ISSN 2250-7582

Derecho Privado

AÑO II NÚMERO 7

El proceso civil en tiempos de cambio

Directores: Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

AÑO II - NÚMERO 7

Derecho Privado

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN
Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS
Dr. Julio Alak

SECRETARÍA DE JUSTICIA
Dr. Julián Álvarez

SUBSECRETARÍA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL
Dr. Franco Picardi

DIRECCIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA
Dra. María Paula Pontoriero

Infojus

ISSN 2250-7582
Revista Derecho Privado
Año II - N° 7 - Noviembre 2013
Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329, C.P. 1041AFF, C.A.B.A.
Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.
Directora: María Paula Pontoriero
Directores Editoriales: Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso
Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

La revista Derecho Privado y sus contenidos son propiedad del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
La legislación, la jurisprudencia y los artículos de doctrina que integran esta publicación se encuentran disponibles en forma libre y gratuita en: www.infojus.gov.ar

El contenido de esta publicación expresa solo la opinión de sus autores, y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación ni la de sus directores.

Todos los derechos reservados. Prohibida su venta. Distribución gratuita. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Infojus

Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso

Directores

Cecilia Kandus - María Eugenia Rodríguez Pería
Luis R. J. Sáenz

Secretarios de Redacción

Infojus

Consejo Académico

Eduardo Barbier

Alberto Bueres

Carlos Clerc

Javier Cosentino

Pablo Heredia

Carlos Hernández

Marisa Herrera

Claudio Iglesias Darriba

Héctor Iribarne

Aída Kemelmajer de Carlucci

Jorge Kielmanovich

Ángela Ester Ledesma

Luis F. P. Leiva Fernández

Gonzalo Nazar de la Vega

María Paula Pontoriero

Julio César Rivera

Claudia Sbdar

Rubén Stiglitz

Eduardo Zannoni

Infojus

Editorial

Una de las divisiones a las que nos tiene acostumbrado el mundo jurídico es la que distingue entre normas de fondo y normas procesales. En nuestro país, tal distinción no es solo académica, sino política, pues mientras que es atribución constitucional del Congreso Nacional dictar los códigos de fondo —Civil, Comercial, Penal, de Minería y del Trabajo y Seguridad Social (art. 75, inc. 12 CN)— la legislación en materia procesal constituye una cuestión no delegada por las provincias en el gobierno federal (art. 121 y ccdtes. CN); de ahí que su regulación sea plural y que varíe de un estado a otro de los que componen el sistema federal argentino.

Si bien las normas de los códigos de fondo posibilitan a diario el desarrollo de la vida de los habitantes de nuestro país, cuando se presentan conflictos cobra relevancia lo procesal, materia que atañe en forma inmediata a derechos constitucionales vinculados con el debido proceso (acceso, tutela judicial efectiva, etc.), pero cuya razón de ser no se encuentra en el proceso mismo sino en su eficacia para la defensa de los derechos afectados.

Es por ello que, tras dedicar los últimos números de esta revista a la evaluación del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, consideramos necesario dirigir la mirada a las cuestiones vinculadas con la problemática del derecho procesal civil frente a los desafíos que presenta la protección de los derechos, principios y valores contenidos en nuestro bloque de constitucionalidad federal.

La reforma constitucional de 1994 ha resignificado muchas de las categorías con las que habitualmente opera el derecho privado, en el que se ha desarrollado un proceso de constitucionalización que determina que hoy se hagan difusos —por momentos— los límites entre lo público y lo privado en cuestiones jurídicas atinentes a materias como la salud, la educación o el acceso a la vivienda, entre otras.

El derecho procesal proporciona al derecho privado una red de contención indispensable, pues sin la seguridad jurídica que conlleva un proceso eficiente, aumenta la aversión al riesgo de las personas, lo que afecta la riqueza de la dinámica negocial particular, y se traduce en la afectación de proyectos personales, sociales y económicos con mengua de las posibilidades de desarrollo de nuestra sociedad.

Un sistema judicial eficiente es por ello, entre otros factores, piedra de toque de una sociedad más robusta. La tutela judicial efectiva, reconocida en los tratados internacionales, debe traducirse en el proceso civil en la adopción de medidas de acción positiva destinadas a garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos en un tiempo razonable, tal como lo estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos "Fornerón vs. Argentina", del 27 de abril de 2012, y "Furlan vs. Argentina", del 31 de agosto de 2012. Y a los integrantes de la comunidad jurídica nos corresponde dar los debates necesarios para la adopción de las decisiones necesarias para cambiar la actual realidad, que dista de ser la deseable, aun cuando nos encaminamos a ella.

La justicia debe dar una adecuada, temprana y eficaz respuesta a la tutela de los derechos sociales en general, y en especial a los consagrados en las convenciones internacionales; mientras que los jueces que deben decidir en cuestiones de derecho privado enfrentan situaciones complejas, que les exigen conciliar intereses particulares de naturaleza patrimonial con otros, derivados de los derechos económicos, sociales y culturales incorporados a nuestro sistema constitucional. El proceso civil debe experimentar una transformación hacia procedimientos más ágiles y dinámicos, destinados a asegurar la efectividad de los derechos fundamentales, con una mayor participación del juez, la acentuación de los deberes de colaboración de las partes, la flexibilización de ciertos principios procesales, el fomento de la autocomposición de los conflictos, el desarrollo de los procesos urgentes y la oralización de los procedimientos, con concentración de actos procesales.

Esta realidad, en la que las cuestiones procesales en materia civil están en el límite entre lo público y lo privado —al igual que gran parte del derecho privado actual—, requiere de un debate profundo a fin de generar reglas que sean idóneas para operar sobre aquélla.

El contenido de este número, en el que contamos con colaboraciones de distinguidos autores cuyo esfuerzo valoramos y agradecemos, intenta hacer un aporte a este debate. Como siempre, esperamos que sea de utilidad para quienes estudian e investigan, para quienes piensan a diario el derecho en el ejercicio profesional y para los estudiantes de hoy, depositarios de nuestros mejores anhelos de un mañana mejor.

Los directores

Índice General

Doctrina p. I

Instituciones que necesariamente debe contemplar una reforma procesal
por Roland Arazi ..... p. 3

Aspectos generales del Proyecto de Código Procesal Civil Brasileño
por Teresa Arruda Alvim Wambier ..... p. 19

Algunas propuestas para la transformación del proceso civil
por Roberto O. Berizonce ..... p. 25

Oralización del Proceso Civil
por Gabriela A. Iturbide ..... p. 47

La oralidad del proceso civil como instrumento de cambio
por Ángela E. Ledesma ..... p. 85

La Evolución de la Técnica Anticipatoria y de la Tutela Preventiva en Brasil
por Luiz Guilherme Marinoni ..... p. 101

El compromiso con las reformas procesales civiles
en América Latina: un desafío democrático
por Santiago Pereira Campos ..... p. 119

Breve mirada a la reforma al proceso civil con tendencia oral.
Perspectiva del caso colombiano
por Diana Maria Ramírez Carvajal ..... p. 131

Proyecto para legislar los procesos colectivos
por José María Salgado ..... p. 153

Jurisdicción, proceso y tutela de los vulnerables
por Víctor Trionfetti ..... p. 173

¿Cuáles son las reformas que necesita el proceso civil?
por Alejandro C. Verdaguer ..... p. 187

Entrevistas p. 195

Entrevista a Mabel A. De los Santos
(Jueza de la Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones
en lo Civil de la Capital Federal, y Presidenta de la Comisión
de Oralidad Filmada de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil) ..... p. 196

Entrevista a Eduardo Oteiza
(Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal
y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal) ..... p. 200

Entrevista a Luis María Simón
(Ministro del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Quinto Turno) ..... p. 205

Otros debates p. 211

Tasas de interés: ¿una debida reparación resarcitoria o una salida
abstraída de la realidad económica? Soluciones propiciadas
en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial
por María Gabriela Dall'Asta ..... p. 213

Fuentes citadas p. 239

Índice Temático p. 249

Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: www.infojus.gov.ar

Doctrina

Infojus

Instituciones que necesariamente debe contemplar una reforma procesal

por **ROLAND ARAZI**[1]

I | Introducción

Los múltiples inconvenientes que padecen quienes deben recurrir al proceso judicial para solucionar un conflicto y que, en ocasiones, adquieren características de verdadero drama, no se solucionan sólo con una reforma a los códigos procesales. El tema merece un análisis profundo sobre las causas de la insoportable demora judicial, relacionada con la insuficiencia de jueces y tribunales, la falta de inmediación, los engorrosos y burocráticos trámites judiciales, la ausencia de medios informáticos, etc.

En mi opinión, corresponde modificar sustancialmente la estructura de los juzgados y, de una vez, incorporar definitivamente en los procesos los avances técnicos, disminuyendo radicalmente el uso del papel; las audiencias deberán ser filmadas. El expediente digital debe ser una realidad; las experiencias paulatinas sobre las notificaciones por medios electrónicos, lo mismo que la subasta electrónica prevista en los artículos 562 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, pero aún no implementada, deben reemplazar definitivamente los trámites actuales.

(1) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UBA); Profesor titular consulto en la Facultad de Derecho (UBA). Autor y coautor de treinta y dos libros publicados en el país y en el extranjero y de más de doscientos artículos en revistas especializadas.

En el año 1973, Carlo Carli (pseudónimo utilizado por ese gran procesalista que fue Clemente A. Díaz) decía que la organización judicial debía ser completamente transformada: la estructura piramidal de los despachos judiciales debe transformarse en cilíndrica: un juez y sus empleados inmediatizados por la desaparición de intermediarios entre las funciones decisorias y las puramente materiales. El colosal monumento administrativo actual, que una tradición respetuosa conserva en sus moldes originarios del derecho romano canónico no condice con la angustia del momento histórico que atraviesa la humanidad.(2) Esto fue dicho hace más de 40 años, y todavía las cosas siguen igual o peor que entonces.

No obstante, en este trabajo me limitaré a señalar algunas de las instituciones que necesariamente deben incluirse en una reforma o reemplazo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CPCCN); muchas de ellas contempladas en los códigos provinciales.

2 | Proceso de estructura monitoria(3)

2.1 | Antecedentes

A pesar de que se trata de un proceso aún no legislado en muchas naciones americanas, el monitorio o de inyucción, contemplado en la mayoría de los países de Europa Central, no es una institución nueva. Su origen se remonta al siglo XIII mediante el *proeceptum o mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*, base del actual proceso monitorio europeo.(4)

(2) Carli, Carlo, *La Demanda Civil*, Buenos Aires, Ed. Lex, 1973, p. 342.

(3) Calamandrei, Piero, *El procedimiento monitorio*, trad. de S. Sentís Melendo, Bs. As., Ed. Bibliográfica Argentina, 1946; Correa Delcasso, Juan P., *El proceso monitorio*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1998; Falcón, Enrique M., *Procesos de ejecución*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 1998, T. I, vol. A; Greif, Jaime, *Temas de Derecho Procesal Civil*, Montevideo, Cauce Editorial, 2000; Martinez, Oscar J., "Procesos de estructura monitoria", en *XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Universidad Nacional de La Plata, 1994; Morello, Augusto M., *El proceso civil moderno*, La Plata, Librería Editorial Platense, 2001; Ríos, Gustavo A., "La injucción santafesina", en *J. S., Revista de Doctrina y Jurisprudencia de la Provincia de Santa Fe*, nº 3, p. 27; Véscovi, Enrique, "La reforma del proceso ejecutivo para Iberoamérica: la adopción del procedimiento de estructura monitoria", en *Libro Homenaje a Jaime Guasp*, Granada, Ed. Comares, 1984.

(4) Correa Delcasso, Juan P., *op. cit.*, p. 13.

Expresamente legislado en Italia en el Código de Procedimiento Civil de 1940, que reconoce como antecedente inmediato la ley de 1922, fue comentado por Piero Calamandrei en su obra *El procedimiento monitorio* citada; actualmente, se encuentra legislado en el Código vigente en ese país. En Francia a partir del año 1937, se prevé este proceso; en Alemania tiene una antigua tradición y se encuentra regulado desde el siglo XIX.

La Ley de Enjuiciamiento Civil Española (1/2000) tiene un capítulo dedicado al proceso monitorio (arts. 812 a 818), aun cuando limitado por el monto y sólo para deudas dinerarias documentadas.

En Brasil, la ley 9709/95 agregó los artículos 1102a, 1102b y 1002c al Código del Proceso Civil, referidos a la acción monitoria a favor de quien pretende, con base en prueba escrita sin eficacia de título ejecutivo, el pago de una suma de dinero, entrega de cosa fungible o de determinado bien mueble.

El Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay se ocupa de los procesos de estructura monitoria en los artículos 351 y 352, 354 y 363 a 370; y en Argentina, los últimos códigos procesales, como el de las Provincias de La Pampa, sancionado en el año 1998; Río Negro, en vigencia a partir del 2007 y San Juan (ley 8037 del año 2009) también legislan esos procesos, y lo mismo sucede con el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (años 1993 y 1994).

2.2 | Concepto

Se trata de un proceso rápido que persigue la creación de un título ejecutorio en asuntos en que el legislador considera que es muy probable que el demandado no opondrá ninguna defensa a la pretensión del actor. Presentada la demanda en los casos y con los requisitos determinados por la ley, el juez pronunciará sentencia monitoria, la que se notificará al demandado; si éste no se opone dentro de un plazo perentorio, se pasa directamente a la etapa de ejecución.

Se advierte la utilidad del trámite en los supuestos de incomparecencia del demandado pues se evita la declaración de rebeldía y su notificación en los procesos de conocimiento, además de la incertidumbre del actor respecto de las consecuencias de la rebeldía. En los procesos de

ejecución, se prescinde de la citación para oponer excepciones, como trámite previo a la sentencia.

2.3 | Clases

Se distinguen dos clases de procesos monitorios, a saber: el denominado "puro" y el documental.

En el proceso monitorio "puro", el juez pronuncia la condena con base en la afirmación unilateral del actor; la sentencia se encuentra condicionada a la falta de oposición del demandado; en caso de oposición, se procede como si ella no se hubiera dictado. La oposición "no se dirige a decidir si la orden de pago debe ser revocada o mantenida, sino a decidir *ex novo* sobre la originaria acción de condena, como si la orden de pago no hubiera sido nunca emitida".(5) Se trata de invertir la carga de la iniciativa del contradictorio: no es el actor sino el demandado quien, con su actitud, abre paso al juicio contradictorio.

El proceso monitorio documental presupone que los hechos constitutivos invocados por el actor, para justificar su pretensión, se encuentran acreditados mediante documentos que reúnen los requisitos que determina el legislador. En este supuesto, en caso de oposición, el juez, valorando los fundamentos de hecho y de derecho expuestos por el demandado, decide si ellos justifican la revocación del mandato o si éste debe ser mantenido.

2.4 | Legislación

En cada país el proceso monitorio debe adaptarse a las modalidades propias y a su tradición jurídica; los matices pueden variar y también la conveniencia de adoptar el proceso monitorio puro o solamente el documental.

Con el propósito de ejemplificar la aplicación de este proceso, veremos cómo está legislado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Río Negro (arts. 487 a 494). Según ese Código, tramitarán como procesos de estructura monitoria las controversias que versen sobre:

1. obligación exigible de dar cantidades de cosas o valores inmobiliarios o de dar cosas muebles ciertas y determinadas;

(5) Calamandrei, Piero, *op. cit.*, p. 33.

2. desalojo de inmuebles urbanos o rurales por vencimiento del plazo contractual;

3. desalojo de inmuebles urbanos o rurales por falta de pago, siempre que se hubiere justificado por medio fehaciente la interpelación al locatario que establecen las leyes vigentes;

4. división de condominio;

5. restitución de cosa mueble dada en comodato;

6. los procesos de ejecución, de conformidad con la normas que regulan esos procesos.

Para acceder al proceso monitorio, salvo en el caso de los procesos de ejecución, el actor deberá presentar instrumento público o instrumento privado reconocido judicialmente o cuya firma estuviere certificada por escribano público, de cuyo contenido surja el derecho en que se funda la acción.

Solicitada la apertura del procedimiento monitorio, el juez examinará cuidadosamente si el título cumple con los recaudos legales; en caso afirmativo, dictará sentencia monitoria, conforme la pretensión deducida, la que se notificará al demandado en su domicilio real mediante cédula o acta notarial, con copia de la demanda y de la documentación acompañada. En caso de ignorarse el actual domicilio del destinatario de la notificación, ésta se practicará por edictos que se publicarán por una vez en el Boletín Oficial y en el diario de mayor circulación.

Dentro del plazo de diez días de notificado, el demandado podrá deducir oposición, dando los argumentos de hecho y de derecho en que se funda, debiendo ofrecer la totalidad de la prueba de la que intenta valerse. Al oponente le incumbe la carga de la prueba.

Debe rechazarse "*in límine*" la oposición que no se encuentre debidamente fundada o cuando el oponente no ofrezca prueba tendiente a desacreditar la eficacia probatoria del documento que fue base de la sentencia monitoria.

Si se considera admisible la oposición, se correrá traslado al actor, quien podrá ofrecer los medios de prueba que pretenda deducir.

En defecto de oposición o desestimada ésta por decisión firme, se ejecutará la sentencia monitoria, según las normas previstas para la ejecución de sentencias.

En el juicio ejecutivo, presentado el título respectivo, podrá dictarse sentencia monitoria, mandando llevar adelante la ejecución por la cantidad reclamada, con más la que se estime provisoriamente para responder a intereses y costas; la sentencia se notificará al deudor quien dentro del quinto día podrá oponer excepciones. Se eliminó la intimación de pago.

El proceso de estructura monitoria logró abreviar, de manera significativa, la duración de los procesos que pueden tramitar por esa vía. Aun los más escépticos ven ahora un instrumento eficaz, sobre todo para los juicios de desalojo por falta de pago y vencimiento de contrato.

3 | Tutela anticipada y medida cautelar innovativa

Debe preverse la posibilidad de que el juez pueda anticipar, por razones de urgencia o de evidencia, el contenido de la sentencia. Ello puede lograrse legislando expresamente la medida cautelar innovativa o bien como una institución autónoma.

El CPCCN prevé el anticipo de la pretensión en los artículos 680 *bis* y 684 *bis* que autorizan la entrega inmediata del inmueble, luego de trabada la *litis*, en casos de juicios de desalojo contra intrusos o cuando la causal sea falta de pago o vencimiento del contrato. En el juicio de alimentos, "el juez, según el mérito que arrojaren los hechos, podrá decretar la prestación de alimentos provisorios para el actor, y también las expensas del pleito, si se justificare absoluta falta de medios para conseguirlo" (art. 375 Código Civil).

No constituye una característica esencial de las medidas cautelares que éstas se orden *inaudita pars*. En todos los casos, el juez deberá valorar si el conocimiento previo del afectado puede afectar la eficacia de la cautela, y adoptará el trámite que mejor se adapte a las circunstancias del proceso.

En el artículo 199 del Anteproyecto de Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Cruz, si bien se establece como principio general que las medidas precautorias se decretarán y cumplirán sin audiencia de la otra parte, y que no se admitirá ningún incidente planteado por el destinatario de la medida para detener su cumplimiento (texto igual a la norma vigente y al art. 198 CPCCN), se incluyó el siguiente apartado: "Sin perjuicio de lo expuesto en el apartado anterior, si el juez estima que el conocimiento previo de la contraria no frustrará la eficacia de la medida, podrá otorgar a la petición el trámite de los incidentes".

Tal como lo resolvió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el conocido caso "Camacho Acosta, M. c/ Grafi Graf SRL" el 7 de agosto de 1997,(6) la tutela anticipada, en el orden nacional encuentra apoyo legal en el artículo 230 CPCCN. En efecto, esta norma lleva como título "Prohibición de innovar", pero en el texto se incluye no sólo la prohibición de innovar sino también la medida innovativa pues para su procedencia se exige que "existiere el peligro de que **si se mantuviera** o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiere su ejecución en ineficaz o imposible". Queda claro que si el peligro surge por mantener la situación existente, el juez debe ordenar modificar esa situación o "innovar".

El Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Río Negro (texto según ley 4142 sancionada en el año 2007) aclaró debidamente el tema y modificó la redacción del primitivo artículo 230 (igual que el CPCCN), disponiendo lo siguiente:

> "Prohibición de innovar. **Medida innovativa**. Podrá decretarse la prohibición de innovar **o una medida innovativa** en toda clase de juicio, siempre que: 1) El derecho fuere verosímil. 2) Existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara en su caso la situación de hecho o de derecho, **el mantenimiento** o la modificación **pudiera ocasionar un daño grave e irreparable o** influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible. 3) La cautela no pudiera obtenerse por medio de otra medida precautoria" (lo destacado es lo que ha sido agregado por la reforma).

(6) Ver nuestro comentario en *Revista de Derecho Procesal*, nº 1, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, p. 385.

La medida innovativa puede consistir en retrotraer las cosas a la situación anterior o modificar incluso ésta. Por ello, es posible anticipar total o parcialmente el contenido de la sentencia definitiva.

Prevén expresamente la tutela anticipada, entre otras legislaciones, los códigos procesales de Uruguay, Brasil, Italia, Portugal, Perú, Alemania y la Ley de Enjuiciamiento Civil de España. En nuestro país, los códigos de La Pampa, Entre Ríos, San Juan y la ley 4559 de la Provincia del Chaco; también el Anteproyecto del Código Procesal Civil y Comercial presentado por los Dres. Augusto M. Morello, Isidoro Eisner, Mario E. Kaminker y Roland Arazi.

Ya hemos visto que en la provincia de Río Negro puede obtenerse el anticipo de tutela mediante la medida cautelar innovativa; lo mismo sucede en la Provincia de Corrientes (art. 232 *bis*).

Si por vía cautelar, en cualquier clase de proceso, se ordena anticipar aquello que será materia de la sentencia definitiva, debe considerarse la subsistencia temporaria de la medida cautelar en el supuesto de que el proceso principal se extinga por una causal que permita reiniciarlo (*v. gr.* caducidad de la instancia), de manera similar a lo que se dispone para algunos supuestos en el juicio ejecutivo (art. 546 CPCCN). Tal lo que señala, con acierto, Peyrano.[7]

4 | Proceso con pretensión urgente y medidas autosatisfactivas

Hemos visto los casos en los que se anticipa la tutela, total o parcialmente, dentro de un proceso principal que continúa su trámite hasta el dictado de la sentencia definitiva; pero existen supuestos en que debe decretarse con carácter urgente un pronunciamiento que agote la pretensión del peticionario, y el CPCCN no da respuesta satisfactoria porque el tiempo que insume el trámite lleva, irremediablemente, a la frustración del derecho. Por ello, resulta indispensable prever estos procesos.

(7) Peyrano, Jorge W., "Acerca de la subsistencia temporaria de una cautelar en un proceso principal extinguido", en *ED*, T. 251, pp. 745/748.

El CPCCN regula algunos procesos urgentes, entre los que podemos mencionar los siguientes: a) el juicio ejecutivo, donde no se permite al ejecutado oponer todas las defensas posibles; b) el proceso de alimentos, donde también se limitan las defensas del demandado; c) los interdictos.

Dentro de los procesos de conocimiento, los denominados juicios sumarísimos y los procesos de amparo son los de trámite más rápidos previstos por el legislador, conforme con el mandato constitucional (art. 43, Constitución Nacional). Sucede que aun estos procesos rápidos resultan insuficientes para una tutela real y efectiva en ciertos casos donde el respeto irrestricto a algunos principios procesales, como el de igualdad y el de bilateralidad o contradicción, se encuentran en colisión con derechos de jerarquía superior, como la vida, la dignidad, la salud física y mental de las personas, la libertad y la seguridad personal (arts. 4, 5 y 7 del Pacto de San José de Costa Rica).

En estos supuestos, como señala Lorenzetti, surge la perturbadora necesidad de optar entre algunos derechos, principios y valores; se trata siempre de opciones trágicas puesto que hay que decidir buscando un nivel óptimo y a veces esto supone realizar opciones excluyentes.[8] Pensemos en el caso de la negativa del Estado o de una obra social o de medicina prepaga de autorizar una intervención quirúrgica urgente (quizá debe efectuarse dentro de muy pocos días y hasta de horas) de la cual depende la vida de una persona, o bien en la necesidad de suplir la autorización de los padres de un menor que se oponen, por motivos religiosos, a que se le realice una transfusión de sangre a fin de salvarle a vida. Es posible que ninguno de los tipos procesales legislados sea útil para lograr la tutela en tiempo oportuno.

En el Anteproyecto de Código Procesal para la Provincia de Santa Cruz, se legisló expresamente estos procesos, en el artículo 299, con el siguiente texto:

> "**Proceso urgente.** En caso de extrema urgencia, cuando se encuentren en peligro derechos fundamentales, como la vida o la salud de las personas, el juez podrá resolver la pretensión del peticionario acortando los plazos previstos para el proceso sumarísimo y tomando las medidas que juzgue necesarias

(8) Lorenzetti, Ricardo L., "El juez y las sentencias difíciles", en *Revista Jurídica La Ley*, 1998-A-1039.

> para una tutela real y efectiva; excepcionalmente podrá decidir sin sustanciación. Las normas que regulan las medidas cautelares serán de aplicación supletoria, en lo que fuese pertinente y compatible con la petición.
>
> La resolución será notificada personalmente o por cédula; contra ella se podrá interponer recurso de reposición con o sin apelación en subsidio o apelación directa; la interposición de los recursos no suspenderá el cumplimiento del mandato judicial.
>
> Los recursos deberán resolverse aun cuando la medida no sea susceptible de ser modificada; en este caso, si la resolución fuese revocada y se estimare que el beneficiario abusó o se excedió en el derecho, se lo condenará a pagar los daños y perjuicios si la otra parte lo hubiese solicitado. Será aplicable en lo pertinente, lo dispuesto por el artículo 209, última parte.
>
> El afectado podrá optar, por deducir directamente una acción de daños y perjuicios".

El artículo 209 citado se refiere a la responsabilidad del que obtuvo una medida cautelar con abuso o exceso en el derecho. La última parte dice:

> "La determinación del monto se sustanciará por el trámite de los incidentes o por juicio sumarísimo, según que las circunstancias hicieren preferible uno u otro procedimiento a criterio del juez, cuya decisión sobre este punto será irrecurrible".

La referencia obligada a derechos y garantías fundamentales en peligro se complementa con la nota distintiva de casos de extrema urgencia, aclarándose que comprende la vida, la salud de las personas u otros derechos de similar gravedad. En cuanto a los requisitos a satisfacer, el texto contempla la posibilidad de que **excepcionalmente**, el juez pueda decidir sin sustanciación, esto es en forma unilateral, oyendo sólo lo que afirma quien demanda. El adverbio **excepcionalmente** expresa lo que se aparta de lo ordinario, que ocurre de manera rara o pocas veces; que dista de ser la regla o lo corriente y normal. De ser posible, debe preferirse oír a la parte que pueda verse perjudicada por la medida, dentro de un plazo compatible con la urgencia.

La aplicación supletoria de las normas sobre medidas cautelares es útil para ejecutar el mandato judicial aun antes de que sea notificado o para la concesión del recurso de apelación sin efecto suspensivo, según sea el caso; para ponderar si se debe exigir contracautela; para permitir al afectado requerir daños y perjuicios si la medida fue obtenida con abuso o exceso en el derecho, etc.

Una norma similar, en el orden nacional, permitirá solucionar muchos problemas graves y será un paso importante para lograr la tan ansiada tutela judicial real y efectiva.

5 | Tutela preventiva o inhibitoria

Tiene como objeto principal prevenir el daño antes que se produzca o disminuir los efectos del ya producido, en vez de sancionar al autor. Contempla también que cese una actividad dañosa si ella ya se ha iniciado y se prevé su continuación. El objeto del proceso es obtener una sentencia que imponga una obligación de no hacer (abstenerse o cesar de realizar cierta actividad) o una sentencia que condene a una obligación de hacer cuando existiese el peligro de que si no se modificara el estado de cosas existente, se produciría un daño irreparable (*v. gr.* tapar un pozo). La acción no tiene como presupuesto el daño sino la posibilidad de que éste se produzca; la amenaza de la lesión a un derecho es suficiente para la procedencia de la acción. Por ello, afirma Marinoni que a la trilogía clásica respecto de clasificación de las sentencias (declarativa, constitutiva y de condena) hay que agregar una nueva categoría de sentencias que serían preventivas aun cuando, a diferencia de las cautelares, son definitivas.[9] En rigor, se trata de sentencias que condenan a hacer o a no hacer, como hemos dicho.

En estos casos, se privilegia la protección a la víctima antes que la sanción al autor del daño. En lugar de condenar a una indemnización que sustituya el dolor por una suma dinero, la tutela inhibitoria pretende impedir el perjuicio derivado de un daño potencial.[10]

(9) Marinoni, Luiz G., "Tutela inhibitoria: la tutela de prevención del ilícito", en *ED, nº* 186, p. 1127.

(10) Gozaini, Osvaldo A., "El amparo como vía de prevención del daño", en *Revista Jurídica La Ley,* 2000-F-1106.

Para la procedencia de la demanda no necesariamente debe probarse la culpa o dolo del demandado, es suficiente con justificar la posibilidad cierta y concreta de ocasionar un daño inminente. En estos casos más que en otros es necesario obrar con suma prudencia y con un criterio de proporcionalidad y razonabilidad para no ocasionar perjuicios desmesurados al demandado.

Tanto en el derecho civil como en el derecho penal, se consideraba que la intervención jurisdiccional sólo se justificaba cuando ya se había ocasionado el daño y a los fines de su reparación. Afortunadamente, se ha avanzado en esa concepción y actualmente se abre camino la función preventiva del daño como atributo de los jueces.

Constituye un ejemplo típico de tutela preventiva la denuncia de daño temido (art. 623 *bis* CPCCN y 2499 CC); además podemos mencionar los artículos 1071 *bis* del Código Civil (Derecho a la intimidad), 2618 (Cesación de molestias) y 3517 del mismo Código (Derecho del acreedor hipotecario a conservar la integridad de su garantía). Y las disposiciones de la ley 24.240 de defensa del Consumidor (especialmente. arts. 53 y 55) y de las leyes 22.802 (de lealtad comercial); 24.051 (Medio ambiente. Residuos peligrosos); 25.675 (general del medio ambiente) y 25.156 (de defensa de la competencia).

Adviértase que el artículo 43 de la Constitución Nacional, al regular la acción de amparo, incluye la **amenaza** a los derechos y garantías, entre los supuestos para su procedencia.

