

## **EL PROCESO CIVIL**

# **UN CAMBIO EN LA INGENIERIA QUE HACE OPERATIVA LA TUTELA ANTICIPADA: LA INMEDIATA CUANTIFICACION DEL DAÑO A LA PERSONA**

“Las penas, con pan, son menos”

Por Amalia Fernández Balbis.

I-Introducción. II. La tutela anticipada. III. La necesaria determinación del daño a la persona. IV. Propuesta de implementación. V. Conclusión.

### **I.- Introducción:**

El proceso civil ha exhibido durante años, en el auto que despacha las medidas probatorias ofrecidas por las partes, un orden dispositivo que comienza, generalmente, por la producción de las pruebas confesional y testimonial mientras se va concretando la informativa con el confragote de los oficios, dejándose para el final a las pericias (médica, psicológica, mecánica, etc.).

Es posible que esa “ingeniería” haya surgido de la necesidad de ordenar la agenda de audiencias del magistrado y sus colaboradores en la tarea, o bien, de la secuencia que –de un modo u otro- siguen los distintos Códigos de Procedimientos al tratar las pruebas (la que también han adoptado los abogados en su ofrecimiento), o, simplemente, de la práctica. Lo cierto es que “siempre se hizo así”, según frase característica del agente judicial, que, dicho sea de paso, no siempre es vista con buenos ojos ni conduce a los resultados esperados.

En las líneas siguientes, apuntaré a proponer un cambio de esa ingeniería, una alteración del orden en esa producción de prueba que

facilitaría el despacho de *tutelas anticipadas*, al permitir una inmediata cuantificación del daño generado y evitaría, por medio de ellas, su agravamiento o definitiva irreparabilidad.

## II.- La tutela anticipada

Esta figura puede definirse como aquel anticipo jurisdiccional que resulta tal por ser emitido antes de la sentencia definitiva que recaiga sobre el objeto sustancial de las pretensiones esgrimidas por las partes en el proceso y presupone la necesidad de satisfacer la pretensión del peticionario de manera urgente, total o parcialmente.

Se ha tomado como premisas para ella: a) la existencia de verosimilitud del derecho en un grado mayor que en las medidas cautelares ordinarias, b) una urgencia impostergable tal que si la medida anticipatoria no se adoptare en ese momento, la suerte de los derechos se frustraría, c) se efectivice contracautela suficiente, d) la anticipación no produzca efectos irreparables en la sentencia definitiva, e) que la decisión no configurará prejuzgamiento (1).

Esta tutela o sentencia anticipada es una de las vías más aptas para hacer realidad un proceso urgente (2), uno que venga a servir a especiales necesidades de los justiciables que a veces no pueden, ni deben, soportar los “tiempos normales del proceso”.

Si bien en un primer momento la tutela anticipada exigía la existencia de “*periculum in mora*”, propio de la medida cautelar, tratándose de una innovativa adviene el “*periculum in damni*”, que implica algo distinto porque involucra una mirada para comprobar si existe alguna situación colateral a la relación litigiosa que viene a aquejar al actor a punto tal que se encuentre justificado otorgar *incontinenti* algo o parte de la pretensión de mérito, porque en caso contrario el proceso respectivo no será efectivo (3).

A pesar de que esta distinción ha sido considerada innecesaria por algunos autores, que sostienen que media entre ellas una identidad conceptual, en una relación de género (peligro de un daño por la demora) y especie (peligro de un daño *irreparable* por la demora) (4), lo cierto es que, puntualmente en lo concerniente al daño a la persona que aquí me ocupa, cabe nos enfoquemos en *ese daño* y en su agravamiento como elemento esencial para que opere la medida.

Es oportuno señalar al respecto, que el sistema de responsabilidad civil ha evolucionado desde un Derecho de daños que giraba en torno a la deuda de responsabilidad, hacia otro que lo hace alrededor del crédito indemnizatorio. Se ha producido un cambio de protagonista, de modo que el “primer actor” ya no es “el que causa daño a otro”, ni tampoco “los que incurrieran en dolo, negligencia o morosidad”, sino precisamente ese “otro” que es víctima de un daño extracontractual o contractual, de manera que importa poco por quién o por qué motivo se va a afrontar la indemnización de ese daño, con tal de que dicha reparación se produzca. El protagonista ahora es la víctima, por lo que cabe hablar de un principio general del Derecho relativamente nuevo, que podría formularse como el *favor victimae* o principio *pro damnato*(5).

### III- La determinación del daño

Ahora bien, para hacer efectiva esa tutela anticipada será necesaria la prueba de la existencia de un daño o lesión, la relación de causalidad entre éste y el hecho generador que se le atribuye al demandado (6) y un factor de atribución de responsabilidad. Asimismo, y ya en el punto, lo será su cuantificación, es decir, la valoración o evaluación económica de los daños y perjuicios, o dicho de otro modo, cómo establecer de manera justa y equitativa esa necesaria conexión entre interés lesionado y *quantum* indemnizatorio, pues la indemnización, por definición, exige reconducir y

traducir a un *quantum* los daños sufridos, bajo la luz del siempre deseable principio de reparación integral del daño (7). De ser factible, será también necesaria la determinación de su agravamiento, en el supuesto en que no se concrete una reparación inmediata.

En el proceso civil, la evaluación y determinación del *quantum*, se apoya en la prueba pericial, ya fuere médica, psicológica o cualquier otra, que será la que establezca un porcentual de la incapacidad, la necesidad o sugerencia de llevar a cabo un tratamiento que permita revertir o, al menos, atemperar el cuadro que presenta la víctima. Este porcentual que surja del dictamen del experto, a su vez, facilitará la estimación de un monto al que ascendería la indemnización en una futura condena. “Números al canto”, las partes estarían en condiciones de saber a *cuánto* asciende el daño generado.

