declarara el derecho en sentido favorable a quien



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

pide la medida cautelar” (Cit. en Colombo, Carlos - Kiper, Claudio, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado”, T II, La Ley, Bs. As., 2007, pág. 438).

Ahora bien, lo que el juez debe hacer es juzgar la procedencia de la medida en sí misma y no prejuzgar sobre el fondo del asunto.

Esta verosimilitud del derecho debe surgir de manera manifiesta de los elementos obrantes en la causa, resultando improcedente el análisis exhaustivo de las relaciones que vinculan a las partes, cuya naturaleza y extensión han de ser dilucidadas con posterioridad (Conf. CNFed. Civ. y Com., Sala III, 02/07/2004, LA LEY, 24/02/2005).

Vale repetir aquí que la finalidad del proceso cautelar es asegurar la eficacia práctica de la sentencia, pero para ello no se va a contar con un conocimiento exhaustivo y profundo sobre la temática controvertida en el proceso, sino más bien un conocimiento superficial que debe ser suficiente para fundar la probabilidad acerca de la existencia del derecho que se está discutiendo en la causa.

En referencia a este punto, agregó que, al hablar de superficial no debe interpretárselo como inexistente, la verosimilitud debe existir y ser apreciable, pero se exige un grado menor de profundidad, habría más bien una probabilidad que una certeza.

Como dice Palacio, “Por el contrario, el estudio es superficial y periférico y por ende, necesariamente se arriba a una decisión basada en un mero juicio de probabilidad (Conf. Palacio, Lino E., Derecho Procesal Civil, t. C-III, Abeledo – Perrot, Bs. As., 2005, p. 32).

La verosimilitud es ni más ni menos que la apariencia de que el derecho asiste a la parte requirente de la tutela preventiva. Es decir, el juez al analizar la pretensión, en el estado inicial del proceso, con los escasos elementos de prueba anejados a la causa y basado exclusivamente en las alegaciones del solicitante, se convence de que el reclamo tiene sustento jurídico suficiente.

En ese sentido se ha afirmado que “La finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia y la fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un análisis de mera probabilidad sobre la existencia del derecho, lo cual permite que el juez se expida sin necesidad de efectuar un estudio acabado de las distintas circunstancias” (Conf. Sarquis Navarro, María C. c. Prov. de Stgo. del Estero, sent. del 30/10/2003).

Así las cosas, es posible afirmar que la verosimilitud es un estadio inferior a la certeza. En efecto, lo “verosímil” es aquello que “tiene apariencia de verdadero”; mientras que “cierto” es lo “conocido como verdadero, seguro, indubitable” (Conf. Diccionario de la Real Academia Española).

La jurisprudencia tiene dicho en este punto que “de allí que exigir en el marco de una tutela preventiva un juicio de verdad sobre su objeto choca con la finalidad misma de este instituto protectorio que, en palabras de la propia Corte, no es otra cosa que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético dentro del cual agota su virtualidad” (CSJN, “Obra social para la actividad docente (OSPLAD) c. Prov. de Bs. As.”, sent. del 24/3/1994; asimismo, CSJN, “Albornoz, Evaristo I. c. Gobierno Nacional – Min. de Trabajo y Seguridad Social de la nación, sent. del 20/12/1984).

Al respecto también se ha afirmado que “Es un cálculo de probabilidades que permite prever que posiblemente en el juicio principal se admita la certeza del derecho (obviamente efectuado sobre prueba incompleta y no concluyente, pero que mínimamente acredita dicha probabilidad)” (Conf. C. Cont. Adm. y Trib. CABA, Sala I, “Slipak Edgardo Daniel c. GCBA s/ Otros procesos incidentales, sent. del 30/8/2006; CNCiv., sala A, “Zavalla, Carlos M. c. Asociación Mutual del Personal de YPF”).

Por esto, considero valioso expresar que el juicio que se realiza sobre la verosimilitud del derecho resulta ser una actividad judicial que debe efectuarse con prudencia pues no cualquier circunstancias amerita la recepción del pedido cautelar.

En ese marco, el peticionante debe demostrar somera pero fehacientemente que le asiste la razón, que el ordenamiento jurídico pareciera estar a su favor y que su situación merece ser atendida con la correspondiente protección preventiva.

Completando esta idea, se puede traer a colación la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal que tiene dicho que “El examen de la concurrencia de la verosimilitud del derecho a los fines del dictado de una medida cautelar, exige una apreciación atenta la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al ulterior reconocimiento del derecho en juego, originado por la sentencia dictada como acto final y extintivo del proceso” (CSJN, “Provincia del Neuquen c. Estado Nacional”, Sent. del 21/03/2006).