Los artículos 1710 a 1713 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (año 2012), en forma similar a como lo hacía el Anteproyecto de de 1998 en el artículo 1586, disponen el deber de toda persona, en cuanto de ella dependa, de prevenir un daño, y regula la acción preventiva que pueden entablar "quienes acrediten un interés razonable. La sentencia que admita la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda, debe ponderar los criterios de menor restricción posible y el medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad" (art. 1713). Resulta necesario reglamentar esta institución en el Código Procesal.

La tutela preventiva o inhibitoria permite una legitimación amplia pues no sólo procura satisfacer derechos individuales de una persona sino también derechos de terceros; al efecto, es aplicable lo dispuesto en el artículo 43 de la Constitución Nacional cuando se refiere a los derechos de incidencia colectiva en general. De tal manera, la acción para que se impida la venta de un producto perjudicial para las personas o las cosas o la realización de actividades que contaminan el medio ambiente o el equilibrio ecológico, puede ser promovida por el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que tenga por objeto la preservación de esos bienes.

Cabe señalar que no siempre el trámite es el previsto por el artículo 43 de la Constitución Nacional pues, en oportunidades, es necesario un conocimiento más amplio que la "acción expedita y rápida de amparo" y, como anticipamos, la urgencia no constituye una característica ineludible para la procedencia de la tutela inhibitoria.

La tutela inhibitoria procura prevenir el daño que se puede ocasionar individualmente a una persona, como el pedido de que se impida la difusión de su imagen, o a un número determinado o indeterminado de personas, tal el caso en que se solicite que se ordene al gobierno nacional o local o a un particular, realizar determinada obra para prevenir un daño, *v. gr.* señalizar una ruta, rellenar un excavación, retirar uno de los denominados "volquetes" que obstruyen la circulación de vehículos, eliminar un árbol de gran tamaño que amenaza caerse, etc.; en estos supuestos, el legitimado activo actúa en su propio interés pues puede ser una posible víctima, pero también en interés de terceros. Asimismo, podría caber una acción que pretenda una sentencia que impida al demandado realizar alguna actividad que provocará un daño.

El artículo 55 de la ley 24.240, incluye la **amenaza** de los derechos individuales homogéneos, como comprendida en la protección de los intereses de los consumidores. Es decir que expresamente se prevé la acción preventiva. Y, luego de la sanción de la ley 26.361, queda clara la legitimación amplia (asociación de consumidores y Defensor del Pueblo) para la defensa de los derechos individuales homogéneos, aun cuando se trate de derechos divisibles; ello surge del nuevo artículo 54 al disponer que "la sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones".

Las posibilidades de estas acciones preventivas del daño, insisto, como pretensión principal y definitiva y no meramente cautelar, son amplias. A las ya enunciadas podemos agregar el secuestro de obras que afecten la propiedad intelectual (ley 11.723), la paralización de construcciones que contaminan el medio ambiente (ley 25.675), la prohibición de emitir publicidad engañosa o de comerciar productos nocivos, incluso la orden de que se eliminen de contratos de adhesión cláusulas abusivas, etc. Como expresa Marinoni:

> "frente a cláusulas abusivas de los contratos por adhesión no será suficiente declarar su nulidad, siendo necesario prohibir que sean predispuestas por el empresario respecto de todos los consumidores con quienes ulteriormente llegue a contratar".

Creemos oportunas las palabras de Peyrano cuando dice:

> "afortunadamente se fueron dando herramientas procesales creadas merced al ingenio de los Magistrados que no se limitaron a aplicar la ley sino que no trepidaron en asumir funciones heurísticas cuando la propia aplicación del derecho les estaba demandando —y así legitimando— la invención de una herramienta procesal apta para que tal o cual texto de fondo no se convirtiera en letra muerta, por aquello que 'reconocer un derecho pero negarle un remedio apropiado, equivale a desconocerlo'...".[11]

6 | Ejecución de sentencias (parcial y provisional)

En el XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, celebrado en la Ciudad de Córdoba del 18 al 20 de septiembre de 2013, la Comisión de Derecho Procesal Civil arribó a conclusiones de sumo interés en relación con la ejecución de sentencias, que considero deben tomarse en cuenta en una futura regulación procesal.

(11) Peyrano, Jorge W., *Problemas y soluciones procesales*, Ed. Juris, 2008, p. 7.

Transcribo las partes pertinentes, anticipando mi total coincidencia:

1. Debe preverse en los Códigos procesales la ejecución parcial de las sentencias, en las provincias que aún no la tienen legislada. Ella se configura si el condenado consiente algunos rubros de la condena, aun cuando ésta se encuentre recurrida. En este caso la ejecución es definitiva, diferenciándose de la provisoria.

2. Resulta conveniente adecuar los ordenamientos procesales para consagrar la ejecución provisoria de sentencias sujetas a recursos.

3. Las garantías constitucionales, los tratados internacionales y el respeto a los principios de igualdad, celeridad, economía, instrumentalidad y flexibilidad de las formas, entre otros, brindan marco adecuado para el desarrollo argumental de la ejecución provisional.

Los códigos procesales de las provincias de Entre Ríos, La Pampa y San Juan prevén la ejecución parcial de la sentencia aunque se hubiesen interpuesto recursos contra ella, por los importes correspondientes a la parte de la condena que hubiere quedado firme. El título ejecutorio consistirá en un testimonio de la sentencia con indicación de que los rubros que se pretende ejecutar han quedado firmes por falta de impugnación expresa. Se advierte el carácter práctico de estas ejecuciones parciales sin tener que esperar que los tribunales superiores se pronuncien sobre los temas que han sido objeto de agravios.

En cuanto a la ejecución provisoria, ella resulta conveniente ante la dilación excesiva que tiene el procedimiento de ejecución de sentencia. Esa ejecución provisoria resulta indispensable en casos en que la dilación puede causar un perjuicio irreparable o la frustración del derecho declarado en el decisorio. También procede en un contexto de evidencia que permita constar que el alzamiento no tendrá finalmente andamiento en virtud de existir doctrina legal obligatoria, inequívoca jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en sentido adverso al planteo formulado por el recurrente o por cualquier otra circunstancia de la que surja en forma palmaria, que el propósito del recurrente es retardar maliciosamente la culminación del procedimiento.[12] La ejecución provisoria podrá solicitarse

(12) De Lázzari, Eduardo N., Ponencia presentada en el Congreso citado y publicada en el libro de Ponencias Generales y Ponencias Seleccionadas, p. 28 y ss.

previa caución suficiente que deberá prestar el peticionario; sin perjuicio de señalar que la Ley de Enjuiciamiento Civil de España (1/2000) no exige prestación de caución para pedir y obtener la ejecución provisional de la sentencia recurrida (art. 526); por el contrario, si el ejecutado se opone a la ejecución provisoria, deberá ofrecer caución suficiente para responder por los perjuicios que cause al acreedor la demora en la ejecución (art. 528).

7 | Conclusión

Sin perjuicio de reiterar que una reforma legislativa no será suficiente para solucionar los graves problemas del Poder Judicial, creemos que los temas señalados no admiten demora y deben ser incorporados al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Aspectos generales del Proyecto de Código Procesal Civil Brasileño[1]

por **TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER**[2]

En el año 2009, el Senado Brasileño entregó a una Comisión de Juristas, de la que fue Presidente el Ministro Luiz Fux y de la cual fui la redactora general, la tarea de redactar un nuevo Código Procesal Civil. Este proyecto está ahora en la Cámara de Diputados.

La primera curiosidad que se tiene en relación a este proyecto, es la de saber si se trata de un **nuevo Código**, o de una reforma del Código Procesal Civil vigente.

Esta curiosidad puede ser esclarecida de diversos modos.

En mi opinión, tendremos un **nuevo código.** Esto porque las **novedades,** cuando se altera el derecho, no pueden ni debe **sorprender**. De hecho, no

(1) Este texto fue traducido por el Dr. Darío González.

(2) Abogada. Profesora Titular, Doctora y Magíster en Derecho de la PUC-SP (Pontificia Universidad Católica de São Paulo). Profesora de los cursos de graduación, especialización, maestría y doctorado de la mencionada institución. Profesora del curso de Magíster de la UNIPAR (Universidad Paranaense). Profesora invitada en la Universidad de Cambridge-Inglaterra (2008 y 2011). Profesora invitada en la Universidad de Lisboa-Portugal (2011). Presidenta del IBDP (Instituto Brasileño de Derecho Procesal). Vicepresidenta del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Miembro Consejero de la *International Association of Procedural Law*. Miembro del Instituto Panamericano de Derecho Procesal, del Instituto Portugués de Proceso Civil, de la Academia de Letras Jurídicas de los Estados de Paraná y São Paulo, del IAPPR (Instituto de los Abogados del Estado de Paraná), de la AASP (Asociación de Abogados de São Paulo), del IBDFAM (Instituto Brasileño de Derecho de Familia). Miembro del Consejo Consultivo de la Cámara de Arbitraje de la Federación de Industrias del Estado de Paraná-CAIEP. Miembro del Consejo Consultivo RT (Editorial Revista de los Tribunales).

hay por qué ignorar las conquistas, los avances. Al contrario, éstos deben ser **incorporados** y, de ser posible, **perfeccionados**, pero paulatinamente.

Cabe señalar que hay sectores para los cuales sólo se podría hablar de un nuevo código en el caso de que se produjera una ruptura integral y la consecuente adopción de una "nueva línea teórica", por lo que para éstos no habría un nuevo código, pues **no** hay en el proyecto nada que signifique una ruptura con el presente ni con el pasado.

No obstante, sin dudas, el proyecto significó un **paso al frente.**

Teniendo como telón de fondo la finalidad dejar en evidencia la influencia de la Constitución Federal en el proceso civil, como consecuencia de la subordinación de éste a aquella, intentamos crear un sistema nuevo, que resolviera los problemas que la comunidad jurídica reclama que deben ser satisfechos, buscamos simplificar el procedimiento y dar un mayor rendimiento a cada proceso considerado en sí mismo. También, se pretendió dar cohesión al conjunto de reglas que disciplinan el proceso civil brasileño que, por haber sufrido innumerables alteraciones en estos últimos 20 años, acabó perdiendo su forma sistemática, lo cual desembocó en indeseables problemas que roban indebidamente la atención del juez.

De hecho, en el sistema actual muchas veces la atención del magistrado se desvía hacia cuestiones procesales; lo que constituye, sin dudas, una deformación: el proceso es un método. Los métodos, cuando son racionales, deben facilitar el proceso y no crear dificultades. La falta de focalización del juez genera demora. Entonces, se puede decir que dar cohesión es simplificar y ello lleva a que el proceso tenga una "duración razonable", tal como lo exige la Constitución Federal.

Esta fue la orientación más importante, es decir, la de **constitucionalizar** el proceso. Esto permite mayor viabilidad para la subordinación de las **reglas procesales** a la **Constitución Federal.**

Esto se llevó a cabo por medio de dos técnicas:

1. La enunciación expresa de principios constitucionales en su "versión" procesal;
2. la creación de **institutos** y figuras procesales, cuya función principal es la de **concretizar,** esto es**, dar vida** a los principios constitucionales.

Por ejemplo, fue creado un procedimiento **contradictorio** para que el juez, finalmente, declare si va a aplicar al **caso concreto** la teoría de la **desconsideración de la persona jurídica**. En el proyecto, existe una regla expresa en el sentido de que **ni siquiera en cuestiones de orden público** el juez puede manifestarse sin **oír a las partes**.

Otra regla general en el proyecto, que no **contempla excepciones,** es la que todos los recursos deben ser **puestos en una orden del día** antes del juzgamiento. De esa forma, las partes pueden tomar las providencias que estimen necesarias antes del juzgamiento o apenas asistir al mismo. Es el principio de **publicidad** de las decisiones judiciales.

Uno de los **puntos altos** del proyecto fue la creación del **Incidente de Juzgamiento de Demandas Repetitivas**. Esta medida tiene dos finalidades. La primera y principal es la de llevar al plano de los hechos, de modo pleno, el **principio de igualdad**. El exceso de dispersión de jurisprudencia, fenómeno típicamente brasileño y latinoamericano, **compromete la seguridad, la estabilidad y la previsibilidad jurídicas.**

El hecho de que los tribunales brasileños interpreten **de forma diferente una misma norma jurídica, decidiendo casos idénticos de formas diversas,** genera descrédito en relación al Poder Judicial y una indeseable sensación, en el ciudadano, de que está sufriendo una "**injusticia**".

Hace algún tiempo, se viene desarrollando en el derecho brasileño una *tendencia* hacia la de la creación de *reglas* para evitar esa situación.

Recientemente, fueron incluidas, en la ley, reglas que otorgan mayores poderes a los relatores de recursos cuando éstos deben decidir en base a jurisprudencia consolidada o dominante (art. 557). También, existe un régimen diferenciado en caso de existir un número considerable de recursos en los tribunales superiores que traten de la misma *quaestio iuris* (arts. 543 B y C) y, además, la posibilidad de que el STJ (Superior Tribunal de Justicia) dicte una resolución vinculante, es decir, obligatoria de su jurisprudencia consolidada (desde 2004).

El incidente de juzgamiento de las demandas repetitivas puede ser introducido por las **partes,** por el **juez o por el Ministerio Público**. Tiene como requisito la existencia de causas que tengan la **potencialidad** de multiplicarse y que graviten en torno a la **misma cuestión de derecho**.

Por ello, quien debe entender es el Tribunal de 2° Grado: **en pleno** o el órgano especial. Y los jueces deben: a) aplicar la tesis; b) resolver las demás cuestiones, si las hubiere.

Como regla, el incidente tiene eficacia dentro del Estado en el cual tiene sede el tribunal que decidió o dentro de la región en el caso de procesos de competencia federal. No obstante, el STJ (Superior Tribunal de Justicia) o el STF (Supremo Tribunal Federal) pueden otorgarle **eficacia nacional.**

En verdad, existe y siempre existió un principio inherente al sistema procesal y no solamente al brasileño: las decisiones de los tribunales superiores son paradigmáticas, es decir, que marcan el rumbo de todos los demás órganos del Poder Judicial. Este principio, además, está expresamente formulado en el proyecto.

Si este principio fuese espontáneamente respetado en Brasil, dado que constituye un requisito para el buen funcionamiento del sistema, dichas medidas, tal vez, no serían necesarias. Entonces, habría menos litigiosidad y menos recursos. Pero, como no es así, las partes intentan (siempre intentan) y a veces consiguen su propósito, porque: a) ni los tribunales de 2° grado, ni los jueces de primera instancia consideran que tienen el deber de respetar los precedentes de los tribunales superiores b) pero también porque los tribunales superiores modifican constantemente su propia jurisprudencia, sin que haya un justificativo para esos cambios. En verdad, la jurisprudencia se altera como resultado de la simple modificación de composición del tribunal o del cambio de opinión de los propios ministros.

Es necesario que los tribunales superiores **no sean tribunales de cambios bruscos,** es necesario que **respeten** su propia jurisprudencia.

En consecuencia, otro principio debió ser enunciado: alterada la jurisprudencia dominante o pacífica del STJ o del STF, lo cual debe ser hecho **considerando el imperativo de estabilidad de las relaciones jurídicas,** podrá haber una **modulación de los efectos de la referida alteración.**

De esa forma, se recomienda a los tribunales que reflexionen bien antes de modificar su jurisprudencia y, aun así, cuando lo hicieren, que modulen los efectos del cambio, tal como ocurre en el sistema norteamericano.

Si estas medidas consiguen su objetivo: incidente de colectivización, principios cuyos destinatarios son los propios tribunales, etc., **habrá mayor celeridad.** Disminuirá el número de recursos; con el juzgamiento **conjunto** de varias acciones que versen sobre el **mismo asunto**, éstas (en sí mismas) serán más rápidas y sobrará tiempo para que el juez se dedique a la resolución de causas más **complejas,** que presentan **peculiaridades.**

La segunda finalidad del incidente de juzgamiento de demandas repetitivas es **disminuir la carga de trabajo de los tribunales, lo cual, de por sí, ya es capaz de generar procesos más rápidos.** Una vez más, indirectamente, se aproxima el proceso contenido en los mandamientos constitucionales.

Sin embargo, hay muchas más novedades en el proyecto, casi todas como resultado de críticas realizadas al sistema vigente. En el ámbito de las modificaciones de la ley y del derecho, el futuro está incluido en el presente.

La mediación y la conciliación fueron asuntos a los que se les dio relevancia. Por ello, creamos una audiencia cuya finalidad específica es la de dar una oportunidad para que las partes logren un acuerdo. El demandado no lleva la contestación de la demanda a esta audiencia. Cabe agregar que los especialistas en la materia entienden que, una vez preparada la defensa, difícilmente se produzca un acuerdo. Esta audiencia, de la cual pueden participar mediadores y conciliadores, no es obligatoria, aunque su realización sea la regla general. El juez puede dispensarla, en el caso de estar convencido de que no hay un principio de acuerdo o si las partes, expresamente, así lo desean.

El *amicus curiae* puede participar de cualquier proceso, por iniciativa propia o determinación del juez. Podrá intervenir desde el 1° grado de jurisdicción. De esa forma, se entiende que el juez estará en mejores condiciones de emitir un pronunciamiento más próximo a la realidad social ligada a los hechos subyacentes de la causa.

El juez tiene el moderno de gestión del proceso, que está inspirado en el derecho inglés, y como contrapartida a la extinción de muchos procedimientos especiales, el juez puede crear reglas para adaptar el procedimiento a las peculiaridades del caso concreto a ser juzgado, con ciertos límites.

Con el objetivo de dar un mayor rendimiento a cada proceso, incluimos en el proyecto reglas en el caso de demandas contrapuestas; las cuestiones

prejudiciales pasan en autoridad de cosa juzgada. También, con ese mismo objetivo, sufrió varias modificaciones el régimen jurídico de los recursos ante los tribunales superiores, a efectos de que ninguna petición quede sin ser apreciada por el Poder Judicial.

La extinción de las medidas cautelares nominadas —secuestro de bienes, embargos, medidas sobre universalidad de bienes o bienes indeterminados del deudor—, fue sustituida por una regla genérica en el sentido de que basta sólo con que la parte solicitante alegue y pruebe *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, a los efectos de obtener la medida. El proyecto menciona tutela de urgencia y tutela de evidencia siendo innecesaria, para esta última, la prueba de *periculum in mora*. Concedida la medida puede ocurrir la transformación del procedimiento en acción principal.

Lógicamente, resulta claro que no se puede tener la expectativa trivial en cuanto a que el proyecto, una vez convertido en ley, **resuelva todos los problemas del proceso transformándolo automáticamente en más veloz**, habida cuenta de que la morosidad de los hechos constituye un fenómeno que deviene de múltiples causas, inclusive de la litigiosidad excesiva, que acaba sobrecargando de trabajo al Poder Judicial. Pero en la medida en que la morosidad del proceso sea fruto de "defectos" del Código Procesal Civil, realmente, el proyecto con todas las modificaciones introducidas durante el trámite en el Senado y en la Cámara de Diputados tiene el potencial como para generar una considerable mejora en la situación existente.

Algunas propuestas para la transformación del proceso civil

por **ROBERTO O. BERIZONCE**[1]

"La penuria de litigar sin horizontes de efectivo rendimiento, a través de las mallas de un procedimiento agobiante, son circunstancias que se viven todos los días y conforman una escena desoladora. Traducen, asimismo, con más elocuencia y penetración que toda otra reflexión, la necesidad de poner fin a un aparato judicial que se halla en las antípodas de nuestro tiempo, cuyo pulso vital, por cierto, es de un ímpetu peculiar..."
Augusto M. Morello[2]

I | La urgente necesidad de reformar el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

No se requiere mayor esfuerzo argumentativo para afirmar la urgente necesidad de transformar el ordenamiento vigente, si se piensa que ha transcurrido casi medio siglo desde su sanción en 1967 y que las sucesivas reformas que fueron introducidas —las más notorias han sido la ley 22.434 de 1981, 24.573 de 1995 y 25.488 de 2001—, mantuvieron sus estructuras básicas sus-

(1) Profesor Emérito de la Universidad Nacional de La Plata, Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

(2) *La reforma procesal civil en Buenos Aires,* La Plata, Platense, 1967, Prefacio, p. XIX.

Infojus

tentadas en el arcaico modelo escriturario de raíz colonial, desentendiéndose de cualquier atisbo de inmediación y oralidad.[3] Implicaron tan sólo reformas aisladas o "puramente cosméticas", "no exentas de ingenuidades o simplemente retrógradas", especialmente la última, que constituyó un penoso retroceso al derogar el tipo procesal sumario, uno de los mejores hallazgos del ordenamiento de 1967 que, al menos, tuvo el mérito de organizar sistemáticamente las tradicionales instituciones del proceso civil clásico. Los encomiables esfuerzos de transformación alentados desde la doctrina y auspiciada reiteradamente en los congresos nacionales de derecho procesal, nunca terminaron de germinar.[4] No lograron instalar con solidez, salvo algunas excepciones en las provincias, una voluntad política de cambio que fuera acompañada por todos los operadores jueces y abogados y que, además, conmoviera a los poderes políticos responsables.

En ese cuadro que se ha mantenido hasta el presente, el desajuste del modelo procesal incide de modo notorio en la ineficacia general del sistema de justicia.

2 | Las circunstancias sobrevinientes: profundas reformas en el orden constitucional y convencional y nuevas concepciones sistemáticas del servicio jurisdiccional

Nos interesa analizar ciertos fenómenos jurídicos que se fueron gestando contemporáneamente, que trajeron consigo diversas transformaciones en el ordenamiento fundamental, en la búsqueda de respuestas a los problemas más acuciantes de los sistemas de impartición de justicia. Al margen de la complejidad de aquellas transformaciones y las insalvables dificultades para aprehenderlas más allá de sus contornos, ha de convenirse que, aún

(3) Morello A.; Sosa G. y Berizonce, Roberto, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, 2° ed., Bs. As., Abeledo-Perrot/LEP, 1982, vol. I, p. 517 y ss.

(4) Morello Augusto, M., *La Justicia frente a la realidad*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 43 y ss.

a riesgo de una excesiva simplificación, han sido las reformas sucedidas en el plano constitucional, por un lado, y el hecho de que se hayan desarrollado en paralelo a las convenciones internacionales, por otro, las que mayor impacto han producido sobre los sistemas jurídicos en general y, particularmente, en el de la prestación de justicia.

2.1 | Transformaciones en el sistema de justicia: constitucionalización de nuevos derechos y garantías

La reforma constitucional de 1994 trajo consigo profundas transformaciones con incidencia directa sobre el sistema de justicia.(5)

El tradicional "bloque de constitucionalidad" se ha visto notoriamente amplificado, con la consagración de nuevos derechos y garantías, propios de la tercera y cuarta "generación", incluyendo la tutela de los derechos difusos y colectivos, de consumidores y usuarios en general y de protección del medio ambiente. Ha operado igualmente el fenómeno de la **constitucionalización de las garantías** —amparo, *habeas corpus*, *habeas data*— y, más específicamente, de aquélla que asegura el acceso irrestricto a la jurisdicción y la tutela judicial efectiva, una de las garantías más trascendentes, por constituir el derecho a hacer valer los propios derechos.(6)

En paralelo, han cobrado paulatinamente operatividad los derechos y garantías de la jurisdicción señalados en los tratados y convenciones internacionales sobre Derechos Humanos —particularmente, el Pacto de San José de Costa Rica, arts. 8°, 25 y conc.—,(7) que están por igual mandato asegurados positivamente por el Estado. Una rica y creativa doctrina jurisprudencial de los órganos transnacionales de la región —la Corte Intera-

(5) Berizonce, Roberto, "El 'bloque de constitucional' como pivote de las políticas públicas en el área de justicia", en *Revista Jurídica La Ley*, 09/03/2011-B, p. 713 y ss.

(6) Álvaro De Oliveira, Carlos A., "El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales en Derecho Procesal", en AA.VV, *Derecho Procesal, XXI Jornadas Iberoamericanas,* Lima, 2008, p. 67 y ss.; Vallespín Pérez D., "Los nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso civil", en AA.VV, *Derecho Procesal, XXI Jornadas Iberoamericanas* , Lima, 2008, p. 85 y ss.

(7) García Ramírez S., *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, UNAM, 2002, p. 105 y ss.

mericana de Derechos Humanos— está siendo receptada —al igual que en otros países signantes del Pacto de San José—, por los propios tribunales nacionales, particularmente, para la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos de incidencia colectiva en general.[8]

En ese contexto de generalización creciente se gestan nuevos desafíos para el legislador, y no menos acuciantemente para los jueces; todos llamados a imaginar nuevos y más complejos instrumentos y técnicas procesales de todo tipo para asegurar en concreto la virtualidad y operatividad de todo el catálogo de los nuevos derechos y garantías. Se van perfilando con contornos cada vez más nítidos los típicos procesos de la **justicia de "protección"** o **"acompañamiento"**,[9] para los litigios sobre derechos y situaciones de tutela preferente y también para los denominados **procesos de interés público**, estructurales o remediales, destinados a reglar los litigios colectivos.[10]

2.2 | Las concepciones sistemáticas del servicio jurisdiccional y la importancia de los modelos de gestión

Desde otra perspectiva, resalta igualmente como factor incidente el afianzamiento de una concepción sistemática de los esquemas de justicia, con virtualidad directa para destruir el viejo mito que, ingenua-

(8) Hitters, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos,* La Plata, Inst. Est. Jud. SCBA, 2009, p. 7 y ss., (especialmente pp. 15/19).

(9) Cappelletti M., "Acceso a la justicia (como programa de reformas y método de pensamiento)", en *Revista del Colegio de Abogados*, trad. de G. Seminara, La Plata, n° 41, 1981, p. 165 y ss.; Morello Augusto, *La Corte Suprema en acción*, Bs. As., Abeledo-Perrot/LEP, 1989, p. 11 y ss., 37 y ss.

(10) Fiss, Owen., *El derecho como razón pública*, trad. de E. Restrepo Jaldarriaga Madrid-Barcelona-Bs. As., Marcial Pons, 2007, p. 47 y ss. Sobre la experiencia argentina, ver Lorenzetti Ricardo L., *Justicia colectiva*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010; Bergallo, Paola, "Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina", en *JA*, Bs. As., 2006-II, p. 1165 y ss.; Courtis, Cristhian, "Tutela judicial efectiva y afectaciones colectivas de derechos humanos", en *JA*, Bs. As., 2006-II, p. 1225 y ss. Asimismo, Berizonce, Roberto, "Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas, en *RDP*, Número extraordinario, 2010, p. 169 y ss.; "Los conflictos de interés público", en *RDP*, 2011-2, p. 69 y ss.

mente, hacía suponer que la solución de los complejos problemas de la prestación jurisdiccional dependía tan sólo de un buen Código Procesal.

a. Como todo sistema, el de justicia se fragmenta en diversos niveles —organización tribunalicia, infraestructura y medios materiales, recursos humanos, modelos procesales, la situación de los propios litigantes y sus abogados, asesoramiento técnico auxiliar a cargo de peritos y consultores, organización, dirección y gestión de los órganos y de los conflictos, control de todas las actividades, etc.—. Todos esos factores se articulan e influyen recíprocamente, de manera que los "productos" y resultados que se derivan del servicio jurisdiccional dependen directa o indirectamente de la armónica conjugación de todos y cada uno de aquellos. De donde, se concluye, que el modelo procesal es uno de tales los factores necesario, pero no suficiente para la transformación del sistema de enjuiciamiento.

b. Se enfatiza, entre otros factores de incidencia decisiva, la **organización del despacho (oficio) judicial,** estrechamente ligado con el mejor aprovechamiento de los recursos materiales y la eficiencia en general. Entre las técnicas novedosas se incluyen la flexibilización de la estructura del despacho; servicios comunes para tribunales; adecuado manejo del personal; gestión de los casos (*case management*); informatización de los procesos de gestión; aplicación de las tecnologías de la información.(11) El continuo avance del estudio de las organizaciones y el desarrollo de métodos para que cumplan su objetivo de eficacia y se adapten a las nuevas necesidades en un proceso de mejora permanente, ha conducido recientemente a la generación de los denominados **modelos de calidad,** verdaderos paradigmas que se aplican a las organizaciones para evaluar su eficacia.(12)

c. En el balance de todas esas tendencias, puede afirmarse que cualquier transformación del sistema de enjuiciamiento común requiere, necesariamente, de la conjugación armoniosa de los diversos factores incidentes —estructuras, hombres, modelo formal y sus derivados—.

Por ello, es compartida la convicción de que las transformaciones estructurales de los sistemas de justicia presuponen la existencia de

(11) De la extensa bibliografía sobre estas cuestiones: Vargas Viancos, Juan E., "Eficiencia en la Justicia en Sistemas Judiciales", en *CEJA*, nº 6, Santiago de Chile, CEJA, 2003, pp. 87/90; "Herramientas para el diseño de despachos judiciales", en *CEJA*, nº 10, 2006, p. 78 y ss.; "La reforma a la justicia civil desde la perspectiva de las políticas públicas", en *CEJA*, nº 11, 2006, p. 73 y ss. Entre nosotros, puede consultarse ponencias y relatos generales sobre técnicas de gestión judicial y eficacia del proceso, en *XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal*, Facultad de Derecho UBA-AADP, Bs. As., 2009, p. 206 y ss.

(12) Sobre la teoría de la organización aplicada al sistema judicial: Quiroga Lavie, Humberto, *La formación del Derecho Procesal Organizacional*, La Plata, Honorable Cámara de Diputados, 1998, p. 151 y ss.

una clara y firme voluntad política, expresada en políticas públicas enmarcadas en un plan global, sistemático, coherente y sostenido en el tiempo. Un pacto de Estado explícito[13] o táctico, que asegure la provisión de recursos materiales suficientes, adecuada planificación, líneas maestras del modelo procesal, formación de recursos humanos y demás"insumos" de la reforma. Es que el diseño y operatividad del sistema judicial constituye desde siempre una acción política, no académica (COUTURE).

