

REPERCUSIONES DEL CASO "MOSQUEDA": EL CAMINO HACIA LA EXCLUSIÓN DEL PLAZO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE AMPARO*

MALENA KAREEN TOTINO SOTO**

Resumen: El presente trabajo aborda un fallo obtenido por una comisión de Práctica Profesional de la Universidad de Buenos Aires, que sienta precedente sobre la materia en el contexto de un proceso de amparo. En primer lugar se efectúa una descripción de los hechos que dieron origen al proceso, para luego abordar los presupuestos de admisibilidad de la acción de amparo. Se avanza en reflejar la tesis favorable y contraria a la constitucionalidad del plazo de caducidad de la acción. Posteriormente se realiza un examen de la posición asumida por la CSJN en el caso Mosqueda. Finalmente se realiza una reflexión acerca del carácter vinculante de los fallos plenarios y pronunciamiento de la CSJN, analizando el panorama del tema.

Palabras clave: amparo – plazo de caducidad – inconstitucionalidad.

Summary: The present work analyses a sentence obtained by a commission of the internship programme of the Universidad de Buenos Aires and that constitutes a precedent of the subject in the context of a judicial process initiated through a writ of *amparo*. Firstly, there is a description of the facts that originated the judicial process and afterwards analyze the admissibility estimations of the writ of *amparo*. Then the essay works on the thesis in favor and against the constitutionality of the date of expiration. Subsequently there is an exam of the position assumed by the Supreme Court in the case Mosqueda. Finally, the work ends up with a reflection about the binding character of a plenary sentence and the statement of the Supreme Court, analyzing the overview of the subject.

Keyword: writ of *amparo* – date of expiration – unconstitutionality.

* Mosqueda, Sergio c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados Corte Suprema de Justicia de la Nación (07/11/2006). Publicado en LL 18/12/2006, 7 - DJ 27/12/2006, 1239.

** Abogada, especialista en elaboración de normas, docente de Práctica Profesional en la carrera de Abogacía (UBA), Defensora de los Usuarios de los Servicios de Salud en Superintendencia de Servicios de Salud - Ministerio de Salud.

I. HECHOS

En el mes de marzo de 1999 el Sr. Sergio Mosqueda inicia, a los 72 años, un tratamiento ambulatorio de rehabilitación kinesiología en la Unidad de Gestión de San Martín del PAMI para recuperar su capacidad motriz, afectada como consecuencia de una hemiplejía derecha con secuelas de accidente cerebro vascular (A.C.V.), con nueve años de evolución, que le impide movilizarse sino por medio de una silla de ruedas. La favorable evolución del tratamiento le permitiría eventualmente caminar con la ayuda de un trípode.

En el año 2002 la obra social suspende repentinamente el tratamiento, motivada en la supuesta imposibilidad del ente para cubrir el gran número de pacientes que requerían la misma prestación. Iniciado los reclamos administrativos correspondientes, primero ante el PAMI y luego, consecuencia de la falta de respuestas, ante la Superintendencia de Servicios de Salud, el tratamiento no fue reanudado, pese a la resolución del organismo de contralor que ordenaba, en cumplimiento de la Ley 24.901 (Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de Personas con Discapacidad), el restablecimiento total e integral de la cobertura. El 11 de marzo de 2004, la obra social contesta por primera vez las intimaciones cursadas, sin dar cumplimiento a la resolución de la Superintendencia de Servicios de Salud. El 31 de agosto de 2004, agotada la vía administrativa, se interpone una acción de amparo para obtener el inmediato restablecimiento del tratamiento kinesiología.

Tanto Primera como Segunda Instancia rechazan la acción con fundamento en el vencimiento operado del plazo de caducidad para iniciar el amparo (quince días desde la fecha en que el acto atacado fue ejecutado o debió producirse –art. 2, inc “e” de la Ley 16.986–). Por aplicación del fallo plenario “Capizzano de Galdi Concepción c/ I.O.S. s/ Amparo”¹ consideran que el mismo debió computarse desde la fecha en que “el afectado tomó conocimiento cierto del hecho, acto u omisión que reputa violatorio de sus derechos”, esto es, desde el 11 de marzo de 2004, fecha en que la demandada respondió la intimación de la Superintendencia de Servicios de Salud sin dar cumplimiento a la prestación requerida.