Esto plantea la interrogante acerca de la compatibilidad entre un análisis efectuado en el marco de lo hipotético, de lo aparente y, al mismo tiempo, exigir que se lleve a cabo un estudio atento de la realidad comprometida.

Para evacuar este planteo, es bueno recordar que las tutelas cautelares se deciden sobre bases no contundentes, modificables, e incluso, refutables por la contraria –al momento de tomar ésta intervención–; pero ello no implica admitir su procedencia sin fundamentos razonables, razonabilidad que debe evaluarse conforme el estadio inicial del proceso.

Es más, cuando la jurisprudencia se refiere a la “realidad comprometida” exige un análisis que no sólo se limite a la verificación de un ordenamiento jurídico que de sustento legal a la medida sino también, aún cuando tal base normativa se manifieste endeble, que se haga lugar a la pretensión cautelar cuando a partir de la observación integral de la situación se advierta que el transcurrir de los tiempos puede generar un perjuicio grave y no susceptible de reversión por la decisión de fondo.

Ahora bien, y para concluir con este requisito, cabe agregar que “si de este examen surge que la apariencia no existe y que por lo contrario lo advertido sugiere la inexistencia del derecho, es decir, si la apariencia es negativa y la reversión del correlativo juicio de probabilidad negativo requiere el examen exhaustivo y profundo propio de la sentencia, la medida cautelar debe ser denegada (Conf. Ugarte, José Manuel, “Requisito de fundabilidad de las medidas cautelares”, en Hutchinson, Tomás (Dir.), Colección de análisis jurisprudencial. Elementos de derecho administrativo, La Ley, Bs. As., 2003, pág. 616).

Cuando se trata de cuestiones que atañen a elementales derechos sociales de las personas con discapacidad, es criterio de nuestra Corte Suprema de Justicia que “...los discapacitados, a más de la especial atención que merecen de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial del interés del incapaz, viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento de estos casos” (cfr. Corte Suprema, in re “Lifschitz, Graciela Beatriz y otros c/ Estado Nacional”, del 15-6-04; en igual sentido, doctrina de Fallos 322:2701 y 324:122).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver el caso Furlan y Familiares vs. Argentina (Corte IDH. Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C No. 246.), analizó la obligación de tener en cuenta, a la hora de tramitar el proceso judicial en el que se hallan en juego derechos fundamentales de, en aquel caso niños discapacitados, la presencia de un sujeto de especial protección normativa y procesal.

Así, refirió a los alcances del derecho al acceso a la justicia y las obligaciones que los Estados deben asumir que surgen de la Convención sobre los



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

Derechos de las Personas con Discapacidad, determinando que surgen las siguientes pautas: “i) los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares” (párr. 137).

Por ende, a la luz de la Ley 26.378, que recepta dicha Convención en nuestro ordenamiento interno, máxime integrando nuestro Bloque de Constitucionalidad Federal, surge que el incumplimiento de tales preceptos generaría responsabilidad internacional para el Estado Argentino.

En el legajo de marras, la medida cautelar pretendida apunta a que se suspendan las ejecuciones fiscales iniciadas contra PROHODIS.

A la luz de los antecedentes del caso, en cuanto se trata de una Asociación prestadora de servicios fundamentales para la salud de un colectivo de vulnerabilidad extrema, entiendo entonces que el requisito de la verosimilitud del derecho se encuentra acreditado en autos.

2.- Peligro en la demora.

En cuanto al peligro en la demora no basta el simple temor del solicitante, sino que debe derivar de hechos que puedan ser apreciados –en sus posibles consecuencias– aún por terceros (CNCiv., Sala C, 26-6-80; J.A., (Repertorio), 1981, p. 477, N° 11; s.); es el interés jurídico que la justifica para disipar un temor de daño inminente (Cám. Ap. Civ. y Com., Morón, Sala II, causa 11.393, Reg. Int. 436/82).

Es decir que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que justifiquen la medida cautelar, pues no basta la mera invocación de la urgencia por parte de quien la peticiona, lo que significa que debe existir un temor grave fundado, en el sentido que el derecho sufra un menoscabo durante la substanciación del proceso.

Sobre el tema, Calamandrei advirtió que si se postergara, el daño temido se transformaría en daño efectivo; hay urgencia que no puede tener como prevención otros medios procesales; peligro de un daño irremediable; traduce un conflicto entre obrar pronto y obrar bien. En tal sentido, debe haber una posibilidad de que pueda frustrarse la futura sentencia si no se adopta la medida con anterioridad.

