

LA TUTELA ANTICIPADA DE URGENCIA FRENTE A DESTINATARIOS CON RESPONSABILIDADES MANCOMUNADAS.

Por Jorge W. Peyrano.

I. De la mancomunidad de los destinatarios de la tutela anticipada de urgencia en comentario.

El importantísimo fallo cuyo análisis nos ocupa presenta la particularidad –no tan inusual- consistente en que un titular de un derecho subjetivo a la salud (y a la vida, en el caso) cuenta con pluralidad de sujetos pasivos afectados a su satisfacción; decidiendo, en definitiva, la Alzada interviniente, practicar una suerte de prorrateo económico de las resultas crematísticas de dicha satisfacción que no excluye al propio requirente. Precisamente, lo que interesa priorizar es el examen de la mancomunidad de responsabilidades establecidas entre el Estado Nacional, la Provincia de Córdoba, OSECAC y el promotor de la causa, para hacer frente al voluminoso desembolso económico derivado de un atípico trasplante de médula a efectuar en el extranjero.

No usamos la expresión “mancomunadamente” de manera gratuita, sino en el sentido que le asigna el diccionario de la Real Academia Española al vocablo “mancomunadamente”, que significa “obligar a dos o más personas a pagar o ejecutar de mancomún una cosa, entre todas y por partes”.

Debe subrayarse que las susodichas responsabilidades mancomunadas no han sido fijadas “voluntaristamente”, sino aportando abundante argumentación fundamentada en textos internacionales de Derechos Humanos y en normas legales. Cabe recordar que también en la señera decisión de la Corte Federal dictada en “Pardo” (1) sirvieron como convalidante de una tutela anticipada de urgencia teniendo por requirente a un cuadripléjico, tratados internacionales suscriptos por nuestro país que colocan a los discapacitados en posiciones jurídicas privilegiadas. Dicho precedente constituye una reafirmación –más contundente si se quiere- de la doctrina establecida por el máximo tribunal nacional en materia de tutela anticipada de urgencia. Es que ya en el muy citado “Camacho Acosta” (2) y en “Provincia de Salta contra Estado Nacional” (3), había tenido oportunidad de establecer cuál era su criterio (favorable) en el asunto.

¿Y qué hizo la Alzada cordobesa con el aval del referido bagaje de fundamentación? Pues, prorrateó las consecuencias económicas de la compleja intervención quirúrgica sobre cuya necesidad nadie discutía, repartiéndola del siguiente modo: “ a) Los padres del menor, señores Fernando Sebastián Bello (DNI N° 27.171.448) y Sandra Paula Calderón (DNI N° 25.920.607), deberán depositar ante el Juzgado federal N° 3 de Córdoba a la orden de ese Tribunal y para estos autos el monto económico total de lo recaudado en la colecta pública propiciada ante toda la comunidad con motivo de la operación de trasplante de médula ósea de su hijo menor en el Hospital de Niños Amplatz de la Universidad de Minnessota, E.E.U.U. (donaciones, colectas,

depósitos bancarios orientados a tal fin, entre otros), realizado por personas físicas o jurídicas particulares o públicas a favor del niño para afrontar los gastos presentes y futuros, con explícito detalle de las sumas colectadas, todo como condición previa para el cumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución judicial a los fines de garantizar la transparencia del destino de esos fondos. b) la Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles (OSECAC), deberá afrontar el pago de la suma de Pesos Ciento cincuenta mil (\$ 150.000), por ser este el monto que aproximadamente con impuestos incluidos le costaría a esta entidad para el caso de que tratamiento se hubiese realizado en alguno de los hospitales o clínicas de la República Argentina a los que se ha aludido y que sin condiciones ha aceptado afrontar por su exclusiva cuenta (ver presupuesto económico del Hospital Privado S.A. de fecha 1.08.11 de fs. 32). b) El Estado Nacional deberá hacerse cargo del pago del Ochenta por ciento (80%) del monto total de los gastos que se generen con motivo del traslado, alojamiento y pensión de los padres y el menor, preoperatorio y postoperatorio, operación quirúrgica del transplante y tratamiento médico con medicamentos, descartables, costos de internación, honorarios médicos, entre otros gastos, del menor en el centro médico de EE.UU. y que no hubiesen sido cubiertos con las sumas totales aportadas por la obra social y los padres del menor a los fines del cumplimiento de esa decisión judicial. d) El Estado Provincial deberá afrontar el pago del Veinte por ciento (20%) del monto total de los gastos que se generasen con motivo de la operación quirúrgica y tratamiento completo del menor en el extranjero, incluyendo pasajes, estadía y pensión de los padres y el menor, preoperatorio y posoperatorio, además de medicamentos, descartables, costos de internación, honorarios médicos entre otros gastos, y que no hubiesen sido cubiertos con las sumas aportadas por la obra social y los padres del menor para el cumplimiento de la tutela judicial anticipada en esta sentencia”.

