

“XXVIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL”

San Salvador de Jujuy- Septiembre de 2015

A) **Comisión N°4**: Jurisdicción Protectoria

B) **Tema**: La tutela de los derechos fundamentales: amparo y otras vías

C) **Apellido y nombre**: PROMENCIO, Juan Martín

D) **Cargo**: Secretario de la Sala1 de Cámara civil, comercial, laboral y de familia de Santa Rosa (LP)

E) **Dirección Postal**: Delfín Gallo 709- CP: 6300- Santa Rosa (LP)

F) **Teléfono**: 02954- 387 421; 02954 15 44 38 52

G) **Dirección correo electrónico**: martinpromencio@hotmail.com

H) **Breve síntesis de la propuesta**: Alertar sobre recientes excesos y desbordes jurisdiccionales derivados de un uso irracional, expansivo y oprobioso de ciertas herramientas legales que, más temprano que tarde, habrá de provocarnos singulares desventuras. Establecer un punto de encuentro donde converja armoniosamente el respeto por los derechos constitucionales junto a los mecanismos procesales destinados a tutelarlos.

Autor: PROMENCIO, Juan Martín

Título: ¿El ocaso del amparo?

SUMARIO: I.- Introducción. II.- Definición e ideología. III.- Daño irreparable. IV.- El oprobio actual. V.- Los interrogantes. VI.- Conclusiones.

I.- Introducción

A principios del siglo pasado, un hecho trivial como lo eran masivas aglomeraciones humanas usufructuando despreocupadamente y a sus anchas de los beneficios de la civilización, despertaba el asombro de un intelectual español y revelaba a éste el síntoma más palpable de la decadencia europea de entonces¹.

Algo similar ocurre en nuestro tiempo con el Derecho Procesal.

Asistimos actualmente, absortos y perplejos, azorados y sorprendidos, a un (ab) uso irracional, expansivo y oprobioso de ciertas herramientas procesales que, más temprano que tarde, habrá de provocarnos singulares desventuras. En sentido opuesto, celeberrimas conquistas jurídicas de antaño están cediendo terreno y no pasan de ser hoy, tristemente, poco más que decorativas piezas de museo.

El presente ensayo tiende a alterar sobre tales aspectos y, en su mérito, fijar un punto de encuentro donde converja armoniosamente el respeto por los derechos constitucionales junto a los mecanismos procesales destinados a tutelarlos.

II.- Definición e ideología

La “definición” en el mundo del Derecho resulta, sin dudas, un tema controversial como cautivante.

Dicha actividad, en principio, inocua, conlleva sin embargo una serie de riesgos -no menores- que deviene necesario bosquejar someramente.

En tal sentido, es dable señalar que el proceso de definición encierra, cuanto menos, dos condicionamientos básicos e ineludibles: 1) Su carácter

¹ Ortega y Gasset. José. “La rebelión de las masas”. Espasa-Calpe S.A., Madrid, 1981, cuarta edición, p. 65 y ss. Dicha edición contiene una exquisita y soberbia introducción a cargo de Julián Marías.

ideológico.; 2) La insuficiencia de ciertos idiomas actuales para traslucir con exactitud la idea o concepto que intenta expresarse.

Respecto del primer dato apuntado (numeral 1), adviértase que el acto de definir es, sustancialmente, "exponer con claridad y exactitud los caracteres genéricos y diferenciales de algo material o inmaterial"², con lo cual, deviene enteramente lógico y normal que, al tiempo de explicar o dar cuenta de ciertos fenómenos, consciente o inconscientemente, omitamos algún dato o registro esencial de éstos.

A su turno, producto de ciertas pautas convencionalmente aceptadas, reputamos auspicioso que la definición sea breve y concisa, de tal suerte que, al proceder bajo tales parámetros, existirá la posibilidad de ensanchar aún más el margen de discrecionalidad referenciado ut supra.

Por tanto, le asiste plena razón a gran jurista tucumano -Fernando López de Zavalía- cuando advertía que la temática de la definición implicaba, antes que nada, una cuestión ideológica, y que ningún proceso de definición era neutro, puro, o estaba librado de ataduras pre conceptuales³.