Este peligro puede ser comprendido como el riesgo probable de que la sentencia definitiva adoptada en el expediente principal no pueda hacerse efectiva, es decir, sea inoperante, en virtud del tiempo transcurrido durante la sustanciación del pleito (Conf. Palacio, Lino E., Derecho procesal civil, Abeledo Perrot, Bs. As., 1992, t. VIII, ps. 32 y 34; C.Cont. Adm. y Trib. CABA, sala I, “Zulaica Roberto contra GCBA y otros sobre otros procesos incidentales”, sent. del 9/10/2008).

Es decir, el peligro en la demora debe ser reclamado con “sustento en la necesidad de que el tiempo que insuma al magistrado en dictar resolución sobre el fondo de esta causa no frustre los derechos de los accionantes” (C.Cont. Adm. y Trib. CABA, sala I, “Araujo Albrecht, Roxana y otros contra GCBA sobre otros procesos incidentales”, Expte n° 26.054/2, sent. del 18/3/2008).

Ahora bien, según la doctrina de la Corte Suprema, la constatación de este recaudo también debe ser juzgada con criterio objetivo a partir de un análisis atento de la realidad comprometida, al punto tal que su configuración pueda ser apreciada incluso por terceros (Conf. CSJN, Fallos: 330:4144, “T.S.R. Time Sharing Resorts SA c. Neuquén, Provincia del s/ amparo”, sent. del 18/9/2007, disidencia de los Dres. Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi y E. Raul Zaffaroni; ídem, CSJN, Fallos: 329:2764, “Valle Gonzalo, Crescente Carmelo c. Santa Fe, Prov de s/ daños y perjuicios”, sent. del 11/7/2006, disidencia del Dr. Fayt) y que permita determinar cabalmente si las secuelas que los hechos cuya configuración se intentan evitar pueden impedir la eficacia cierta del reconocimiento posterior de los derechos en juego que tiene lugar con el dictado de la resolución de fondo que implica la extinción del

proceso (CSJN, Fallos: 329:3890, “Orbis Mertig San Luis SAIC c. Bs. As., Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, 19/9/2006; ídem, CSJN, Fallos: 329:2111, “Estado Nacional (Ejército Argentino) c. Entre Ríos, Prov. de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, sent. del 30/5/2006; CSJN, Fallos: 328:4309, “La Pampa, Prov. de c. Fondo Fiduciario de Infraestructura regional s/incumplimiento de contrato”, sent. del 6/12/2005) (Conf. Ammirato, Aurelio - Sara, Paula, “Medidas Cautelares contra el Estado”, en Kiper, Claudio M., (Dir.), “Medidas Cautelares”, La Ley, Bs. As, 2012, pág. 687-688).

Asimismo, debe recalcar que el peligro en la demora encuentra sustento en el factor temporal (CSJN, Fallos: 329:4161, “Neuquén, Provincia del c. Estado Nacional (Ministerio del Interior) s/medida cautelar – incidente sobre medida cautelar – INI”. “El factor temporal se vuelve imprescindible para examinar si concurre el peligro en la demora, esto es si la circunstancia de mantener el “statu quo erat ante” convierte la sentencia, o su ejecución, en ineficaz o imposible”, sent. del 26/9/2006, voto de la mayoría, al que no adhirió el Dr. Carlos S. Fayt).

De esta forma, se admitirá su configuración cuando la dilación de los plazos pueda dar lugar a un temor fundado de padecer daños graves e irreversibles o perjuicios inminentes.

Se ha dicho sobre el particular que: “La nota común a todas las medidas cautelares es la existencia de un peligro inminente, derivado de un acontecimiento natural o humano, que amenazada gravemente con sacrificar un interés tutelado por el derecho” (Conf. SEIJAS, GABRIELA, “Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo y tributario de la Ciudad de Bs. As. a la luz de su interpretación judicial”, en Cassagne, Juan C. (Dir.), Tratado de derecho procesal administrativo, La Ley, Bs. As., 2007, p.295).

En pocas palabras, la urgencia y temor de daño son las condiciones de procedencia del peligro en la demora.

Desde el plano normativo, nuestro Código de Rito establece en su art. 230, tres supuestos que hacen procedente la admisión del “periculum in mora”, a saber: 1) que la variación de la situación fáctica incida sobre la sentencia a dictarse; 2) que la sentencia se convierta en ineficaz y 3) que el fallo sea de imposible cumplimiento.

En síntesis, el periculum in mora debe definirse como “el riesgo probable de que el derecho reclamado se frustre debido al tiempo que insume la sustanciación de la causa. De esta forma, el temor de sufrir un daño inminente o irreparable se concretara en un perjuicio efectivo si la medida cautelar no se concede, es decir, si no se otorga una protección en tiempo oportuno”. Más aún, “Esta ínsito en la noción de peligro el temor de padecer una situación adversa. A su vez, la demora se torna peligrosa cuando se trata de obtener soluciones urgentes y ello no se muestra como factible debido a otros factores atinentes al caso particular (v.gr., trámite procesal) (Conf. Barbarán, Josefina – Saba, Paula A., “Medidas cautelares”, en Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Bs, As., 2ª ed., Bs. As., 2010, págs. 401 y ss.).

