

Ley “antigoteo” o “tapón” para evitar la ejecución de medidas cautelares*

Por Carlos A. Gherzi

1. Introducción

La ley 25.587 conforma con las anteriores la “normativa denominada de emergencia” y es otra muestra más de inconstitucionalidad e incluso de ignorancia (lo que ya argumentaremos y probaremos) por parte de quienes la dictaron (el Congreso de la Nación Argentina), así como, el avasallamiento del poder de la provincias y del tan mentado federalismo, sobre todo en el Senado que se constituye especialmente en representante auténtico y directo de las provincias.

En cuanto al contenido, también es inconstitucional y deroga el derecho fundamental de “anticipación”¹ que poseen los ciudadanos ante el avasallamiento de sus derechos (en este caso los económicos) y por último, ultraja el poder de los jueces de primera instancia que los considera “insuficientes e ineficientes” para preservar los valores constitucionales del bien común.

En fin, un verdadero horror legislativo.

2. El avance sobre el derecho procesal de las provincias y la irrupción federalista

El art. 75, inc. 12 de la Const. nacional establece claramente la competencia de las provincias para dictarse las normas de organización jurisdiccional - tribunalicia y el respectivo derecho procesal, especialmente el código de procedimientos².

En este sentido, cada código procesal establece lo atinente a como deben decretarse las medidas cautelares, requisitos, recursos, etc., ya que es una cuestión eminentemente de procedimiento, esta sola situación hace que cualquier ley federal³ que legisle al respecto esté avasallando la competencia de las provincias y por ese solo hecho resulte inconstitucional.

* Artículo publicado en el sitio web de la Asociación Derecho Profundizado.

¹ Gherzi, Carlos A., *Tercera vía*, Bs. As., Gowa, 2000, p. 85.

² Art. 75, inc. 12, Const. nacional: “Dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina; así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados” (es decir, las provincias mantienen su competencia en el plano de los códigos procesales).

³ Aclaremos que la leyes que dicta el Congreso de la Nación Argentina son de carácter federal, ya que han desaparecido los territorios nacionales y la intendencia de la Ciudad de Buenos Aires que se convirtió en autónoma y posee al respecto su propia composición jurisdiccional.

En cuanto a la medida cautelar, puede ser complementaria de cualquier tipo de proceso o autónoma y en cualquier tribunal, independientemente de su jerarquía, competencia o jurisdicción, por lo cual establecer como única posibilidad que la misma tramite en el fuero federal es el desconocimiento por parte de los legisladores de las mas elementales nociones y conceptos de la organización de los tribunales y la esencia de la medida cautelar⁴.

3. Las medidas cautelares

El trámite de un juicio como situación temporal, puede constituir el derecho en irrisorio o inejecutable, de allí que los códigos procesales (de todas las provincias, incluso algunas con medidas más modernas, verbigracia como las autosatisfactivas, etc.) regulan medidas cautelares de diversas características tratando de asegurar la eficacia de la sentencia definitiva del proceso⁵.

El art. 195 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación establece los requisitos de la acción para obtener una medida cautelar. Según éste, la presentación debe contener:

- a) El derecho que se pretende asegurar.
- b) La medida cautelar concreta que se solicita.
- c) El fundamento legal.
- d) Los requisitos que atañen a la medida cautelar concreta.

En cuanto al momento de interponerse puede ser hecho antes, durante o después de deducida la demanda y en forma autónoma o como accesoria del proceso principal.

La verosimilitud del derecho, implica que la acreditación mediante el acto de solicitud es fundado y autosuficiente, que impida la frustración del derecho y que le permita al magistrado dictar la medida inaudita parte y hasta tanto se sustancie el proceso para la sentencia definitiva⁶.