Recurrido el fallo en queja, el 7 de noviembre de 2006, la CSJN, haciendo suyos los fundamentos de la Procuradora Fiscal Subrogante, con votos propios de los Dres. Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni, revoca la sentencia de Segunda Instancia. En primer lugar, reconoce la existencia de un estrecho vínculo entre el derecho a la salud y el derecho a la vida, declarando a este último, “el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la constitución

1. CNFed. Civ. y Com. en pleno, 03/06/99, LL 2000-C, 345. “Luego de sancionada la reforma constitucional de 1994, mantiene su vigencia el art. 2 inc. e) de la Ley 16.986”.

Nacional” y definiéndolo como “prerrogativa implícita”. Por su parte, la minoría considera el derecho a la vida “...explícitamente garantizado por la Constitución Nacional, a través de su reconocimiento y protección en tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional”. En segundo lugar, estima no es aplicable la caducidad de la acción de amparo toda vez que se pretende atacar una “arbitrariedad o ilegalidad continuada”, un acto ilegítimo sin solución de continuidad, originado antes de la acción judicial pero mantenido en el tiempo que genera una lesión “inescindiblemente actual y pasada”. Finalmente, aconseja a los jueces buscar soluciones expeditas para casos urgentes como el presente y evitar que el rigorismo formal de la ley frustre los derechos constitucionales de los particulares.

Claramente se extraen del fallo dos cuestiones a ser analizadas: (a) La naturaleza constitucional del derecho a la vida y su vinculación con el derecho a la salud; (b) La exclusión o constante renovación del plazo de caducidad de la acción de amparo cuando se enjuicia una “ilegalidad continuada”.

El presente artículo se centrará, fundamentalmente, en analizar solo la segunda problemática, sin perjuicio de considerar sumamente relevante la posición asumida por la CSJN, que retomando anteriores pronunciamientos,² reconoce la íntima vinculación entre el derecho a la salud y la vida. En referencia a la naturaleza constitucional de este último, adherimos a la postura del Dr. Nestor Pedro Sagués, quien en su nota al fallo,³ resalta el carácter bizantino que adquiere la controversia sobre su concepción como derecho no enumerado (art. 33 CN), garantía implícita o derecho explícitamente reconocido por nuestra Constitución Nacional.

II. NATURALEZA JURÍDICA Y PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES DE ADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE AMPARO

Partiendo de la precisa definición que nos proporciona el art. 43 de la CN podemos afirmar que la acción de amparo despliega una naturaleza jurídica dual o híbrida. Por un lado, constituye un derecho constitucional, en tanto prerrogativa de todo ciudadano de contar con un remedio judicial rápido y expedito para la inmediata y efectiva protección de sus derechos fundamentales frente a manifiestas violaciones de la autoridad pública o privada, ya sea, por acciones u omisiones. Por

2. Ver “Asociación Bengalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción social - Estado Nacional s/ Amparo” (321: 1684); “Campodónico de Beviacqua Ana Carina c. Ministerio de Salud y Acción Social- Secretarías de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas” (323: 3229). Para mayor abundamiento en el tema ver el artículo de Jorge Mario Galdós, “La salud y los bienes sociales constitucionales”, nota al fallo de CSJN “Cambiaso Pères de Nealón, Celia y otros c. Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas” (LL, 19/03/08).

3. LL 2007-B, 128.

otro, se erige como garantía constitucional, en tanto procedimiento judicial breve, sencillo y eficaz al servicio y para la tutela, defensa o protección de otros derechos fundamentales.⁴

Los requisitos entonces que tipifican la procedencia de la acción son: (a) La lesión actual u inminente a un derecho fundamental reconocido por la CN, un Tratado Internacional o ley; (b) La existencia de un acto u omisión manifiestamente ilegal o arbitrario emanado de la autoridad pública o privada;⁵ (c) La necesidad de urgente intervención jurisdiccional a fin de evitar la configuración un daño irreparable o la inexistencia de un medio judicial más idóneo para lograr dicha finalidad. Sobre la base de este último elemento, posiblemente el más distintivo de la acción de amparo, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria ha llegado a la conclusión, a nuestro criterio equivocada, que el amparo representa una vía judicial con carácter excepcional.⁶

Debemos abordar ahora la compatibilidad entre los requisitos constitucionales expuestos introducidos con la reforma constitucional de 1994 y el plazo de caducidad de la acción de amparo regulado por la Ley 16.986. Al respecto, se han conformado en la doctrina y jurisprudencia actual, dos enfoques enfrentados fácilmente reconocibles; aquellos que defienden la constitucionalidad del plazo y aquellos que la rechazan.

III. TESIS FAVORABLE A LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PLAZO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE AMPARO

Posición asumida por la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal en pleno (fallo mencionado *ut supra*). Probablemente el exponente más claro de esta postura

4. GOZAÍNI, O. A., *Derecho Procesal Constitucional: El Amparo*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 247 y ss.; SPOTA, A. A., "Ensayo sobre la doble naturaleza jurídica del amparo constitucional", en *Revista de Derecho Procesal*, n° 4, 2000.