Resulta menester agregar a lo dicho que la tutela cautelar tiene su propia lógica, que no debe pervertirse, desbordando sus efectos necesariamente provisionales, para convertirse en una resolución definitiva o cuasidefinitiva. Lo que supone, en último término, que ese juicio previo debe dejar las puertas totalmente abiertas a la incertidumbre que hasta el final del proceso debe existir acerca de la resolución final (Conf. Kiper, Claudio M., “Medidas Cautelares”, 1º ed., Bs As.; La Ley, 2012, pág. 16).

En términos amplios, la generalidad de los jueces suelen considerar la existencia de peligro en la demora cuando la prestación reclamada tiene carácter alimentario (v. gr., está en juego el pago de una pensión, la obtención de un plan para desocupados, etc.), criterio este que se encuentra perfectamente alineado con el caso de marras.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

También cuando se encuentran en juego derechos personalísimos, u otros con fuerte respaldo constitucional (v. gr., obtención de remedios o tratamientos médicos, ingreso de un alumno a un colegio, impedimento para trabajar, contaminación del ambiente, etc.), pues resulta evidente que la sentencia, si es favorable, podría ser tardía.

No obstante lo cual, la concesión de una medida cautelar requiere siempre un estudio prudente del caso, a fin de evitar que la naturaleza jurídica y la finalidad de la medida, termine por desvirtuarse.

Sobre el periculum in mora, en lo concerniente específicamente a estos autos, permítaseme destacar que las circunstancias en las cuales se encuentra envuelta PROHODIS, relativas a su situación económica, sumado a que nos encontramos ante un derecho de acceso a la salud y cuya garantía, mediante acciones positivas, resulta una obligación impostergable de las autoridades públicas, redundan en el deber de tutela.

También ha dicho la CSJN que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su 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, votos concurrentes).

Entiendo así, que la labor de los jueces resulta determinante para sortear la paradójica situación derivada del contraste entre la incesante retórica de los derechos humanos y su constante expansión normativa, frente a la indisponibilidad de los mismos para la mayoría de la población.

No es ocioso recordar la doctrina de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a que “Los jueces deben actuar con suma cautela cuando deciden cuestiones que conducen a la denegación de prestaciones de carácter alimentario, pues en la interpretación de las leyes previsionales el rigor de los razonamientos lógicos debe ceder ante la necesidad de no desnaturalizar los fines que las inspiran” (CSJN “Vera Barros Rita E. C/ Est. Nac. Armada Argentina” sent. del 14/12/94).

Es dable tener presente que, aunque en el marco de otros supuestos fácticos distintos pero vinculados a estos derechos, el Supremo Tribunal ha interpretado que los jueces deben buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pedidos, para lo cual deben encauzar los trámites por las vías expeditivas, impidiendo que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela constitucional, lo cual se produciría si el reclamo tuviera que aguardar el inicio de un nuevo proceso (Fallos: 327:2127; 329: 4.918; 330:4.647, 331:563, entre otros).

Ahora bien, sin perjuicio del marco normativo vigente, que a todas luces preconiza los derechos de las personas afectadas por el juicio ejecutivo en trámite, lo cierto es que la Administración Pública ya se ha expedido, al disponer y aclarar que ASOCIACION PRO HOGAR DEL DISCAPACITADO es un establecimiento categorizado por la Agencia Nacional de Discapacidad, como exento de inscripción en el Registro de la Superintendencia de Servicios de Salud, con fundamento en la Resolución N°496/2014 del Ministerio de Salud, a cuyos términos cabe remitirse en orden a la brevedad.

Tal es así, que el propio Órgano ejecutivo expresó que la inscripción no procede, conforme la mencionada Resolución 496/2014.

A mayor abundamiento, la propia Administración a pedido de la ejecutada, emite su nota aclaratoria expresando que “confirme la modalidad prestacional en la que se encuentra categorizado el establecimiento por el Servicio Nacional de Rehabilitación (hoy Agencia Nacional de Discapacidad), no correspondería la inscripción solicitada, toda vez, que el artículo 1 de la Resolución 496/14-M.Salud, indica claramente que no será exigible la inscripción en el Registro Nacional de Prestadores de la Superintendencia de Servicios de Salud a los establecimientos que no brindan los Servicios de Atención Sanitaria, Rehabilitación y

Estimulación Temprana, para las contrataciones con los Agentes del Seguro de Salud”.