Por último, lo atinente a la jurisdicción y competencia, si bien el art. 6°, inc. 4° del Cód. Proc. Civil establece que será el juez quien deberá entender en el proceso principal, en caso que la medida cautelar se plantee con antelación (en amparo o proceso principal) la circunscripción jurisdiccional y la competencia del magistrado natural se desplaza en favor del juez que conoce en primer lugar, es decir, no existe en este sentido posibilidad de declararse incompetente ya que la celeridad e impor-

⁴ Hohfeld, Wesley N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, p. 41. Las reglas procesales pertinentes son las que determinan si las alegaciones deben ser genéricas o específicas y si en esto último se fundan las consideraciones valorativas y la conveniencia de acordar tal o cual derecho. Vease "Illinois Steel Co c/Ostrosky", 1902, New York, que convalida hechos operativos como algo que exigen las formas procesales como suficiente para conceder un derecho.

⁵ Serantes Peña, Oscar E. - Palma, Jorge F., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t. 1, Bs. As., Depalma, 1987, p. 480.

⁶ Botos Martínez, Raúl, *Medidas cautelares*, Bs. As., Universidad, 1994.

tancia de la medida justifican el desplazamiento de la jurisdicción y competencia, así lo determina el art. 196 del Cód. Proc. Civil⁷.

Decretada la medida deberá ser remitido a la jurisdicción y fuero que el magistrado considere que deberá ser competente y que allí se decida este tema (competencia) antes de continuar con la acción o pretensión del actor.

4. El amparo y el derecho constitucional

El nuevo articulado de la Constitución nacional ha ampliado los canales de acceso a la justicia, al consagrarse expresamente en el art. 43, párr. 1° la acción de amparo: “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. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”.

Aún antes de la reforma constitucional, el amparo era admitido en distintas situaciones relacionadas con la prestación de servicios asistenciales, frente a aquellos actos que lesionaran los derechos de los pacientes y en especial la preservación de la salud, pero su ámbito de aplicación era reservado únicamente a cuando la amenaza o trasgresión procedía de la autoridad pública (art. 1°, ley 16.986).

Lo novedoso ahora es que la vía de amparo puede ser interpuesta no sólo contra cualquier acción u omisión proveniente del poder público, sino también contra actos y omisiones de los particulares. Por otra parte, luego de la reforma constitucional, no resulta exigible para la viabilidad del amparo el agotamiento de la vía administrativa.

A través de esta vía, se posibilita que el usuario pueda acudir a un procedimiento más rápido y efectivo que los procesos comunes, y evitar el peligro que en ciertos casos una demora podría aparejar. Por ser de carácter excepcional, esta acción procede siempre y cuando no exista otro remedio judicial más idóneo y más rápido.

Constituye, por tanto, una herramienta jurídica de suma importancia en la defensa de los derechos de los usuarios y consumidores que conexados con la ley de defensa de los derechos del consumidor 24.240⁸ constituyen una herramienta insustituible en la defensa de los derechos fundamentales del ser humano económicos y

⁷ Art. 196 del Cód. Proc. Civil y Comercial de la Nación: “Medida decretada por juez incompetente. Los jueces deberán abstenerse de decretar medidas precautorias cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia. Sin embargo, la medida ordenada por un juez incompetente será válida siempre que haya sido dispuesta de conformidad con las prescripciones de este capítulo, pero no prorrogará su competencia. El juez que decretó la medida, inmediatamente después de requerido remitirá las actuaciones al que sea competente”.

⁸ Peryrano, Jorge W., *Apostillas procesales sobre la ley de defensa del consumidor*, JA, 1994-IV-765.

extraeconómicos⁹ y que en cierto sentido vine a suplir la justicia de pequeñas causas existente en la República Federativa del Brasil¹⁰ por la celeridad y gratuidad inicial.

5. Las incongruencias inadmisibles

El art. 1° de la ley 25.587 establece que: “en ningún caso las medidas cautelares que se dispongan podrán tener idéntico objeto que el perseguido respecto de lo que deba ser materia del fallo final de la causa, ni consistir en la entrega, bajo ningún título, al peticionario de los bienes objeto de la cautela”.