En lo que respecta al restante condicionamiento del proceso de definición (numeral 2), cabe señalar que los idiomas actuales (entre ellos, el castellano) adolecen -lamentablemente- de ciertos giros lingüísticos que, de existir, prestarían enormes beneficios al momento de denotar con precisión un concepto o una acción. Por ejemplo, en los verbos de actividad o efectuación, falta la "voz media recíproca" que alude, gramaticalmente, a una acción conjunta, esto es, desarrollada por dos personas, como mínimo. Recuerda al respecto Ortega y Gasset que "el verbo latino *luctare* no significa simplemente luchar, sino "luchar los unos con los otros", "entrelucharse"⁴.

¿Por qué se aclaran tales cuestiones?

Por la sencilla razón que la clásica definición de la medida autosatisfactiva (en adelante, MA) que se ofrece en libros, en cátedras o en códigos, resulta - en última instancia- arbitraria, ideológica e insuficiente.

Tal actitud, en sí misma, no configura ningún oprobio científico habida cuenta que, conforme señaláramos, todo proceso de definición resulta imperfecto y

² Diccionario Real Academia Española. www.rae.es

³ LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando J. "Derechos Reales", Zavalía, Buenos Aires, 1989, T1 p. 16

⁴ ORTEGA Y GASSET. José. "Sobre la razón histórica". Ed. al cuidado de sus herederos. Alianza Editorial S.A, Revista de Occidente, Madrid, 1979, primera edición, p. 62 y p. 172.

parcialmente interesado. Sin embargo, es deber de la dogmática, entre otros, es alertar sobre estas cuestiones.

Dicho lo que antecede, bástenos señalar a modo de introducción que existe consenso doctrinario y jurisprudencial en considerar que la MA "es una solución urgente no cautelar, despachable in extremis, que da una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial"⁵.

Y efectivamente lo es. Pero es eso, y algo más. Y este "algo más" omitido u olvidado, no puede silenciarse como dato porque deviene una nota o registro esencial que no es lícito ni aconsejable, desatender.

¿Qué aspecto, qué arista falta en la definición de la MA antes apuntada?
¿Qué dato esencial se ha omitido?

Ni más ni menos, que la figura del demandado. Al decir de J.P. Sartre, se nos hace presente su ausencia⁶.

Causa cierta aflicción que el riquísimo acervo de nuestro idioma castellano, no registre en su inventario los verbos duales (aquellos cuya acción sólo la pueden desarrollar dos sujetos, y nada más), o la voz media recíproca aludida en párrafos anteriores (v.gr entreluchar) porque, de poder usufructuarse los beneficios que prestan estas fecundas herramientas gramaticales, la dogmática procesal delinearía con precisión esa actuación conjunta, relacional o dialógica.

Este aspecto o arista de efectuación conjunta, de dos partes entreluchando, relacionándose, no es destacado ni resaltado en la definición tradicional que se brinda de la MA. Inconsciente, o deliberadamente quizá, se ha omitido un extremo de la relación, y desde luego, parte fundamental en ésta (el demandado).

En la inteligencia propuesta, podemos definir a la MA como el nivel máximo de erosión a la defensa en juicio que ciertos ordenamientos jurídicos toleran con el propósito de evitar un perjuicio definitivamente irreparable.

Y no se diga que deviene sobreabundante resaltar dicha circunstancia.

⁵ PEYRANO, Jorge W., "Medidas Autosatisfactivas", obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, dirigida por Jorge W. Peyrano, Santa Fe 1999, Editorial Rubinzal Culzoni, p. 19

⁶ SARTRE, Jean Paul. "El ser y la nada". Ensayo de ontología y fenomenología. Buenos Aires, Losada, 2006., p. 176

Socavar la garantía de la defensa en juicio, en el grado y con la intensidad que supone el dictado de una MA, ninguna otra medida procesal lo ocasiona, de tal modo que este dato, por sí mismo, constituye una nota o diferencia específica del instituto analizado, y como tal, no puede ser obviado ni omitido en una definición.