2.3 | La irrupción de los medios alternativos de solución de conflictos

Desde principio de los años 90, se asistió a una verdadera explosión de los diversos medios alternativos de solución de conflictos, que se instalaron paulatina pero dificultosamente en los usos colectivos, sin embargo se desarrollaron y crecieron sin cesar. Claro que, en los diversos ordenamientos, distintas han sido las experiencias con relación a cada una de las modalidades. Podría sostenerse que, en general, se han desarrollado diferentes métodos de negociación, incluyendo la mediación, la conciliación judicial y el arbitraje, bajo singulares formas organizativas —judicial, administrativo, institucional o "administrado"—.[14]

En un balance provisional de todas esas experiencias, aún en curso entre nosotros, quizás se exhiban todavía más dudas y claroscuros que certezas. Parece cierto, como uno de los datos más relevantes, que se trata de métodos particulares para dirimir los conflictos, superadores en general de la confrontación entre las partes y en los que se emplaza al órgano —conciliador, mediador, componedor, árbitro— en una dimensión singular, como verdadero "acompañante" de aquellas, como guía en la búsqueda de soluciones autocompuestas —conciliación, mediación—, o ya para resolver

(13) Resulta paradigmático el Pacto de Estado brasileño del 18 de diciembre de 2004, "a favor de un Poder Judicial más rápido y republicano", suscripto por los representantes de todos los poderes, y que originó la Enmienda Constitucional Nº 45, del 31 de diciembre siguiente, brindando sustento asimismo a las sucesivas reformas introducidas al CPC a partir de entonces.

(14) Ver las Ponencias presentadas en las *XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal en Relatorías y ponencias sobre Derecho Procesa*l, San José, Costa Rica, 2000, v. I, p. 9 y ss.

el entuerto heterónomamente, pero según reglas libradas a su leal saber y entender —amigable composición—. Siempre tras el logro del desenlace más justo y razonable. También está clarificado que sólo cierta categoría de conflictos son los que toleran ser canalizados por tales medios alternativos, precisamente aquellos típicos que se derivan de las relaciones de "coexistencialidad" (15) —cuestiones familiares y de menores, de vecindad, de menor cuantía, relaciones de trabajo, inquilinarias y de duración, en general—. De modo similar, los conflictos derivados de las relaciones de consumo son propicios para ser encausados en instancias administrativas especializadas, sin excluir la vía judicial. Igualmente, el arbitraje institucional o "administrado" se ha abierto camino para la solución de conflictos especiales.

En definitiva, por razones bien diversas, los medios alternativos de solución de disputas vienen ganando una plaza significativa en el espectro del sistema de justicia, cuyas misiones, configuración y fronteras aún no están definitivamente establecidas. Forman parte, o de uno u otro modo inciden e interfieren, en el modelo procesal, que no puede articularse con prescindencia de ellos.

3 | Hacia la transformación estructural del modelo procesal civil

La experiencia judicial acumulada, en consonancia con el actual movimiento de reformas del proceso civil que se avizora no sólo a nivel de nuestras provincias en las reformas más recientes, sino también en numerosos países de Iberoamérica —interesa tener en cuenta, al menos, el nuevo CGP colombiano de 2012, las reformas al CGP uruguayo de 2013 y el proyecto de CPC para Brasil en trámite de debate parlamentario desde 2012—, permite sostener que el eje de las transformaciones del proceso civil pasa por un núcleo "duro" de instituciones, técnicas y procedimientos.

A continuación haremos referencia al núcleo antes mencionado, dejando en claro que en verdad la modificación estructural esencial consiste en la

(15) Cappelletti M., *"Appunti su conciliatore e conciliazione"*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1981, p. 49 y ss.

sustitución del actual esquema escriturario, carente de inmediación, por el denominado proceso por audiencias orales.

3.1 | Los nuevos principios estructurales: proceso por audiencias ante jueces monocráticos y revisión de alzada

Las bases y principios fundantes del Código han de ser: 1) la estructuración del proceso por audiencias, con una audiencia preliminar y otra complementaria para la vista de la causa; 2) la conformación monocrática y unipersonal del órgano de primer grado, con una instancia de revisión plena ante un tribunal colegiado; 3) los siempre acrecentados poderes judiciales para la ordenación y comando del trámite y, también, para la instrucción probatoria de la causa, con los matices propios de las diversas materias litigiosas.

Recientemente, la experiencia ha evidenciado que tales principios resultan cardinales para asegurar el objetivo central del proceso civil, su coronación con una sentencia intrínsecamente justa en el marco del debido proceso, y pronunciada en tiempo razonable. Las connaturales dificultades para la implementación de la oralidad plena, que han frenado históricamente su recepción, no pueden impedir la consagración de un sistema universalmente reconocido y auspiciado unánimente en la doctrina autoral argentina y recogida en los reconocidos proyectos de 1993 y 1994,[16] siguiendo los lineamientos del Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica, de 1998.[17]

3.2 | Ajustes, rediseño e incorporación de nuevas instituciones, técnicas y procedimientos

Un balance crítico del funcionamiento de nuestro sistema de justicia resalta el hecho notorio de la insatisfacción generalizada por los magros resul-

(16) Morello, Augusto *et.al.*, *Anteproyecto de reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., 1993. Proyecto de 1994, Colombo, Carlos, *Proyecto de Código Procesal Civil, Comercial y Laboral de la Nación*, Bs. As., MJyDH, 1994.

(17) Gelsi Bidart A., Torello L. y Vescovi E., *Hacia la preparación de Códigos Procesales Modelos: las bases para la reforma: en Códigos Procesal Civil y Procesal Penal, Modelos para Iberoamérica*, Madrid, Ed. Ministerio de Justicia, 1990, p. 25 y ss.

tados que exhibe. La percepción común es que ha habido retrocesos en relación a los indicadores de eficacia, tales como duración, costo, calidad y justicia intrínseca de las decisiones, etc.

De ahí la necesidad de emprender el camino de las transformaciones, que no se agotan con la adopción del proceso por audiencias, ya que atienden, precisamente, a brindar respuestas procesales adecuadas ciertas novedosas o recicladas instituciones y técnicas orgánico-funcionales y procesales que, nos parece, deben ser consideradas a la hora de imaginar un nuevo texto del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. En una enumeración no excluyente, ni taxativa, anotamos la regulación de: a) tutelas procesales diferenciadas; b) procedimientos de instrucción preliminar; c) poderes ordenatorios de los jueces para la gestión de las causas; d) medidas de urgencia, anticipatorias y satisfactivas; e) tipo procesal sumario; f) procesos colectivos; g) procesos repetitivos; h) cumplimiento y ejecución de sentencia; i) procesos de estructura monitoria.

3.2.1. Tutelas procesales diferenciadas[18]

Existen ciertas situaciones merecedoras de un trato procesal preferente, por excepción a la regla de la universalidad del proceso común, que pueden identificarse a partir de valores y principios exaltados en las normas fundamentales. Las Cartas modernas conceden semejante rango a los derechos: sociales en general, de la seguridad social, de la salud, de la familia y menores, personalísimos, de consumidores y usuarios, de tutela del ambiente, de la institucionalidad republicana, entre los más prominentes. Complementariamente, la reforma de 1994 establece el deber de aseguramiento positivo para garantizar el goce y ejercicio de tales derechos

(18) Proto Pisani A., *Lezioni di Diritto Processuale* Civile, 2° ed., Nápoli, Jovene Ed., 1996, p. 5 y ss. Marinoni L.G., *Teoria geral do processo,* São Paulo, Rev. dos Tribunais, 2006, p. 378 y ss.; *Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*, trad. de A. Zela Villegas, Lima, Palestra ed., 2007, p. 202 y ss., 295 y ss. Theodoro Junior, Humberto, "Tutela diferenciada, en *Studi di Diritto Processuale Civile in onore di Giuseppe Tarzia,* Milano, Giuffré, 2005, v. III, p. 2528 y ss; Berizonce, Roberto *et al, Tutelas procesales diferenciadas,* Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2009, donde se analizan los aspectos aquí sólo enunciados. Asimismo, los diversos trabajos recogidos en RDP, 2008-2 y 2009-1. Tutelas procesales diferenciadas I y II e igualmente, relatos y ponencias en *XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal,* Facultad de Derecho UBA-AADP, Bs. As., 2009, cit., p. 17/205.

fundamentales, imponiendo a los poderes públicos, incluyendo al Poder Judicial, las acciones pertinentes (art. 75, inc. 23).

Diversas son las técnicas orgánico-funcionales y procesales que se utilizan a esos fines. Las técnicas procesales incluyen, entre otras: a) ampliación de los poderes del juez para la dirección, ordenación e instrucción de las causas, incluyendo el dictado oficioso de medidas cautelares o de urgencia; b) acceso irrestricto —sin costos ni cargas económicas— a la jurisdicción; c) auspicio de las soluciones autocompuestas; d) acentuación del deber de colaboración y cargas procesales dinámicas; e) preclusión elástica de las deducciones; f) flexibilización del principio de congruencia; g) técnicas de sumarización, en general; h) tutelas anticipatorias, satisfactivas y de urgencia, en general; i) mandatos preventivos e imposición de acciones positivas; j) legitimaciones extraordinarias, alcances extendidos de la cosa juzgada y régimen específico de ejecución en los procesos colectivos.

En el trasfondo del reconocimiento de las tutelas procesales preferentes, queda, sin embargo, la preocupación por su desborde, con menoscabo del ámbito natural del proceso común que constituye la regla universal. Aquí no cabe sino la apuesta al prudente equilibrio que se espera de los jueces.

3.2.2. Instrucción preliminar (procedimientos de pre-action)

La regulación contenida en el Código vigente prevé tan sólo las diligencias preparatorias, que tienen por finalidad instrumental determinar o completar la legitimación de las partes, anticipar de manera asegurativa el diligenciamiento de prueba urgente, practicar intimaciones para obtener elementos necesarios para el futuro proceso (arts. 323 a 329 CPCN).

Así restringido, el esquema tradicional ha devenido insuficiente. Parece claro que el sistema de justicia se encuentra desbordado en todas las latitudes como derivación, entre otros factores, de la presión sostenida por una demanda de justicia cada vez mayor, consecuencia de la difusión de los derechos y el más extendido acceso a la jurisdicción. Una de las respuestas ha sido la implementación de los medios alternativos de solución de los conflictos, pero su escasa operatividad en general, especialmente, por la desconfianza en términos de justicia

de sus resultados, ha conducido a pensar en la necesidad de articular procedimientos preliminares que, lejos de agotarse en las funciones instrumentales y aseguravitas propias de las diligencias preparatorias, pudieran servir directamente a la resolución de los conflictos.(19) El tema fue objeto de debate entre nosotros en el XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal.(20)

A esas finalidades responden los denominados *pre-action protocols* del derecho inglés, en vigencia desde 1999, al igual que los procedimientos precontenciosos de la ley alemana de promoción de la resolución extrajudicial de litigios de 2000. Especial atención merece el régimen instituido en Italia con las reformas al CPC de 2005-2006, para la obtención preventiva de las pruebas en una fase judicial anterior al proceso. El art. 696 *bis* ha introducido la consulta técnica con función conciliatoria y desvinculada del tradicional requisito de la urgencia.

Las partes, antes del comienzo de la causa, pueden solicitar que el juez designe un experto que tendrá a su cargo elaborar una relación orientada a comprobar y determinar los créditos derivados del incumplimiento contractual o por hecho ilícito, intentando al mismo tiempo la conciliación del conflicto. La comprobación instructoria de los hechos con anterioridad al proceso asume un valor significativo en sí misma, como elemento de juicio para el futuro proceso; además, puede resultar útil y a menudo decisiva, como factor facilitador de un acuerdo amistoso entre las partes. En efecto, la comprobación temprana de los hechos facilita la evaluación que los interesados pueden hacer en relación a la situación de fuerzas relativa entre los contendientes, sopesando las ventajas y desventajas de una eventual acción judicial. La consulta técnica preventiva viene a introducir elementos de juicio, a menudo decisivos para la autocomposición del conflicto con

(19) El tema fue objeto de debate en el *XIII Congreso Internacional de Derecho Procesal*, con relato general de N. Andrews y B. Groen, en *Direito Processual Comparado*, A. Pellegrini Grinover y P. Calmon (coords.) R. de Janeiro, Forense, 2007. Asimismo, en relación al derecho italiano: ver Saletti, Achille, "El nuevo régimen de las medidas cautelares y posesorias", en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Lima, Communitas, 2008, t. XI, p. 387 y ss.; Maggi Francesca y Carletti Fabrizio, "*I provvedimenti di istruzione preventiva*", en GiuseppeTarzia y Achille Saletti, *Il processo cautelare*, 3ª ed., Padova, Cedam, 2008, p. 159 y ss.; Biavati, Paolo, "Las recientes reformas al Código de Procedimiento Civil italiano", en *RDP*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2007-1, p. 529 y ss.

(20) XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, Buenos Aires, 2009, *op. cit.*, p. 348 y ss.

Infojus

justicia, en el marco judicial. Se trata de una de las técnicas que puede considerarse más apropiadas para evitar el desemboque en la jurisdicción, que debería ser apreciada a la hora de las reformas.

3.2.3. Poderes de dirección y ordenación de las causas. Gestión y nuevas tecnologías

En este aspecto, las nuevas tendencias indican un reforzamiento de las potestades judiciales en el ámbito del comando y la ordenación del trámite de las causas. Las técnicas apropiadas pueden ser diversas. Algunas están vinculadas con la flexibilización de ciertos principios procesales —como el de preclusión, que deriva en la preclusión elástica de las deducciones— o el de congruencia. Unas y otras conducen indirectamente al incremento de las potestades judiciales. El manejo de los procedimientos con la finalidad de asegurar los fines públicos del proceso y la rápida definición del litigio, se exterioriza más genéricamente a través de las técnicas de gestión, propias del denominado *case management,*[21] que suponen dejar librada al juez, en buena medida, la gestión de las distintas etapas del proceso y particularmente de la producción y recepción de las pruebas. Siempre bajo reglas abiertas que proporciona la propia ley. La utilización apropiada de las nuevas tecnologías de la información brinda un instrumental de apoyo a la gestión judicial, que puede resultar decisivo.[22]

La mejor y más adecuada administración y gestión del proceso requiere básicamente la aplicación y observancia irrestricta de los principios cardinales de inmediación, concentración, celeridad y economía, junto con ciertas concesiones razonables en favor del comando a cargo del juez para optimizar los espacios de oralidad y adecuar las formas procedimentales. Claro que sin mella del debido proceso y del contradictorio de las partes. Las técnicas del manejo de la audiencia preliminar, al igual que los deno-

(21) Se ha afirmado que las *Civil Procedure Rules* de la reforma inglesa de 1998 giran en torno del *case management*, que no sólo supone una intervención más activa del juez en un proceso particular, sino también el equilibrio de los recursos entre el tratamiento de éste y la sustentabilidad de todo el sistema judicial (Zuckerman A. A. S, en N. Trocker y V. Varano (eds.), *Procedural reform in England en The reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective)* Torino, Ed. G. Giappichelli, 2005, p. 149).

(22) Cosentino G. R., "Las tecnologías del gerenciamiento y la información, en *XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal*, Ponencias generales y ponencias seleccionadas, AADP, 2013. *El volumen Ejecución de resoluciones judiciale*s, RDP, 2013-2, p. 206 y ss.

minados despachos anticipatorios, constituyen ejemplos habitualmente explorados por los jueces.

El Código vigente puede enriquecerse con la incorporación de tales mecanismos y técnicas, junto con otras que se exhiben en el derecho anglosajón, como las conferencias preliminares; o las tan novedosas como los contratos de procedimiento franceses,(23) que posibilitan fijar un programa de actividades acordado por el juez y las partes, facilitando la gestión de la instancia a partir de la colaboración de los propios interesados. Algunas experiencias en curso apuntan a los mismos objetivos.(24)

3.2.4. Medidas anticipatorias, satisfactivas y de urgencia, en general

En las últimas dos décadas, se ha debatido arduamente sobre la necesidad de arbitrar nuevas técnicas para la aceleración de los procedimientos y, especialmente, de la efectiva satisfacción de los derechos. Así fue cobrando cuerpo en la jurisprudencia la idea de las medidas provisionales y anticipatorias, y aún satisfactivas, de urgencia en general. A su vez, fue sembrándose la desconfianza por la multiplicación de semejantes tutelas con el correlativo retroceso de la funcionalidad del proceso común de cognición plena. En esa puja, lo cierto es que las tradicionales medidas cautelares quedaron acotadas a su típica función instrumental y conservativa, mientras se desarrollaban bajo distintos y novedosos ropajes diversas formas de tutelas anticipatorias y coyunturales, no siempre respetuosas del debido proceso y la garantía del contradictorio.

El extraordinario desarrollo de la anticipación de la tutela en Brasil, a partir de la reforma introducida por el art. 273 CPC en 1994, que fue acompañado por una amplísima elaboración doctrinaria(25) que ha iluminado su interpre-

(23) Cadiet, Loïc, *Las nuevas tendencias del procedimiento civil en Francia en Reforma procesal civil*, Bs. As., AADP, Rubinzal-Culzoni, 2009, pp. 109/111.

(24) Berizonce, Roberto y Soto, Andrés, *El renacer del proceso sumario a partir de la gestión judicial y las nuevas tecnologías*, La Ley, 2013-A, p. 765 y ss.

(25) Destacamos tan solo algunas de las obras más significantes: Marinoni G.L., *Tutela cautelar e tutela antecipatoria*, São Paulo, ed. R.T., 1992; *A antecipaçâo da tutela na reforma do processo civil*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros ,1996; *Novas linhas do processo civil*, 2ª ed., São Paulo, Maleiros, 1996, p. 75 y ss.; Dinamarco, Cândido R., *A reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo, Malheiros, 1995, p. 138/148, 270/272.

tación, por obra de una fructífera labor de los tribunales, terminó influenciando en muchos países de Iberoamérica y también entre nosotros.[26]

En la valoración de la experiencia práctica de estas medidas, no han estado ausentes las dificultades, y aún quizás, los excesos en la apreciación judicial necesariamente discrecional de los presupuestos que las condicionan.[27] En definitiva, con sus luces y sombras, las medidas anticipatorias se han consolidado como instrumentos necesarios para asegurar la tutela judicial efectiva, de modo que de cara a la actualización del Código Procesal se reabre el debate sobre sus presupuestos y alcances, tanto como respecto de los poderes del juez. Todo ello, como bien se señala desde la doctrina[28] debe ser articulado con las recientes ideas que se vienen madurando, principalmente, con la de simplificación del proceso de conocimiento común y la recreación de un juicio a cognición plena y exhaustiva, que desemboca en un pronunciamiento con autoridad de cosa juzgada material. Trataremos esta cuestión a continuación.

3.2.5. Tipos procesales sumarios, de cognición plena y trámite simplificado

Como es sabido, la ley 25.488 suprimió el proceso plenario abreviado, error manifiesto que desdibujó el sistema de los tipos procesales de la ley 17.425. De modo, entonces, que sería necesario repensar los procesos de cognición y ponerlos en línea con las tendencias que, en este aspecto, se exhiben en el derecho comparado, donde se resalta la articulación de procesos sumarios o simplificados,[29] en la búsqueda de vías de tutela rápidas y eficaces que prescindan de la urgencia y de la

(26) Es el caso, entre otros, de los ordenamientos de algunas provincias argentinas como La Pampa (arts. 231, 305), Chaco (art. 232 bis) y Corrientes (art. 232 bis).

(27) La CSN ha sido remisa a admitir las tutelas anticipatorias, si bien las vinculó a la eficacia de la función jurisdiccional, considerándolas bajo ciertas circunstancias como una de las vías aptas para asegurar el adecuado servicio de Justicia (06/12/2011, "Pardo H.P.").

(28) Carpi, Federico, *La simplicazione dei modelli di cognizione ordinaria e l´oralitá per un processo civile efficiente*, relación sintetizada al Seminario en homenaje a Ada Pellegrini Grinover, en *RePro,* nº 178, São Paulo, 2009, p. 281 y ss. (especialmente, p. 290/294); Biavati, Paolo, "Apuntes introductivos sobre el nuevo proceso de cognición simplificada", en *RDP* 2010-1, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2010; Saletti A. y Sassani B., *Commentario alla reforma del Códice di Procedura Civile* (*Legge* ,18 giugno 2009, nº 69), Torino, Utet, 2009, p. 227 y ss.

(29) Biavati P., Tendencias recientes..., *op. cit.*, p. 516; "Apuntes introductivos…", *op. cit.,* Saletti A. y Sassani B., *"Commentario…", op. cit.,* p. 245/246.

irreparabilidad, sin pasar por los trámites de cognición ordinaria. Bien entendido, desde el principio, tal como en nuestro plenario abreviado, la cognición del juez resulta amplia, completa y exhaustiva para rematar en una sentencia que hace cosa juzgada material; que la nota de simplificación alude exclusivamente al procedimiento.[30]

Un buen modelo lo ofrece la reforma introducida al CPC italiano por la ley 69, del 18 de junio de 2009, que incorporara los arts. 702 *bis*, 702 *ter* y 702 *quater*. Conforme a la primera de las normas, el ámbito de su aplicación comprende todas las causas en las cuales el tribunal juzga en composición monocrática —pretensiones de condena, constitutivas o declarativas—, siempre que por el grado de complejidad de la cuestión controvertida la causa pueda ser fácilmente decidida; esto es, cuando las defensas planteadas por las partes consienten una instrucción sumaria y abreviada, pero suficiente para esclarecer los hechos en debate. El trámite se simplifica notoriamente: propuesta la petición inicial, el juez designado fija audiencia de comparecencia de las partes, y asigna el término para la constitución del demandado, notificándosele. En la contestación se proponen las defensas y se indican los medios de prueba, formulándose las conclusiones (art. 702 bis). A la vista de ello, el juez ha de considerar si las defensas planteadas y los documentos en que se apoyan consienten una instrucción sumaria o si, por el contrario, requieren por su complejidad una instrucción mayor, en cuyo caso dispone que el proceso prosiga según las formas de la cognición ordinaria. Una vez admitido el trámite sumario, el juez procede, del modo más oportuno, a los actos de instrucción relevantes al objeto del proveimiento perseguido, con la sola condición de observar las formalidades esenciales al contradictorio.

Como se ha señalado agudamente,[31] el deber de prognosis que la ley confía al juez implica una suerte de *case management* italiano, similar a la potestad reconocida al juez inglés para optar entre diversas formas de procedimiento (del *fast track* al *small track*); lo que sugiere, por lo demás, la existencia de una tendencia en ese sentido.

(30) Berizonce, Roberto, "Un, nuevo, tipo procesal sumario: hacia la reconstrucción del proceso de cognición y su articulación con las tutelas de urgencia", Bs. As., La Ley, 2011-B, p. 1018 y ss.

(31) Biavati P., *Apuntes introductivos…, op. cit.,*

3.2.6. Procesos colectivos

Por razones sistemáticas, el nuevo ordenamiento procesal deberá incluir el trámite de los procesos colectivos. Diversos son los modelos en disputa en la instancia legislativa. No cabe aquí abrir el debate sino, en todo caso, insistir en la cuestión metodológica y remitir a los aportes más recientes.(32)

3.2.7. Procesos repetitivos

Constituye experiencia ampliamente compartida que el cúmulo siempre creciente e inmanejable de los procesos, distorsiona gravemente las prestaciones de justicia. El fenómeno se manifiesta en todos los fueros e instancias y genera la "sobrecarga" y el agobio de los tribunales, que castiga particularmente a los más Altos Tribunales. Entre los diversos y complejos remedios que se ensayan, se desatacan además de la regulación de los procesos colectivos, el tratamiento de los procesos "repetitivos" o "seriados", promovidos individualmente, aunque con un mismo objeto. Semejante fenómeno, es evidente, impone un sustancial cambio de estrategia para priorizar la finalidad principal, que es el desahogo y la descarga de todo el sistema de justicia.

En diversos países se ofrecen novedosas instituciones y técnicas que apuntan a ese objetivo. Entre otros, el sistema brasileño de las **máximas, doctrinas o "súmulas" de jurisprudencia dominante** y su virtualidad impeditiva de recursos;(33) las **tesis jurisprudenciales** mexicanas en los juicios de amparo y la tendencia a conferir efectos generales a la declaración de inconstitucionalidad en dichos procesos;(34) o la **doctrina de precedentes**

(32) En la obra *Proceso Colectivos. Class actions,* IAPL-AADP-IIDP, Bs. As., 2012, se recogen muy valiosos aportes para el estudio de esa temática. Asimismo, especialmente RDP, 2012, Número extraordinario: Procesos colectivos.

(33) Pellegrini Grinover A., *Cambios estructurales en el proceso civil brasileño, op. cit.,* p. 662 y ss.; *O tratamento dos processos repetitivos en Processo Civil. Novas tendências. Homenagem no Prof. Humberto Theodoro Junior,* Bello Horizonte, Del Rey, 2008, p. 1 y ss.

(34) Ovalle Favela J., "Tradiciones jurídicas y proceso civil", en J. Adame Godar (coord.), *Derecho Privado,* México, UNAM, 2005, pp. 454/458; Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano,* México, Porrúa, UNAM, 2005, p. 274 y ss. Ferrer Mac-Gregor E., *Ensayos sobre Derecho Procesal Constitucional,* Porrúa, México, 2004, p. 48 y ss.

constitucionales que con finalidades similares ha establecido progresivamente la Corte Constitucional de Colombia, a partir de 1995.(35)

Las tendencias que se avizoran en el horizonte latinoamericano destacan la búsqueda de soluciones pragmáticas y creativas como respuesta al fenómeno común de la sobrecarga judicial y merecen especial atención desde que se han gestado en sistemas provenientes de la tradición jurídica europea, apegada a la supremacía de la ley, lo que no ha impedido el paulatino reconocimiento del efecto extensivo y la vinculación vertical y horizontal *erga omnes* de los pronunciamientos de los tribunales superiores en ejercicio del control de constitucionalidad. De todos modos, cualquier avance en este terreno no podrá obviar las ínsitas dificultades existentes en un ámbito en que están inevitablemente confrontadas las potestades de los poderes políticos *vis a vis* las del Poder Judicial.

3.2.8. Cumplimiento y ejecución de las sentencias

Sin duda, el cumplimiento de las decisiones y su eventual ejecución forzada es el momento culminante de la actividad jurisdiccional, donde se verifica en concreto la efectiva tutela de los derechos materiales. La premura del tiempo y la necesidad de cumplimentar coactivamente la decisión, en la que está en juego el propio prestigio de la jurisdicción, han de conjugarse armónicamente con el principio no menos trascendente de la adecuación del empeño a los fines públicos del propio proceso. En definitiva, equilibrar la efectividad de la necesaria agresión a los bienes del deudor vencido, con el derecho de éste a un "justo proceso" que, en este tramo, excluye cualquier abuso o exhorbitancia innecesaria.(36)

Diversas son las tendencias que pueden advertirse actualmente, en punto al perfeccionamiento de la ejecución de sentencia. Por un lado, las modificaciones al CPC brasileño resaltan su supresión como proceso autónomo,

(35) Parra Quijano, Jairo, "El rol actual de la jurisprudencia y los métodos de uniformación", Informe colombiano al VII Seminario Internazionale su: *Sistema giuridico latinoamericano e processo. Uniformazione del diritto*, Roma, 20-22 mayo de 2004.

(36) Las complejas cuestiones que plantea la ejecución forzada singular siempre han ocupado un lugar preferente en la agenda de los procesalistas. Recientemente, ha sido el tema central de los debates en el *XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal,* Córdoba, 2013. Véase *XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, op. cit.*, Asimismo, el volumen "Ejecución de resoluciones judiciales", en *RDP*, 2013-2.

lo que ha permitido configurar un diverso tipo de efectividad de la sentencia, que se considera ejecutiva *lato sensu* o mandamental. La ley 8952/94 adoptó la técnica del cumplimiento de las sentenciadas condenatorias de obligaciones *ex intervalo* (art. 461 CPC); ulteriormente la ley 10.444/02, lo extendió a las obligaciones de entregar cosa cierta (art. 461-A CPC). Por último, la ley 11.232/05 hizo lo propio respecto de la ejecución de las obligaciones de pagar cuantía (art. 461, par. 5° y 475-J CPC).(37) Asimismo, la ley 10.358/01 introdujo profundas modificaciones a las normas que regulan los deberes de las partes y sus procuradores, con el explícito objetivo de asegurar la efectividad de las resoluciones judiciales, incorporando —aunque con ciertas particularidades— el *contempt of Court* (art. 14, par. único, CPC).(38) Las sucesivas reformas, en definitiva, han incrementado considerablemente los poderes de coerción del juez, con el objeto de obtener compulsivamente el cumplimiento de sus mandatos.(39) Estos constituyen, para nosotros, antecedentes significativos.

Por otro lado, se han identificado algunas cuestiones complejas vinculadas con la ejecución forzosa, que son objeto de debate en la doctrina actual. Una de ellas es la relativa a la **individualización de los bienes del deudor** como reforzamiento de los derechos del ejecutante, donde se confrontan sistemas diversos, como el alemán de la declaración jurada y el francés de requerimiento de información a terceros calificados, que se propugna combinar, sin perjuicio de la ampliación del conjunto de bienes pignorables.(40) En contrapartida, fue ganando terreno la **extensión del resguardo e indemnidad de los derechos del ejecutado** sobre ciertos bie-

(37) Pellegrini Grinover, Ada, *Cambios estructurales en el proceso civil brasileño*, *op. cit.*, p. 652 y ss. Entre la muy nutrida doctrina brasileña destacamos: Theodoro Junior, Humberto, "As vias de execução do Código de Processo Civil brasileiro", en Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.), *Aspectos polémicos da nova execução*, São Paulo, Rev. dos Tribunais, 2006, p. 284 y ss. Dinamarco C. R., Fundamentos de Processo Civil moderno, 3a. ed., São Paulo, Malheiros, 2000, pp. 1159/1170; Arruda Alvim, José, *Manual de Direito Processual Civil*, 11a. ed., São Paulo, *Rev. dos Tribunais*, 2007, v.2, p. 587 y ss.; "*Sobre as multas instituidas nos arts. 14 e 18 do Codigo de Processo Civil*", en *Estudos en homenagem á Prof.* Ada Pellegrini Grinover, São Paulo, DPJ, 2005, p. 639 y ss.

(38) Arruda Alvim, "*Sobre as multas instituidas nos arts. 14 e 18…*", *op. cit.*, p. 639 y ss.

(39) Barbosa Moreira J. C., *Reformas processuais e poderes do juiz, en Temas de Direito Processual, Oitava Serie*, pp. 62/63.

(40) Tarzia, Giuseppe, "*Problemi attuali dell´esecuzione forzata*", en *II Congreso Brasileño de Derecho Procesal*, Brasilia, 1997, separata.