#### IV. Propuesta de implementación

¿Qué podría hacerse, entonces, para facilitar una tutela anticipada y, con ello, una pronta reparación o atenuación del daño?

Basado en el principio “*pro damnato*”, el de reparación integral del daño y, movilizado también por el de economía procesal que justifica esa reingeniería procesal (8), tienen a su alcance las partes y el magistrado (éste último, en uso de las facultades de dirección del proceso), la posibilidad de que, una vez firme el auto de apertura a prueba o bien en audiencia previa o preliminar (para los Códigos Procesales que, como la Ley de Enjuiciamiento español, la contemplan), disponer la inmediata producción de la prueba pericial que brindará los elementos necesarios para efectivizar una tutela anticipada, la que se traducirá, a modo de ejemplo, en una cirugía reparadora a la brevedad, un tratamiento psicológico que permita afrontar el cuadro de stress postraumático junto al terapeuta para facilitar el duelo, acortar el tiempo del padecimiento, disminuir una conducta desadaptativa o

impedir la instalación definitiva de una dolencia, o bien, en la concreción de cualquier otro tipo de terapia paliativa.

El juez, a los puntos de pericia propuestos por las partes en sus escritos, podrá agregar que indiquen los peritos si existe un tratamiento inmediato que permita atemperar o revertir el daño generado. Claro está, deberá el magistrado, para ello, saber formular las preguntas adecuadas, lo que requiere un conocimiento de los métodos científicos que se pretenden emplear y del tipo de resultado que éstos pueden producir, a los efectos de formular una prognosis razonable sobre la relevancia que la prueba científica podrá tener para la decisión (9).

Algunos ordenamientos, como el reciente Código de Procedimientos de la Provincia de Corrientes, en la República Argentina, en su artículo 326 bis, ha dado en denominar esta medida “*pericial prevalente*”, la que consiste en una prueba pericial anticipada luego de la cual, previo encontrarse resueltas las observaciones e impugnaciones practicadas por las partes, el tribunal convoca a una audiencia de conciliación a la que concurren las partes personalmente, sus letrados, el perito y consultores técnicos de parte y en la que se procura que se avengan a un acuerdo resolutorio, homologándose por el tribunal lo convenido por las partes en el supuesto de arribarse a un acuerdo (10). El mismo procedimiento podría ser, a mi criterio, un conducto hábil para el dictado de una tutela anticipada.

#### V. Conclusión:

Como bien enseñaba el general chino Sun Tzu, (11), cinco siglos antes de Cristo en sus ensayos sobre el arte de la guerra: “una vez comenzada la batalla, aunque estés ganando, de continuar por mucho tiempo, desanimará a tus tropas y embotará tu espada”.

El sabio consejo mantiene su vigencia. Lo saben quienes vivencian el desgaste de pretender la reparación de un daño personal en el marco de un

proceso judicial que, muchas veces, se prolonga innecesariamente más allá de un tiempo razonable.

La inmediata producción de la prueba pericial que determine la existencia del daño y su cuantificación e indique la posibilidad de un tratamiento, terapia o intervención quirúrgica con la que se pueda repararlo, atemperar las consecuencias dañosas o, al menos, impedir que se extiendan *sine die*, abrirá paso a una tutela anticipada que hoy se presenta como una valiosa carta en la mano de quien quiera disponer de ella.

.....

#### BIBLIOGRAFIA:

- (1) Rojas, Jorge, “La tutela anticipada en el proceso de daños” en “Sentencia anticipada”, obra conjunta del Ateneo de Estudios del Proceso Civil, ed. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2010, pág. 623 y stes
- (2) Peyrano, Jorge W, “Los nuevos ejes de la reforma procesal civil”, en “Sentencia anticipada”, Santa Fe 2000, Editorial Rubinzal-Culzoni, pág. 16
- (3) Peyrano, J.W, “La palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa”, en Rev. de Dcho. Procesal “, 2000, n° 5, pág. 307
- (4) Grillo Ciochini, Pablo A., “El anticipo de la tutela judicial”, en Jurisprudencia Argentina (J.A.) 2003-IV, pág. 547
- (5) Llamas Pombo, Eugenio, “Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones”, Ed. La Ley, Madrid, Junio 2010, pág. 44/45.
- (6) Díez-Picazo-Gullón, Sistema de Derecho Civil, volumen II ed. Tecnos, Madrid, pág. 548/550
- (7) Vicente Domingo, E., “El daño”, en Tratado de responsabilidad civil, dir. Reglero Campos, F., 2° ed Aranzadi, 2003, pág. 280.
- (8) Fernández Balbis, Amalia, “Reglas operativas derivadas del principio de economía procesal”, en “Principios Procesales”, obra conjunta del Ateneo

de Estudios del Proceso Civil”, Rubinzal-Culzoni, año 2011, tomo I, pág. 425.

(9) Taruffo, Michele, “La prueba”, Ed.Marcial Pons, Madrid, 2008, pág.292/293.

(10) Peyrano “Anotaciones sobre la gestión conciliatoria. Estímulos y predisponentes. La llamada pericial prevalente”, en Rev.Dcho Procesal, “Sistemas alternativos de solución de conflictos”, Rubinzal-Culzoni, 2010-2, pág.97.

(11) “Sun Tzu, “El arte de la guerra”, ed.Beeme, 2008, pág.15.