Sugiero, en consecuencia, a título de fecundo ejercicio intelectual que, cada vez que utilicemos el término MA, en vez de repetir cual tradición simbólica "solución urgente no cautelar...", hagamos el esfuerzo de direccionar nuestro pensamiento, también, hacia aquel otro aspecto relacional que acabamos de señalar. MA es "solución urgente no cautelar" pero, al mismo tiempo, es restricción severísima de la defensa en juicio del demandado que, bajo circunstancias decididamente excepcionales, toleramos.

Aquí radica, en buena medida, el origen de los desatinos del presente.

En efecto, producto de la fragmentada definición de MA -aludida ut supra- que durante años han internalizado los operadores del Derecho, éstos se muestran en la actualidad más permeables a reconocer los aspectos positivos y saludables que aquélla reporta, en vez de meditar sobre los serios peligros que depara.- Lamentablemente, ello se traduce en una utilización expansiva e irresponsable de tan delicada herramienta procesal.

III.- Daño irreparable

Ahondar en la temática del epígrafe, implicará -paralelamente- desatender extremos trascendentes del fenómeno autosatisfactivo (v.gr evidencia del derecho postulado), de tal suerte que solo desarrollaré aquí algunas semblanzas elementales sobre un aspecto crucial de esta temática: el daño irreparable.

Excedería ampliamente los límites de este ensayo abreviar en la definición del sintagma aludido y dar cuentas de los inconvenientes que tal actividad conlleva.

Sólo deseo señalar que, aquellas hipótesis que apriorísticamente pudieran corresponderse con la categoría legal "daño irreparable" y que, como tales, resultarían habilitantes del dictado de una MA, deben ser absoluta y decididamente restringidas.

En efecto, si postulamos en párrafos anteriores, que la tutela autosatisfactiva (en adelante, TA) implica el nivel máximo de erosión a la defensa en juicio del demandado a causa de la -presumible- existencia de un daño de imposible reparación, toda vez que acotemos y circunscribamos la extensión de este último concepto, menores posibilidades tendremos de menoscabar aquélla.

Desde esa perspectiva, participo de la idea que la MA sólo podrá ser autorizada en el caso que se encuentre comprometido, directa y principalmente, el derecho a la vida. De manera excepcional, podrá ampliarse la nómina hacia otra u otras prerrogativas -individuales o colectivas- conculcadas. No más de allí.

¿Cuál es el sentido de esta aclaración?

La sorpresa que significa constatar diariamente la existencia cada vez más prolífica de la MA.

Pareciera ser que, en la actualidad, se han invertido las reglas y bajo la dinámica de esta clase de tutela, todo daño es irreparable salvo que se pruebe lo contrario. ¡Hasta existen compendios jurisprudenciales híper voluminosos de MA!

Si un ordenamiento jurídico registra un uso expansivo y desmedido de la TA, resulta de toda evidencia que tal ordenamiento no funciona correctamente. Algo allí debe fallar para que, aquello que debiera ser la excepción de la excepción, se haya convertido en la regla.

IV.- El oprobio actual

La tutela de los derechos fundamentales ha sido el resultado de duras batallas y logradas conquistas.

Así vieron la luz preciosas y anheladas garantías constitucionales.

Fue tal la fuerza jurígena que portaron estas nobles herramientas, que algunas de ellas –v.gr amparo- ensombrecieron hasta el propio esquema de validez kelseniano: nacieron en la base de la pirámide -sentencia- para impostarse finalmente en su cúspide -constitución-.

El mecanismo de protección actual de las prerrogativas constitucionales es, naturalmente, más prolífico que antaño, pero también más peligroso.

Hoy abundan tutelas de diverso calibre: preventivas, inhibitorias, diferenciadas, etc.

Sin embargo, algunas de éstas –v.gr autosatisfactiva- llevan en sus entrañas y arropan en su ser, un riesgo sintomático e inevitable: resultan terriblemente seductoras.

El uso fecundo y fructífero que pudo haber deparado una MA ante un caso judicial concreto, dispone de suficiente virtualidad para convencernos que tal herramienta constituye la panacea del proceso, y que aquellas otras que alguna vez imperaron, hoy ya no sirven y han devenido obsoletas.