Infojus

nes primarios esenciales, frente a los abusos que suponen una violación a la regla de la "adecuación a los fines" del proceso de ejecución.(41) En cuanto a los medios de coacción y su extensión, se destaca la creciente operatividad de las medidas coercitivas o de ejecución indirecta,(42) como las *astreintes* y el *contempt of Court* del derecho anglosajón. Este último puede ser directo o indirecto, que es el más apropiado en cuanto exige un procedimiento incidental contradictorio previo a la aplicación de la sanción.(43) Se debate arduamente, también, en torno de la **desjudicialización** total o parcial de los procedimientos de ejecución forzada, cuestión que exhibe diversas soluciones en la legislación europea; así son de destacar las novedosas reglas traídas por la LEC española 1/2000,(44) las consagradas por las reformas de 2005-2006 al CPC italiano(45) y la experiencia lusitana del decreto ley 38/2003.(46)

En la síntesis de tales tendencias, conviene reparar que la acentuación de la ejecución directa patrimonial con el objetivo de la plena satisfacción de las obligaciones derivadas de la sentencia condenatoria, reconoce de todos modos ciertos límites y condicionamientos infranqueables, que son los derivados del principio general de **razonabilidad o proporcionalidad** y, más específicamente de la idea ética del proceso justo y la **humanización del proceso**. La protección del derecho es debida no sólo al acreedor, sino también al deudor amparado por el imperativo de no abusar ni dañar innecesariamente; de ahí la necesidad de un juicio de ponderación o

(41) Tarzia, Giuseppe, *"Il giusto processo di esecuzione", Riv. Dir. Proc.*, n° 2, 2002, p. 344.

(42) Tarzia, Giuseppe., *"Presente e futuro delle misure coercitive civile"*, en *Esecuzione forzata e procedure conconsuali*, Padova, Cedam, 1994, p. 113 y ss.

(43) Pellegrini Grinover A., *A marcha do processo*, Río de Janeiro, Forense, 2000, p. 62 y ss.

(44) Serra Domínguez, Manuel, *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, J. M. Bosch, 2000, p. 79 y ss.; Ortells Ramos M., *Derecho Procesal Civil*, 3° ed., Navarra, Aranzadi, 2002, p. 713 y ss.

(45) Sobre las recientes reformas al CPC italiano de 2005-2006 introducidas al tercer libro del proceso ejecutivo: Carpi F., *"Alcune osservazioni sulla riforma dell´esecuzione per espropriazione forzata"*, en *Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civ.*, 2006, p. 215 y ss. Saletti A., *"Le (ultime?) novita in tema de esecuzione forzata"*, en *Riv. Dir. Proc.*, 2006, p. 193 y ss. Biavati P., *Las recientes reformas al Código de Procedimiento Civil italiano, op. cit.*, p. 536 y ss.

(46) Ferreira Da Silva C. M., *Un novo operador judiciario: o solicitador de execucão en Estudios em homenagem à Prof. Ada Pellegrini Grinover, op cit.*, 2005, p. 513 y ss.; Lebre De Freitas J., *Açao executiva depois da reforma*, 4ª ed., Coimbra, 2004, p. 27 y ss.

Infojus

proporcionalidad,[47] a cargo del legislador y del juez. Éstas son las bases sobre las que ha de afrontarse la tarea de actualización, en este Capítulo, del ordenamiento vigente.

3.2.9. Procesos de estructura monitoria

Tienen origen en la Edad Media, los procesos de estructura monitoria se han incorporado a los códigos más modernos (La Pampa, Río Negro, entre otros); fueron previstos en el ya aludido proyecto de 1993 y han sido largamente debatidos en la doctrina[48] y en los congresos de la materia.[49] Se trata de una estructura caracterizada, porque presentada la demanda en forma y con los requisitos de la ley, el juez *inaudita altera parte* dicta una resolución favorable a aquélla, condicionada a que el demandado, citado en forma, no se oponga dentro del plazo que a tales efectos se le asigne, en cuyo caso queda habilitada la vía de la ejecución forzada para el cumplimiento de la prestación debida. Su finalidad es llegar rápidamente a la formación de un título ejecutorio o ejecutivo, desplazando la iniciativa del contradictorio del actor al demandado que se opone. En verdad, las estructuras monitorias no sólo se aplican cuando se trata obligaciones de dar sumas de dinero que constan en títulos de crédito líquido y exigible —juicio ejecutivo, ejecuciones especiales—, sino también en casos de obligaciones de hacer o no hacer y de dar cosas que no sean dinero o fungibles. Cuando la ley así lo prevé, la estructura monitoria se aplica en procesos de desalojo sustentado en ciertas causales, obligación de restituir inmuebles, división de condominio y otros supuestos semejantes.

En todos esos casos, sin menoscabo del contradictorio, se aceleran notablemente los procedimientos con indudable incidencia para la tutela judicial eficaz y oportuna de los derechos.

(47) Tarzia Giuseppe, *"Il giusto processo di esecuzione"*, *op. cit.*, pp. 343/344.

(48) Loutaif Ranea R., "Proceso monitorio", en Morello A.M., *Acceso al Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Lajouane, 2007, v. II, p. 915 y ss.; Picó I. y Junot J., "El proceso monitorio", en *XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal*, *op. cit.*, p. 1090.

(49) Libro de Ponencias generales, XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza, La Ley, 2005.

Infojus

4 | Epílogo

En los tiempos de asumir la ímproba tarea de poner el ordenamiento procesal civil a tono con las nuevas exigencias deberá sopesarse sesudamente la muy rica experiencia sucedida en la aplicación práctica de los preceptos vigentes y, al mismo tiempo, atender a las novedosas instituciones y técnicas procesales acuñadas y que se reflejan en la legislación comparada y la doctrina autoral.

Es insolayable nuestra responsabilidad, la de los estudiosos del proceso —como afirma Mauro Cappelletii— clarificar con precisos análisis las realidades tan complejas que nos toca vivir, los términos objetivos de la situación, poner en claro todos los posibles datos de comparación, preparar, en suma, las bases científicas de una reforma.(50) En tiempos, como los nuestros, de aguda crisis, de incertidumbres y angustias, en los cuales los valores supremos vuelven a estar en discusión, es necesario llegar al fondo de las cosas, calar hondo y aguzar el ingenio y la imaginación en la búsqueda de las propuestas adecuadas para la construcción de un sistema nuevo, más realista y humano.(51)

Por último, cabe señalar que sin una voluntad política seria, que sustente esta iniciativa, en otras palabras, sin una verdadera y propia "política de la justicia", no puede haber reformas sustentables en el sistema judicial.

(50) Cappelletti M., *Proceso, ideologías, sociedad,* Sentís Melendo (trad.), Bs. As., Ejea, 1974, p. 291.

(51) *Ibd., "Introducción"* pp. IX/XII.

Infojus

Oralización del Proceso Civil

por **GABRIELA A. ITURBIDE**[1]

I | Introducción

Como es sabido, las dos formas tradicionales del proceso se fundan en la palabra hablada y en la escrita. La forma oral se ha generalizado en el proceso penal y la escrita predomina en el proceso civil, pero indudablemente ningún proceso puede ser absolutamente oral ni exclusivamente escrito, combinándose casi siempre ambas formas. La denominación de escrita u oral depende del predominio de una u otra forma.

En el procedimiento escrito, las partes no se dirigen verbalmente al juez sino que lo hacen por medio de escritos y diligencias, también escritas, y todo debe constar detalladamente en el expediente.

En Latinoamérica, la mayoría de los códigos procesales prevén un proceso civil predominantemente escrito. Todas y cada una de las fases del enjuiciamiento están gobernadas por la forma escrita. La gran mayoría de los actos y actuaciones procesales se traducen en sendos escritos o documentos que van dando forma al expediente, posibilitando que la escritura

(1) Doctora en Abogacía (Univ. del Museo Social Argentino). Profesora Adjunta Regular en "Derechos Reales" (UBA), Jefa de Trabajos Prácticos en "Obligaciones" (UBA) y docente de posgrado (UCES). Miembro de la Comisión de Capacitación (Escuela Judicial en la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional) y de las Comisiones de Capacitación, Gestión y Oralidad (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil), y Coordinadora del Nivel Superior en los cursos para empleados del fuero civil de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Ha escrito diversos artículos y obras en colaboración sobre la materia, y presentado trabajos en múltiples jornadas y congresos de la especialidad.

genere aún más escritura. El juez de la causa dicta la sentencia basándose en los actos realizados por escrito.

Del procedimiento escriturario se derivan consecuencias, tanto positivas como negativas.

Entre las positivas, cabe señalar que los escritos siempre permanecen disponibles para su consulta por quien lo desee, facilitando el trabajo sobre varios asuntos a la vez, ya que no se requiere una dedicación exclusiva, y también se favorece el tratamiento de asuntos particularmente complejos, como ocurre en la actualidad con los conflictos civiles.

Sin embargo, el proceso escrito se caracteriza por la falta de inmediación, ya que los jueces pocas veces participan en las actuaciones judiciales esenciales del proceso, lo que les impide seguir o conocer cada asunto que se plantea en un juicio desde su inicio. Esto genera la idea de un juez lejano o distante cuya actividad sólo se evidencia en la etapa final del proceso.

El principal efecto de la falta de inmediación se observa en la actividad probatoria, porque en la mayoría de los casos el encargado de recibir la prueba no es el propio juez, sino algún intermediario o delegado, quien luego la incorpora por escrito al expediente. Esto crea un gran problema, porque la persona que recibe la prueba no es la misma que dicta la sentencia. Se genera el paradigma del "**juez lector y sentenciador**", que básicamente consiste en que el juez sólo se limita a leer las actuaciones incorporadas al expediente y a dictar la sentencia teniendo en cuenta únicamente lo que consta en dicho expediente.

Es importante destacar que esa actitud de los jueces, en la mayoría de los casos, no se debe a una actitud pasiva o a un comportamiento negligente en el desempeño de la función judicial, sino que también influyen la desconcentración de los actos que integran el proceso y la lentitud que esto genera. Ello es así, porque aquel juez que en un determinado proceso ha prescindido de intermediarios y se ha tomado el trabajo de asistir y presenciar la práctica de la prueba seguramente habrá debido fallar, entre el momento de la prueba y el de la sentencia, otros casos de variada complejidad, razón por la cual la mayoría de las veces se habrá olvidado de lo que ha presenciado y escuchado en persona, quedando constreñido a la constancia escrita que figura en las actas.

Por otro lado, la forma escrita lleva necesariamente a la dispersión en el tiempo de los actos procesales. Cada acto procesal es independiente y, generalmente, la realización de uno se produce mucho tiempo después que el anterior. La dispersión implica, fomenta y reproduce la lentitud que, como se sabe, constituye uno de los mayores problemas de la justicia civil.

A su vez, la escritura puede en algunos casos llegar a darle mucha importancia a las formas de los actos procesales, con menoscabo de la averiguación de la verdad real y la solución justa de los conflictos. Se tiende a un excesivo apego a las formas por las formas mismas, una especie de "sacralización" del expediente, afirmándose que lo que no consta por escrito en él es totalmente irrelevante y no debe ser tenido en cuenta por el juez, haciéndose efectivo el principio romano *"quod non est in actis non est in mundo"*.

Es así que, durante décadas, asistimos a cierto desden de la inmediación dentro del proceso civil. Tal vez por economizar el valioso tiempo del juez, tal vez por minimizar su importancia a la hora de dictar una sentencia muchas veces distante del actor de la audiencia, lo cierto es que el principio de la oralidad fue quedando relegado a unos pocos asuntos.[2]

Sin embargo, coincidimos con Peyrano en que vivimos la cultura de la imagen, en cuyo seno ésta ha vencido a la imaginación y la emoción a la reflexión. Ese cuadro de situación posee sus costados positivos entre los que se halla la posibilidad de captar, conservar y reproducir lo ocurrido en el curso de audiencias para una mejor y más meditada confección de decisiones judiciales. La referida posibilidad viene a proporcionarle a la oralidad como método de debate procesal la chance de ser verdaderamente rendidora en la hora actual.[3]

Nos referimos a la filmación de audiencias en las que se practica la producción de pruebas y que son las que justifican más claramente que se concrete en ellas la inmediación procesal; es decir, el contacto sin intermediarios entre el juez, las partes y los elementos de convicción introducidos principalmente por ellas.

(2) Fernández Balbis, Amalia, "La videograbación de las audiencias y su máximo rendimiento para una valoración fundada de la prueba", en *ED*, 01/08/2013.

(3) Peyrano, Jorge W., "La oralidad civil filmada está cerca", en *Revista Jurídica La Ley*, Columna de opinión, 06/08/2013.

Como sostiene Peyrano, en los albores del procedimentalismo se optó por el sistema opuesto, vale decir que se proscribía la comunicación directa entre el magistrado y los litigantes y el bagaje probatorio obrante en la causa, alegándose que el juicio de aquél podría perder objetividad al conocer personalmente a los contendientes y al material probatorio.(4)

No obstante, en los tiempos que corren la prueba es "el alma del proceso", reconociéndose que existe un "derecho a probar" complementado por un derecho a una debida y explicitada valoración de la prueba producida. Por ello es que la adecuada documentación de las audiencias donde se materializa la incorporación de pruebas al proceso civil es un asunto de crucial importancia para obtener resultados eficaces.

Esa documentación escrita de audiencias representó un avance en su momento por sobre la práctica imperante que legitimaba que las sentencias podían redactarse sobre la base de elementos de juicio no consignados en el expediente. Sobre el tema, Peyrano alude al

> "...papel importantísimo en materia de difusión de la práctica de confeccionar actas de audiencia, que tuviera la famosa Decretal 1216 del Papa Inocencio III, que ordenaba que todas las audiencias, inclusive aquéllas a las que no hubiera asistido el juez, debían ser documentadas por escrito y que la sentencia se basaría exclusivamente en dichas actas. La posibilidad de la existencia de jueces viles viene también a justificar dicha práctica porque permitía, y permite, un control jurídico y social del acuerdo (o no) de la labor jurisdiccional".(5)

Ocurre que, como ya dijimos, en la actualidad la consignación por escrito de lo acontecido en una audiencia de prueba no satisface porque ello, entre otros motivos negativos, contribuye a que se materialice la ausencia del magistrado en dichas audiencias, impidiéndose así que se logre la percepción directa judicial que incluye la valoración del lenguaje corporal o no verbal que integra la comunicación junto con la verbal. Debemos recordar que toda comunicación personal utiliza dos medios, uno verbal y el otro gestual. Es muy ilustrativa al respecto la frase de Ayrault que advierte que "cuando la boca

(4) Peyrano, Jorge, *op. cit.*

(5) *Ibid.*

calla los gestos hablan". De ahí que se prefiera la filmación de las audiencias prueba, tal y como ocurre, por ejemplo, en España y Alemania y también en nuestro país en la provincia de Río Negro.(6) Su realización podrá conseguirse mediante la utilización de salas de audiencia *ad hoc* preparadas especialmente y que cuentan hasta con deformadores de voces cuando declaran testigos de identidad reservada o, más modestamente, merced al empleo de video-cámaras portátiles. Como fuere, la documentación audiovisual (imagen y sonido) de lo acontecido ofrece indudables beneficios entre los que se contabilizan, según Peyrano, los siguientes: a) se termina con la posibilidad de fingimientos consistentes en que la inasistencia del juez a la sesión probatoria no se hacía constar y, por el contrario, se registraba su presencia en el acta respectiva. La imagen captada por la video-filmación no miente y la ausencia del juez resulta fácilmente verificable cuando se filma una audiencia; b) elimina la mayor parte de las razones que se invocan para defender, a todo trance, una necesaria identificación física entre el juez que recibe la prueba y el que dirime la contienda; c) la reproducción audiovisual filmada posibilita al tribunal de apelación revisar la sesión probatoria, zanjando buena parte de los obstáculos destinados a impedir que la instancia revisora se interne en la valoración de los hechos de la litis; d) le otorga al juez la chance de reflexionar el contenido de la sentencia de mérito a emitir, sin estar urgido por una memoria traicionera de lo acontecido durante la actuación de las pruebas.(7)

La ventajas de la video-filmación se potencian cuando se digitaliza lo captado mediante el almacenamiento de la prueba conseguida en soportes electrónicos que no sólo pueden reproducir fielmente textos, sonidos e imágenes captadas, sino también conservar fácilmente lo captado e, inclusive, transmitirlo electrónicamente gracias al empleo de un formato apto para esos fines.

2 | La oralización en el proceso en el derecho comparado

Coincidimos con Alejandra Abrevaya cuando afirma que a la ciudadanía le debemos, como una deuda, ya a esta altura impostergable, la irrenunciable posibilidad de vincularse con su sistema de justicia de manera directa,

(6) *Ibid.*

(7) *Ibid.*

plena, sin considerarse en desventaja por no entender el procedimiento encriptado en un expediente al que sólo los versados pueden acceder. Le debemos, también, la posibilidad de poder confiar plenamente en sus jueces y abogados, viéndolos, participando con ellos, siendo que no tiene posibilidad alguna de representarse cómo actúan aquéllos que defienden y/o se pronuncian sobre sus derechos. Y le debemos, por último, la habilitación de un marco de institucionalidad plena.[8]

Agrega Abrevaya que el proceso judicial posee, además de su innegable función política, un relevante papel cívico-institucional y social, y la oralidad modifica y brinda raíces firmes para la convivencia republicana y democrática que, luego de más de veinte años de su recuperación, no hemos podido instalar con verdadera fortaleza. La endeblez institucional que nos aqueja sólo puede ser modificada a partir de un cambio en el pensamiento y sentir profundo de toda la sociedad, que se torna más difícil a partir de la base autoritaria que ha impregnado nuestro nacimiento como nación. Sin duda, se apuntala aquel pensamiento ayudando al ciudadano a actuarlo cotidianamente. Porque es su derecho más elemental a no quedar excluido, a no ser rehén de cuanto se decide o se actúa en su nombre.[9]

En ese sentido, Binder y Obando advierten que la carencia de un procedimiento judicial oral y público, a diferencia de la carpeta que recolecta actas escritas, ha sido una de las fallas institucionales que mayores efectos ha

(8) Abrevaya, Alejandra, "Oralización del proceso civil", en *Revista Jurídica La Ley,* 07/08/2012.

(9) Abrevaya, Alejandra, *ibid.* La autora comenta que en una investigación descripta por Ramos Romeu, Francisco,"Formas del proceso y funcionamiento de la justicia. Análisis del derecho comparado", en (*Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, España, Universidad de Valencia, 2008, vol. I, pp. 483/486) sobre la base de datos brindados por el Banco Mundial atinente a la duración, rapidez del proceso, sus costos y la calidad de la justicia, se arribó a las siguientes conclusiones: a) que el proceso oral supera al escrito en términos de duración, costes y calidad. Los países que mezclan oralidad y escritura parecen tener un proceso que funciona de manera similar al oral; b) la forma escrita entraña una mayor duración del proceso y va asociado a un juicio más caro por los costes del tribunal considerando los cuidados, además que es menos asequible; c) el mayor uso de la escritura va asociado a una justicia de peor calidad. Agrega la autora, opinión que compartimos, que el agotamiento del procedimiento escrito es hoy por hoy palpable para todos quienes formamos parte del sistema judicial argentino, no sólo por el alud de expedientes que a diario ingresan en los juzgados para ser considerados, despachados, controlados y firmados, en lo que termina transformándose en una acción mecánica, o por el menor valor profesional dado al trámite por abogados formados para la simple entrega de escritos no siempre madurados, sino por lo que institucionalmente significa, pues abogados, jueces, funcionarios y empleados han perdido la noción de la verdadera esencia de su labor.

tenido sobre el sistema republicano, y el haberse acostumbrado a juzgar papeles y a ver jueces encerrados y a veces reemplazados por empleados y funcionarios, ha sido uno de los factores centrales en el debilitamiento del sistema judicial y su dependencia de los factores políticos.(10)

Muchos países de América Latina se han planteado el cambio radical del sistema español colonial y, en tal sentido, en Perú, por ejemplo, se modificó el procedimiento en el año 1993. En ese marco, se estableció la demanda y contestación por escrito. Trabada la *litis*, se convoca a las partes a una audiencia preliminar en que se fijan los puntos en conflicto y las pruebas a producirse y el juez establece la fecha de audiencia única oral de prueba. Ninguna actividad probatoria puede realizarse sin la presencia del juez y las partes deben concurrir a la audiencia en forma personal, permitiéndose la representación sólo en casos excepcionales.

Uruguay adoptó la oralidad mediante la reforma introducida en el año 1989, siguiendo el Código Modelo para Iberoamérica. La demanda y su contestación se presentan por escrito y, trabada la *litis* se convoca a una audiencia preliminar en la que se ratifican los términos de demanda y contestación, se resuelven las excepciones previas, se recibe la prueba a su respecto, para luego pasar al juicio oral.(11) En Venezuela, la nueva Constitución de la

(10) Binder, Alberto y Obando, Jorge, *De las repúblicas aéreas al Estado de Derecho*, Bs. As., Ad-Hoc, 2004, p. 140.

(11) El antecedente científico más trascendente en la última parte del siglo XX, a partir del cual se instaló definitivamente la idea de introducir el trámite del llamado "proceso por audiencias" en sede civil, proviene de la creación y aprobación del Modelo del Código Único para Iberoamérica, propuesto por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. El esquema de este tipo de procesos supone un diseño en donde coexisten la escritura para la etapa de "afirmación" y "negación". La oralidad se hace presente en dos momentos: a) en la audiencia preliminar presidida por el juez, que implica una actividad múltiple de las partes y del juzgador, y b) en la llamada "vista de causa", audiencia en la cual se produce la prueba que deba rendirse oralmente (confesional, testimonial y pericial). Este es el modelo que impera, con algunas variantes, en Uruguay y en Perú. Al referirse a esta clase de procesos, Omar Benabentos, en su artículo "La oralidad en los procesos de responsabilidad extra-contractual", publicado en El Dial.com, advierte que los sujetos procesales, las partes, los testigos y los peritos, cuando deben concurrir a una audiencia oral producen una transparencia que no se logra en los sistemas escritos. Bien se decía: "el papel no se ruboriza". El testigo mendaz, frente a abogados y jueces experimentados quedará con frecuencia al desnudo frente a una interrogación precisa. Además, los letrados sufren un importante freno inhibitorio, pues no se exponen a ofrecer testigos que no sean veraces. Saben que esa aventura puede terminar muy mal. Agrega Benabentos: "De otro lado las propias partes ya no quedan al resguardo de posiciones que pueden eludir facilmente con una simple negativa. La pregunta (que en todos los códigos procesales civiles de la región es declarada

República Bolivariana estableció, en el art. 257, que todo proceso deber ser "breve, oral y público". La demanda y la contestación se presentan en forma escrita pero el debate es oral, estructurado en audiencias.

En Costa Rica, el Código Procesal Civil contempla en su art. 152, expresamente, este medio de registro de la prueba cuando establece:

> "La audiencias, comparecencias y juntas deberán ser presididas por el juez y autorizadas en el acta por el juez y el secretario, el mismo día de su práctica, o dentro de tercero día, cuando se empleen versiones taquigráficas o de grabación. Si lo ocurrido en la diligencia se narrara taquigráficamente, deberá dejarse, además, en el expediente, la relación taquigráfica firmada por el juez y el taquígrafo. También el taquígrafo firmará el acta. Si se tratara de grabación, el acta la firmará, además, el empleado que manejó los aparatos. Deberá conservarse la grabación por tres días, plazo dentro del cual las partes podrán pedir su confrontación. Igualmente, podrá utilizarse cualquier otro medio científico, conforme con la reglamentación que haga la Corte Plena".

En el moderno proceso civil centroeuropeo, dominado desde hace tiempo por los principios de oralidad e inmediación, existe una combinación con elementos esenciales del proceso escriturario. Concretamente, en

pertinente) dirigida al absolvente ¿Puede narrar como aconteció el accidente de tránsito? O bien ¿Puede describir su actuación en el acto médico que le costara la vida al paciente?, sin duda otorgaría un escenario de respuestas mucho más rico que la mera formalidad que emerge de un acta. De viva voz, la parte expondrá su versión de los hechos, sin "filtros" y ante la presencia del Tribunal. Si la cuestión se centra en este ámbito la superioridad de la inmediación de los sujetos procesales y la publicidad que otorga la comunicación oral es infinitamente superior a la que se desprende de los sistemas escriturarios". En su trabajo, Benabentos explica que en la provincia de Santa Fe funcionan desde el año 1962 Tribunales Colegiados (orales) de instancia única para el procesamiento y juzgamiento en pretensiones resarcitorias extracontractuales y en litigios familiares. En este tipo de conflictos, la regla técnica de la oralidad, sumada a la colegiación, coloca a los jueces en la posibilidad de acreditar, con un menor margen de error, la existencia de las circunstancias de hecho que se configuran en los accidentes de tránsito y en los juicios de divorcio. Sin embargo, el número de causas judiciales y, por ende, la posibilidad de fijar las audiencias de vistas de causa en plazos razonables se presenta como una situación en permanente tensión, pues las causas se han multiplicado en los últimos años y la estructura judicial permanece igual en cuanto al número de funcionarios. En ese sentido, Benabentos advierte que la "técnica procesal" que quiere desprenderse del trámite escriturario, debe conjugarse con la "estructura judicial" que la sostenga y la haga viable. Por ello, concluye que toda reforma a los códigos procesales debe ir acompañada de la voluntad política que garantice un mínimo de estructura humana, material y tecnológica a los fines de no terminar en un previsible fracaso.

Alemania, hacia fines de la década de los ochenta se asignó al juez la posibilidad de optar por un proceso preponderantemente oral o escrito, después de la entrega de la petición inicial, según la naturaleza del litigio.

En España, la Ley de Enjuiciamiento del año 2000 ha previsto un nuevo proceso civil por audiencias en las que todo cuanto ocurra lo registra con fidelidad el soporte DVD o video, acreditando el Secretario el día y la hora de la celebración y su correspondencia al proceso de que se trata. Gracias a la utilización de las modernas técnicas de grabación y reproducción del sonido y de la imagen, los resultados de las pruebas cuentan con una documentación que permite "revivir" todos los aspectos que quedaban ocultos en las tradicionales actas escritas. El DVD permite reproducir la viva voz del testigo o de la parte, mientras que el documento es sólo la *vox mortua* que no refleja matices.

En nuestro país, luego de la reforma de 1994, los principios ya existentes en nuestra Constitución (ver arts. 24, 75, inc. 12 y 118), fueron reafirmados por la incorporación con rango constitucional de las Declaraciones de Derechos y Tratados de Derechos Humanos.

Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece el derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones "**o**" para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal. La conjunción "**o**" indica que aquel derecho está establecido también para los fueros no penales.(12)

Esta exégesis queda reafirmada en el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone:

> "Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil".

(12) García Lema, Alberto M., "Oralización del proceso judicial no penal. Algunos aspectos constitucionales", en *Revista Jurídica La Ley*, Suplemento Constitucional, Bs. As., 08/11/2008. También en su exposición en el evento "La oralización del proceso como garantía ciudadana", organizado por la Asociación Civil Justicia Democrática los días 3 y 4 de octubre de 2012.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, en su art. 8.1 sienta similares garantías, agregando que debe ser oída "dentro de un plazo razonable", no sólo para cualquier acusación penal, sino **también** "para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

A su vez, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su art. 12.2 reconoce al niño "la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial (...), en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional".

García Lema advierte que el enfoque tradicional del derecho constitucional en materia procesal se inclinó por interpretar esos principios como garantías específicas del "debido proceso", a partir de las previsiones del art. 18 CN, y Herrero sostiene que el "derecho a ser oído" es el eje del mecanismo constitucional que constituye la más eminente expresión de respeto a la dignidad del hombre. Tanto ese derecho como el mandato constitucional de "afianzar la justicia" son la clave de la bóveda del sistema procesal porque determinan el nivel de efectividad de la tutela judicial.[13]

3 | La importancia del rol del juez en la búsqueda de la verdad y la adopción de medios tecnológicos

Como se sabe, el art. 36 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación permite a los jueces adoptar medidas para hacer comparecer a las partes con el fin de impulsar una conciliación o requerir explicaciones y a los testigos, peritos o consultores técnicos para interrogarlos en lo que creyere necesario.[14]

(13) García Lema, Alberto, *op. cit.*; Herrero, Luis René, "El derecho a ser oído. Eficacia del debate procesal", en *Debido proceso, obra colectiva,* Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, pp. 91/154.

(14) El lenguaje, tanto verbal como no verbal, le permitirá al juez conocer "la verdad" en el marco de la prueba de testigos, posiciones o examen de peritos. El lenguaje de la palabra queda volcado por escrito, hasta ahora, en el acta que se labra en ocasión de la audiencia haciendo caso omiso del otro lenguaje, también valioso, que podrá ahora quedar plasmado en la videograbación que se incorpora a la causa y será interpretado con sustento científico en ocasión del dictado de la sentencia. En lo que respecta específicamente a la prueba testimonial, sabemos que la estructura lógica constituye una inferencia que sólo proporciona

En ese sentido, representa un avance hacia la oralidad el art. 360 del citado Código, norma que ha sido considerada como el fenómeno procesal más importante del siglo XX.(15)

A su vez, la Corte Suprema de Justicia de la Nación implementó un régimen de audiencias entre las partes, ya sean de conciliación o informativas, algunas de ellas públicas. Esas audiencias, también, importan un notorio avance no sólo con relación a la oralidad, sino respecto a la inmediación y publicidad de los actos del Alto Tribunal. La aplicación de estas posibi-

una verdad probable cuyo grado de certeza depende de las premisas utilizadas. Entre esas premisas se encuentra: que el testigo sea veraz, que haya percibido el hecho con sus sentidos, que sus sentidos sean aptos para percibir el hecho, que se haya encontrado en el estado de ánimo apropiado, que haya tenido la posibilidad física de percibirlo, que lo percibido sea lógicamente posible, que lo visto sea físicamente posible, que sea capaz de interpretar adecuadamente lo visto, que posea buena memoria, que exprese correctamente lo percibido, etc. Como señala Fenochietto, más que la verdad, el procedimiento probatorio tiende a obtener la verosimilitud, pues la memoria no sólo es selectiva, sino que a veces el entorno impone qué es lo que se puede recordar o no, en otras palabras, qué es lo que cae en la esfera de la conciencia. La memoria puede ser considerada un hecho profundamente subjetivo, en el que cada observador construye sus recuerdos de acuerdo con sus posibilidades, su historia, sus percepciones, sus otros recuerdos o esquemas mentales de cada individuo. Sin embargo, la experiencia en los estrados judiciales nos muestra que, muchas veces, el testigo pretende ser el personaje del cuento de Jorge Luis Borges "Funes, el memorioso", quizás con el propósito de hacer cierta, a cualquier precio, la definición de "verdad" que da, con humor, el profesor Horacio Roitman: "Aquello que no posee la parte contraria". Lo cierto es que esa característica, y otras propias de quienes vienen a dar testimonio, no pasan inadvertidas, dado que la práctica de interrogar a los testigos y tomar absoluciones de posiciones van enriqueciendo en el juez su talento en el arte de conocer a las personas, de saber sus reacciones y distinguir sus caracteres de penetrar en las profundidad de las conciencias y conductas ajenas. Esa habilidad, se demuestra mayormente en el libre interrogatorio de los testigos, que contrasta con la falta de espontaneidad y ductilidad que caracterizan a la confesión judicial y que puede y debe dar sus frutos al valorarse la prueba.