Es indudable que probablemente ninguno de los legisladores, menos los que ostentan el título de abogado, jamás hayan hecho un amparo con medida cautelar, pues de lo contrario esta redacción no se hubiese incorporado a la ley o la desesperación es tal que los hace cometer esta imperdonable torpeza e incongruencia.

Precisamente el amparo con medida cautelar tiende a asegurar el derecho que en definitiva la sentencia va a versar, así, por ejemplo, ha sido considerado por la tendencia jurisprudencial pacífica y unánime en materia de salud y aun en resguardo de derechos económicos, incluso la misma Corte Suprema de Justicia Nacional, de allí que el criterio expuesto en la norma sea a contrario de la interpretación judicial y la doctrina más prestigiosa¹¹.

La misma norma hacia el final del artículo establece la retroactividad¹² de la disposición sobre las medidas cautelares pendientes de ejecución, desconociendo la potestad del Poder Judicial como poder independiente del Estado, pues el magistrado ya ha emitido una orden en virtud de un derecho existente y consecuentemente con la normativa vigente, lo que lleva sin duda a la tan mentada inseguridad jurídica provocada por el mismo legislador que la pregona como elemento determinante de la paz del país y las inversiones extranjeras¹³.

El art. 2° establece la imposibilidad de que las medidas cautelares puedan ejecutarse sobre fondos del Banco Central de la República Argentina (BCRA), aún cuando los mismos estén por razones transitorias u operativas en poder de las entidades financieras.

¿A qué fondo nos estamos refiriendo?

⁹ JuzgNacCiv. n° 73, 25/9/95, firme, JA, 1996-I-407, con nota de Weingarten, Celia - Gherzi, Carlos A., *Sida y medicina prepaga (Un fallo con trascendencia social)*.

¹⁰ “Revista Juizado de Pequeñas Causas, Doutrina-Jurisprudencia” n° 7/8, Porto Alegre, abr-ago. 1993.

¹¹ Hooft, Pedro F., *Bioética y derechos humanos*, Bs. As., Depalma, 2001.

¹² Ver Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2001.

¹³ Apel, Karl O. - Cortina, Adela, *Ética comunicativa y democracia*, Barcelona, Crítica, 1991 p. 15. “En la historia occidental la problemática de la justificación se ha radicalizado en dos direcciones diversas: con la pregunta por la legitimidad, es decir, la justicia de la norma misma y con la pregunta por el valor ético, es decir, por la justicia de los agentes... la eticidad de los individuos ya no es garantizada por que integren las instituciones... y las normas de la sociedad ya no obtienen legitimidad por la facticidad institucional, de allí la importancia de la separación de legalidad y legitimidad”. En este sentido consideramos que estas normas pueden ser legales (por la eticidad de la institución que las dicta –el Congreso–) pero son de una ilegitimidad manifiesta porque avasallan el poder del Poder Judicial como tal.

Suponemos que se trata de dinero en pesos o moneda extranjera (pues en el caso de títulos negociables nacionales o extranjeros se trata de prestaciones de cosa determinadamente cierta, para lo cual existe un régimen especial de derecho económico de propiedad) por lo cual estamos frente a una prestación de cantidad fungible (a menos que se haya individualizado con el número de cada billete) por lo cual al estar en entidades financieras o bancos, dicha fungibilidad hace perder el carácter de propiedad específica del BCRA y se transforma en una obligación de restituir de la entidad financiera de cantidades de cosas fungibles (art. 616, Cód. Civil en concordancia con los arts. 601 y 604 del mismo cuerpo legal).

En este sentido queda claro que el dinero incorporado físicamente (en forma transitoria a una entidad financiera) puede ser objeto de una medida cautelar y la misma entidad frente al BCRA deberá restituir la cantidad y calidad recibida que se ha homogeneizado con su propia moneda.

Esta es otra prueba mas de la debilidad e ignorancia legislativa.

El art. 3° establece como *requisito previo para el dictado de la medida cautelar* el libramiento de un oficio al BCRA a efectos de que se informe los saldos existentes de la cuenta de la peticionaria.