Prueba de ello, es que en los últimos tiempos se registra una declinación de los procesos de amparo en relación inversa a la presencia cada vez más portentosa de esta clase de tutela.

Así, por ejemplo, la Cámara civil y comercial de Bahía Blanca hubo de autorizar -vía MA- un discutido y onerosísimo ¡trasplante hepático! bajo el peregrino argumento que devenía innecesario *"acreditar fehaciente y científicamente la necesidad de trasplante de hígado a F [toda vez que] resulta cuanto menos irrazonable pensar que alguien podría estar pretendiendo se le trasplante un nuevo hígado por mero placer o para afectar económicamente a la prestadora de asistencia de salud prepaga (...)"*. Afortunadamente, esta decisión fue desactivada por la SCBA⁷

De igual modo, en otra causa judicial, nuevamente le cupo a la Corte Bonaerense sentar la recta doctrina y poner coto a ominosas situaciones.

En tal sentido, el Alto Tribunal Provincial mediante una decisión ejemplar e irreprochable dejó sin efecto la resolución del Tribunal de Familia N° 3 de Lomas de Zamora quien decidiera "oficiosamente" encausar como MA, la pretensión de amparo introducida por los padres del menor E., y, en su mérito, condenara a la empresa Osmecon Salud a brindar -en el término de 24 hs.- las prestaciones conducentes a la atención integral del menor⁸.

⁷ Fallo de la Suprema Corte de Bs. As. (SCBA). Causa N° C. 92.711, "F, R. O. contra S.A.M.I. Asociación médica de Bahía Blanca. Amparo". Fecha: 26/09/2007- Acuerdo N° 2078. Dijo en la ocasión el Dr. Pettigiani: *"La Cámara, al eximir lisa y llanamente al actor -en este caso- de la carga probatoria por la simple razón de que lo que alega es "serio" y "grave", transgrede de modo palmario la normativa precitada (conf. art. 279 del Código Procesal Civil y Comercial)."*

⁸ Fallo de la Suprema Corte de Bs. As. (SCBA).- Causa Ac. N° 90.868. "C., M. y otra contra OSMECON SALUD. s/ Amparo". Fecha: 15/12/2004

A su turno, la CSJN desestimó una MA dictada a favor del Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS), en virtud de la cual se obligaba a una empresa prestataria del servicio de agua a brindarle a aquél toda la información requerida en salvaguarda de la salud pública y a permitirle el acceso a sus instalaciones cuando fuere necesario⁹.

Y el ámbito donde posiblemente se registren los mayores desatinos y uso distorsivos de la TA, acontece en el proceso por daños.

Sintéticamente, la situación es la siguiente: el art. 68 de la Ley de Tránsito (24.449) establece la obligación de contratar un seguro contra la responsabilidad civil frente a terceros y, simultáneamente, consagra una obligación legal autónoma de pago de gastos sanatoriales y de sepelio, a cargo de la respectiva Aseguradora.

En tal sentido, la Superintendencia de Seguros de La Nación estableció mediante resolución N° 36.100 (modificada por res. N° 38.218/14) que la obligación aludida -gastos sanatoriales y de sepelio- ascenderá a la suma de \$ 15.000 y \$ 8.000 respectivamente, pago que deberá efectivizar la Aseguradora dentro de los tres días, quien a su vez, no puede oponer como defensa la falta de responsabilidad del asegurado.

¿Qué acontece (o está aconteciendo) en la praxis judicial?

Actualmente, a través de un uso abusivo de las MA, se están obteniendo de las Aseguradoras sumas dinerarias exorbitantes que, naturalmente, violan los máximos establecidos en la resolución N° 36100 de la SSN.