5. A los fines de este artículo los términos serán considerados sinónimos. Sobre las diferencias semánticas entre ilegalidad, arbitrariedad e ilegitimidad ver SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*, Buenos Aires, Astrea, 1991, p. 117 y ss.

6. Compartimos la opinión del Dr. Rivas Adolfo para quien la naturaleza del amparo (garantía constitucional, por excelencia, creada para la protección de nuestros derechos fundamentales) no puede interpretarse, al menos desde un punto de vista teórico, como excepcional, sin desnaturalizar su finalidad ("El plazo de caducidad de la acción de amparo", LL, 2000-C, 346). Misma opinión parece receptar la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión consultiva 9, por unanimidad sostuvo la imposibilidad de suspender la acción de amparo y el Habeas Hábeas ("garantías excepcionales") aun durante periodos de emergencia institucional.

sea el Dr. Nestor Pedro Sagués⁷ para quien la constitucionalidad del plazo de caducidad se asienta en: (a) El valor de la seguridad jurídica y la estabilidad propia de los actos administrativos; (b) El consentimiento tácito del accionante; (c) La naturaleza excepcional del amparo; (d) El principio de división de poderes y la vigencia de la República.

No parece ser una novedad que las normas jurídicas, en especial aquellas que regulan plazos, persigan, principalmente, garantizar la seguridad jurídica de las relaciones humanas, caso contrario no tendrían razón alguna para existir. Que es una norma jurídica, sino una positivización de valores orientada a la organización y regulación de las relaciones entre seres humanos en comunidad. No puede entonces, seriamente admitirse, que la justificación de la sensible normativa en cuestión (extinción de una garantía constitucional por el paso del tiempo) quede reducida a la genérica invocación de la "Seguridad Jurídica" o "el Orden Público", conceptos tan amplios y abstractos que permiten respaldar casi cualquier accionar.⁸ Se trata de evaluar, detenidamente, si es razonable defender la estabilidad de un acto u omisión tanto de la administración como de un particular, a pesar de su evidente ilegitimidad en pos de la "Seguridad Jurídica". Creemos fervorosamente que no. En un estado de derecho, jamás el transcurso del tiempo puede purgar los vicios manifiestos de los actos ilegítimos.⁹

El segundo postulado se construye sobre la base de un razonamiento falaz. En primer lugar, se presume *iure et de iure* que todos los ciudadanos conocen a la perfección el confuso universo de normas jurídicas existentes desde su publicación. Esta premisa se conoce comúnmente como "ficción legal" y se encuentra expresamente contemplada en el Cod. Civ.¹⁰ Es cierto, de no contar con dicho principio la aplicación del ordenamiento jurídico sería prácticamente imposible, pues bastaría alegar su desconocimiento para evitar su cumplimiento. La realidad es que ni aún juristas y abogados especializados en la materia conocen la totalidad del mundo normativo.

7. SAGÜÉS, N. P., *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*, Buenos Aires, Astrea, 1991, p. 276.

8. Tanto la historia mundial como nacional se encuentra plagada de ejemplos.

9. Desde la óptica del derecho privado ver art. 1047 Cod. Civ. (efectos de la nulidad absoluta); desde la óptica del derecho público ver "La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Delitos de Lesa Humanidad" incorporada al derecho argentino por medio de la Ley 25.778 y pronunciamientos de CSJN al respecto (delitos no susceptibles de amnistía o indulto, inoponibilidad de la cosa juzgada). BIANCHI, A. B., "El derecho constitucional en la jurisprudencia de la Corte Suprema entre 2003 y 2007", en *LL*, 18 de febrero de 2008.

10. Art. 1 "Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, domiciliados o transeúntes"; art. 2 "Las leyes no son obligatorias sino después de su publicación, y desde el día que determinen"; art. 923 "La ignorancia de la leyes, o el error de derecho en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos ilícitos, ni excusará la responsabilidad por los actos ilícitos".