Entendemos que se trata de una redacción errónea, pues la peticionaria es aquella que posee una determinada cantidad de dinero (monto y calidad de moneda) en la entidad financiera y este dato no se encuentra disponible en el BCRA entendemos que ha querido decir el saldo de la entidad financiera y no la peticionaria con la posibilidad de ir conociendo el giro y disponibilidad de las entidades financieras y la afectación por medidas cautelares. De lo contrario no encontramos justificación de esta norma.

El art. 4° establece que las medidas cautelares serán apelables con efecto suspensivo ante la Cámara Federal de Apelaciones, dicho recurso deberá ser presentado ante el juzgado dentro de los cinco días (entendemos que son hábiles, pues son plazos procesales) contados a partir del momento que el interesado tomare conocimiento de la resolución que concedió la medida cautelar. Los fundamentos deberán expresarse en el mismo escrito, perimiendo la interposición a la demandada y entidades financieras aún cuando no tuvieren aquel carácter.

En primer lugar establecimos que cualquier juez de cualquier fuero, jurisdicción y competencia puede dictar la medida cautelar con lo cual pretender que la apelación sea competente la Cámara Federal para que quede firme aquella medida y pueda ser ejecutoriada, implica lisa y llanamente intervenir por ejemplo, en el fuero provincial y desconocer el derecho procesal provincial.

En segundo término recibido por un juzgado provincial (que dictó la medida) éste lo remite a la Cámara Federal de Apelaciones. Nos preguntamos ¿y el juez federal jurisdiccional de primera instancia?

¿No se establece de esta forma una competencia o suerte de tribunal especial prohibido por la Constitución nacional, ya que altera la jurisdicción y competencia de los jueces naturales? En fin el tema es sumamente delicado y complejo, pero entendemos que se está rozando la inconstitucionalidad.

El art. 5° nada agrega pues las indicaciones que les da a la Cámara no son mas que las que cualquier código procesal establece para la resolución de los recursos en alzada. Lo que nos parece una falta de respeto que los legisladores indiquen al Poder Judicial que deben hacer, cuando ello surge de sus propias funciones.

Por último, establece que los expediente que arribaron a la Corte Suprema mediante el *per saltum*, deben remitirse a la Cámara Federal de Apelaciones, decisión eminentemente política y evitar un precedente de la Corte y descomprimir el trabajo de ésta.

El art. 9° establece la vigencia de la ley desde su promulgación y no desde la publicación en el Boletín Oficial que es lo habitual, esto por la claridad con que las autoridades desean penalizar las medidas cautelares y evitar que cualquier ciudadano haga efectivo sus derecho de propiedad.

6. Reflexiones y aproximaciones valorativas

Cuando un gobierno ha perdido el rumbo, no se constituye en legítimo representante de la sociedad sino simplemente en legal representante del poder de los intereses financieros y de un modelo neoliberal extranjerizante, apela a cualquier tipo de legislación para apropiarse del trabajo de acumulado, en este caso representado por dinero o moneda extranjera en un plazo fijo o caja de ahorro, etc. (calidad de vida) de la gente que compone una sociedad (clase media) y poder así convalidar la exportación ilegítima de ganancias ya remitidas a las casas centrales en el caso de los bancos extranjeros y en los nacionales, el vaciamiento en favor de los gobiernos de turno (provinciales y nacionales).

Pretender que las personas no obtengan medidas cautelares en resguardo de sus derechos violados por el Estado (mejor dicho el gobierno que ocupa el Estado) y los bancos, es sin duda inconstitucional desde los valores centrales que hacen a la existencia y esencia de la construcción de una Estado, fuera de lo cual como dice Mejía Quintana “queda solo la desobediencia civil”¹⁴.

© Editorial Astrea, 2003. Todos los derechos reservados.

¹⁴ Mejía Quintana, Oscar, *La problemática iusfilosófica de la obediencia al derecho y la justificación constitucional de la desobediencia civil*, Bogota, Universidad Nacional de Colombia, 2001.