Para así proceder, buena parte de la Magistratura declara oficiosamente la inconstitucionalidad de los topes dinerarios precitados y otorga, en el contexto de una MA, sumas que exceden 4, 5 o 10 veces aquéllos. Afortunadamente, existen Tribunales que en la actualidad están poniendo

⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ente Tripartito de Obras c. COA Construcciones y Servicios Públicos S.A. • 18/12/2007. Fallos Corte: 330:5251. Dijo allí la CSJN, apropiándose del dictamen de Procuración, que: .."el pedido del actor es independiente de un juicio posterior y la cautelar admitió su pretensión inaudita parte, sin otorgarle a la recurrente la posibilidad de ejercer su defensa, lo cual torna a la decisión adoptada en un exceso jurisdiccional en menoscabo de la defensa en juicio".

razonables límites a semejantes expoliaciones legales¹⁰, pretensiones éstas de dudosa procedencia en no pocos casos judiciales planteados¹¹.

En tales situaciones, si los justiciables pretenden una suma dineraria que exorbite los parámetros de la resolución N°36.100 de la SSN, deberán acudir inexorablemente a la instancia de un proceso, esto es, una vía de conocimiento sumarísima (v.gr amparo, si se dan los presupuestos) o plena (proceso de daños y perjuicios), y peticionar allí -si es de su incumbencia- la respectiva cautela (material, sustancial, anticipada, o el nombre que se le quiera asignar), medida ésta que será accesoria del juicio principal y en el cual habrá de respetarse plenamente el contradictorio y la bilateralidad.

Tómese nota que en el emblemático caso "Pardo"¹² vinculado a esta temática, donde verdaderamente primaba una situación de urgencia impostergable, la resolución de grado -homologada por la CSJN- hubo de corresponderse con una medida cautelar impostada en un juicio de daños y perjuicios promovido, y ello con independencia del nombre que allí le asignaran las partes y/o Magistrados que hubieran de intervenir.

V.- Los interrogantes

Históricamente, la protección de los derechos fundamentales fue gestionada a través de un proceso judicial, esto es, un contradictorio de tramitación rápida y sencilla -normalmente el juicio sumarísimo- en el cual, dos partes entreluchaban en igualación de armas; dos valores constitucionales en pugna, férreamente defendidos por cada una de aquéllas, y finalmente, un juez o Tribunal que zanjaba definitivamente la cuestión.

¹⁰ Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy • Puca, Pedro Jacinto c. Seguros Rivadavia Coop. Ltda. s/ autosatisfactiva s/ recurso de inconstitucionalidad • 03/06/2014 • LLNOA 2014 (diciembre) , 1215

¹¹ Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy • A., G. D. c. Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Limitada s/ autosatisfactiva • 05/05/2014 • LA LEY 02/09/2014 • DJ 29/10/2014, 39 • LLNOA 2014 (diciembre) , 1167. Señaló adustamente el STJ de Jujuy, en la causa de referencia, que "La medida autosatisfactiva deducida contra la aseguradora del vehículo interviniente en un accidente de tránsito a fin de que abone a las víctimas gastos médicos derivados del siniestro es improcedente, pues el material probatorio aportado junto con el escrito de demanda ...se reduce a una serie de copias simples de informes accidentológicos y de actas casi ilegibles labradas en un hospital, de las cuales se desprende que aquél habría sido atendido e intervenido quirúrgicamente en ese nosocomio pero no permiten inferir que hubiese necesitado o necesite en lo sucesivo estudios, prácticas o medicamentos por los que deba realizar gastos ni tampoco en la demanda se denuncia cuáles serían estos".

¹² CSJN. Recurso de hecho deducido en "Pardo, Héctor Paulino y otro c/ Di Césare, Luis Alberto y otro s/ art. 250 del C.P.C P. " Fallo TyF: 24. XLVI. P. 37. XLVI. Fecha: 06/12/2011.

Así nació, aquí y en otras latitudes, la cultura del respeto por el precedente que emanaba del amparo por cuanto allí se enjuiciaba un auténtico caso constitucional.

La TA, en cambio, arroja invariablemente como resultado un verdadero casuismo judicial, es decir, la contracara del precedente.