De este modo, se pergeña un círculo vicioso entre el requerimiento del certificado por parte de la Administración Pública (AFIP) y la manifestación de improcedencia por parte de la propia Administración Pública (SSS), que tiene al ejecutado atrapado en una red burocrática imposible de salvar y que pone en peligro la calidad de vida de un colectivo en estado de vulnerabilidad, se puede entender alcanzada a la accionada por el régimen de la Emergencia Sanitaria Nacional, en el marco de lo dispuesto por el Decreto 486/02 y modificatorias y concordantes.

Es por ello que el escenario fáctico dentro del cual se encuentran la Asociación Pro Hogar del Discapacitado, debido a la urgencia que importa la cobertura de los servicios prestados a 117 personas con severas discapacidades para la de sus derechos humanos, me lleva a concluir que el requisito del peligro en la demora se encuentra acreditado.

*En este temperamento, en virtud de lo expuesto, y sopesando lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de la Nación en las causas “ut supra” mencionadas, **concluyo que el establecimiento de la medida precautoria solicitada resulta ser procedente.***

VII- En torno al último punto de la materia traída a vista, considero prudente que previo a todo trámite, se aclare el significado y el alcance del instituto de la cosa juzgada.

Mediante dicho instituto, se impide al actor plantear nuevamente cuestiones que ya fueron resueltas, y al juez resolverlas, por lo cual no sería viable volver sobre el estudio de una cuestión debatida sobre la que se dictó sentencia y ha quedado firme (principio non bis in idem).

En tal sentido, “lo que queda firme y constituye “cosa juzgada”, es la declaración de la consecuencia jurídica a que el magistrado o tribunal llega” (C. Civil, Sala D, ED 87-613, N° 105). Como el proceso mismo, la “cosa juzgada” se disciplina con miras al interés privado, ya que a los litigantes interesa el carácter indiscutible de la sentencia, pero tiene también como aquél una finalidad pública, que se desdobra en dos aspectos: la economía de esfuerzo jurisdiccional, al evitar la repetición de la misma controversia y la paz social, al establecer la fijeza de la interpretación judicial de la ley en el caso concreto (C. Civil, Sala D, id., id., N°106).

De este modo, la cosa juzgada produce una novedad jurídica puesto que, al actuar la ley agota el poder jurídico del actor, vale decir, extingue la acción al nacer en este mismo momento a favor del interesado un nuevo poder jurídico, es decir una nueva acción que consiste en el poder jurídico de producir la condición para ulteriores actuaciones de la voluntad de la ley declarada en la sentencia (C. Civil, Sala D, id., Id., N° 107).

Así, la cosa juzgada no es más que la duración de la vigencia de las sentencias judiciales, originada por la prohibición impuesta a los órganos de Estado de derogarlas por medio de otras normas jurídicas posteriores (C.Civ., Sala E, id., id., N° 108”). (Cfr. Enrique M. Falcón, “Cód. Proc. Civil y Comercial de la Nación, Anotado-Concordado y Comentado”, Tomo III, arts. 346 a 605, nota al pie de págs. 52/55, Ed. Abeledo Perrot, año 1997).

Ello, significa atribuir al acto jurisdiccional una cualidad de la que carecía originariamente; es decir que la cosa juzgada no nace al tiempo en que es dictada la decisión sino después, al adquirir la firmeza. Se trata de una cualidad de la sentencia, porque es algo más que se suma a la decisión, para concederle una estabilidad jurídica de la que no estaba dotada al pronunciarla el magistrado.

Robustece lo apuntado las enseñanzas de los procesalistas, Dres. Fenochietto-Arazi al expresar que “...una sentencia tiene la condición de cosa juzgada y produce el efecto de tal, cuando ya no es susceptible de recurso alguno. La cosa juzgada es una cualidad de la sentencia, porque es algo más que se suma a la decisión para concederle una estabilidad jurídica de la que no estaba dotada al pronunciarla el



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

magistrado. Nuestra jurisprudencia al referirse a la estabilidad de las decisiones judiciales, vincula la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada con la paz y el orden social, en la medida que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica. En definitiva, a los fines de declarar la existencia de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, la jurisprudencia ha concluido por adoptar una posición flexible de acuerdo con la naturaleza del instituto y la complejidad presentada en la práctica tribunalicia”.