En segundo lugar, se infiere, nuevamente *iure et de iure*, que los ciudadanos-juristas, expertos en la materia, que no accionan en tiempo prudencial (¡quince días!), consienten la manifiesta violación a sus derechos constitucionales o al menos no requieren inmediata intervención jurisdiccional para salvaguardarlos.¹¹ Consideramos, la utilización llana del sentido común en un marco científico, como es el derecho, puede generar razonamientos simplistas pero erróneos. Sin embargo, la excesiva abstracción y teorización de las relaciones humanas conllevan resultados absurdos alejados de la realidad, problemáticas y necesidades de los seres humanos como en el presente caso.¹² La experiencia nos devela, día a día, que existen un sinnúmero de causales que pueden imposibilitar la interposición de la acción en tiempo oportuno (desconocimiento, dificultad para determinar cuando se produjo la lesión, promesas de no cumplimiento), los juristas entonces no pueden afirmar la veracidad de su presunción (negligencia o tácito consentimiento del accionante) porque es la propia realidad de los hechos la que se ocupa de desmentir su afirmación. Ahora, supongamos que el día de mañana, el Congreso Nacional sancionara una ley por la cual regulara mismo plazo de caducidad para interponer el *Habeas Corpus*, probablemente nadie o pocos estarían dispuestos a defender su constitucionalidad, ni tampoco sostener que aquella persona que no ha iniciado la acción en el plazo previsto consiente la privación ilegítima de su libertad y por lo tanto no requiere urgente ayuda del Órgano Judicial ¿Cuál es entonces la diferencia entre la acción de amparo y el *Habeas Corpus*? Dicho de otro modo ¿Por qué en un primer caso defendemos la validez de una teoría falseada por los hechos y en el segundo nos oponemos a cualquier tipo de regulación temporal? Entre ambas garantías existe solamente una relación de género-especie. El *habeas corpus* es simplemente una acción de amparo destinado a la protección de la libertad física. ¿Acaso la defensa del derecho a la salud, la vida, el trabajo, la libre expresión no tienen suficiente entidad? “Por lo tanto, si un proceso constitucional que protege la libertad física no puede estar limitado por un plazo de caducidad, otro proceso constitucional que promueve la vida o la salud tampoco puede recibir esta clase de limitación temporal”.¹³

11. “Si el afectado dilata la articulación del amparo, ello quiere a todas luces significar que no estaba apurado para plantearlo” (SAGUÉS, N. P., “El plazo de caducidad de la acción de amparo ante la reforma constitucional”, en *JA* 2000-II, 65).

12. Un hombre de 73 años, postrado en una silla de ruedas, a quien arbitrariamente se le suspende un tratamiento médico que eventualmente le permitiría recuperar la movilidad, peticona a la autoridad judicial con carácter urgente para que ordene su inmediato restablecimiento y esta se limita a rechazar cuasiautomáticamente la petición, forzándolo a reclamar por vía ordinaria (equivalente a decirle “señor Ud. no volverá a caminar”) sobre la base de considerar que el mismo ha consentido la manifiesta violación a su derecho a la salud o actuado negligentemente, a pesar de que la prueba presentada acredita lo contrario, pues interpuso la acción vencido el plazo legal de quince días.

13. GIL DOMÍNGUEZ, A., *Constitución, Emergencia y Amparo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002, p. 65.

El tercer postulado reafirma la justificación precedentemente explicada. Siendo el amparo una acción de naturaleza excepcional, si el particular no acciona en tiempo prudencial, se presume *–iure et iure–* que puede accionar por vía ordinaria. Las críticas sobre este punto ya han sido desarrolladas.

El cuarto postulado busca evitar que los otros órganos del estado queden sometidos al poder discrecional del Órgano Judicial a través de la acción de amparo, dándose origen a la siniestra “dictadura del Poder Judicial”. Difícil es imaginar que por admitirse el tratamiento de un amparo vencido se conmuevan los cimientos mismos de la república o peligre el principio división de poderes. Por el contrario, si nos parece de una trascendente gravedad institucional que a más de un año de haberse dictado la resolución de CSJN que declara admisible el amparo, el Sr. Mosqueda no haya podido, a la fecha, hacer efectivo la sentencia, ni obtener el restablecimiento de la prestación médica. Es decir, nos rasgamos las vestiduras si el lesionado excede el plazo legal previsto para iniciar la acción (aún cuando se mantenga la lesión y la necesidad de urgente intervención jurisdiccional), auguramos nefastas consecuencias para nuestra Nación si se osara dar curso al mismo, ríos de tinta se escriben a favor o en contra de dicho plazo, pero en la práctica, la mayor violación a la naturaleza de la garantía constitucional (proceso rápido y expedito) la comete diariamente el propio el Estado Nacional. A esto nos referimos cuando señalamos que el derecho no puede ser una mera *intelleccia* metafísica ajena a las problemáticas humanas, sino debe estar orientado solucionarlas.