Ahora bien: para llegar a dicho reparto de responsabilidades jurídicas, institucionales y sociales ¿se limitó a la fundamentación ya expuesta? Pues, no. Es que también invocó nuestro conocido “principio del esfuerzo compartido” -tan empleado en la última crisis económica-financiera argentina para enjugar las resultas de la abrupta mutación del valor de cambio del dólar estadounidense (4)- que no es otra cosa que una apelación a la noción de Equidad (5). Como se sabe una de las funciones reconocidas al concepto de Equidad en el plano judicial es la de atender a las circunstancias del caso (6); circunstancias del caso que en la especie aconsejaban proceder a alguna suerte de reparto de las responsabilidades generadas por la situación aflictiva sufrida por un menor.

II. Sobre la ejecución dispuesta.

Llama la atención –por lo acertada y creativa- la forma de ejecución decretada bajo el título “Modalidad de cumplimiento de la tutela anticipada” que incluye varias “cláusulas previsoras” (7) que contemplan el devenir de la compleja modalidad de ejecución decretada y ciertos avatares que pudieran darse en el futuro.

III. ¿Cuál tutela anticipada de urgencia se ha concedido?

Indudablemente que en el caso se pidió y obtuvo una tutela anticipada de urgencia (8) completa; y no le tembló el pulso al tribunal interviniente al otorgarla por más que el principal fuera un amparo, terreno que registra pocos ejemplos de tutelas anticipadas. Tampoco trepidó al concederla en forma total, no obstante que lo habitual sea que las tutelas anticipadas de urgencia se otorgan de manera parcial (9).

IV. A propósito del cumplimiento de los recaudos pretorianos habitualmente requeridos en la materia.

En el ya citado “Pardo”, el más empinado tribunal del país deslizó que los recaudos del epígrafe se deben examinar de manera global, de manera tal que una fuerte dosis de uno (“de urgencia”, por ejemplo) provoque que pueda “aflojarse” el grado de exigencia respecto de alguno de los otros recaudos y hasta dispensar su cumplimiento (como ocurrió en la especie con la contracautela). Ello no es de extrañar, habida cuenta de la aplicabilidad en la materia de la doctrina de los “vasos comunicantes” (10) del régimen cautelar moderno. Dicha aplicabilidad no es descaminada porque habitualmente en los estrados judiciales argentinos, la tutela anticipada de urgencia se “motoriza” mediante el despacho de una cautelar (11). No puede sorprender la aludida dispensa cuando se repara en que la Sala interviniente expresa que “no se establece contracautela alguna en función de la naturaleza de la presente tutela anticipada que se concede y por los motivos fácticos y jurídicos que la fundamentan entre los cuales se destaca que “de no hacerse efectiva de inmediato la pretensión se causaría un daño irreparable al menor enfermo” (12), denunciando la amenaza inminente de un daño definitivo para el menor. Sabido es que la prevención de daños siempre ha constituido una muy fuerte argumentación en pro del despacho favorable de una tutela anticipada de urgencia (13).

V. Pronóstico final.

Más allá del elogio que merece el fallo en comentario por su creatividad y si se quiere audacia bien fundamentada, pensamos que puede inaugurar nuevas prácticas cuando se trate de tutelas anticipadas de urgencia que tengan por destinatarios a varios posibles responsables. Cuando tal situación concurra, es pronosticable que el promotor de la tutela anticipada de urgencia plantee, además, una suerte de pretensión distributiva del esfuerzo compartido (14), tendiente a precisar cuál debe ser el grado de contribución de cada uno de los responsables frente a quienes se reclama la concesión de aquélla. La creciente utilización de las tutelas anticipadas de urgencia reclama más y más precisiones al compás de su difusión y aplicación en toda la geografía nacional.