Lo que importa, es que se puede caracterizar la pretensión deducida como coincidente con una ya resuelta por la jurisdicción, evitándose así la reiteración indefinida de juicios y la posibilidad del escándalo jurídico (art. 347, inc. 6° CPCCN). Por último “existe cosa juzgada plena cuando la demanda se rechazó por sentencia, firme sobre la base de deficiencias de prueba, aunque en el nuevo juicio se invocaran variantes en los presupuestos o condiciones de la acción” (Cfr. “Régimen del Código Civil y Comercial de la Nación”- Ley 17.454 – t.o. 1981 sgn. Dto. 1042/81- por Arazi y Fenochietto, Ed. Astrea 1994, pág. 193).

Sentado ello, para la procedencia de la aplicación del instituto en análisis, el examen integral de las dos contiendas debe demostrar que se trata del mismo asunto sometido a decisión judicial, o que por existir continencia, conexidad, accesoriedad o subsidiariedad, la sentencia firme ya ha resuelto lo que constituye la materia o la pretensión deducida en el nuevo juicio que se promueve.

Respecto al tema en cuestión, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido “El respeto a la cosa juzgada es uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta nuestro régimen constitucional y por ello no es susceptible de alteración ni aún por vía de la invocación de leyes de orden público, toda vez que la estabilidad de la sentencias, en la medida en que constituyen un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es también exigencia de orden público con jerarquía superior”(C.S.J.N., “Roccatagliata, Oscar Juan Lorenzo c/Instituto Municipal de Previsión Social” , sentencia del 01/03/1994).

Asimismo, se ha dispuesto “La inmutabilidad de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada no implica la imposibilidad absoluta de resolver nuevas cuestiones que puedan suceder entre idénticas partes, sino el sucesivo y reiterado juzgamiento de las mismas. La seguridad de la cosa juzgada una vez consentido el fallo, obliga incluso a quienes lo dictaron (cfr. C.S.J.N., sent. del 11.12.90, Buenos Aires, Pcia. de c/Arturo Julios Sala”). De otra manera, cualquier cambio de criterio judicial llevaría al magistrado interviniente a revisar sus propias sentencias una y otra vez para adecuarlas a la pretensión del litigante, a quien de ese modo se lo faculta para reiterarla cada vez que, por el devenir de los hechos, su efectividad no le conviene -o le conviene menos de lo esperado-, con evidente detrimento de su colitigante que nunca verá concluidas las actuaciones a su respecto.” (cfr. “Amaya, Leopoldo c/ANSeS s/Reajustes varios”, expte. 37.419/2001, sent. def., del 28/03/06, Sala II, C.F.S.S.).

VIII- En autos, la parte actora deduce un nuevo reclamo solicitando ante el Tribunal competente mediante acción de amparo contra la Administración Federal de Ingresos Públicos y la Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación, el cese de la lesión que configura el accionar conjunto de tales entidades para los derechos humanos de las personas con discapacidad bajo su cuidado, en los términos del Decreto 486/02 de emergencia sanitaria, prorrogado hasta el 31/12/2019, así como solicita el dictado en forma urgente de una medida cautelar innovativa, a fin de que se decrete la suspensión de las ejecuciones fiscales en curso.

El apotegma de la cosa juzgada, es aquel que dice que las situaciones consolidadas no pueden ser replanteadas.

En relación con esta temática, “La respuesta a ese interrogante crucial en el derecho de la seguridad social, merece una consideración: si la modificación de la cosa juzgada intenta hacer variar una situación económica entre particulares, ésta debe ser respetada a ultranza, pero si la institución de la cosa juzgada esencialmente

considerada propia del derecho formal se enfrenta con un derecho sustancial, creado por la naturaleza y reconocido por la ley para resguardo de la dignidad del ser humano, no hay dudas de que la cosa juzgada debe ceder ante el derecho sustantivo redescubierto o mejorado” (Conf. Bernabé Lino Chirinos, “Tratado de la Seguridad Social”, Tomo I, pág. 298, Ed. La Ley).

El autor continúa diciendo que “En el ámbito del derecho de la seguridad social nos encontramos también con institutos, de origen constitucional como ser el derecho de la propiedad, como ser la igualdad ante la ley, como ser el conjunto de derechos descriptos a lo largo de diversas normas constitucionales que regulan los derechos sociales y aquí cabe también en orden a considerar si, no obstante ser constitucionales, todos los derechos tienen el mismo grado o la misma jerarquía” (Conf. Bernabé Lino Chirinos, op. cit.).

Siguiendo con la inteligencia de lo expuesto hasta aquí, no habría duda de que corresponde atender al principio general por el cual, la cosa juzgada debe ser respetada, lo que obedece al derecho de la seguridad jurídica y en general a la libertad frente a las cosas nacidas precisamente del derecho de la propiedad privada, entendiendo que es inamovible en la medida que estamos en el mundo de los intereses privados.