Dentro del enfoque favorable al plazo de caducidad de la acción de amparo se ha desarrollado la “doctrina de la ilegalidad continuada” que si bien parte de considerar constitucional y aplicable dicho plazo, reconoce que ante violaciones esencialmente reiteradas, el mismo se renueve constantemente, tornándose prácticamente inaplicable. Para ello diferencia entre actos lesivos únicos y actos lesivos continuados. Ambos generan resultados nocivos que se proyectan en el tiempo, pero mientras los primeros tienen un punto de partida único e inicial desde donde puede rastrearse la manifiesta violación al derecho constitucional (Ej: clausura arbitraria de un establecimiento, negativa a entregar medicamentos), los segundos se van consumando periódicamente a lo largo del tiempo a través de sucesivos actos lesivos que van agravando gradualmente la situación del particular (Ej: ilegítimos descuentos mensuales de haberes). Como bien señala el Procurador General de la Nación en el fallo que origina esta teoría, los actos lesivos continuados colocan al particular ante un dilema; si acciona ante la primera violación es probable que el amparo sea rechazado por no adquirir, la lesión, suficiente entidad para ser procedente pero si dejara transcurrir un tiempo, el mismo se encontraría caduco.¹⁴ Para evitar tan

14. Bonorino Perú, Abel y otro c. Estado Nacional s/amparo (307: 2174).

injusto resultado, la CSJN considera, en estos casos, no aplicable o renovable el plazo de caducidad.

IV. TESIS CONTRARIA A LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PLAZO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE AMPARO

Desde la sanción de la Ley 16.986 distintos juristas plantearon la inconstitucionalidad del plazo de caducidad de la acción de amparo¹⁵ pero a partir de la reforma constitucional de 1994, los partidarios de las teorías se multiplicaron y cobraron mayor fuerza. Las posturas pueden clasificarse en: (a) Aquellas que consideran operativo el art. 41 de la CN y por lo tanto no sujeto a regulación de fondo; (b) Aquellas que consideran ineficaz el plazo de caducidad por la jerarquía de los derechos lesionados.¹⁶

Para los partidarios de la primera postura la naturaleza autosuficiente del art. 41 CN surge del análisis etimológico sobre el carácter "expedito" de la acción de amparo. Afirman, la acepción "acción expedita", implica la imposibilidad de sujetar el ejercicio de la acción a obstáculo o condición alguna, disposición que queda totalmente violentada mediante la regulación de un plazo de caducidad (disposición de fondo) por ley procesal.¹⁷

Para los segundos, dentro de los cuales nos incluimos, el aspecto sustancial de la problemática no radica en el análisis etimológico o semántico de los vocablos empleados por el constituyente, aspecto que puede dar origen a interminables debates hermenéuticos, sino en la entidad de los derechos lesionados y el objeto mismo de la acción. Recordemos el rasgo que distingue el amparo de cualquier otra acción judicial es "la decisión oportuna de jurisdicción"¹⁸ para evitar la configuración de un daño irreparable a un derecho fundamental. Mientras subsista la lesión y se verifique la urgencia, independientemente del tiempo transcurrido, los jueces deberán intervenir, no pudiendo presumirse de forma abstracta y sin admitirse prueba en contrario, la negligencia o consentimiento del lesionado. "...debe primar la importancia y jerarquía constitucional de los derechos lesionados por sobre la necesidad

15. Ver FIORINI, B. A. "Acción de amparo", en *LL*, 124-1367.

16. La clasificación fue tomada del artículo de Caso Javier Cesar "Tres posturas sobre la no vigencia del plazo de caducidad en la ley de amparo nacional" (*LL*, 2003-B, 1400). Nótese que el autor incluye dentro de esta clasificación la "doctrina de la ilegalidad continuada", nosotros consideramos la misma como parte de la tesis favorable a la constitucionalidad del plazo de caducidad de la acción de amparo.

17. Posición defendida por la minoría en el fallo plenario "Capizzano de Galdi Concepción c/ I.O.S. s/ Amparo" con nota de Rivas Adolfo A; También ver Gozaíni Asvalos Alfredo, *op. cit.*, p. 422.

18. HERRERO, L., "El amparo del artículo 43 de la Constitución Nacional: ¿amparo nuevo o reciclado?", en *JA*, 3/12/97.

de sancionar la caducidad al amparista tardío”.¹⁹ Lo contrario implica convalidar la estabilidad de la impunidad y poner en jaque la vigencia de nuestro estado de derecho.