Ello así, básicamente, porque el "trámite" donde se obtuvo el dictado de una MA, a más de corresponderse mayoritariamente con cuestiones materiales, estuvo signado por una severísima restricción de la defensa en juicio del afectado, razón por la cual, siempre quedará estigmatizada la idea de justicia proyectada, máxime en ordenamientos jurídicos como el pampeano, en el cual, la instancia revisora de tales medidas deviene groseramente inconstitucional al establecer una verdadera extorsión legal: o impugnación, o juicio de conocimiento. La articulación de la primera, inhabilita el segundo¹³.

En función de estas particulares circunstancias, se advierte sin hesitación que, difícilmente, podamos extrapolar a casos judiciales análogos el valor fundante de una "sentencia" autosatisfactiva, toda vez nunca habrá de extinguirse la mácula o interrogante que ésta fatalmente ostenta: la cosa juzgada que se deriva del trámite respectivo, ¿fue obtenida en el "proceso", o simplemente "arrancada" de éste? El afectado, ¿no quiso, o no pudo defenderse?

Desde el plano estrictamente axiológico, carecerá la mentada decisión de la fuerza de convicción que emana de la propia intersubjetividad de la sentencia judicial¹⁴.

No será en vano recordar, una y mil veces, que la MA es la excepción la excepción.- Deviene un símil de la fuerza mayor, algo así como un estado de necesidad procesal.

Por tanto, ha de revitalizarse en su fecundidad, primacía y vigencia al proceso de amparo como resguardo útil y seguro de los derechos constitucionales.

¹³ El art. 305 del CPCyCLP en lo que aquí concierne, reza lo siguiente: *"El legitimado para oponerse a la medida, podrá: c) interponer recurso de apelación, directo o en subsidio al de revocatoria, que será concedido en efecto devolutivo. d) promover el proceso de conocimiento que corresponda, cuya iniciación no afectará por sí sola la vigencia de la medida. Interpuesto el recurso de apelación se pierde la posibilidad de iniciar este proceso"*

¹⁴ Promencio, Juan Martín. "Eterno resplandor de Carlos Cossio". Publicado en el página web de Editorial Astrea: www.astrea.com.ar

VI.- Conclusiones

Fiel a su estilo pendular y oscilante, el operador del derecho argentino (abogados, jueces, etc.) pasa del amor al odio en cinco minutos. Celebra la existencia de tutelas modernas y diferenciadas para denostarlas a la vuelta de la esquina, sin advertir que él, precisamente, resulta factor desencadenante de la frustración colectiva, de ese desencanto generalizado. Lejos estaba en la cabeza de los Ministros de la Corte del '57 suponer el uso distorsivo que años después se la daría a la noble herramienta del amparo. Hoy sucede lo mismo con la tutela autosatisfactiva.

Discurre ésta alegremente por todas las materias del derecho (societario, comercial, laboral, familiar) y en las circunstancias más inverosímiles (v.gr la solitaria evidencia, sin urgencia de por medio, resulta habilitante del dictado de una MA al decir del algún doctrinario).

Y las consecuencias de este abuso no tardarán en llegar.

Más temprano que tarde, habremos de corroborar -lamentablemente- que en un caso judicial concreto se consumó un daño irreparable en la esfera de interés del afectado-demandado, de mayor magnitud, que el presunto daño que se quería evitar.

Cuando ello ocurra, inmediatamente, habrán de escucharse las típicas voces que se alzan ante estas circunstancias y que poco ayudan o contribuyen al desenvolvimiento y progreso del derecho procesal: la TA no sirve, deviene absolutamente inconstitucional, genera más inconvenientes que soluciones, etc., aserciones éstas que de ningún modo compartimos.

En consecuencia, los operadores del derecho portamos el irrenunciable deber, desde el lugar que cada uno de nosotros ocupa (cátedra, doctrina, magistratura, profesión particular, etc.), de alertar sobre los desbordes y excesos jurisdiccionales que aquí se han señalado.

Silenciar tales oprobios, implicará auspiciar una casi segura defunción de la TA, acontecimiento que, invariablemente, debemos evitar aquellos que sentimos y vemos al proceso como "instrumento de libertad", según la bella expresión del eterno Santiago Sentís Melendo.

Anhelo fervientemente que este modesto ensayo haya contribuido tal sentido.