(15) Barrios de Angelis, Dante, "Audiencia preliminar, sistema y método", en *Revista Jurídica La Ley*, t. 1988-A, p. 1067. Sin embargo, se pueden encontrar reliquias de la audiencia preliminar en el derecho germánico de la Edad Media en el cual, después de las alegaciones, se emitía una sentencia llamada "probatoria" en la que se determinaba qué se debía probar (las cuestiones), quién debía probar (la carga) y en qué tiempo debía hacerlo (el plazo) (Eisner, Isidoro, "El nuevo art. 125 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", en *Revista Jurídica La Ley* 1981-C, p. 954), como también en el Reglamento legislativo y Judiciario para Asuntos Civiles dado el 10 de noviembre de 1834 por el papa Gregorio XVI, cuyo parágrafo 551 establecía que las cuestiones relativas a localidad e índole del juicio introductorio, a la cualidad que es dado atribuir a la parte en el acto de citación y la legitimación de la persona, se debían proponer y decidir en la primera audiencia (Buzaid, Alfredo, "El despacho saneador", en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, t. IV, n° 7, año IV, 1961, p. 60), ambos citado por Iturbide, Gabriela, "Relevancia en el proceso civil de la audiencia preliminar", en *ElDial.com*. Una opinión crítica sobre la audiencia preliminar puede verse en Leguisamón, Héctor y Porzio, Paula, "La audiencia preliminar en el ámbito de la Capital Federal de la República Argentina", en *ElDial.com*

Infojus

lidades procesales, en línea con el sistema de la oralidad e inmediación, representa una exégesis más acorde con la letra del derecho de la persona a ser "oída públicamente".

También, diversos juzgados del país, contando con autorización de las Cámaras, han puesto en marcha planes piloto para incorporar en la etapa probatoria la filmación de audiencias. De ello nos ocuparemos en apartados separados.

En nuestra opinión, la combinación de un procedimiento oral con los medios informáticos y tecnológicos podrá todavía reducir la necesidad del procedimiento escrito, con suficientes garantías del derecho de defensa que aseguren el conocimiento adecuado por las instancias de apelación.(16)

Un juez provincial a cargo de un proyecto piloto, titular del Quinto Juzgado Civil, Comercial y Minas de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza, Darío Bermejo, alude a recaudos a adoptar en los

(16) La insuficiencia de la escritura para anudar el alma y el cuerpo de la persona que depone en el proceso, y la riqueza de los indicios no verbales, encuentran hoy en la tecnología audiovisual una herramienta eficaz. Al respecto, es sumamente interesante el aporte de la psicología jurídica al que se refiere Fernández,Balbis en su artículo "La videograbación de las audiencias y su máximo rendimiento para una valoración fundada de la prueba", publicado en *ED*, el 01/08/2013. En ese artículo, su autora hace un muy valioso análisis sobre la diferenciación entre lenguaje y gestualidad y cita algunos ejemplos de lenguaje gestual que se advierten en la audiencia: la dirección de la mirada, las lágrimas, las sonrisas, la posición de las cejas, el rostro en general (micro-expresiones, expresiones abortadas, auto delación de los músculos faciales fidedignos, parpadeo, dilatación de las pupilas, rubor, etc.), las ilustraciones que se utilizan para explicar mejor ciertas ideas que no pueden transmitirse fácilmente con palabras (por ejemplo, el adelantamiento entre automóviles) los dedos entrecruzados, las manos en la boca, tocarse la nariz, frotarse un ojo o la oreja, rascarse el cuello, cruzarse de brazos, manipulaciones sobre objetos presentes, etc. Agrega Fernández Balbis que los jueces no deben olvidar que también son filmados junto a los otros protagonistas de la audiencia y que, al igual que a ellos, se les exigirá un comportamiento y presentación propios del decoro del cargo. Precisamente sobre la templanza, Fernández Balbis cita el ejemplo de noticiero nacional en el que se hicieron públicas las reacciones de un juez grabadas en una audiencia llevada a cabo en Estados Unidos, en la que una joven detenida por drogas se hizo "la pícara" frente a él y terminó pagando su inconducta con treinta días de cárcel y un aumento en el precio que debía pagar para la fianza. Aunque fuera opinable, la prensa comentó que el magistrado evidentemente "no tenía la paciencia entre sus virtudes". Las imágenes recorrieron el mundo y cada cual hizo su valoración de las conductas. Concluye la autora en que un mayor acercamiento posible a la verdad al examinar la credibilidad de un testimonio es lo que suele dar una imagen más correcta de la justicia, aunque sea de forma intuitiva, ya que no es propio de un juez mostrar alta tolerancia a la incertidumbre, de modo que no resulta admisible que sólo "cumpla" con estar presente en la audiencia, indiferente a lo que allí suceda como quien completa distraído un formulario.

procedimientos de oralidad filmada —por ejemplo, archivar la filmación y permitir a las partes obtener un DVD no regrabable, para ser utilizado en el ejercicio de su derecho de defensa— y arriba a resultados que juzga excelentes de más de 100 audiencias tomadas bajo el sistema, con reducción del tiempo promedio insumido por audiencia (16m contra 1,46 hs.), lo que ha permitido ahorrar más de 150 horas de trabajo a un auxiliar, el que fue dedicado a otras actividades.(17)

Otras ventajas de este sistema, destacadas por Toribio Sosa y Mario Masciotra, se refieren a investigaciones neurolingüísticas de las que se deriva que el tono de voz, el lenguaje corporal y la postura de los interlocutores, pueden ser captados por el juez y quedar registrados en las audiencias filmadas.(18)

García Lema señala que tuvo ocasión de asistir como letrado de parte a la experiencia del sistema de oralidad filmada, al que califica como un avance notorio respecto del sistema tradicional, pero dado que dicho avance importa un gran cambio cultural, considera conveniente que en una primera etapa de transición las filmaciones y grabaciones que se utilicen, sean desgravadas y volcadas por las partes a los expedientes por escrito, hasta poder asegurar que los jueces de apelación, o la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando entienda por vía ordinaria o extraordinaria, tengan adaptados los respectivos tribunales al sistema de oralidad y en condiciones de ver directamente las filmaciones. En ese sentido, Alejandra Abrevaya resalta el papel del juez de primera instancia en su implementación, en su rol independiente atribuido por la Constitución aún respecto de su "Superior", y las dificultades que genera para el ejercicio de la función judicial la existencia de la burocracia clásica, basada en la jerarquía, asumiendo la necesidad de tal burocracia por el trabajo masivo interno que hay que organizar para poder cumplir ordenadamente con él y de la forma más pronta posible. En el manejo de esas estructuras burocráticas ve Abrevaya un peligro para el accionar del juez, mientras que al juicio oral lo estima "una magnífica escenificación de republicanismo", no obstante lo cual también afirma la conveniencia de tomar los mejores elementos de ambos sistemas, escrito y oral.(19)

(17) García Lema, Alberto, *op. cit.*

(18) Sosa, Toribio, "Modalidad informática del lenguaje: nueva escritura y nueva oralidad, juntas, a través de la computadora", en *Suplemento Doctrina Judicial Procesal*, octubre 2011.

(19) Abrevaya, Alejandra, *op. cit.*

Es necesario, por otro lado, advertir que el sistema oral origina la necesidad de desarrollar una especial capacitación, debido a que en la actualidad los profesionales carecen de formación adecuada para el manejo de este tipo de procedimientos. Oralidad no es lo mismo que oratoria, pero todos los operadores del sistema deberían adecuarse a las nuevas condiciones expositivas y al dinamismo propio de esta metodología. También debería cambiar la estructura de la oficina judicial y las funciones de sus miembros, así como la forma de trabajo. Lo recomendable es consolidar este cambio, acompañándolo con un alto grado de informatización y capacitación. Habrá que valorar, entonces, los conocimientos que tenga el juez de la comunidad en que se inserta, sus habilidades comunicacionales y enfáticas, su conocimiento del lenguaje corporal, y de los métodos de solución alternativa de conflictos. También debería analizarse la capacidad de liderazgo y otorgarles a los magistrados herramientas y personal especializado para la solución y optimización de los recursos materiales y humanos. Las Escuelas Judiciales han demostrado ser muy útiles en este sentido, colaborando con la formación y perfeccionamiento de funcionarios, empleados y aspirantes. Uruguay tiene una experiencia muy positiva y en igual sentido se han expedido los miembros de la Unión de las Naciones Sudamericanas (UNASUR).

A su vez, debe brindarse información adecuada a las partes antes y durante el proceso, tendiente a hacerlos partícipes, comprendiendo tanto su desarrollo como su finalización, con un lenguaje simple, librándose de ritualismos que no tienen razón de ser. Es preciso, también, hacer creíble el proceso judicial, debido a que existe la sensación popular de que la justicia es un proceso lento, excesivamente formalista y que favorece más a ciertos sectores.

No obstante, los factores que dificultan la implementación de la oralidad debe encontrarse en los propios operadores, en la llamada "máquina de impedir", la inercia, el tener que volver a estudiar y perder las ventajas que dan los años de práctica de un sistema frente a otro que no se conoce. En ese sentido, no podemos desconocer que la actual formación universitaria crea en el alumnado una mentalidad adversarial que resulta perjudicial para el funcionamiento armónico del sistema. Falta una formación en los recursos y métodos propios de la oralidad, así como la explotación de las posibilidades que ella genera.

En ese sentido, el modelo exitoso implementado en la República del Uruguay constituye el mejor ejemplo a seguir en materia de estrategia para la concreción de una reforma integral del sistema de justicia, ya que la situación del proceso civil uruguayo antes de su reforma no era muy distinta de la que actualmente existe en la mayoría de los países latinoamericanos. Hasta la entrada en vigor del Código General del Proceso en 1989, el proceso civil en Uruguay padeció de todos los males del proceso heredado de la época colonial. La trascendencia de la reforma uruguaya se debe a su vez a que, en ese país, rige casi sin modificaciones el modelo propuesto por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, lo que nos permite conocer cómo ha venido funcionando en la realidad esta propuesta. Es que, como ha sostenido Santiago Pereira Campos en reiteradas exposiciones a la que hemos asistido, en realidad "no se trata de un modelo uruguayo", sino de la implementación en Uruguay de un modelo aprobado por destacada doctrina procesal internacional, al que se le respetaron todos sus principios y estructuras fundamentales, incorporándole tan solo algunos cambios para adaptarlo a la realidad de ese país.

4 | Experiencia piloto de oralidad implementada mediante la Acordada N° 1068/2007 de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

En el año 2007, diversos jueces del fuero civil fuimos convocados por miembros de la Cámara a los fines de interiorizarnos sobre los alcances de la acordada N° 1068 de fecha 11 de septiembre de 2007 comunicada a los jueces de primera instancia mediante la nota N° 778 del 4 de octubre del mismo año. La convocatoria limitada respondió al hecho de que la sala que contaba en ese entonces con soportes tecnológicos para llevar a cabo la experiencia propuesta por la Cámara de Apelaciones se encuentra ubicada en el edificio donde están radicados los juzgados a nuestro cargo (Uruguay 714). En la actualidad, contamos con cinco nuevas salas en el edificio sito en Av. De los Inmigrantes 1950, en los Juzgados N° 69, 13, 70, 75 y 44, y una más en el segundo piso del edificio ubicado en Lavalle 1220, de modo tal que la convocatoria se extendió a la totalidad de los jueces del fuero.

Ahora bien, no puede ignorarse que en la época en la que nos toca desarrollar nuestra función, la iniciativa —si bien no aplicable a todos los procesos en trámite por una evidente y ostensible carencia de tiempos, recursos y normas procesales que habiliten su generalización—, puede actuar como disparador para que quienes tienen a su cargo la implementación de mejoras en la prestación del servicio de justicia, reparen en la necesidad de agilizar cuanto antes los cambios en ese sentido.

En el instructivo provisto originalmente por la Cámara, y modificado en el año 2012 por sugerencia de los miembros de la Comisión de Oralidad presidida por la Dra. Mabel De los Santos, se advierte que la experiencia piloto de oralidad en la etapa probatoria puede ser aplicada a toda clase de juicios de conocimiento (ordinario, sumarísimo o procesos incidentales que tramiten por alguna de estas vías).

Los jueces que participan de la experiencia podrán elegir, teniendo en cuenta su mayor utilidad para el trámite de la causa, los expedientes en los cuales propondrán aplicar este sistema.

No se trata estrictamente de "tribunales orales", sino de los mismos juzgados unipersonales, que reciben la prueba (declaración de testigos, explicaciones de peritos y confesional o interrogatorio de partes) en una audiencia que se realiza en salas especialmente acondicionadas con aislación acústica y provistas de equipos de filmación y audio a tal efecto. De lo declarado en dichas audiencias no se labra acta, sino que lo acontecido queda registrado con imagen y sonido en un CD o DVD, pudiendo ser reproducido en las computadoras con las que se trabaja en el fuero civil. Para aplicar la experiencia piloto a un proceso civil es necesario la propuesta del juez y la conformidad de las partes, pues se modifican en alguna medida normas del Código Procesal relativas a la recepción de la prueba.

En algunas provincias de nuestro país existen antiguos tribunales orales (por ejemplo, La Rioja, Jujuy y Santa Fe) y en Tierra del Fuego, La Pampa y Río Negro ya se ha adoptado la moderna oralidad o proceso por audiencias, en el que la etapa probatoria se abre con la audiencia preliminar y se cierra con la de prueba, donde se produce toda la que no deba ser presentada por escrito. Sin embargo sólo en Río Negro —donde rige un nuevo Código Procesal Civil y Comercial desde el año 2007— se filman todas las audiencias de prueba.

Pues bien, el instructivo provisto por la Cámara Civil dispone:

> "2. **Oportunidad y condiciones:** Al ordenar el traslado de la demanda o una vez resueltas las excepciones previas, al tiempo de convocar a la audiencia preliminar o durante su transcurso, se invitará a las partes a tramitar la etapa probatoria en dos audiencias: la preliminar prevista en el art. 360 CPCC y una audiencia de prueba (o vista de causa), que se realizará conforme se indica en este instructivo.
>
> Para someter el juicio a este trámite será necesario contar con la conformidad expresa o tácita de las partes del proceso. Al notificar el traslado de demanda o la convocatoria a la audiencia preliminar y la decisión de someter el proceso a esta experiencia, deberá indicarse que la normativa aplicable se encuentra a disposición de las partes y letrados en Secretaría, pudiendo ser consultada también en la página del Poder Judicial, y que cuentan con cinco días para oponerse, vencidos los cuales se juzgada consentida la resolución.
>
> 3. La **audiencia preliminar** se realizará en la forma y tendrá el contenido establecido por los arts. 360 a 362 del Código Procesal Civil, pudiendo también el juzgador invitar a las partes a someter el caso a la experiencia piloto de oralidad filmada durante su transcurso, si no lo hubiere realizado antes. También las partes pueden proponer en la audiencia que el caso se someta a la experiencia piloto.
>
> En caso de acordarse el sometimiento a la experiencia de oralidad, al proveer la prueba en la audiencia preliminar se fijará la fecha, hora y lugar de celebración de la audiencia de prueba que será filmada. A tal fin el juez tendrá en consideración el tiempo que insumirá la realización de la prueba ordenada que no pueda ser producida en audiencia, tales como la informativa y los dictámenes periciales.
>
> Cuando se disponga la realización de **prueba pericial** deberán fijarse los puntos de pericia y designar a los peritos y consultores técnicos, a quienes se hará saber que deberán concurrir a la audiencia de prueba, donde podrán formularse impugnaciones y/o requerir aclaraciones al informe, las que deberán ser evacuadas por los expertos en la misma audiencia. A esos fines

las partes retirarán copias del informe pericial, que deberá ser acompañado al expediente con diez (10) días de antelación a la audiencia. Se hará saber que en caso de no presentarse el informe pericial con la antelación prevista o no comparecer el perito a la audiencia sin causa justificada, perderá el derecho a cobrar honorarios, total o parcialmente (art. 473, último párrafo, CPCC).

La realización de la **prueba confesional** —si procediere— podrá ser postergada, para ser recibida, juntamente con la testimonial y las explicaciones de los peritos, en la audiencia de vista de causa filmada.

Será a cargo de las partes la notificación de los testigos, peritos y consultores técnicos a la mencionada audiencia en la forma y bajo los apercibimientos establecidos en el Código Procesal.

4. La audiencia de prueba será realizada en salas que cuenten con el equipamiento necesario para su registración con video y sonido y se grabará también un CD o DVD de resguardo, que quedará reservado en el juzgado, sin perjuicio de la realización de copias para las partes. Se levantará un acta donde constará exclusivamente la fecha de realización de la audiencia, los autos, las personas que concurrieron y el número asignado al CD o DVD, que será firmada por el Secretario del Tribunal y agregada al expediente.

5. **Presencia del juez:** La indelegabilidad de la audiencia preliminar, que consagra el art. 360 CPCC, se extiende a la audiencia de prueba filmada, a los fines de la experiencia piloto.

6. **Contenido:** En la audiencia de prueba filmada se producirán las pruebas confesional y testimonial, darán explicaciones los peritos y se dispondrá la clausura de la etapa probatoria, de lo que se notificarán las partes en el acto.

En los juicios ordinarios se hará saber a las partes que pueden alegar en la audiencia sobre el mérito de la prueba, con lo que —previo dictamen de los Ministerios Públicos, si procediere— quedará el expediente en condiciones de dictar sentencia definitiva.

En caso de haberse optado por presentar alegato por escrito, en el acto se pondrán los autos —y una copia del CD o DVD que registra la audiencia— a disposición de las partes para

alegar en los términos dispuestos por el art. 482, segundo párrafo, del CPCC, quedando todas las partes notificadas en la audiencia.

7. **Registración de audiencias:** Sin perjuicio del procedimiento por audiencias previsto en el presente instructivo, los jueces también podrán disponer, al proveer la prueba en la audiencia preliminar, que la registración de las audiencias confesional, testimonial y de explicaciones de los peritos se realice utilizando sistemas de video-filmación en las salas acondicionadas por esta cámara o mediante el uso de cámaras web en los juzgados, que permitan su reproducción en cualquier dispositivo informático y garanticen su inalterabilidad. En tales supuestos se procederá de conformidad con lo establecido en el art. 4 del presente instructivo".

En la nota remitida por la Cámara en el año 2007 se advertía que el fundamento de la normativa inicial, radicaba en que "tanto Juez como partes, de a poco vayan tomando confianza en sí mismos sintiéndose capaces de que podrán afrontar exitosamente las distintas etapas propuestas, tratando de evitar que lo desconocido, pueda generar un rechazo inicial".

Ahora bien, al examinar las características relevantes del procedimiento sugerido por la Cámara, nos parece necesario recordar que ellas se enmarcan en el camino que comenzamos a recorrer a partir de las pautas impuestas por el art. 360 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para la audiencia preliminar. En ese sentido, se ha sostenido que la letra del art. 360 implica un cambio de mentalidad. Es un estadio procesal clave. ¿Por qué? Porque

> "...pone en juego en un acto cara a cara todos los principios procesales, que deban jugar los intervinientes en el proceso, partes, letrados y magistrados. De ahí al anhelo de la justicia con rostro, un solo paso. Claro está que resulta difícil que perviva sin la presencia de las partes, sus letrados o el magistrado. No menos cierto es que una vez que los partícipes suben al escenario, la obra debe ser bien actuada y para ello nada mejor que conocer la letra".[20]

(20) Iturbide, Gabriela, "Hacia la oralidad en los juicios civiles (Acordada N° 1068 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil", en *elDial.com*

Consideramos que las audiencias previstas en el programa piloto representan, sin dudas, una inequívoca aproximación al sistema oral dentro del proceso escrito.

En un artículo anterior hemos puesto de manifiesto que vemos a diario que los expedientes están cargados de cuestiones innecesarias y de pruebas superfluas, irrelevantes. Ya el abogado, al recibir el caso en su estudio, lo examina y encuadra jurídicamente. Para ello comienza a filtrar los hechos, cumpliendo una tarea profiláctica de decantación, aseo y ordenamiento de los hechos conducentes que son relevantes para el debate judicial.(21)

Las partes tienen que articular los hechos, a través de la afirmación u oposición y deben ofrecer las pruebas pertinentes u oponerse a las de la contraria.

El juez debe decidir fijando los hechos conducentes en forma definitiva (hechos controvertidos) y admitiendo las pruebas pertinentes.

Se trata, en suma, de identificar la acción por su objeto, sujetos y causa y circunscribir a ellos el debate, descartando todo el material fáctico que resulte extraño a la esencia del conflicto, que pueda traer confusión y engorro y o servir para vejámenes y dispendios inadmisibles.

Son varios los principios procesales que, en nuestra opinión, inspiran la iniciativa que hemos descripto. Esos principios coinciden, básicamente, con lo que se consagran a través de la audiencia preliminar. Ellos son: 1) el principio de **inmediación**, al exigirse la presencia del juez en la audiencia; 2) el principio de **celeridad**, ya que la depuración del proceso permite acortar el tiempo de desarrollo y definición de la causa; 3) el principio de **economía procesal**, que tiende a obtener la mayor eficacia en la administración de justicia con ahorro de tiempo, erogaciones y energía jurisdiccional; 4) el principio de **concentración**; 5) el principio de **moralidad,** que exige evitar que se utilice el proceso como medio de hacer valer argucias, maniobras dilatorias, pruebas inútiles o vejatorias y todo medio antifuncional o malicioso de complicar el debate judicial; 6) el **principio dispositivo**, que impone limitar las pruebas a los hechos controvertidos por las partes en su debido momento y como únicas dueñas del tema a dirimir; y

(21) Iturbide, Gabriela, *ibid.*

7) el **principio de saneamiento**, que tiende a depurar el proceso, mediante la facultad del juez de corregir o subsanar vicios, defectos y omisiones, disponiendo la integración de la *litis* o la justificación de la personería, advirtiendo el defecto legal de la demanda o la incompetencia del juez y evitando o saneando nulidades.(22)

Ahora bien, sin querer pecar de pesimistas, debemos aceptar que los fundamentos de las reformas legislativas vinculadas con la Justicia han sido siempre los mismos: simplificación del procedimiento, aceleración de trámites, abaratamiento de costos, probidad en el debate, y, en las recientes, la cuestión de la denominada "democratización", pero ello no ha rendido los frutos esperados y se ha acelerado la desproporción entre las premisas teóricas e ideales de los modelos codificados y los datos empíricos que objetivamente ofrece la realidad. El resultado es patente y desalentador: las reformas no han pasado, en principio, de la implementación formal y la Justicia sigue siendo morosa y costosa. La tradición hispánica del procedimiento escriturario se mantiene viva. Acumular papeles, argumentar por escrito, correr traslados, enredar el trámite en obediencia a fórmulas tradicionales de peticionar, constituyen las conductas habituales de nuestras prácticas judiciales.

La iniciativa de la Cámara Civil de la Capital Federal constituye una herramienta que, adecuadamente empleada, permite depurar el procedimiento. Es una suerte de tamiz que atrapa las impurezas que obstruyen el normal desenvolvimiento del litigio. Pero como todo medio instrumental, de nada sirve que nos ocupemos en mejorar hasta lograr la perfección técnica más sofisticada si luego no es utilizada por los operadores y, entre ellos, por el principal, el juez.

En ese marco, se ha tratado de buscar la raíz del problema por el cual los jueces no emplean con habitualidad las facultades ordenatorias, instructorias y conciliatorias que se encuentran en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. En ese sentido, no puede ignorarse que existe una prolongada tradición nacional de pasividad judicial, excepto el caso del juicio penal, y no poca responsabilidad tienen los abogados, quienes, de hecho, controlan el trámite del juicio.

(22) Iturbide, Gabriela, *ibid.*

Algunos jueces prefieren condicionar su acción a los petitorios de las partes, ordenando o rechazando los pedidos efectuados por el actor y el demandado. Los letrados no están habituados a pensar en el impulso del juicio por los jueces y prefieren ajustar su ritmo a sus estrategias profesionales.

Ver al proceso civil como el supuesto de máxima aplicación del principio dispositivo lleva a exacerbar la fórmula de la neutralidad del juez, convirtiéndolo en un mero espectador que tiene el compromiso de pronunciar un veredicto al finalizar la contienda.

Frente a ese juez prescindente, se alza modernamente la figura del juez instructor que interviene activamente en el proceso y en el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos. Se arriba así a la fórmula de la autoridad del juez, desplazándose el centro de gravedad del proceso sin que se resienta el poder de disposición (el derecho material) de los particulares, que incluye el poder de iniciación del proceso.

Como ya lo dijimos en otra oportunidad, estamos persuadidos de que este cambio en la mentalidad del juzgador, antes que cualquier reforma legislativa, es la clave del éxito de la experiencia propuesta por la Cámara Civil. En el Código Procesal existen normas suficientes para lograr una eficiente conducción del proceso por parte del juez. Basta que nos animemos a hacerlo.

Es que el cambio de la ley no resulta la panacea de todos los desajustes de conducta, mientras subsistan las causas de ese desajuste.

En esa línea de ideas, resulta esencial para un manejo exitoso de las audiencias que el juez efectúe una atenta y prolija lectura del expediente. Ya cuenta con los hechos expuestos, los coincidentes y los divergentes, como así también las pruebas ofrecidas por ambos contendientes. Con esta aproximación personal a los autos podrá advertir y consecuentemente sanear todos los defectos, errores y omisiones de procedimiento, aligerando así la contienda mediante un obrar prudente, lo que le evitará lesionar el derecho de defensa y alterar el equilibrio de los litigantes.

Es así que, en la medida de lo posible, debe aprovecharse la presencia de las partes en la audiencia de absolución de posiciones para ampliar el contenido de ésta, utilizando las facultades ordenatorias, instructorias y de

saneamiento de las cuales los jueces están investidos, y fomentando la conciliación intraprocesal, aun sobre temas puntuales, y sin perjuicio de que tales potestades sean ejercidas en cualquier momento del juicio, disponiendo la comparecencia personal de los litigantes y sus letrados, cuando lo estimare conveniente. En cuanto a la audiencia en la que se debe cumplir con las pruebas que el juez considere conducentes, su presencia para conocer personalmente a los testigos y a los peritos constituirá, a no dudarlo, una herramienta de significativa relevancia para concretar el tan ansiado principio de celeridad procesal y la pronta culminación de los pleitos.

Es cierto que el índice de litigiosidad de la Capital Federal y del Gran Buenos Aires no puede compararse con el de las provincias, y que el mayor problema que siempre ha planteado la oralidad radica en resolver la relación entre el número de jueces y el número de causas en trámite, circunstancia que hace más ardua la adopción del proceso por audiencias en lugares con alta densidad poblacional y consecuente elevado índice de litigios. Sin embargo, el aporte de las nuevas tecnologías está permitiendo resolver estos problemas sin incurrir en costos excesivos.

Estamos convencidos, y así se ha puesto de manifiesto reiteradamente en el seno de la Comisión de Oralidad de la Cámara Civil, que las bondades de la experiencia implementada mediante la Acordada 1068 del año 2007 debe difundirse entre los operadores jurídicos (fundamentalmente, los jueces) a través de la cátedra, los colegios de abogados y de magistrados, los institutos de derecho procesal, las publicaciones especializadas y demás medios de comunicación.[23]

Seguramente, el proyecto es perfectible, pero más allá de las observaciones que podamos hacerle, deberíamos aceptar el desafío y resultar protagonistas y no espectadores del cambio que seguramente todos buscamos para mejorar día a día el cumplimiento de nuestra misión.

(23) En la Comisión de Oralidad la Dra. Mabel de los Santos ha insistido reiteradamente en que en el fuero civil de la Capital Federal el promedio de causas en trámite por juzgado está entre dos mil y tres mil, de manera que no sería posible adoptar la oralidad de modo general sin complementarla con la filmación y la digitalización de la imagen en el sistema informático. En el seno de la Comisión también se encuentra en debate que, como la videograbación de las audiencias permite preservar los beneficios de la percepción personal de las declaraciones, sería admisible que el juez, quien ya estuvo presente y conoció a las partes en la audiencia preliminar, delegue la audiencia de prueba en un funcionario de su juzgado. Se habla hoy de la sustitución de la inmediación "física" del juez por la inmediación

Con ese propósito, y más allá de la aplicación del instructivo al que nos venimos refiriendo, en el juzgado N° 71 hemos dispuesto la videograbación de todas las audiencias de testigos, a partir de una rudimentaria cámara web, con resultados absolutamente exitosos no sólo en lo que respecta al ahorro de tiempo de la audiencia, y a la dedicación del escribiente a otras tareas del tribunal, sino también por la inmediación del juez con el testimonio al momento de sentenciar. Debemos aclarar que de la enorme cantidad de audiencias que se han tomado desde que se implementara esa modalidad para recibir los testimonios hace ya varios años, ningún letrado formuló objeciones al sistema. Tampoco lo hicieron quienes fueron citados a declarar, ni constituyó esta modalidad fundamento de nulidades ni de planteos dilatorios del trámite del proceso. Es más, sólo en un caso, debió recurrirse a la tradicional transcripción de los dichos del testigo por hallarse éste involucrado en cuestiones relacionadas con el Servicio de Inteligencia del Estado. Tampoco fue cuestionada por el Superior la metodología empleada en todos aquellos expedientes que fueron elevados con motivo de recursos interpuestos contra la sentencia definitiva.