V. POSICIÓN ASUMIDA POR LA CSJN EN EL CASO MOSQUEDA

En apariencia la CSJN se enrola dentro de la “doctrina de la ilegalidad continuada”. Mediante la invocación textual de los fundamentos expresados por el Procurador General de la Nación en el precedente que origina la misma, concluye, el plazo de caducidad no se encuentra vencido en el presente caso. Sin embargo, basta comparar la situación de hecho del caso invocado con la del caso en cuestión para verificar que las problemáticas no son análogas. En el primero se producía una repetida lesión del derecho de propiedad (art. 17 CN) a través de una mensual disminución de haberes (consecuencia de una galopante inflación), mientras que en el presente la violación al derecho a la salud (arts. 33 y 42 CN, art. 5.1 Conv. Americana sobre Derechos Humanos, arts. 7 y 10.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) se genera a partir de un acto lesivo único y exclusivo (negativa de la obra social de continuar brindando prestación médica debida), quedando el agravio configurado desde la falta de cumplimiento de la obra social de la resolución del órgano administrativo superior que ordenaba su restablecimiento.

Acierta el Dr. Sagués en su nota al fallo²⁰ cuando advierte que la aplicación extensiva de la doctrina invocada a supuestos de violaciones originados por actos lesivos únicos, desvirtúa la función del plazo de caducidad de la acción de amparo hasta hacerlo desaparecer. Creemos, en gran medida, esa fue la intencionalidad del fallo. El hecho que exista una lesión “inescindiblemente actual y pasada” o con efectos de continuidad hacia el presente, como alega la CSJN para fundar su posición, implica simplemente reconocer la presencia del primer requisito constitucional de admisibilidad del amparo (actualidad o inminencia del agravio –art. 41 CN–). De no existir dicho carácter, cualquier pretensión de inmediata intervención jurisdiccional deviene absolutamente abstracta,²¹ siendo procedente el rechazo de la acción.

En realidad la CSJN, valiéndose de la “doctrina de la ilegalidad continuada” para sustentar jurídicamente su conclusión (exclusión del plazo de caducidad) y

19. Casco Javier Luis, *op. cit.*

20. SAGÜÉS, N. P., “El derecho a la vida y el plazo para interponer la acción de amparo”.

21. Sagués en su nota al fallo brinda algunos ejemplos sumamente ilustrativos: Interponer un amparo para evitar un derrumbe de un inmueble y que este se produzca; Peticionar la restitución de un cargo y que el peticionante fallezca; Solicitar restablecimiento de un tratamiento y que el mismo sea proporcionado.

aplicando principios de justicia social para evitar la consumación de un daño irreparable a un derecho fundamental (principal objeto de la acción de amparo), defiende una postura contraria a la vigencia del plazo de caducidad.

VI. CARÁCTER VINCULANTE DE LOS FALLOS PLENARIOS Y PRONUNCIAMIENTOS DE LA CSJN

El primer interrogante que surge a partir del caso Mosqueda es cómo resolverán los jueces en el futuro, la procedencia de los amparos interpuestos. Sabemos, por un lado, se encuentra vigente un fallo plenario de la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal que obliga a los jueces de primera y segunda instancia del mismo fuero a continuar aplicando el plazo de caducidad de la acción (art. 303 CPCCN) y por otro un pronunciamiento de CSJN que permite excluirlo.

Debemos aclarar, la disyuntiva sólo afecta a jueces del fuero Civil y Comercial Federal. Todos los demás pueden optar, fundadamente, entre seguir los lineamientos del plenario o aplicar el nuevo criterio sentado por CSJN. Sin embargo, aún para ellos, la situación se dificulta, pues si bien no existe norma constitucional o legal que regule el carácter vinculante de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Siendo -el Alto Tribunal- el intérprete final de la Constitución de las leyes [...] hace al buen orden institucional que sus precedentes sean seguidos por todos los tribunales. No basta con señalar que discrepa sino que hay que dar razones plausibles para ello, que no puede ser otras que argumentos que la CSJN no haya considerado...”²²

Sobre la fuerza vinculante de los acuerdos plenarios, la jurisprudencia y doctrina mayoritaria defienden, hoy día, la constitucionalidad de la norma procesal que regula su obligatoriedad, basándose en la necesidad de unificar criterios jurisprudenciales para evitar lesionar la garantía de igualdad de los litigantes ante la ley (art. 16 CN) y resguardar, en definitiva, la “Seguridad Jurídica” de las decisiones jurisdiccionales.²³ No obstante, atendibles críticas constitucionales, se han esgrimido por parte de otro sector, fundamentalmente con relación a la violación del principio republicano de división de poderes.²⁴ Se ha sostenido que la jurisprudencia plenaria:

22. IRBARLUCÍA, E. A., “Sobre el seguimiento de los fallos de la Corte Suprema de la Nación”, en *El Derecho*, 17/02/06.

23. Ver FINOCHIETTO, C. E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado y Concordado con los Códigos Provinciales*, Buenos Aires, Astrea, 2001, t. II, p. 166 y ss.