Ahora bien, cuando el instituto de la cosa juzgada se enfrenta ante derechos sociales, o derechos humanos, distinta ha de ser la solución, máxime cuando estos derechos también tienen rango constitucional.

Así las cosas, se puede afirmar que la responsabilidad que le puede haber a una institución pública frente al justiciable es de ineludible cumplimiento en cuando estamos frente al ejercicio de un derecho de subsistencia como son los derechos alimentarios y en ese caso el Estado a través de sus entes, está obligado a “ceder” el ejercicio del derecho de la cosa juzgada frente a aquel derecho de naturaleza sustancial: la sustancia está por sobre los accidentes (Conf. Bernabé Lino Chirinos, op. cit.).

Sobre este punto, cabe destacar que este nuevo reclamo importa hechos novedosos en razón del tiempo, se encuentra dirigido hacia sujetos diferentes, toda vez que se incorpora a la Superintendencia del Servicios de Salud de la Nación como demandado; en este sentido, el reclamo es encauzado en un sentido diferente, restando sólo el hecho de que la medida precautoria impetrada resulta ser innovativa, al contrario de lo suscitado en el precedente anterior.

*En virtud de lo expuesto, a la luz de los criterios jurisprudenciales y doctrinarios expuestos, soy de la opinión que **no existe óbice alguno para el tratamiento del nuevo reclamo, en relación a las pretensiones que se encuentran fuera del alcance del instituto de la cosa juzgada.***

*IX- A modo de cierre, corresponde precisar que **participo de la idea de que la Sra. Magistrada debería sustanciar en lo inmediato la prueba propuesta por la parte actora.***

*A mayor abundamiento, y en el entendimiento de que la misma permitiría arribar a una resolución virtuosa del caso de marras, considero que la producción de la prueba pericial, esto es **pericia contable** de los libros de la Asociación y **pericia médica** de los certificados por ella arrojados, deviene fundamental para la salvaguarda de los derechos fundamentales del colectivo vulnerable que se vería afectado en la actualidad.*

Adhiero a la presente medida de acuerdo a lo establecido en el inciso d) del artículo 31 de la ley 27.148 que destaca como función de los Fiscales la de “intervenir en casos en que se encuentren en juego daños causados o que puedan causarse al patrimonio social...” la intervención de este Fiscal resulta ineludible, razón por la cual, este Representante del Ministerio Público Fiscal se pone a disposición del Magistrado, quien, como director del proceso posee amplias facultades para solicitar la colaboración del suscripto en la medida de sus necesidades, a fin de garantizar defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad”.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

Cabe recordar que la Constitución Nacional en su art. 120 y la Ley 27.148 en su artículo 1º colocan en cabeza del Ministerio Público la función de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad.

En tal sentido, la legalidad y los intereses generales comprometidos habilitan la intervención de este Ministerio Público Fiscal.

Para un mejor cumplimiento de dichas funciones la Ley Orgánica del Ministerio Público obliga a los fiscales que actúen en materia no penal, dentro del ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a velar por el debido proceso legal y peticionar en las causas en trámite donde esté involucrada la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, en especial, en los conflictos en los que se encuentren afectados intereses colectivos, un interés y/o una política pública trascendente, normas de orden público y leyes no disponibles por los particulares, el debido proceso, el acceso a la justicia, así como cuando se trate de manifiesta asimetría entre las partes o estén amenazados o vulnerados los derechos humanos, las garantías constitucionales o la observancia de la CN (art. 31 inc. a) y b) ley 27.148).

Asimismo, el inciso d) del artículo 31 de la ley 27.148 establece como función de los Fiscales la de intervenir en casos en que se encuentren en juego daños causados o que puedan causarse al patrimonio social, a la salud pública y al medio ambiente, al consumidor, a bienes o derechos de valor artístico, histórico o paisajístico, en los caos y mediante los procedimientos que las leyes establezcan.

A su vez, los incisos g) y h) de la normativa precitada exigen a los representantes del Ministerio Público Fiscal que intervengan en todos los procesos judiciales en que se solicite a la ciudadanía argentina; y que realicen investigaciones con relación a los casos en los que participa, a fin de esclarecer si hay afectaciones a la legalidad, los intereses generales de la sociedad y/o a los derechos humanos y las garantías constitucionales.

Por su parte, la ley 24.655 creó el Ministerio Público de Primera Instancia ante el fuero de la seguridad social y le impuso el deber de velar por la observancia de las leyes, decretos, reglamentos y demás disposiciones que deban aplicarse por la Justicia Federal de la Seguridad Social, de pedir el remedio de los abusos que notare y, en general, de defender imparcialmente el orden jurídico y el interés social.