5 | Implementación en el fuero civil de la experiencia de oralidad filmada en procesos de conocimiento (2012)

Tribunal	Causas sometidas a la experiencia	Sentencia	Acuerdo conciliatorio o transaccional	En trámite	Autos p/sentencia	Otros métodos de conclusión
58	5	5	-	-	-	-
75	10	-	6	-	-	4

"virtual" o "sensorial" que permite la reproducción de videograbaciones. Por otra parte, ya hemos dicho que la filmación insume menos tiempo en la celebración de la audiencia y ello redunda en un mayor rendimiento del trabajo. A su vez, si fuera posible digitalizar la imagen y almacenarla en el sistema informático como parte del expediente, se aseguraría la inalterabilidad del registro, pudiendo así los justiciables consultar el expediente por Internet y también reproducir las audiencias, sin alterar su contenido. La videograbación hace posible también que otro juez, diferente del que recibió la audiencia, pueda dictar la sentencia como si hubiera presenciado la audiencia. Esta última solución es de importancia ante ascensos, renuncias, jubilaciones o fallecimientos de los jueces que tomaron la audiencia de prueba o para permitir que los jueces del tribunal de apelaciones valoren la prueba como si hubieran estado presentes en la audiencia en que se recibió.

Tribunal	Causas sometidas a la experiencia	Sentencia	Acuerdo conciliatorio o transaccional	En trámite	Autos p/sentencia	Otros métodos de conclusión
95	3	1	-	-	-	2
101	10	3	1	6	-	-
3	1	1	-	-	-	-
37	2	1	-	1	-	-
67	1	1	-	-	-	-
13	129	23	52	35	-	19*
11	29	9	3	15	1	1
29	3	2	1	-	-	-
71	25	2	13	8	-	2
54	1	1	-	-	-	-
69	5	-	-	4	1	-
41	4	-	-	4	-	-
20	48	-	-	48	-	-
Sala M	1	1	-	-	-	-
Total	277	50	76	121	2	28
	100%	18,05%	27,43%	43,68%	0,72%	10,10%

*La cantidad de 19 exptes. corresponde a: 12 exptes. concluidos por caducidad, 2 exptes. desistidos de acción y derecho, 1 expte. remitido a otro juzgado, 2 recusada sin causa, 1 prescripción, 1 incompetencia.

6 | Pautas tomadas en cuenta para someter los procesos a la experiencia de oralidad en el fuero civil[24]

1) **Clases de procesos:** a) Sumarísimos: acción declarativa, daños al consumidor, daños y perjuicios sin lesiones y procesos derivados de conflictos en el régimen de la propiedad horizontal; b) Ordinarios: daños y perjuicios con lesiones, mala praxis médica, nulidad de escritura pública,

(24) Síntesis elaborada por la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara del fuero sobre la base de la consulta formulada a los jueces que participan de la experiencia piloto.

daños y perjuicios por uso de imagen, daños y perjuicios en espectáculos públicos, daños y perjuicios inapelables por el monto, cobro de sumas de dinero.

2) **Criterios de selección: r**esponsabilidad médica, juicios de menor cuantía, conformidad de las partes, complejidad del conflicto.

3) **Modo de introducción al Proyecto:** conformidad expresa o tácita de las partes.

4) **Virtudes de la Oralidad:** Inmediación del juez con las partes y el material probatorio; transparencia del proceso; simplificación del procedimiento; concentración y celeridad procesal; importancia institucional; visión del juicio como una unidad que conforma el caso para poder decidir con un conocimiento totalmente diferente del mismo; evitar interpretaciones erróneas en las declaraciones.

5) **Virtudes de la filmación***:* Reduce fingimientos; supera el requisito de identidad entre quien recibe la prueba y quien dicta la sentencia; ahorro de tiempo del audiencista, y de insumos.

6) **Dificultades del Proyecto:** Aplazamiento de las audiencias por la falta de presentación de las pericias; imposibilidad de notificar a los testigos y su falta de comparecencia a la vista de causa; peritos que se rehúsan a aceptar cargos o demoras en aceptarlo; prueba informativa no cumplida al momento de la audiencia de vista de causa; indelegabilidad de la audiencia en el Secretario, lo que impide su celebración ante la ausencia del Juez; dificultad en la coordinación simultánea de la comparecencia de los testigos y de la impugnación de las pericias en un único acto.

7) **Propuestas de solución***:* Monitoreo; utilización de nuevas tecnologías para asegurar la fidelidad de las grabaciones; confección de lista especial de peritos que manifiesten aceptar trabajar en procesos sometidos a la experiencia piloto.

8) **Sugerencias:** Necesidad de una reforma legislativa para tender a la obligatoriedad del sistema; informar a los peritos inscriptos sobre la experiencia de oralidad para que conozcan su dinámica; tiempo de extensión de la experiencia.

7 | Experiencia en la Provincia de Buenos Aires

El 1 de agosto de 2012, mediante la resolución N° 1904, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, dispuso la videograbación y digitalización de las audiencias de prueba como experiencia piloto en los fueros civil y comercial y penal, la que se está realizando por algunos juzgados en varios departamentos judiciales de la provincia.

Dice la mentada resolución:

> "…VISTO Y CONSIDERANDO: el firme y sostenido avance de esta Corte tendiente a la incorporación y utilización de nuevas tecnologías de información y comunicaciones que permitan brindar mayor agilidad a la gestión judicial, sin menoscabo de la garantía de seguridad en los procedimientos que se llevan a cabo por ante los órganos que integran este Poder Judicial.
>
> Que, con el objetivo de lograr la optimización de la disposición efectiva y eficiente de los recursos técnicos aludidos, en sujeción al superior interés del mejoramiento del servicio de justicia, es que resulta propio y oportuno disponer la realización de una Prueba Piloto consistente en la grabación de audio e imagen del desarrollo de las audiencias que se celebren para receptar en forma unificada medios de prueba aptos para ser sujetos a dicho procedimiento, con la posibilidad de producir un documento escrito con el extracto de lo acontecido durante las mismas, el cual, una vez impreso y suscripto por los intervinientes pueda ser agregado como constancia a los expedientes judiciales.
>
> Que, la viabilidad de la propiciatoria resulta factible en atención a que en la actualidad este Tribunal cuenta con el denominado Sistema CICERO que facilita la realización de la videograbación de todo lo actuado, con la seguridad de que los registros que por este medio se obtengan, una vez cerrados y firmados digitalmente por el magistrado y el funcionario actuante, resultan inalterables y pueden ser almacenados —hasta que se dé por definitivamente concluido el juicio— en el servidor de este Poder Judicial.

Que, la operatoria propuesta, a su vez, posibilita la obtención de copias del registro aludido ut-supra de modo inmediato en formato DVD, tanto para su entrega a las partes que lo requieran, como para reserva y consulta del órgano jurisdiccional interviniente; significando que, en cualquier caso, sólo es posible la reproducción de lo grabado, mas no la modificación o alteración de su contenido.

Que, por otra parte, es oportuno señalar que la implementación del modo que se propone de sentar lo actuado en la celebración de audiencias, halla sustento en la interpretación analógica de los medios previstos en lo dispuesto por el art. 126 del CPCCBA, a lo que cabe agregar que, a su vez, tampoco resulta óbice para ello lo dispuesto en el inc. 5° del art. 125 del mencionado cuerpo legal, dado que el archivo de texto que produce el sistema se asimilaría al acta con relación abreviada de lo acontecido durante la audiencia que debe confeccionar el Secretario y ser suscripta por los intervinientes del acto.

Que, en el orden señalado, no resulta ocioso recordar que doctrinariamente se ha entendido que la grabación audiovisual de las audiencias es un medio admitido de registro. Por su parte, el cimero Tribunal de la Nación (Fallos 320:253, *in re* "Cárdenas, Eduardo (juez) s/Filmación en cámara Gesell-Autorización", del 28/2/97, cit. en Arazi-Rojas, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado-Anotado y Concordado, t. I, p. 464, Rubinzal-Culzoni, 2001), se ha expedido sosteniendo la viabilidad de autorizar la video-filmación de entrevistas en Cámara Gessell; en razón de lo cual se colige que no se halla valladar que impida el registro digital de lo que acontezca durante las audiencias de prueba.

Que, sin dejar de resaltar que la puesta en funcionamiento del sistema de videograbación que se propone, conllevaría a sensibles mejoras en la prestación del servicio de justicia, pues brindaría absoluta inalterabilidad y fidelidad de su registro, aún bajo condiciones deficitarias de iluminación o acústica, debe sumarse la circunstancia de que la calidad probatoria del documento obtenido resulta muy superior a los mecanismos que en la actualidad son utilizados con esa finalidad, dado que,

las declaraciones son formuladas con un discurso mucho más natural, que facilitará la evaluación actitudinal del deponente.

Que, al propio tiempo han de tenerse en cuenta razones de economía procesal que robustecen el andamiento de la experiencia propuesta (*v. gr.* tiempo de duración del acto, consulta rápida y directa de lo actuado por parte de los justiciables y el órgano jurisdiccional), y la facilitación de materializar el principio de inmediación, permitiéndose resolver inmediatamente las incidencias que pudieran suscitarse durante el transcurso de la audiencia; sin mengua del resguardo que la presencia del magistrado junto al funcionario actuante —que sellarán digitalmente el documento— trae aparejado.

Que, todo lo precedentemente señalado permite colegir que resulta oportuno y conducente llevar a cabo la aludida Experiencia Piloto. Al respecto, debe ponerse de resalto que los señores magistrados titulares de los Juzgados en lo Civil y Comercial nros. 1, 5 y 14 del Departamento Judicial La Plata, Doctores María Cecilia Valeros, Fabiana María Coradi y Andrés Antonio Soto, respectivamente, así como la señora Jueza del Juzgado en lo Civil y Comercial n° 1 de Azul con sede en Olavarría, Doctora Ana Mabel Eseverri, han demostrado su interés en participar en la prueba piloto propuesta, utilizándose con esa finalidad como sala común de Audiencias emplazada en el palacio de Tribunales donde se realizan las subastas judiciales, anexa al Juzgado Civil y Comercial n° 23 de Las Plata, para los órganos pertenecientes a ese departamento judicial y la suya propia para el Juzgado de Olavarría; en virtud de todo lo cual ha de procederse en consecuencia.

Por ello, la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, en ejercicio de sus atribuciones, RESUELVE:

Art. 1°: Autorizar la realización de una Prueba Piloto destinada a la videograbación del desarrollo de audiencias que sean susceptibles de recepción unificada de prueba dispuestas en causas judiciales (…).

Art. 2°: Disponer que la Prueba Piloto será llevada a cabo con intervención de los siguientes órganos jurisdiccionales:

Juzgado en lo Civil y Comercial N° 1 de La Plata.

Juzgado Civil y Comercial N° 5 de La Plata.

Juzgado Civil y Comercial N° 14 de La Plata.

Juzgado en lo Civil y Comercial n° 1 de Azul con sede en Olavarría.

Art. 3°: Encomendar a la Subsecretaría de Tecnología Informática de esta Corte para que ponga a disposición todos los elementos que fueren menester para la realización de la referida Prueba Piloto que se llevará a cabo, para los órganos jurisdiccionales pertenecientes al Departamento Judicial La Plata, en las instalaciones de la Sala de Audiencias anexa al Juzgado Civil y Comercial n° 23 de La Plata, emplazada en el Palacio de Tribunales donde actualmente se celebran subastas públicas, y para el Juzgado Civil y Comercial N° 1 de Azul con sede en Olavarría, en la sala que le es propia.

Art. 4°: Las audiencias sujetas a la presente Prueba Piloto serán Íntegramente documentadas mediante el sistema CICERO (de videograbación de lo actuado) validado por el Poder Judicial de la provincia.

Art. 5°: En el desarrollo de todos los actos que se lleven a cabo en el marco de la Prueba Piloto deberán encontrarse necesariamente presentes el señor Juez interviniente y el señor Secretario o Auxiliar Letrado que lo sustituya.

Art. 6°: Una vez finalizada la audiencia que haya sido videograbada, cada parte interesada podrá retirar un disco de video en formato digital, quedando, a su vez, uno de estos dispositivos en sede del Juzgado y el registro definitivo en el correspondiente SERVER del Poder Judicial. Asimismo, se expedirá un acta con resumen de todo lo actuado, generada por el propio sistema.

Art. 7°: Requerir de los señores magistrados que participen de la Prueba Piloto, a la finalización de la misma, un informe conceptual sobre la experiencia llevada a cabo, como asimismo invitar a los letrados que intervengan a que pongan de manifiesto su opinión al respecto.

Art. 8°: Poner en conocimiento del Colegio de Abogados de la provincia de Buenos Aires, la experiencia Piloto que por la presente se autoriza.

Art. 9°: Regístrese, comuníquese".

Estamos en conocimiento, por comentarios realizados en el seno de la Comisión de Oralidad de la Cámara Civil de la Capital Federal a raíz de la visita que la Dra. Mabel De los Santos efectuó a la ciudad de La Plata para informarse sobre el funcionamiento del sistema —el cual, por lo demás, hemos podido personalmente constatar a partir de las filmaciones de audiencias que nos han sido proyectadas—, que la metodología de videograbación de audiencias implementada mediante la Resolución que acabamos de transcribir ha resultado muy exitosa y por ello continúa siendo utilizada en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires.

Como puede verse, el sistema implementado en la Provincia de Buenos Aires permite que de cada audiencia realizada con esta herramienta se obtenga un registro de absoluta inalterabilidad y fidelidad que se almacena en un servidor exclusivo validado por el Poder Judicial provincial. A través de esta modalidad se pueden obtener copias inmediatas en forma DVD, tanto para entregar a las partes como para reserva y consulta del juzgado interviniente. En ese ámbito, se ha habilitado una sala especialmente acondicionada para poder captar y grabar audio e imagen de las audiencias susceptibles de recepción unificada de prueba, tales como las correspondientes a declaraciones testimoniales, absolución de posiciones o comparecencias de peritos. El sistema permite brindar mayor agilidad a la gestión judicial sin menoscabo de la garantía de seguridad en los procedimientos que se llevan a cabo por ante los órganos que integran el Poder Judicial y exige que el juez, secretario o auxiliar letrado que lo reemplace cuenten con firma digital autorizada. Además del resguardo en el Server, habilita la obtención de copias por el expediente y para las partes y genera un acta con resumen de lo actuado en formato papel, es decir que lo dicho oralmente se va transcribiendo también a texto, mediante un intérprete de voz. El desarrollo del acto se hace bajo la dirección del juez y en presencia del secretario. La modalidad de la celebración se hace saber a las partes con la notificación del auto de apertura a prueba o al fijarse la fecha respectiva, propugnándose siempre la unificación de la recepción de la totalidad de la prueba (resolución n° 3683/2012, del 19/12/2012).

Entre las precursoras, la experiencia de Río Negro ha sido muy positiva. Sus protagonistas son contestes en que la presencia del juez, la fidelidad absoluta de la filmación y la posibilidad de reproducir el acto visual y auditivamente cuantas veces sea necesario provocaron una notable reducción de incidentes durante la recepción de las declaraciones. Esos incidentes se originaban en gran medida por la incertidumbre de los abogados acerca del mensaje declarado que efectivamente habría de llegar a los jueces encargados de resolver las causas en las distintas instancias, o a la necesidad de recalcar lo inverosímil de una declaración, o la verosimilitud de otra, siendo evidente que los abogados actúan —en este marco— con mayor confianza y menor beligerancia y que, además, se ha reducido el histrionismo tanto de los curiales como del resto de los asistentes que se apreciaba en las audiencias escritas, al tiempo que se ha podido prescindir del escribiente, empleado que queda disponible para otras tareas. Se ha destacado, además, que las audiencias han recobrado espontaneidad al evitarse las interrupciones tipográficas y que las fórmulas sacramentales han dado lugar a interrogatorios francos, fluidos, naturales. Particularmente valiosa resulta la filmación para la prueba pericial, ya que los peritos pueden brindar sus explicaciones verbalmente ante el registro de la cámara con notable claridad, liberados del yugo de la redacción a la cual están generalmente desacostumbrados. Todo esto le ha permitido a un juez sintetizar con gracia que:

> "...filmar las audiencias perpetúa gestos, atesora voces, conserva facciones, prolonga miradas, reduce descaros, retiene pudores, revive silencios y exageraciones. Filma las audiencias reduce expedientes, detiene relojes, redime escribientes. Filmar las audiencias sincera testigos, distiende abogados, divulga peritos. Pero filmar las audiencias permite especialmente el regreso del juez a la liturgia del proceso civil, donde las partes lo extrañaban tanto".

Ahora bien, si se comparan las experiencias de la Capital Federal y la de la Provincia de Buenos Aires, se advertirá que, por ahora, la experiencia capitalina es más acotada porque se limita a la video-filmación, careciendo todavía de un sistema que le permita digitalizar lo filmado. En la provincia de Buenos Aires, en cambio, se cuenta con el sistema CICERO que no sólo permite la digitalización y la consiguiente entrega de discos ópticos a los litigantes que contienen la filmación de una audiencia, sino que también

posibilita la práctica del *"taggear"*. Esto último consiste en la chance de que a medida que se filma la audiencia el juez va marcando sus aspectos o tramos relevantes para después ahorrarse observar la repetición íntegra de lo filmado. Por su parte, la experiencia capitalina representa los méritos de haber diseñado un instructivo en el año 2007, modificado en el 2012, para que resulte más fructífero el manejo del sistema de documentación audiovisual, y de haber tenido la previsión de impartir cursos de capacitación específica, técnica y jurídica, al personal judicial.

Reiteramos que los informes y encuestas producidas en relación con ambos intentos fueron francamente favorables. Obviamente, la adopción de estas nuevas metodologías implica un cambio profundo en las costumbres judiciales, pero todo avance presupone algún sacrificio. Sobre el punto, Peyrano dice:

> "El nuevo método de documentación ha obligado (en España) a que cuando se interpone después algún recurso contra la sentencia o resolución judicial, los abogados en vez de referirse a una hoja o página se refieren a los minutos y segundos de la grabación (*v. gr.* se alega que en el minuto 34 el testigo respondiendo tal pregunta, contestó...". (25)

8 | Experiencia personal

Desde que se instalara la experiencia piloto de oralidad, y hasta el mes de noviembre de 2012, hemos sometido a esa experiencia en el juzgado a mi cargo un total de 25 causas. En general, solemos elegir los procesos de conocimiento de menor complejidad, es decir, juicios de daños y perjuicios de escasa cuantía por reclamos de accidentes de tránsito en los que no resultaron lesionados.

En relación al tiempo que insumió el trámite de los procesos sometidos a esta experiencia, resulta interesante destacar que ha existido un alto número de acuerdos (más del 60%), de modo que resulta difícil establecer criterios objetivos que permitan hacer comparaciones. Sin perjuicio de ello, cabe señalar que los acuerdos suelen celebrarse antes de la audien-

(25) Peyrano, Jorge, *op. cit.*

cia preparatoria, y que, de los 25 expedientes sometidos a la experiencia piloto por haber las partes prestado su consentimiento expreso o tácito a noviembre de 2012, sólo en uno se ha dictado sentencia, habiendo transcurrido entre la iniciación y el dictado de la sentencia menos de dos años.

En cuanto a las virtudes del sistema, hemos dicho que son muchas y ya conocidas por todos los que estamos participando en la experiencia. Además de que con su implementación se cumplen los principios de inmediación, concentración y celeridad procesal en mayor medida que con el proceso totalmente escrito, hemos comprobado que la presencia del Juez en la audiencia desalienta actitudes reñidas con la buena fe y la lealtad procesal.

En lo que concierne a las dificultades que se han presentado al implementar el instructivo, nos parece oportuno señalar: a) la imposibilidad de notificar a los testigos y su falta de comparecencia a la vista de causa; b) reticencia de algunos peritos a aceptar los cargos en procesos de esta índole; c) la prueba informativa no logra cumplirse al momento de la audiencia de vista de causa, lo que impide clausurar el período probatorio en ese acto; d) abogados reacios a alegar sobre el mérito de la prueba producida en esa oportunidad y que prefieren hacerlo en forma escrita; e) dificultades de le jueces para estar presentes en las audiencias por cuestiones de agenda y sobrecarga en sus tareas; f) indelegabilidad de la audiencia en el Secretario del juzgado, lo que impide su celebración ante la ausencia circunstancial del juez.

En síntesis, consideramos que el proceso totalmente escrito resulta anacrónico en función de las necesidades de la sociedad actual, que no admite demoras. Sin perjuicio de ello, consideramos que sólo podrán evaluarse en forma objetiva y concreta los resultados de esta experiencia y podremos compararlos con aquellos del proceso escrito, una vez que existan juzgados que utilicen el sistema en forma exclusiva. Hasta tanto ello suceda, no pueden hacerse comparaciones con certero rigor científico.

9 | Conclusiones

Hemos visto durante el desarrollo de este trabajo que la videograbación de las audiencias judiciales, como técnica aplicada al proceso civil, genera un retorno de la inmediación en la producción de la prueba y trae consigo

el compromiso del juez de ejercitar un rol más activo en la búsqueda de la verdad, al ver facilitada la posibilidad de un amplio y libre interrogatorio de las partes, los testigos y los peritos.

Las experiencias cumplidas en las pruebas piloto a la que nos hemos referido muestran que se insume mucho menos tiempo y lo que antes se hacía en dos o tres días hoy puede hacerse en una misma jornada, sin afectar el tiempo de un escribiente o copista. Por otra parte, la posibilidad de contar con el registro de la audiencia en un servidor de estricta seguridad facilitará la tarea de su revisión cuantas veces sea necesario no sólo por parte del juez de primera instancia que deba dictar la sentencia, sino también por las demás instancias revisoras.

En ese contexto, será necesario que el intérprete no pierda de vista que cada comportamiento no verbal está asociado al conjunto de la comunicación de la persona, que la interpretación de los movimientos no verbales se debe hacer con un criterio de congruencia con la comunicación verbal y que se debe situar cada comportamiento no verbal en su contexto comunicacional y cultural.[26]

Es así, entonces, que lo que surja de las audiencias habrá de ser evaluado junto con las restantes pruebas, conforme a las reglas de la sana crítica derivadas de la lógica, la ciencia, y la experiencia.

Por otro lado, estamos convencidos de que es necesario adoptar cambios profundos en los procedimientos judiciales, adecuados a una mayor cantidad de litigios, entre otras razones por los crecientes derechos individuales y sociales reconocidos constitucionalmente.

La creación del Consejo de la Magistratura tuvo por objeto concretar dos fines esenciales: asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación del servicio de justicia, según lo enuncia en su parte final el inciso 6 del art. 114 CN.

Son bien conocidas las dificultades prácticas y de índole política que ha tenido y tiene actualmente el Consejo, primero por su implementación demorada, y luego por los difíciles acuerdos políticos necesarios para

(26) Fernandez Balbis, *op. cit.*

arribar a las formas de su organización y funcionamiento. En ese sentido, es por demás evidente que las demoras que pudieren existir en designar los jueces titulares de muchos juzgados, la falta de afectación de los fondos necesarios para la renovación o ampliación edilicia, y la ausencia de un plan integral y una política de Estado que atienda a todas esas situaciones, constituyen serios obstáculos para la consagración de la oralidad como una forma de incentivar la publicidad y la transparencia procesal.[27]

Como acertadamente comenta García Lema mientras tanto, son destacables y cabe alentar las experiencias piloto sucintamente descriptas en este trabajo en orden a la oralidad y a la inmediación de los jueces, que tienden a hacer efectivas las garantías de las personas vinculadas con el debido proceso y el plazo razonable para la conclusión de los litigios, aspectos que deben interesar directamente al derecho constitucional y no sólo al derecho procesal.[28]

Es por ello que coincidimos con Abrevaya en que, en la actualidad, la propuesta más adecuada consiste en tomar los mejores elementos de ambos sistemas, el escrito y el oral. Resultaría viable, así, una fase inicial en el procedimiento escrito, como sucede en la mayoría de los países sometidos a la oralidad, en la que puede hacerse pleno uso de las nuevas tecnologías a través del escrito electrónico, la tramitación reflejada a través de la red de Internet y/o las comunicaciones por ese medio.[29]

(27) Sobre el tema, Benabentos (en su artículo citado anteriormente) advierte que los cambios normativos de los sistemas procesales vigentes deben ir acompañados de las transformaciones estructurales que generen el soporte necesario para llevar adelante aquellos cambios y mejorar tanto la gestión como los sistemas de información. Por lo tanto, debe instarse a los gobiernos de turno para que asuman un rol central dentro del cambio que se propugna, apoyando con el auxilio presupuestario adecuado al núcleo de las innovaciones técnicas que se quisieran implementar. A modo de ejemplo, cabe señalar que es imprescindible la construcción de espacios donde puedan cumplirse las audiencias orales y públicas.

(28) García Lema, Alberto, *op. cit.*

(29) Abrevaya, Alejandra, *op. cit.* La autora deja a salvo los juicios especiales o de menor cuantía, en los que podría instrumentarse perfectamente un reclamo oralizado que agilice sustancialmente todo el trámite, y agrega que la sola utilización de las nuevas tecnologías en un sistema totalmente escrito importaría perder el vínculo físico esencial para la eficacia verdadera y profunda de la justicia. En ese entendimiento, se refiere al *common law*, en el que se suplantó hace largo tiempo la fase inicial oral por una demanda simplificada en la que se establecen los hechos sin fundamentación jurídica no aportación de prueba.

En definitiva, se trata de que, en el camino a la efectiva concreción del "acceso a la justicia", se priorice la simplificación del sistema, valorizando, como decía Falcón, "al común de la gente",[30] para lograr justicia real y paz social y que los ciudadanos puedan disponer de su tiempo para actividades creadoras y de satisfacción personal y no estar absorbidos por batallas permanentes.

(30) Falcon, Enrique, *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial. Parte General - Demanda*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2006, t. I, p. 77.

La oralidad del proceso civil como instrumento de cambio

por **ÁNGELA E. LEDESMA**[1]

I | Introducción

La reforma de la Justicia hoy es un tema que está fuertemente instalado en la agenda pública y como no podía ser de otro modo alcanzó al denominado fuero civil como omnicomprensivo de lo no penal.

Los problemas de acceso a la justicia fueron advertidos por sectores académicos que se hicieron sentir en la década de los ochenta en consonancia con una tendencia mundial para hacer efectivos los derechos.[2] En los noventa se alcanzaron niveles de discusión en los distintos ámbitos, que comenzaron por proponer una reforma integral al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación,[3] hasta consolidar la mediación como una forma alternativa de solución de conflictos en nuestro medio, primero en el orden nacional, y luego extendida a las provincias y a la Ciudad Autó-

(1) Profesora titular interina de la cátedra Elementos de Derecho Procesal Civil, de la Facultad de Derecho de la UBA y post grado de la misma casa de estudios

(2) Así cabe mencionar la repercusión que los trabajos de Mauro Cappeletti y Bryant G. Garth tuvieron entre nosotros, en particular gracias a la impronta dada por la denominada escuela procesal de La Plata, encabezada por el Maestro Augusto M. Morello.

(3) Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ley 17.454, de la década de los sesenta, cuya reforma fue promovida en los noventa por dos proyectos encarados por comisiones constituidas en el ámbito del Ministerio de Justicia de la Nación. El primero de ellos, publicado en septiembre de 1993, fue elaborado por Augusto M. Morello, Roland Arazi, Isidoro Eisner y Mario E. Kaminker; y el segundo, publicado en mayo de 1994, por Carlos J. Colombo, Julio C. Cueto Rúa, Raúl A. Etcheverry y Héctor G. Umaschi.

noma de Buenos Aires. En tanto el Código Procesal solo fue parcialmente reformado por la ley que introdujo la denominada audiencia preliminar prevista por el art. 360 CPCCN,[4] quedó relegado el cambio integral que proponían los proyectos elaborados por aquellos años, que se caracterizaba por la propuesta unánime de realización de un proceso por audiencias, siguiendo los lineamientos generales del Código Modelo para Iberoamérica elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal[5] y que diera luz el Código General del Proceso de Uruguay.[6]

Las quejas de la ciudadanía respecto al funcionamiento de la justicia en general, hoy se hacen sentir con mucha fuerza en el fuero civil, frente a la complejidad de los conflictos que llegan a la justicia como consecuencia de un mundo globalizado y el mayor reconocimiento de derechos, en particular cuando se trata de tutelas diferenciadas que como tales requieren respuestas acordes a su génesis, llámese derecho a la salud, al medio ambiente sano, vivienda digna o grupos vulnerables, solo por mencionar algunos.

Como se ha dicho reiteradamente, existe una interrelación entre la sociedad y los modos de realizar el proceso judicial. El derecho procesal, como la rama del derecho más dinámica, debe adaptarse a los requerimientos de su tiempo. En el orden nacional y federal queda claro que los parches hechos al código de la década de los sesenta resultan insuficientes para responder a los reclamos sociales que medio siglo después se plantean.

Nadie duda hoy que la justicia civil en Argentina es lenta, cara y burocrática, que como dice el refrán popular "más vale un mal arreglo que un buen juicio". Porque más allá de los esfuerzos que hacen a diario miles de operadores del sistema, el promedio de duración de un juicio en primera instancia siempre supera el año, eso es consecuencia de la simple medición de los tiempos del proceso escrito regulado por las normas procesales, fenómeno que se ve agravado por feriados ordinarios y extraordinarios, ferias judiciales y días inhábiles.

(4) Ley 24.573, publicado en BO 27/10/1995.

(5) Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, Montevideo, 1988.

(6) Ley 15.982 de 1989, recientemente reformado por ley 19.090 de 2013.

Aunque en este momento se está desarrollando el nuevo *software* de gestión impulsado por la Comisión Nacional de Gestión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Consejo Nacional de la Magistratura, no creemos que con el código vigente y las prácticas enraizadas en nuestros tribunales se modifique —al menos en el corto plazo— el tiempo del proceso, dado que las disfunciones del sistema soporte papel se trasladarán al soporte digital, y ya se advierte una gran preocupación por resguardar las mismas formas.

El expediente digital, que no implica en sí mismo ausencia de trámite sino transporte del trámite de un modelo acumulativo de papeles a otro acumulativo *on line*, quizá pueda aportar el acortamiento de los tiempos probablemente en el mediano o en el largo plazo, pero el cambio tampoco impedirá la delegación de funciones, en detrimento del principio de personalización que debería prevalecer entre el juez, las partes y la prueba, y, en definitiva, no necesariamente incidirá en términos de eficiencia y menos aún de calidad en las respuestas del sistema.

La nueva propuesta de reglas de trabajo emprendida con el auxilio del soporte informático significa un avance en términos de modernización de gestión. Empero, si no se modifican las reglas de actuación, la cultura de los operadores y los métodos en la organización del trabajo, así como la propia estructura organizativa de los tribunales, difícilmente la tecnología nos resuelva demasiados problemas. El cambio de la justicia requiere un giro copernicano que no muchos están dispuestos a dar, por ello es imperioso intensificar el debate en los distintos ámbitos implicados para que se produzca una acabada toma de conciencia de la necesidad de producirlo y se pierdan los miedos que imperan cada vez que se propicia una mutación de reglas.