24. Para Soler, en cambio, la disposición procesal se encuentra en directa contradicción con el orden de prelación normativo fijado por nuestra CN (art. 31 CN), en tanto obliga a los jueces a aplicar la doctrina plenaria a pesar de plantearse su inconstitucionalidad. Encontramos la crítica desacertada, si eventualmente el juez verifica que el fallo plenario violenta el orden constitucional podrá decretar su inconstitucionalidad (FINOCHIETTO, C. E., *op. cit.*).

(a) Genera una ilegítima delegación de funciones legislativas al Órgano Judicial, permitiéndole crear normas jurídicas dirigidas a particulares (últimos destinatarios de la interpretación plenaria) pero sin cumplir con los requisitos legislativos mínimos exigidos para hacer funcional el principio de “ficción legal”²⁵ (su publicidad –art. 2 Cod. Civ.–); (b) Vulnera el principal atributo de los jueces, su independencia (en este caso interna).²⁶ Suele rebatirse que los fallos plenarios no legislan sino que interpretan en forma uniforme una norma vigente,²⁷ ni lesionan la independencia interna del Poder Judicial, por cuanto los jueces pueden dejar a salvo su opinión disidente (Art. 303 CPPN).²⁸

No es objeto del artículo tomar partido en el debate sino, pretende, solamente, delimitar el marco de la problemática. Resulta innegable que los jueces de Cámara a través de la jurisprudencia plenaria, en mayor o menor medida, ejercen funciones legislativas (dado el carácter obligatorio de los pronunciamientos, fuerza que ni siquiera ostentan las sentencias de CSJN) y afectan la independencia interna de los jueces del fuero. Tampoco es menos cierto que la divergencia de criterios jurídicos entre las salas de un mismo Tribunal de Alzada, puede conllevar una manifiesta violación a la garantía de igualdad, al sujetar la suerte del particular en el pleito al sorteo de asignación de sala.

En conclusión, se verifica en la controversia al igual que en el amparo, el enfrentamiento entre de dos polos argumentativos válidos (protección de la garantía de igualdad y seguridad jurídica de las resoluciones judiciales versus independencia interna del Poder Judicial y riguroso resguardo de la separación de poderes). Ambas fuentes de justificación, a nuestro criterio ambas razonables, no pueden ser aplicadas conjuntamente sino que son excluyentes, la elección de una indefectiblemente implica la afectación de la otra.

25. SARTORIO, J. C. “La obligatoriedad de los fallos plenarios. Su inconstitucionalidad”, en *LL*, 96-799; ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar, t. I, p. 127.

26. Afirma Bruzzone “... afortunadamente los valores republicanos y democráticos se manifiestan en el espíritu rebelde de cada juez como dueño soberano y en plenitud de la jurisdicción, que en cada acto debe ejercerla sin restricciones o condicionamientos externos o internos. La obligatoriedad de la jurisprudencia plenaria es una manifestación, al interno del Poder Judicial, de ese condicionamiento a la independencia del juez necesaria para cumplir su trabajo” (“Ecos del plenario “Kosuta”. La inconstitucionalidad de la obligatoriedad de la jurisprudencia plenaria: un problema de independencia interna del Poder Judicial”, en *LL*, 2000-B, 582).

27. Ver CNCiv., Sala A, 31/03/93, JA , 1993-III-176; CNCiv., Sala A, 21/05/97, *LL*, 1998-B, 886.

28. Sobre este punto se expresa irónicamente Sartori en el artículo citado: “Diré que si uno no tuviera la obligación de creer que los legisladores son gente seria y solemne –por lo menos cuando sancionan leyes– podría pensarse que en el caso quisieron hacer humorismo con los jueces, concediéndoles el consuelo, después del sometimiento, de salvar su conciencia ante Dios ya que no ante los hombres [...] le crea una situación absurda y ridícula, y humillante para su dignidad de magistrado”.