NOTAS.

- 1) Vide fallo de la C.S.J.N. del 06 de diciembre de 2011 en “Recursos de hecho deducidos por la Defensora Oficial de P.C.P. y la actora en la cuasa Pardo, Héctor Paulino y otro c/ Di Césare, Luis Alberto y otro s/ art. 250 del C.P.C.”.
- 2) Fallos: 320: 1633.

- 3) Vide su comentario en “Nuevo reconocimiento de la jurisdicción anticipada por la Corte federal. Ratificación de la aceptabilidad de la argumentación por terceros”, por Jorge W. Peyrano, en E.D., T. 207, p. 632 y ss.
- 4) PEYRANO, Jorge W., “La pretensión distributiva del esfuerzo compartido. Análisis provisorio de aspectos procesales de la pesificación”, en “Efectos de la emergencia económica en las relaciones jurídicas”, Bs. As. 2002, Editorial Nova Tesis, p. 19 y ss.
- 5) Ibidem, p. 23.
- 6) GARDELLA, Lorenzo, “La equidad en la función judicial”, en “Revista de Estudios Procesales N° 25”, p. 47.
- 7) TINAT, Eduardo, “Bioética, amparo y un nuevo caso de trasplante de órgano a la luz de la interpretación previsora”, en LLBA, 1994-385.
- 8) PEYRANO, Jorge W., “El dictado de decisiones judiciales anticipadas”, en L. L., Boletín 16 de marzo de 2011, p. 2.
- 9) PEYRANO, Jorge W., “Tendencias y proyecciones en la doctrina de la tutela anticipada”, en “Nuevas Tácticas Procesales”, Bs. As. 2010, Editorial Nova Tesis, p. 164: “Tanto el modelo brasileño como la doctrina de los autores coinciden en que con el auxilio de una sentencia anticipada se puede lograr la totalidad de la pretensión de fondo o sólo una parte. Sin embargo, es pronosticable que la gran mayoría de los tribunales opten por brindar una tutela anticipada que abarque a sólo una porción de lo pretendido. En verdad, razones de prudencia judicial hacen aconsejable, casi siempre, dicho temperamento”.
- 10) PEYRANO, Jorge W., “Tendencias pretorianas en materia cautelar”, en “Problemas y Soluciones Procesales”, Rosario 2008, Ed. Juris, p. 201 y ss: “Constituye opinión recibida que los presupuestos del despacho de cualquier medida cautelar son: verosimilitud o apariencia del Derecho invocado (*fumus boni iuris*), peligro en la demora (*periculum in mora*) y contracautela. Mientras los dos primeros hacen a su procedencia, el último atañe al cumplimiento de la medida precautoria de que se trate. En la actualidad, muchos estrados judiciales enfrentados a situaciones de excepción consideran que no deben concebirse a los susodichos recaudos como compartimentos estancos sino cual si fueren “vasos comunicantes”; vale decir como si se tratara –como enseña el Diccionario de la Real Academia Española- de “recipientes unidos por conductos que permiten el paso de un líquido de unos a otros”, lo que entraña que cuando asciende el contenido de uno desciende en otros y viceversa. Cuando se traduce dicha concepción a lo concreto se tiene que si, por ejemplo, se registra una acentuada verosimilitud del Derecho, se podrá ser menos exigente a la hora de graduar la contracautela y hasta dispensar la prestación de ella. Igualmente, vgr., si el *periculum in mora* del caso marca un daño inminente y muy grave, los tribunales pueden conformarse con un cumplimiento lábil del recaudo *fumus boni iuris*. Obviamente, no se agotan las combinaciones posibles con las enumeradas”.

- 11) PEYRANO, Jorge W., “Tendencias y proyecciones de la doctrina de la tutela anticipada”, p. 163.
- 12) Vide texto del fallo bajo la glosa.
- 13) PEYRANO, Jorge W., “Tendencias y proyecciones de la doctrina de la tutela anticipada”, p. 166.
- 14) PEYRANO, Jorge W., “ Una nueva pretensión: la distributiva del esfuerzo compartido. Comentarios procesales sobre le régimen de pesificación forzosa de obligaciones de moneda extranjera no vinculadas al sistema financiero”, en “Efectos de la emergencia económica en las relaciones jurídicas”, p. 27 y ss.