Una decisión adversa para nuestro país, como lo fue la condena en el caso Furlan resuelto por la Corte IDH en 2012,[7] puso al descubierto la crisis del modelo civil de enjuiciamiento. La sentencia se dio casi al mismo tiempo que distintos países de América Latina implementaban un nuevo Código General del Proceso Civil —como Colombia—, y se discutían las reformas

(7) El caso puso al desnudo la realidad del proceso civil y la falta de inmediación del juez con los conflictos que se le presentan para su solución y resolución: un proceso por daños y perjuicios tardó 9 años, 11 meses y 5 días hasta la sentencia definitiva, y el mismo estuvo seguido de la etapa de ejecución de la sentencia con el fin de obtener la indemnización ordenada que duró un año y 9 meses, con el agravante de que se encontraban en juego los derechos de una persona vulnerable por su discapacidad y la necesidad de acceder de inmediato a diversos tratamientos que no llegaron.

procesales en lo civil en Ecuador, Costa Rica y Bolivia, mientras que Uruguay acababa de actualizar su legislación, en todos las casos con una clara opción hacia el proceso oral.

En la República Argentina, también las provincias han avanzado en esa línea de pensamiento, y el movimiento reformista de los noventa se proyectó en particular en la Patagonia, con los Códigos de Río Negro y La Pampa.

Diversas voces se levantan hoy desde los sectores académicos denunciando la necesidad atender la situación planteada en la justicia civil. Así se afirma con toda elocuencia que "Los avances en el reconocimiento de derechos que significó la Constitución de 1994 no logran plasmarse en el acceso a la Justicia por parte de los sectores más vulnerables. Si queremos una sociedad respetuosa de los derechos, debemos contar con procesos efectivos. La reforma de la justicia civil en este punto es urgente e ineludible".(8)

Cuando abordamos la agenda pública en materia de reformas de justicia en materia procesal, un desafío esencial es el de la **transparencia** y **publicidad** de las decisiones judiciales. En ese derrotero **el juicio oral y público constituye un eje esencial**.

2 | El proceso por audiencias como instrumento de cambio(9)

2.1 | Audiencia Preliminar

La reforma procesal que introdujo la audiencia preliminar al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación(10) pretendió, en el ideario de sus promotores, dar un paso que se consideró decisivo en el tránsito hacia la

(8) Mosmann, Victoria, "Requerimientos que llegan a la justicia civil. Los procesos judiciales a casi 20 años de la reforma constitucional", en *Voces en el Fénix*, n° 30, noviembre de 2013.

(9) Las reflexiones siguientes tienen como antecedente la exposición hecha en el "II Seminario Internacional Diálogo sobre los desafíos de las Reformas en materias no penales en América Latina", organizado por Centro de Estudios de Justicia de las Américas, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y la Asociación Argentina de Derecho Procesal, "Mitos de la oralidad". Véase también Ladesma, Ángela E., "Oralidad de los procesos civiles y sus mitos", en *Voces en el Fénix*, cit.

(10) Ley 24.573, art. 33, al consagrar la regulación del art. 360, parcialmente reformado y no en lo sustancial que abordamos en éste artículo por la ley 26.589.

oralidad, a través del método de realización del juicio por audiencias, al consagrar la primera de aquellas.

Ésta audiencia fue diagramada con múltiples funciones, como despacho saneador y de desahogo de pruebas. Determina si la cuestión puede disolverse a través de algún medio alternativo de solución de conflictos, si corresponde o no abrir la causa a prueba y, en su caso, sobre qué hechos versará, determinando luego qué medios son admitidos y con qué extensión. En la exposición de motivos del Proyecto de 1993, se la definía como "acto nuclear y eje dialogal básico", con la finalidad de saneamiento, resguardo de la regla moral y la buena fe(11).

Así, la primera cuestión que debe abordar el juez es la posibilidad de una conciliación u otra forma de solución del conflicto mediante la invitación que autoriza el inc. 1 de la actual redacción,(12) y si la naturaleza y el estado del litigio lo justifican podrá derivar el caso a un mediador. Recibirá las manifestaciones de los contendientes en orden a la apertura o no de la causa a prueba. Oídas las partes, fijará los hechos articulados que sean conducentes a la decisión del juicio sobre los cuales versará la prueba. Recibirá la prueba confesional. Proveerá las demás prueba que considere admisible, y si correspondiere, decidirá en el acto de la audiencia que la cuestión debe ser resuelta como de puro derecho, con lo que la cuestión quedará concluida para definitiva.

Durante el año 2008 nos propusimos medir el funcionamiento de dicho instrumento mediante un trabajo de campo que consistió en un muestreo sobre juzgados de primera instancia en lo civil patrimonial de la CABA.(13)

(11) Exposición de motivos, fecha septiembre de 1993, punto 3), suscripta por sus autores Profesores Roland Arazi, Isidoro Eisner, Mario E. Kaminker y Mario A. Morello.

(12) Esta potestad que lógicamente habrá de ejercerse en primer lugar, en la primitiva redacción se encontraba prevista en el inc. 5° del art. 360, hoy con la reforma de 2010 se ubica en su sitial, inc. 1°.

(13) Emprendimos una encuesta a través de la cátedra de Elementos de Derecho Procesal Civil de la Facultad de Derecho de la UBA a nuestro cargo en los juzgados en lo patrimonial de la Justicia Nacional de la CABA. A tal fin se realizó una evaluación que incluyó la medición de algunos casos escogidos por muestreo en trámite y concluidos, con y sin dicha audiencia preliminar; así como la entrevista a abogados litigantes que intervienen activamente en la primera instancia del fuero civil patrimonial, con el propósito de detectar las debilidades y fortalezas de ésta herramienta procesal. En el relevamiento de datos participaron los jefes de trabajos prácticos y ayudantes categorizados en carrera docente que integran la cátedra.

Sabemos que esos datos perdieron actualidad en cinco años y que la importante experiencia que se lleva a cabo mediante el Plan Piloto que impulsa la Cámara Civil muestra nuevos desarrollos superadores de aquél estado de situación,[14] por lo que sólo tomaremos algunos indicadores que denotaron una tendencia del sistema que en algunos juzgados se mantiene conforme los propios operadores lo reconocen en discusiones públicas, y es precisamente la que debería ser superada previo análisis de las verdaderas razones que encierran la disfunción.

En orden a la presencia del juez en la audiencia preliminar —más allá de la letra del Código que en la primitiva redacción establecía "el juez citará, se celebrará con su presencia bajo pena de nulidad" y hoy agrega "que presidirá, con carácter indelegable"—, explicita que "si el juez no se hallare presente no se realizará la audiencia". De la simple lectura de las funciones de este acto nuclear surge su necesaria presencia, toda vez que es la única forma posible para que el instrumento opere como una verdadera válvula reguladora del caudal del litigio, eje central de la realización del proceso civil y definitorio del trámite que pueda tener lugar para su conclusión.

Del muestreo referido surgió que, conforme las actas, en el 91% de los casos los jueces las suscribían, pero los abogados encuestados manifestaron que en la realidad su presencia física no se daba con tal frecuencia, que en la práctica —por lo general— en los juzgados se realizaban varias audiencias al mismo tiempo, y que el juez solía pasar solo a preguntar si había habido arreglo. A esta circunstancia se atribuyen algunas prácticas detectadas a partir de las actas de audiencia, a saber: que no se fijaran los hechos conducentes (inc. 3°), ni se proveyera la prueba (inc. 5°) en el acto, sino que las causas pasaran a despacho para resolver. Es decir que la fijación del objeto de la prueba fuera una mera ficción, de allí la imposibilidad de proveer en el momento los medios a producir.

(14) En este aspecto cabe destacar que la primitiva propuesta provino del juez Dr. Gerónimo Sansó, quien recogió la tarea realizada por la Mesa del Diálogo Argentino en el año 2003, cuya comisión integráramos. El Plan piloto sobre juicios orales comenzó el 11/09/07 y hoy se le ha dado nuevo impulso, en tanto se procura registrar por vía digital todas las audiencias que se realizan. Así lo ha manifestado la juez de la Cámara Nacional en lo Civil, Dra. Mabel de los Santos, como responsable de la Comisión de seguimiento, en las "Segundas Jornadas Académicas Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional", Bs. As., 20, 21 y 22 de noviembre, Facultad de Derecho, UBA.

También se advirtió falta de resolución de incidentes en el mismo acto de la audiencia.

La importancia de la presencia del juez en la audiencia se constató en la medida que se determinó que, cuando está presente, las partes desisten del 70% de la prueba ofrecida; dato por demás significativo.

Cabe destacar que las disfunciones también tienen que ver con los abogados, toda vez de acuerdo a los datos recogidos un alto porcentaje de profesionales no conocían acabadamente el caso.

Lo curioso fue verificar que, en la mayoría de los supuestos analizados, no existieron diferencias de tiempo en el trámite del expediente desde la clausura del procedimiento probatorio hasta el dictado de la sentencia definitiva, tanto para casos que tramitaron antes de la reforma como para los que experimentaron la realización de la audiencia preliminar.(15) Esto también da cuenta de alguna debilidad del sistema, porque si el juez está presente en la audiencia preliminar y despliega todas sus potencialidades, estará en mejores condiciones de recibir la prueba y dictar sentencia. Todo ello tiene que ver con lo que más adelante analizaremos como una falta adecuada de comprensión del significado de la oralidad como método de realización del juicio y esencialmente de toma de decisiones.

Sin perjuicio de lo expuesto, no parece conveniente que el mismo juez que intente la conciliación sea el que reciba la prueba y dicte sentencia definitiva. En tal sentido, el principio constitucional de imparcialidad (art. 8.1 Convención Americana de Derechos Humanos, 14.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. X de la Declaración Universal de Derechos Humanos, —art. 75 inc. 22 CN—), se resguardaba mucho más en el denominado Proyecto Morello de 1993 cuando se propiciaba la intervención de un funcionario especializado que intentara una solución de tales características. El art. 361 *bis* CPCCN se refiere al rol del juez en la conciliación, pero omite analizar la posible violación del principio de imparcialidad ante la posibilidad de incurrir en una causal objetiva que puede generar el temor de parcialidad, si el acuerdo no se logra. Una solución para ello sería que en

(15) Es del caso señalar que en la muestra se analizaron dos grupos de casos, terminados con y sin audiencia preliminar. En el segundo caso se intentó medir la diferencia entre la regulación anterior del artículo 125 *bis* y el actual 360, y casos en trámite.

caso de fracasar la conciliación a cargo de un juez se designe otro magistrado para que continúe con el trámite.

3 | El proceso por audiencias como alternativa y sus objeciones

El impulso que significó la audiencia preliminar debió ser decisivo para generar de hecho el proceso civil oral, es decir, la realización de una segunda audiencia y final de recepción de pruebas y alegato de partes encabezada por el juez. Lo cierto es que hay jueces que comprendieron el cambio de sistema que el art. 360 significaba y ahora desarrollan un proceso diferente, más personalizado y eficaz, sin necesidad de modificación normativa ni violación de ninguna garantía constitucional. Lo curioso es que frente a quienes lo pueden lograr y de modo voluntario, aun por fuera de la experiencia piloto de la Cámara Nacional en lo Civil, hay un gran número que no lo comparte o simplemente niega toda posibilidad en las condiciones imperantes.

El estado del debate de la reforma en orden al juicio oral en materia civil requiere esbozar algunas cuestiones que suelen convertirse en verdaderos mitos, y tienen que ver con el hecho de que se mira la oralidad a partir de **una concepción eminentemente escriturista**. Desde esa concepción **no siempre se comprende** acabadamente qué es el método de debate y la toma de decisiones a partir de la inmediación que se produce. Esta idea está consustanciada con el tradicional acopio de trámites que significa el expediente judicial, visión que impide que se practique la oralidad de modo puro, aún en aquellos sistemas que la ubican como eje central de realización del proceso, desde esa perspectiva no implica en sí misma tantos cambios y de ahí nacen las objeciones que se le hacen.

Lo primero que corresponde aclarar es que **las ventajas de la oralidad no son ciertas en solitario y sin una visión sistemática**. Aquí la oralidad juega un papel relativamente discreto: lo importante es la inmediación. Pero la lógica de la realización oral para ser exitosa encierra ciertos cambios que no siempre se está dispuesto a tomar y creo que ese es el gran desafío en Argentina. A los mitos que la impiden y a las transformaciones necesarias nos referiremos brevemente a continuación.

4 | Mitos en torno a la oralidad

En cualquier discusión que se trabe al respecto brotan diversos mitos, entre ellos el de la **imposibilidad por costos, la gran cantidad de casos existentes o congestionamiento judicial, la infraestructura que hace falta, el tiempo que pierde cada juez en una audiencia en detrimento de la redacción de sus sentencias, la dificultades que plantea la registración y el valor del acta, las dificultades para revisar lo decidido, riesgos que en términos de garantías correría un justiciable con decisiones tomadas en audiencia, riesgos que se avizoran por la aparente pérdida de poder que significa pensar en una gestión procesal y administrativa diferentes y a cargo de distintos actores**.

Desde una **visión sistemática, lo organizacional y la gestión** aparecen como esenciales a la hora de diseñar un modelo distinto.

Abordemos rápidamente algunas de éstas cuestiones:

4.1 | Costo del sistema

Lo primero que se alega como imposibilidad es la cantidad de jueces que se precisarían para abordar el *quantum* de casos que existen apilados tapando o ahogando al juez tradicional, y no se mide, en cambio, cuánto gasta la justicia en **la cantidad funcionarios y empleados** que tiene cada juzgado, para que el juez del sistema escrito **delegue** su tarea.

Tampoco se advierte que la cantidad de casos no será la misma, porque el tiempo que el juez dedique a la audiencia preliminar implicará un ahorro en el trámite posterior. Claro ejemplo de ello es la renuncia de medios de prueba ofrecidos cuando el magistrado está presente en la oportunidad del art. 360 CPCCN.

También cabría preguntarnos cuántos casos quedarían en el camino si las partes supieran que no es posible recurrir a argucias dilatorias propias de la escritura cuando el juzgador en persona toma la audiencia de prueba, es decir, el **carácter disuasivo que tiene la simple presencia del juez**. La presencia del magistrado impide que **el debate sea meramente formal**, y ya no se perseguirá una verdad procesal, como se dio en llamar, sino una verdad que se corresponda lo más posible con la forma como

han acontecido los hechos en la realidad. Este es un valor que **hay que medirlo en términos de calidad de la decisión que surgirá como consecuencia de la o las audiencias.**

4.2 | Dificultades de su implementación

La necesidad de salas de audiencias adecuadas suele plantearse como otro obstáculo.

La falta de infraestructura y los costos que la puesta en marcha generaría se ven como la barrera esencial para pensar en oralidad. Esta creencia está directamente asociada a la lógica del procedimiento escrito, a la acumulación de papeles, sin advertir que al **suprimir los expedientes sobran espacios para hacer audiencias**.

Los que hemos litigado en materia civil sabemos que en muy pocos casos intervienen gran cantidad de sujetos en calidad de partes. No existen estadísticas que demuestren lo contrario, tampoco en lo que hace a la cantidad de público que asiste a las audiencias, salvo los procesos colectivos y las quiebras. En la mayoría de los casos puede ventilarse un caso y producirse la prueba en un despacho del tamaño del que ocupa hoy un juez, de hecho hay muchos que lo hacen así. Para los supuestos excepcionales, cada edificio debería contar con una sala de audiencias más amplia, lo que de hecho ya sucede.

4.3 | Congestionamiento judicial y necesidad de crear más juzgados

Es otra dificultad que se alega para detener cualquier cambio. **Este razonamiento también parte de una concepción registral o escriturista del proceso, que no advierte cómo funciona la lógica de la oralidad**, seguramente porque no la conoce y muy probablemente tampoco la quiera conocer. Pero aún en los casos en que exista un alto grado de congestionamiento no podemos negar que es posible promover soluciones alternativas. Precisamente, el ensamble entre medios alternativos y oralidad fue el eje promotor de las reformas que parcialmente se hicieron al instituir la mediación y la audiencia preliminar en el orden nacional.

4.3 | Dificultades para revisar lo decidido en la instancia anterior

Esta apreciación se vincula al mito de **la *impresión* causada en el juzgador**, toda vez que, como sabemos, revisión y motivación transitan el mismo carril. **Algunos pretenden reemplazar la audiencia en la etapa recursiva a través del soporte digital**, el que a mi ver solo alcanza para decidir acerca de la regularidad del acto de la audiencia del juicio, de recepción de prueba o de vista de causa y alegatos.

Lo cierto es que el juez del recurso debe revisar, en primer lugar, las premisas sobre las que se basa la conclusión, es decir, hacer el cotejo de la relación que esas premisas detentan con la conclusión. Si la discusión se sienta en torno a la declaración de un testigo o explicaciones que dio un perito, la revisión amplia que permite el recurso de apelación autoriza producir prueba ante el tribunal de recurso para colocarlo en paridad de condiciones con el sentenciador y conmover los considerandos de la sentencia que hayan sido materia de agravios. De lo contrario, con la sola comprobación que permita el soporte digital no podría el juez de apelación re-decir los hechos que tuvo por probados el de la instancia anterior, porque le faltará la inmediación con la prueba. Es decir, la oralidad debe alcanzar al tribunal del recurso.

4.4 | Otros mitos

Existen otros mitos fuertemente arraigados vinculados al valor del soporte papel y a la cultura del trámite judicial, al acta y al enorme valor que en la cultura escrita se le confiere, donde ha reemplazado el acto del proceso que registra a tal punto que ya no se sabe qué es más importante.

El soporte digital, sin embargo, debidamente resguardado, cumple de modo más eficiente que el soporte papel la función a que ha sido llamado: verificar si el debate oral fue regular.

Más aún si la función de registración ésta a cargo de una oficina judicial, ésta cumple el rol del secretario y ya no habrá necesidad de la tradicional figura del actuario.

5 | El proceso por audiencias como instrumento de cambio

La **recolección de la información en el contradictorio y con inmediación cara a cara, frente a frente, ante el tribunal sentenciador**, es la mejor forma de obtener información de calidad, que sin lugar a dudas se proyecta en decisiones. La afirmación precedente es hecha desde la experiencia, pues como juez, durante nueve años, dicté sentencias después de tomar nota pacientemente de todo lo que acontecía en audiencias en las que no había videograbación como hoy.

Sobre éste valor a la hora de tomar decisiones, recuerdo que una vez, cumpliendo la función de revisar sentencias, leí un recurso contra una condena y en forma paralela revisé la sentencia: no entendía cómo los jueces daban por probados determinados hechos —algo no cerraba entre las premisas y la conclusión—, y me pregunté entonces si ello era posible después de un debate oral. Hurgué en el expediente y entonces **comprobé que esa sentencia había sido producto de un proceso escrito porque se había abreviado el trámite y omitido el juicio oral y público**. En ese caso, era claro que el resultado de la primera instancia no hubiera sido el mismo si se hubiera realizado el debate oral.

El método de debate que proponemos permite también la toma de decisiones en forma oral. Así, resulta indiscutible que en las pequeñas causas **la decisión inmediata es posible**; en cambio, en los casos más complejos la sentencia requiere de un tiempo para su elaboración. Sin embargo, solo el juez puede escribir su sentencia, nadie más lo puede sustituir, esa tarea es indelegable y su función irremplazable. Además, ésta tarea se debe hacer de inmediato, en lo posible en el día, simplemente porque de lo contrario se pierde la inmediación. Podrá eventualmente un **relator adelantar los antecedentes del caso o resultandos**, pero los considerandos, razones, motivos y fundamentos necesariamente habrán de ser factura de propia mano del juez. En el proceso de **construcción de la decisión la audiencia es esencial**, y es lo mejor que nos puede pasar para entender qué sucedió en la realidad y qué dio origen al conflicto.

Sin intermediarios, sin un papel como mediador que traduce —a través del escribiente—, que **cambia el lenguaje** y que se esmera para decir lo que él entendió, lo acontecido en la audiencia será valorado de un modo

diferente. En la práctica hemos visto como los testigos de actuación y las actas en los expedientes hablan un mismo lenguaje, en tanto que si los escuchamos en el juicio esto cambia: cada uno se expresa con su propio lenguaje y no necesariamente sus relatos son coincidentes.

El juez que va construyendo la decisión en la audiencia, deducirá del testigo y del perito, para **resolver el tema de la responsabilidad y para trabajar la relación de causalidad** del hecho dañoso. Incluso hay quienes van escribiendo al mismo tiempo que oyen y dirigen la audiencia.

La propuesta en cuestión tiene como eje un cambio copernicano en la forma de concebir el proceso judicial.

Lamentablemente, entre nosotros aún no se termina de entender cómo funciona éste modelo.

Hace poco escuché a un juez nacional decir que felizmente en Buenos Aires hay **digitalización de la audiencia**, y que de esa forma el juez, **que no podía estar en todo**, podía ver el video y de ese modo aprovechar el mismo tiempo. Esta afirmación me dejó perpleja: significa que no se entiende el cambio de paradigma que la práctica de la oralidad lleva implícito. No es igual la inmediación y dirección de la audiencia por el juez que ver un video cuando no se estuvo en el acto. Esta es otra **señal del desconocimiento del significado** de este método de debate, y de allí que también se advierta con razón la necesidad de una adecuada capacitación de los operadores, capacitación para la litigar oralmente por parte de los abogados y para la construcción de la sentencia a partir de la oralidad para los juzgadores.

6 | Propuestas: modernas formas de gestión y de organización

A la hora de pensar un modelo de proceso que posibilite el acortamiento de los tiempos y la inmediación del juez con el caso, otro tema trascendente es su rol en la audiencia. En este aspecto participamos de la concepción de un juez muy activo en el trámite que garantice un proceso adversarial con fuerte participación de los contendientes sin que se convierta en un inquisidor.

Los mitos referidos sintéticamente también son el producto reformas fragmentarias, de la incapacidad que hemos tenido hasta ahora de pensar en una reforma integral que ponga en marcha un sistema de resolución de conflictos más dinámico, menos formal, más sencillo y simplificado.

Desde el punto de vista procedimental, con la estructura de nuestros códigos es probable que podamos oralizar el proceso civil con pocos cambios. Sin embargo, a la hora de analizar las objeciones que se hacen a éste modelo, advertimos la necesidad de una nueva estructura organizacional. La organización horizontal ha sido definida como paradigma del siglo XXI según Frank Ostroff. El fracaso de las formas verticales de organización originadas en la edad media y la eficacia de las formas horizontales —que permitan otra dinámica, más flexibles en todas las categorías de organizaciones—, aparecen como una opción que se amolda a los problemas actuales.

El valor de la organización judicial horizontal se puede ejemplificar frente al temor de parcialidad como causal objetiva que pone en crisis el principio de imparcialidad. De este podría intervenir un juez en la audiencia preliminar, intentar la conciliación, definir el objeto litigioso y proveer la prueba, aún más dictar las medidas cautelares que soliciten las partes —tengamos en cuenta que muchas veces coinciden con el fondo de la cuestión o se acercan a él— y otro juez ser el que tome la audiencia de prueba y dicte la sentencia definitiva.

En este esquema desaparece el valor y la necesidad de un actuario, y ese recurso humano **secretario** podría aumentar el número de jueces o conciliadores según el caso; y sobre la base de estas ideas desparece también —o pierde trascendencia— el clásico despacho: lo importante pasará por convertirlo en una sala de audiencias.

Finalmente, cabe reiterar que una visión sistemática de la problemática que desnuda la condena a la República Argentina en el caso Furlan requiere no solo de cambios procesales, sino de la organización de nuestros tribunales y de una nueva concepción de la gestión judicial, que deberá estar a cargo de expertos y dejar de ser ejercida por los jueces —se es gerente o se es juzgador—, quienes están para decidir después de haber tomado una acabado conocimiento del caso gracias a la inmediación que permite el método oral.

7 | Conclusión

En definitiva, y más allá de la necesaria regulación de procesos especiales para atender tutelas diferenciadas, ejecución de sentencias, pequeñas causas y procesos colectivos;[16] no se advierten serias objeciones que impidan el trámite y adopción de decisiones en el contradictorio con la transparencia y comprensión que permite la oralidad. Las disfunciones del modelo vigente requieren de una impostergable transformación de los procesos civiles para lograr la agilidad y reducción de costos que se demandan. Tarea que es no fácil, razones culturales e intereses de diversa índole conspiran contra ello, a vencerlos estamos convocados porque la justicia en el estado democrático de derecho es un instrumento realizativo de primer orden sin el cual los demás valores se diluyen.

(16) Véanse las propuestas que formulan distintos autores en *Voces en el Fénix*, n° 30, noviembre de 2013, [en línea] www.vocesenelfénix.com.

La Evolución de la Técnica Anticipatoria y de la Tutela Preventiva en Brasil

por **LUIZ GUILHERME MARINONI**[1]

I

La suposición de que la jurisdicción debería dar atención sólo a los derechos patrimoniales, susceptibles de apreciación en dinero, junto a la necesidad de garantizar la libertad de cara al ejercicio del Poder Judicial, hizo surgir un proceso civil en el que el juez solamente debía prestar tutela contra el daño o emitir sentencias constitutivas o declarativas.

El juez no podía comprometer la voluntad del demandado a no violar un determinado derecho, no sólo porque eso no era necesario para la tutela de los derechos que podían ser de apreciación pecuniaria,[2] sino también porque el principio de la autonomía de la voluntad y el concepto de libertad entonces vigentes le impedían actuar de tal forma.[3] No es por otro motivo que la sentencia declaratoria, al regular formalmente una relación jurídica determinada por la autonomía de las partes, es vista como el modelo típico del proceso civil del derecho liberal.[4]

(1) Profesor Catedrático en la Universidad Federal del Paraná (Brasil). Post-Doctor en la Università degli Studi di Milano. Visiting Scholar en la Columbia University.

(2) Mazzamuto, Salvatore, *L'attuazione degli obblighi di fare,* Napoli, Jovene, 1978, p. 37 y ss.

(3) Di Majo, Adolfo, *La tutela civile civile dei diritti*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 156.

(4) La relación entre la sentencia declaratoria y tutela preventiva, que fue puesta a la luz por la doctrina chiovendana, derivó, en primer lugar, de una exigencia de construcción sistemática. No importaba, de hecho, si la sentencia declaratoria ejercía función realmente preventiva,

Si el bien jurídico a ser protegido es la **cosa** dotada de un valor de cambio y el juez debe tener sus poderes limitados en nombre de la autonomía privada, el proceso no necesita y no puede dar tutela preventiva a los derechos. El proceso de conocimiento, dotado con una sentencia ligada a la ejecución forzada y de sentencias declaratorias y constitutivas, es incapaz de atender adecuadamente a los **nuevos derechos**.

La tutela cautelar, al pertenecer a esa misma dimensión del proceso civil, fue instituida porque la violación del derecho, objeto de la sentencia del proceso de conocimiento, puede traer consecuencias que pueden constituir perjuicios irreparables por medio de la tutela final.(5) Así, es ciertamente contradictorio admitir una tutela que, pensada con carácter instrumental, pueda tener un alcance mayor en relación a aquel proceso sobre el cual se desea garantizar su utilidad. Una tutela preventiva que garantice una tutela represiva es una contradicción de términos.

En Brasil, el actual Código de Proceso Civil (de 1973) posee, al lado de los libros que tratan sobre los procesos de conocimiento y de ejecución, un libro para regular el proceso cautelar.(6) El Libro III del Código brasilero, de-

pero sí que la sentencia declaratoria, al ser pensada en contraposición a la sentencia de condena, demostraba el principio de autonomía de la acción, el cual se ligaba a la marca nítidamente publicista que Chiovenda imprimió a la jurisdicción. No es posible olvidar que la escuela sistemática se formó bajo la influencia de un modelo de Estado de Derecho de matriz liberal, lo que significa que la doctrina chiovendana, en cierta forma, estaba bajo la influencia de la orientación que inspiró a los juristas del siglo XIX. Ese modelo institucional de Estado, marcado por una acentuación de los valores de libertad individual en relación a los poderes de intervención estatal, se reflejó sobre la concepción de la sentencia declaratoria siendo sentencia que regula sólo formalmente una relación jurídica ya determinada en su contenido por la autonomía privada. No parece equivocado afirmar, así, que la contraposición sentencia declaratoria-tutela inhibitoria expresa diferentes necesidades y valores, estando la primera marcada por el deseo de no permitir la intervención del Estado en las relaciones de los particulares y la segunda por una exigencia prácticamente opuesta, o sea, por una real necesidad de impedir la violación de derechos considerados fundamentales dentro de un contexto de Estado que, dejando de lado la necesidad de sólo preservar la libertad del ciudadano, pasa a apostar no sólo en la consagración formal, pero sobretodo, en la tutela efectiva y concreta de derechos imprescindibles para una organización social más justa y ecuánime. Véase Marinoni, Luiz G., *Tutela Inibitória*, 3ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 242; Denti, Vittorio, "Diritti della persona e tecniche di tutela giudiziale", *L'informazione e i diritti della persona*, Napoli, Jovene, 1983, p. 267; Rapisarda, Cristina, *Profili della tutela civile inibitoria*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 67-68.

(5) Di Majo, Adolfo, *ibid.*, p. 144.

(6) El Código brasilero posee libros destinados a los procesos de conocimiento, de ejecución y cautelar, además de un libro destinado a los procedimientos especiales.

Infojus

dicado enteramente al proceso cautelar, posee procedimientos cautelares especiales y la previsión de la acción cautelar innominada.[7] El art. 806[8] del Código afirma expresamente la relación de instrumentalidad de la acción cautelar con una acción considerada como principal, dejando claro que la acción cautelar no puede ser vista como una acción autónoma, sino como un instrumento de los procesos de conocimiento y de ejecución.