Dejando de lado la controversia constitucional sobre la fuerza vinculante de la jurisprudencia plenaria, creemos, a partir de este nuevo precedente de nuestro más Alto Tribunal, se abre un abanico de posibilidades. Existiendo una tácita declaración de inconstitucionalidad del citado plenario,²⁹ los jueces de Cámara del fuero Civil y Comercial Federal deberán, en un futuro, auto convocar una nueva sesión en pleno para rectificar o ratificar su postura. Por otra parte, los futuros litigantes les cabe la posibilidad de plantear la inconstitucionalidad del plenario, atento la evidente contradicción de su contenido (aplicación obligatoria e universal del plazo de caducidad) con los preceptos constitucionales del amparo (decisión de oportuna jurisdicción). También puede barajarse la oportunidad de interponer un recurso de inaplicabilidad de la ley para convocar a nueva sesión plenaria, aunque probablemente el mismo sea rechazado, siendo que la divergencia y contradicción de criterios se presenta entre la CSJN y la Cámara Civil y Comercial Federal y no entre las distintas salas que la componen como exige la normativa para declarar admisible el recurso (art. 288 CPCCN).³⁰

VII. PANORAMA

A través del fallo “Mosqueda” la CSJN ha dado el primer gran paso hacia la exclusión y eventual declaración de inconstitucionalidad del plazo de caducidad de la acción de amparo. Compartimos con el Dr. Sagués que habrá que esperar nuevos pronunciamientos del Tribunal para saber si nos encontramos ante una nueva línea jurisprudencial, y de ser así, su alcance (aplicación común a todos los amparos o sólo aquellos que involucren el derecho a la vida y la salud) o ante un mero supuesto de excepcionalidad del término, consecuencia de las circunstancias particulares del caso. Por lo pronto, recientemente, el Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,³¹ declaró inconstitucional el plazo de caducidad de la acción de amparo de la Ciudad (45 días desde que se produce la lesión —art. 4 de la Ley 2145 de la Ciudad de Buenos Aires—) con base en los argumentos desarrollados (afectación a la operatividad y finalidad de la garantía), en un caso donde nuevamente estaba en juego el derecho a la vida y salud. Esperemos, nuestros jueces, avancen

29. “La doctrina establecida en el referido fallo plenario (Capizzano de Galdi Concepción c/ I.O.S. s/ Amparo) es obligatoria, más allá de la opinión personal de quienes no intervinieron en este fallo, para todos los magistrados de este fuero. Empero, La Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sin efecto la sentencia de Sala 2 que aplicó la mencionada doctrina legal al caso concreto”.

30. COLOMBO, C. y KIPER, C., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Anotado y Comentado*, Buenos Aires, LL, 2006, t. III, p. 237.

31. Ver “G. D., A. c. Ciudad de Buenos Aires”, TS Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 27/12/07, LL, 6/03/08, pp. 6-7 con nota de MIDÓN, M. R., “¿Está llegando a su fin la caducidad del amparo?”.

y profundicen el camino de esta nueva tendencia pero con miras hacia la rápida y efectiva protección de todos nuestros derechos constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA

- BIANCHI, Alberto B., "El derecho constitucional en la jurisprudencia de la Corte Suprema entre 2003 y 2007", en *LL*, 18 de febrero de 2008.
- BRUZZONE, Gustavo, "Ecos del plenario "Kosuta". La inconstitucionalidad de la obligatoriedad de la jurisprudencia plenaria: un problema de independencia interna del Poder Judicial", en *LL*, 2000-B, 582.
- COLOMBO, Carlos y KIPER, Claudio, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Anotado y Comentado*, Buenos Aires, LL, 2006.
- FINOCHIETTO, Carlos Eduardo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado y Concordado con los Códigos Provinciales*, Buenos Aires, Astrea, 2001, t. II, p. 166 y ss.
- FIORINI, Bartolomé A., "Acción de amparo", en *LL*, 124-1367.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Constitución, Emergencia y Amparo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional: El Amparo*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002.
- HERRERO, Luis, "El amparo del artículo 43 de la Constitución Nacional: ¿amparo nuevo o reciclado?", en *JA*, 3/12/97.
- IRBARLUCÍA, Emilio A., "Sobre el seguimiento de los fallos de la Corte Suprema de la Nación", en *El Derecho*, 17/02/06.
- MIDÓN, Mario R., "¿Está llegando a su fin la caducidad del amparo?", en *LL*, 6/03/08.
- SPOTA, Alberto Antonio, "Ensayo sobre la doble naturaleza jurídica del amparo constitucional", en *Revista de Derecho Procesal*, n° 4, 2000.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*, Buenos Aires, Astrea, 1991.
- "El derecho a la vida y el plazo para interponer la acción de amparo".
- "El plazo de caducidad de la acción de amparo ante la reforma constitucional", en *JA* 2000-II.
- SARTORIO, José C. "La obligatoriedad de los fallos plenarios. Su inconstitucionalidad", en *LL*, 96-799.
- ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar, t. I.