En igual sentido, el Dr. Luis Herrero, integrante de la Sala II de la CFSS, ha manifestado en una reciente publicación: “Dudo que exista en nuestro país una institución pública más ajustada a los principios republicanos y al Estado Social de derecho que el Ministerio Público Fiscal, a la luz de la actual normativa constitucional y reglamentaria que disciplina su trascendental cometido en el proceso judicial” (Conf. Herrero, Luis René, “El Ministerio Público Fiscal en el Fuero de la Seguridad Social...”, Revista Aequitas, IJ-LXX-800, 01-12-2012, pág. 106).

Por lo tanto, el Ministerio Público se emplaza en el proceso judicial como una parte más y como titular excluyente de una pretensión procesal distinta a la del actor y demandado, cuyo fundamento, causa pretendi o título lo constituye –por mandato constitucional- la defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad (ob. cit pág. 108).

Además, “velar por esta garantía constitucional, obliga al Ministerio Público a impugnar toda norma, acto o conducta procesal que menoscabe la imparcialidad e imparcialidad del juez, quebrante la igualdad de las partes, niegue a estas la oportunidad de participar con utilidad en el proceso, tomar conocimiento de su actos y etapas, ofrecer y producir pruebas, gozar de audiencia (...), en síntesis, atacar todo acto que impida desplegar en plenitud el derecho de defensa en juicio...” (ob. cit pág. 115).

En definitiva, el Ministerio Público desde el más alto sitio de lo jurídico brega por el establecimiento de lo justo concreto, presupuesto ineludible para el logro de una paz social genuina y perdurable (ob. cit. pág. 120).

También, Gelli sostiene que el Ministerio Público constituye el cuarto poder del Estado, al considerar como fundamento que ningún valor republicano impide incorporar un nuevo poder a la tríada clásica y por el rango de funciones que tiene (Gelli, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina, comentada y anotada”, Ed. La Ley, Tomo II, Págs. 577/591, 2008).

Por su parte Sagües, afirma que se trata de un órgano extra-poder pero al mismo tiempo parece admitir su existencia como un cuarto poder (Sagües, Néstor, “La Estructura del Poder”, Revista Criterio, Año LXVII, ejemplar del 22.12.94, p. 729).

En esa línea, la Corte Suprema se pronunció sosteniendo que “cuando el Ministerio Fiscal es llamado a intervenir en una causa... el representante del Ministerio Público goza para la determinación de los alcances y modalidades del dictamen requerido de una plena independencia funcional respecto del tribunal ante el que actúa, que es ínsita de la magistratura que aquél ejercita y que configura una condición insoslayable que es reconocida a dicho ministerio como presupuesto esencial para el adecuado cumplimiento de su misión de preservar el orden público y procurar la defensa del orden jurídico en su integridad (CSJN, E.D., 151- 221)”.

En cuestiones atinentes al derecho de la seguridad social, el Ministerio Público actúa como defensor del sistema de legalidad dentro del Estado de Derecho. La defensa de los intereses públicos sociales que se implican o pueden estar implicados en un proceso no estarían suficientemente satisfechos si se los dejara librados a la actividad ciudadana particular, o se los atribuyera exclusivamente al órgano poder jurisdiccional del Estado.

En estos términos, los representantes del Ministerio Fiscal no dictan sentencias, no hacen las leyes y tampoco tienen por cometido ejecutarlas. Su rol implica instar la acción de la Justicia para que las leyes se cumplan. Es, en términos más sencillos, el Poder de la Legalidad o Función de la Legalidad.

Este “poder de la legalidad” significa que debe velar por el cumplimiento de la ley, “es un vigía del cumplimiento de la ley”, no solo de parte de las personas, sino también de los propios poderes y órganos del Estado.

En especial, debe velar por la legalidad constitucional, ello debe entenderse como el control del cumplimiento de los derechos y garantías constitucionales; es un abogado de la constitución, un custodio de la legalidad constitucional.

X- Por todo lo expuesto, esta representación del Ministerio Público Fiscal considera que la Sra. Magistrada interviniente debe:

- 1- **Dar intervención al Ministerio Público de la Defensa** (ver acápite III);
- 2- **Aceptar la competencia para conocer en la presente** (ver acápite IV);
- 3- **Tener por procedente la vía de amparo** (ver acápite V);
- 4- **Proveer la medida cautelar solicitada** (ver acápite VI);
- 5- **Tratar el nuevo reclamo** (ver acápites VII y VIII);
- 6- **Sustanciar en lo inmediato la prueba propuesta** (ver acápite IX).

En los términos que anteceden téngase por contestada la vista conferida.

Fiscalía, 06 de mayo de 2019.

GABRIEL DE VEDIA
Fiscal Federal

ANTE MÍ