2

No obstante, delante de la evolución del Estado y del surgimiento de nuevos derechos, la práctica forense se vio en la necesidad de admitir la distorsión del uso de la acción cautelar innominada para permitir la efectiva tutela jurisdiccional de los derechos. La elaboración dogmática del derecho constitucional a la tutela jurisdiccional adecuada,[9] además de las presiones sociales por una tutela jurisdiccional efectiva y tempestiva, obligó al abogado a requerir, mediante una vestidura de una medida liminar de la acción cautelar, la tutela que, en principio, sólo podría ser alcanzada al final del proceso de conocimiento.[10]

Eso ocurrió fundamentalmente por dos razones: en virtud de la demora inherente al proceso de conocimiento y en razón de no permitir —tal proceso—, la obtención de una tutela preventiva. A partir de ello, la acción cautelar innominada pasó a funcionar como técnica de sumarización del proceso de conocimiento y para suprimir su ineptitud para alcanzar la tu-

(7) CPC, art. 798. "Además de los procedimientos cautelares específicos que este Código regula en el Capítulo II de este Libro, el juez podrá determinar las medidas provisorias que considere adecuadas cuando hubiere fundado temor de que una parte, antes del juzgamiento de la litis, cause al derecho de la otra grave lesión y de difícil reparación".

(8) CPC, art. 806. "Cabe a la parte proponer la acción en el plazo de 30 (treinta) días, contados desde la fecha de hacerse efectiva la medida cautelar cuando esta fuere concedida en procedimiento preparatorio".

(9) Proto Pisani, Andrea, *"Sulla tutela giurisdizionale differenziata", Rivista di Diritto Processuale*, 1979, p. 575 y ss.; y "Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria", Foro Italiano, 1983, p. 128 y ss.; Taruffo, Michele, "Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione", *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1986, p. 635 y ss.; Comoglio, Luigi P., *Commentario della Costituzione* (a cura di G. Branca), Bologna-Roma, Zanichelli-Foro italiano, 1981; Tommaseo, Ferruccio, *Appunti di diritto processuale civile*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 169 y ss.

(10) Marinoni, Luiz G., *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1992; y *Antecipação da Tutela*, 12ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

tela preventiva de los derechos. Gracias al uso distorsionado que la práctica le impuso, la tutela cautelar perdió el carácter de instrumentalidad.

En el momento en el que surgió la necesidad de impedir la violación de los derechos de la personalidad, la acción cautelar innominada fue utilizada como antecedente de la acción declaratoria, demostrándose la necesidad de un procedimiento de conocimiento en el que fuese posible la obtención de tutela inhibitoria en forma anticipada.(11) Se evidenció la necesidad de una acción inhibitoria autónoma, dotada de una técnica anticipatoria y un proveimiento final capaces de obligar al demandado a realizar un no hacer.

En otras varias situaciones, como en las que el justiciable necesitaba retirar valores depositados en cuentas corrientes que fueron bloqueadas por actos del gobierno federal, llevaron no sólo al uso de la acción cautelar innominada para desde luego obtenerse la tutela del derecho material, pero también permitió que los tribunales dispensasen al demandante de

(11) Loriana Zanuttigh, escribiendo sobre el uso de la tutela cautelar atípica en la protección de los derechos de la persona, afirma que **gracias a la progresiva alteración de la estructura y de la función de la tutela cautelar innominada, se creó un modelo de protección más avanzado y eficaz**, "con resultados de nítida adherencia a la especificidad de los derechos de la persona", Zanuttigh, Loriana, "La tutela cautelar attipica", *L'informazione e i diritti della persona,* Napoli, Jovene, 1983, p. 281. Vittorio Denti, luego de recordar que el art. 700 CPC italiano permitió que los tribunales suprimiesen la **ausencia de tutela jurisdiccional adecuada**, advierte que también emergió la necesidad de una "tutela de urgencia con función no cautelar", o sea, no vinculada **instrumentalmente** con la tutela que el art. 700 define como ordinaria". Denti, Vittorio, *"Diritti della persona e tecniche di tutela giudiziale", L'informazione e i diritti della persona,* Napoli, Jovene, 1983, p. 263. Denti admite que el punto de partida de esa evolución de la utilización del art. 700 fue indudablemente la reconocida viabilidad de un posible efecto anticipatorio de la tutela cautelar en relación a la sentencia de mérito, característica esta que —según él— habría inducido Calamandrei en su clásico estudio sobre las medidas cautelares (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, Cedam, 1936) "al tratar de estas medidas de urgencia juntamente con las declaraciones con predominante función ejecutiva". La necesidad de una tutela efectiva de los derechos no patrimoniales llevó a Proto Pisani (*La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela,* Foro Italiano, 1990, p. 17 y ss.) a insistir por la oportunidad de un procedimiento sumario no cautelar lo que, según Denti, superaría "el equívoco que vicia la actual aplicación del art. 700 sometido a exigencias de tutela que no tienen la características de la instrumentalidad propia de las medidas cautelares". Así, se reconoce no sólo que la tutela inhibitoria sumaria no es marcada por la instrumentalidad, sino, también, que la admisión de esa forma de tutela con base en el art. 700 del CPC deriva de la necesidad de una "tutela de urgencia con función no cautelar" lo que da soporte a la tesis de que la tutela inhibitoria debe ser diferenciada de la tutela cautelar y, todavía, advierte que la categoría de la "decisión anticipada y provisoria de mérito", elaborada por Calamandrei, se aproxima más a las declaraciones con predominante función ejecutiva de lo que a la tutela cautelar. Véase, sobre la importancia de la obra de Calamandrei para el desarrollo de la teoría cautelar, Caponi, Remo, *"Piero Calamandrei e la tutela cautelare"*, en *Rivista di Diritto Processuale,* septiembre-octubre, 2012, p. 1250 y ss.

Infojus

proponer la acción que sería la de conocimiento. En realidad, el justiciable nuevamente invocó la acción cautelar innominada para obtener inmediatamente la tutela de su derecho, pues el procedimiento común de conocimiento no le daba la oportunidad de requerir tutela anticipada, aunque los hechos pudiesen ser demostrados mediante una prueba documental y el derecho, por tal razón, estuviese a kilómetros más allá de un mero *fumus boni iuris*.

La percepción de que la acción cautelar innominada, en todas esas situaciones, bastaba y era suficiente para conceder la única tutela pretendida por el justiciable, hizo surgir falsas discusiones acerca de la autonomía y el carácter satisfactorio de la acción cautelar. Eso porque la acción, aunque sea llamada cautelar, en verdad constituía una acción de conocimiento pleno en el que era posible la obtención de la anticipación de la tutela final.

Por lo tanto, las necesidades de tutela adecuada de las situaciones de derecho sustancial evidenciaron la necesidad de instituir, en el procedimiento común de conocimiento, una técnica de anticipación de la tutela. No sólo porque únicamente el procedimiento cautelar admitía un proveimiento liminar y siempre dependía de una acción de conocimiento, sino también porque los tribunales se negaban a admitir una tutela anticipada del derecho material a partir del pedido de la tutela cautelar.

3

En 1994, la reforma del Código de Proceso Civil instituyó la llamada tutela anticipatoria, o sea, la posibilidad del juez, mediante un proveimiento liminar, de anticipar la tutela final en el procedimiento común de conocimiento.[12] La norma del art. 273 del Código de Proceso Civil pasó a admitir la anticipación de la tutela en dos hipótesis: a) delante de un fundado

(12) En 1990 defendí la tesis que dio origen a la institución de la tutela anticipatoria en el Brasil. El libro, fruto de la tesis defendida en la Pontificia Universidad Católica de São Paulo fue publicado en 1992 bajo el título *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória* por la Editorial Revista dos Tribunais. El libro fue objeto de reseña en Argentina por el Prof. Roberto Berizonce (*Revista del Colegio de Abogados de la Plata*, 1995) y en Italia por el Profesor Angelo Dondi (*Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1996).

Infojus

peligro de daño irreparable o de difícil reparación y, b) en caso de "abuso de defensa o manifiesto propósito dilatorio del demandado".[13]

El justiciable fue muy beneficiado por la posibilidad del juez de poder anticipar la tutela con base en peligro o temor de daño.[14] Ya a partir de

(13) He aquí la redacción del art. 273, en la versión de 1994:

"Art. 273.- El juez podrá, a requerimiento de la parte, anticipar total o parcialmente los efectos de la tutela pretendida en el pedido inicial, siempre que existiendo prueba inequívoca se convenza de la verosimilitud de la alegación y;

1. Haya fundado temor de daño irreparable o de difícil reparación; o

2. quede caracterizado el abuso de derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado.

§ 1° En la decisión que anticipará la tutela, el juez indicará de modo claro y preciso, las razones de su convencimiento.

§ 2° No se concederá la anticipación de la tutela cuando hubiere peligro de irreversibilidad del proveimiento anticipado.

§ 3° La ejecución de la tutela anticipada observará, en lo que quepa, lo dispuesto en los incisos II y III del art. 588.

§ 4° La tutela anticipada podrá ser revocada o modificada en cualquier momento, en decisión fundamentada.

§ 5° Concedida o no la anticipación de tutela, proseguirá el proceso hasta el final del juzgamiento".

(14) Sobre el tema de la tutela anticipatoria en el derecho brasilero, veáse Marinoni, Luiz G., *Antecipação da tutela, op. cit.*; y *Abuso da Defesa e Parte Incontroversa da Demanda, op. cit.*, da Silva, Ovidio B., *Curso de Processo Civil,* v. 3, 3ª ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2000; y *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*, Río de Janeiro, Forense, 1979. Fux, Luiz, *Tutela de segurança e tutela da evidência*, São Paulo, Saraiva, 1996. Mitidiero, Daniel, *Antecipação da Tutela*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2012. Particularmente en Argentina, véase Oteiza, Eduardo, "Las tutelas cautelares y anticipadas. Informe argentino", en *Derecho procesal contemporáneo. Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal,* Tomo I, Santiago, Puntolex, 2010. De los Santos, Mabel; Calmon, Petrônio, "Informe general sobre tutelas urgentes y cautela judicial", en *Derecho procesal contemporáneo..., op. cit.* Peyrano, Jorge W., "Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia, medidas autosatisfactorias", *Revista de Direito Processual Civil* 9; y "Régimen de las medidas autosatisfactivas, nuevas propuestas", *Revista de Direito Processual Civil* 7. Morello, Augusto, *Anticipación de la Tutela*, La Plata, Platense, 1996. Berizonce, Roberto, Bermejo, Patricia y Amendolara, Zulma, *Tribunales y Proceso de Familia,* La Plata, Platense, 2001, pp. 50-59. Rojas, Jorge, "Los límites de la tutela anticipada", en *Sentencia Anticipada*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2001. Carbone, Carlos Alberto, "Los procesos urgentes y la anticipación de la tutela", en *Revista de Direito Processual Civil* 21; Vargas, Abraham L., "Teoría general de los procesos urgentes", en *Medidas Autosatisfactivas*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 1999. En el derecho uruguayo véase Greif, Jaime, "Las medidas anticipativas", en *Temas de Derecho Procesal Civil*, Montevideo, Cauce Editorial, 2000. En el derecho peruano, Monroy Palacios, Juan José, *Bases para la formación de una teoría cautelar*, Lima, Comunidad, 2002; Priori Posada, Giovanni, *La tutela cautelar*, Lima, Ara, 2006.

Infojus

1994 la práctica forense asimiló la novedad y hoy es imposible pensar la justicia brasilera sin tal instrumento de tutela de los derechos. Se trata, sin duda alguna, no sólo de una técnica procesal que resultó de la delicada y creativa tarea dogmática, sino, de un mecanismo que trajo gran contribución para un mejor rendimiento de la justicia civil y para la realización de las necesidades de tutela de los derechos.

La nueva técnica pasó a ser utilizada, inclusive, para la anticipación de sumas de dinero, admitiéndose su ejecución mediante el embargo *on line* y la sanción coercitiva pecuniaria. Se demostró que la ejecución de la tutela anticipada de sumas no podría someterse a los medios de ejecución de la sentencia de condena no sólo porque la urgencia que legitima su concesión es incompatible con la demora inherente a la ejecución forzada, como también porque no hay motivo alguno para que se pueda impedir la coerción de la voluntad del deudor que posee patrimonio para la realización de un crédito pecuniario, especialmente cuando este se muestra imprescindible para el atendimiento de un derecho no patrimonial o de una necesidad primaria.(15)

4 |

No obstante, los abogados brasileros todavía no supieron hacer uso de la tutela anticipada basada en el "abuso del derecho de defensa", lo que retiró de los tribunales la posibilidad de colaborar para el desarrollo de esa imprescindible técnica de distribución de la carga del tiempo del proceso.

La tutela anticipada con base en el abuso del derecho de defensa sólo puede ser comprendida por quien tiene sensibilidad para intuir que el tiempo del proceso es una carga que, así, no puede ser destinado al demandante, como si él fuese culpable por la demora inherente a la investigación de los hechos y a la sedimentación del juicio decisorio.(16)

Esa forma de tutela anticipada tiene racionalidad, especialmente, cuando parte del pedido o uno de los pedidos acumulados, se torna incontrovertido

(15) Marinoni, Luiz G., *Antecipação da Tutela*, cit., p. 219 y ss.

(16) Marinoni, Luiz G., *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997; y *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*, 2ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

en el curso del procedimiento, que debe caminar adelante para la dilucidación de la otra parte o de las otras pretensiones de la demanda,[17] bien como en la situación en la cual la única controversia del proceso reside en la "defensa del mérito indirecta". Si los hechos articulados por el demandante son incontrovertidos, sea por haber sido probados mediante documento o por no haber sido contestados, y el demandado alega hechos impeditivos, modificativos o extintivos que se muestran infundados, no es razonable obligar al demandante a pagar por la demora, que sirve únicamente para el demandado pueda intentar desvincularse de su carga de probar.[18] Bien vistas las cosas, se trata de pensar en el aspecto dinámico del propio *onus* de probar, o sea, en el tiempo necesario a la producción de la prueba, proponiéndose la distribución del tiempo del proceso con base en el mismo criterio establecido para la repartición de la carga de probar.[19]

También es posible pensar en un abuso del derecho de defensa cuando se da la debida relevancia a los precedentes de las Cortes Supremas. Si cabe a ellas atribuir sentido al derecho,[20] definiéndolo mediante las "mejores razones",[21] la defensa que no demuestra que el caso bajo juzgamiento no se encuadra en el molde de un precedente o no trae relevantes y específicas razones para evidenciar la necesidad de su revocación, no puede

(17) Para esclarecer esa posibilidad, la ley 10.444/2002 insertó en el art. 273 CPC el siguiente dispositivo: "§ 6°. La tutela anticipada también podrá ser concedida cuando uno o más de los pedidos acumulados o parte de ellos, se mostrara incontrovertido".

(18) De acuerdo con Proto Pisani, "la técnica que puede satisfacer la exigencia de *evitar el abuso del derecho de defensa* es la condena con reserva de las excepciones. Con base en ella, el juez, una vez reconocidos sólo los hechos constitutivos del derecho, emite un proveimiento jurisdiccional sobre el mérito, dejando a una fase procesal sucesiva la cognición de las excepciones del demandado". Proto Pisani, Andrea, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1994, p. 627.

(19) Scarselli, Giuliano, *La condanna con riserva,* Milano, Giuffrè, 1989, pp. 560/561.

(20) La función de garante de la interpretación adecuada de la ley, como observa Elisabetta Silvestri, puede ser vista como perteneciente al "patrimonio genético" de las Cortes Supremas en general —de casación, de revisión, etc.— toda vez que su colocación en el ápice de la pirámide judicial necesariamente comporta el ejercicio de poderes de control sobre la actividad interpretativa realizada por los jueces inferiores. Silvestri, Elisabetta, "Corti Supreme Europee: Accesso, filtri e selezione", en *Le Corti Supreme,* Milano, Giuffrè, 2001, p. 110.

(21) Taruffo, Michele, "La Corte di Cassazione e la legge", *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile,* Bologna, Il Mulino, 1991, p. 105; Chiassoni, Pierluigi, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna: Il Mulino, 2007, p. 16; Wróblewski, Jerzy, "Legal syllogism and rationality of judicial decision", *Rechtstheorie*, v. 5, parte 1, cit., p. 40 y ss.

Infojus

demorar la parte del derecho que, por cuenta de eso, se muestra evidente en el curso del proceso, pero que, en virtud de la regla de la *unità e unicità della decisione*, en principio, tendría que esperar el encerramiento de la instrucción probatoria que dice respecto a los hechos controvertidos relativos a la otra parte de la demanda.

5

La misma reforma que instituyó la tutela anticipatoria, introdujo en el Código de Proceso Civil técnicas procesales destinadas a permitir lo que se llamó **tutela específica**, que incluye las tutelas que garantizan la integridad del derecho material, sea evitando su violación, sea propiciando la reintegración del derecho violado o el resarcimiento en la forma específica.[22] El art. 461 del Código de Proceso Civil,[23] además de, nuevamente, repetir la posibilidad de tutela anticipatoria de cara al fundado temor de daño, prevé la posibilidad del juez de utilizar el medio ejecutivo que reputara necesario para la efectividad de la tutela específica. Se confiere también al juez el poder de ordenar, bajo pena de sanción pecuniaria, un

(22) Marinoni, Luiz G., *Tutela Específica*, 2ª ed, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002; y *Técnica processual e tutela dos direitos*, 3ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

(23) He aquí la redacción del art. 461 en su versión actual: "Art. 461. En la acción que tenga por objeto el cumplimiento de la obligación de hacer o no hacer, el juez concederá la tutela específica de la obligación o, si el pedido es fundado, determinará las providencias que aseguren el resultado práctico equivalente al del cumplimiento.

§ 1° La obligación solamente se convertirá en daños y perjuicios si el autor lo requiriera o si fuese imposible la tutela específica o la obtención del resultado práctico equivalente.

§ 2° La indemnización por daños y perjuicios se dará sin perjuicio de multa (art. 287).

§ 3° Siendo relevante el fundamento de la demanda y habiendo justificado temor de ineficacia del proveimiento final, le es lícito al juez conceder la tutela liminarmente o mediante justificación previa, citando al demandado. La medida liminar podrá ser revocada o modificada, a cualquier tiempo, en decisión fundamentada.

§ 4° El juez podrá, en la hipótesis del parágrafo anterior o en la sentencia, imponer multa diaria al demandado, independientemente del pedido del demandante, si fuere suficiente o compatible con la obligación, fijándole plazo razonable para el cumplimiento del precepto.

§ 5° Para la efectuación de la tutela específica o la obtención del resultado práctico equivalente, podrá el juez, de oficio o a requerimiento, determinar las medidas necesarias, tales como la imposición de multa por tiempo de atraso, búsqueda y aprehensión, remoción de personas y cosas, destrucción de obras e impedimento de actividad nociva, si es necesario con requerimiento de fuerza policial.

§ 6° El juez podrá, de oficio, modificar el valor o la periodicidad de la multa, en caso verifique que se tornó insuficiente o excesiva".

Infojus

valor que entendiera suficiente para obligar al demandado a un no hacer y a un hacer, así como a utilizar un medio ejecutivo no requerido por el demandante, siempre que fuese adecuado a la tutela del derecho en vista de las reglas del medio idóneo y de la menor restricción posible.(24)

6 |

La institución de esa nueva modalidad de ejecución brindó la oportunidad para la generalización de la ejecución indirecta delante de cualquier acción en la que no se pide tutela pecuniaria y, consecuentemente, a la elaboración teórica de un modelo adecuado a la tutela inhibitoria. Antes de todo, no obstante, se demostró la necesidad de deshacer la vieja asociación, de origen romano, entre ilícito y daño, o mejor, entre tutela contra el ilícito y responsabilidad civil. La confusión entre ilícito y daño es resultado de la idea de que el bien jurídico a ser tutelado es la *res* dotada de valor de cambio, para lo que sería suficiente la tutela resarcitoria por el equivalente.(25)

(24) Se quebró la regla de la tipicidad de los medios ejecutivos, dada la necesidad de otorgar mayor poder de ejecución al juez. El control del poder ejecutivo, entretanto, pasó a ser realizado mediante la regla de la proporcionalidad, especialmente mediante las reglas del medio idóneo y de la menor restricción posible. Es evidente que el medio ejecutivo debe ser adecuado e idóneo para la tutela del derecho. El problema está en la selección del "medio más suave", esto es, de aquel que, además de adecuado e idóneo a la tutela jurisdiccional, es menos perjudicial al demandado. Sólo las circunstancias del caso concreto pueden indicar la medida ejecutiva necesaria o más suave, vale decir, aquella que, siendo buena para el demandante, es también la mejor para el demandado. No obstante, las reglas del medio idóneo y de la menor restricción no tendrían importancia si no fuese por la necesidad del juez justificar su decisión. El equívoco, revelado por la justificación, es que evidenciará la ilegitimidad del medio de ejecución. Sin la racionalidad de la justificación, la legitimidad del ejercicio de poder de ejecución quedaría comprometida y no sería posible concretizar el derecho constitucional de las partes de poder participar adecuadamente del proceso. Para comprender la racionalidad del control del nuevo poder ejecutivo del juez, conviene analizar la doctrina de Karl Larenz: "Entre los principios con forma de proposición jurídica pueden contarse también los principios del 'medio más idóneo' y de la 'restricción menor posible' que, como vimos, sirven muchas veces a los tribunales de pautas de 'ponderación de bienes'. Son 'en forma de proposición jurídica', mientras exista un medio 'más idóneo', sólo una restricción 'menor posible' —la que protege suficientemente el bien preferido— del bien postergado, no requiriéndose, por lo tanto, una ulterior concretización de la pauta". Larenz, Karl, *Metodologia da ciência do direito,* Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 585.

(25) Mòcciola, Michele, "Problemi del risarcimento del danno in forma specifica nella giurisprudenza", en *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1984, p. 367 y ss.; Salvi, Cesare, *"Legittimità e 'razionalità' dell'art. 844 Codice Civile"*, *Giurisprudenza italiana*, 1975, p. 591; Giorgianni, Michele, *"Tutela del creditore e tutela 'reale'"*,en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1975, p. 853 y ss.; Scognamiglio, Renato, *"Il risarcimento del danno in forma specifica"*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957, p. 201 y ss.

Infojus

La distinción entre ilícito y daño o la demostración de que el hecho dañoso es una consecuencia no necesaria[26] del acto contrario al derecho surgió al lado de la percepción de que la tutela civil contra el acto contrario al derecho se había tornado imprescindible para la actuación de las normas legales de protección a los derechos fundamentales.[27] Quedó claro que la realización del contenido de esas normas dependería de tutelas capaces de inhibir la violación, la repetición o la continuación de la violación de la norma y de restablecer la situación que existiría en caso de que la norma no hubiese sido violada.

Tales tutelas no dependen de la discusión sobre el daño o su probabilidad, toda vez que se destinan a impedir el acto contrario al derecho o suprimir los efectos concretos de este. Así, por ejemplo, la acción inhibitoria para tutela derechos difusos, puede ser prestada para impedir la violación

(26) Se imaginó que la ley, al obligar la indemnización a alguien que cometió un daño, se consideró al daño como elemento esencial y necesario de la *fattispecie* constitutiva del ilícito. No obstante, el daño no es una consecuencia necesaria del acto ilícito, sino, un requisito para el surgimiento de la obligación de resarcir. Si el daño no es elemento constitutivo del ilícito, pudiendo el último existir independientemente del primero, no hay razón para no admitir una tutela que tome en consideración sólo el ilícito, dejando de lado al daño. De la misma forma que se puede pedir la cesación de un ilícito sin aludir al daño, es posible requerir que un ilícito no sea practicado sin la demostración de un daño futuro. Véase Marinoni, Luiz G., *Tutela Inibitória*, 5ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 92 y ss.; Frignani, Aldo, "Azione in cessazione", *Novissimo Digesto Italiano*, 1980, p. 655; Rapisarda, Cristina, *Profili della tutela..., op. cit*; Taruffo, Michele; Rapisarda, Cristina, *"Inibitoria"*, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, v. 17.

(27) Cuando el Estado asume nuevas preocupaciones sociales y así pasa a importarle la protección del medio ambiente, de la salud, de la educación y de la posición del consumidor en el mercado, además de un enfoque de los derechos de la personalidad a la luz de la evolución de las técnicas de comunicación, surgen normas que, objetivando realmente tutelar esas situaciones de derecho sustancial, pasan a imponer deberes, conscientes de que su observancia es fundamental para la consagración de esos **nuevos derechos**. Eso se obtiene, no sólo a través de normas que consagran un no hacer, sino, también, por medio de las normas que determinan una acción positiva. Tales normas parten de la premisa de que determinados actos deben ser vedados o necesariamente practicados, poco importando los efectos concretos de su violación, si son lesivos o no. En realidad, se parte del presupuesto de que la violación de la norma es causadora de perjuicio. O sea, la preocupación es con la simple observancia de la norma y no con el efecto concreto de su violación, no importando más la idea que asociaba el ilícito a la responsabilidad civil. En los casos en que la tutela de los derechos fundamentales, deseada por la ley, exige la proposición de una acción judicial, hay tutela jurisdiccional que realiza la conducta impuesta por la ley. En ese sentido, la acción inhibitoria revela preocupación con las normas que establecen comportamientos fundamentales para el adecuado desarrollo de la vida social. La posibilidad de requerirse una tutela independientemente de la existencia de daño tiene relación con el propio concepto de norma jurídica, toda vez que si la única sanción contra el ilícito fuese la obligación de resarcir en virtud del daño, la propia razón de ser de la norma estaría comprometida. Marinoni, Luiz G., *Tutela..., op. cit.*, pp. 54/55.

Infojus

de una norma que prohíbe una conducta para la protección del derecho fundamental al medio ambiente. Por otra parte, la acción de remoción del ilícito puede ser propuesta para retirar del mercado algún producto con contenido nocivo a la salud o incluso en desacuerdo con las reglas que dan protección al consumidor. Nótese que, tanto en la acción inhibitoria cuanto en la acción de remoción del ilícito, no es necesario invocar, respectivamente, probabilidad de daño a la salud o daño al consumidor. A propósito, el **descubrimiento** de las acciones contra el ilícito evidencia, todavía, que la tutela contra la competencia desleal, de la patentes de invención o de marca comercial, tampoco nada tienen que ver con el daño o con la probabilidad, exigiendo sólo la demostración del acto contrario al derecho o de su probabilidad.

La percepción teórica de la relevancia de la distinción entre acto contrario al derecho y hecho dañoso para la tutela civil de los derechos, hizo ver el absurdo de pensar en una acción cautelar innominada para las situaciones antes descritas. La acción cautelar no escapa del viejo presupuesto del fundado temor de daño, delineado en todas las leyes y obras doctrinarias que tratan de la tutela cautelar y, por consecuencia, da a los abogados mal formados o que actúan de mala fe la posibilidad de insertar la discusión del daño en el ámbito de la cognición judicial de una acción objetivada sólo contra el acto contrario al derecho, confundiendo al juez y demorando el proceso. Hoy es muy común la discusión del daño, inclusive con equivocada producción de prueba, en acciones destinadas a la tutela de los intereses difusos, en el que se alega sólo la violación de una norma de protección a un derecho fundamental.

7

En el presente momento, en el que se discute el proyecto de un nuevo Código de Proceso Civil para el Brasil, se intenta insertar reglas que denoten que las acciones inhibitoria y de remoción del ilícito, exijan apenas la demostración del acto contrario al derecho, excluyendo la discusión del hecho dañoso. La Cámara de Diputados, influenciada por lobistas de intereses privados, rechazó la propuesta de inserción de una acción inhibitoria en el Proyecto del Código, bajo el argumento que, bien evidencia la mala comprensión del instituto y la no percepción de su carácter imprescindible para la tutela de los derechos, su uso podría colocar en riesgo la libertad

de prensa. Es realmente impresionante, pero es verdad, lo cual demuestra la falta de preparación de los procesalistas y de los parlamentarios que prefieren circular en torno a discusiones irrelevantes sobre institutos procesales seculares, tal vez para no escapar a la lógica de que la alteración de la legislación es la mejor forma de conservar el *statu quo*.

8 |

Interesa recordar, además, que posteriormente a la introducción de la tutela anticipatoria en el Código de Proceso Civil (en 1994), la tutela cautelar **incidental** continuó dependiendo de la **acción** cautelar. Por eso y por ser más fácil al justiciable obtener la tutela cautelar mediante mero requerimiento en el proceso de conocimiento, no hubo preocupación en distinguir la tutela anticipatoria de la tutela cautelar. Eso quedó claro delante de las acciones declaratorias y constitutivas, dada la imposibilidad técnico-jurídica de declarar o constituir de forma sumaria o provisoria.[28]

Sin embargo, cualquier observador sabe que la dificultad de diferenciación entre las tutelas anticipatorias y cautelares resultó de una maniobra de la práctica forense, dirigida a permitir la obtención de la tutela cautelar mediante requerimiento en el proceso de conocimiento. Solamente en el año 2002, una nueva alteración en el Código de Proceso Civil estableció la posibilidad de también requerirse tutela cautelar en el proceso de conocimiento.[29] Esta alteración del Código, mientras tanto, no delineó el significado de la tutela anticipatoria delante de la tutela cautelar, lo que es necesario para evitar el uso indebido de esas formas de tutela que, inclusive, exigen fundamentaciones dotadas de racionalidad completamente diversas.[30] Ahora, la historia del proceso civil muestra que la tutela cau-

(28) Marinoni, Luiz G., *Antecipação da tutela,* op cit., p. 46 y ss. Sobre el punto en el derecho italiano, véase Tommaseo, Ferruccio, *I provvedimenti d'urgenza,* Padova, Cedam, 1983, pp. 257/259; Samori, Gianpiero, "La tutela cautelare dichiarativa", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1995, p. 949 y ss.; Carpi, Federico, *La provvisoria essecutorietà della sentenza*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 59 y ss.

(29) Se insertó un § 7 al art. 273: "§ 7.- Si el autor, a título de anticipación de tutela, requiriera providencia de naturaleza cautelar, el juez podrá, cuando estuvieren presentes los respectivos presupuesto, otorgar la medida cautelar en carácter incidental del proceso juzgado".

(30) El equívoco de suponer que las categorías del derecho procesal pueden ser tratadas y conceptualizadas sin considerar el derecho sustancial, trae como consecuencia la suposición

telar fue pensada para garantizar la efectividad de la tutela del derecho material.(31) La tutela cautelar nunca fue o podría haber sido pensada para dar tutela al derecho material y, mucho menos, para inhibir la violación del derecho o remover sus efectos concretos. Admitir la tutela del derecho material mediante cognición sumaria sería lo mismo que admitir la ejecución antes del agotamiento del ejercicio del derecho de defensa, algo incompatible con el principio de la *nulla executio sine titulo*, uno de los principios que sustentó la lógica de la estructura del derecho procesal del siglo XX. Por otro lado, la comprensión de la historia de las doctrinas también evidencia que la tutela cautelar no podría, cuando fuese delineada, prestar una tutela contra el acto contrario a derecho, no sólo porque se suponía que eso atentaría contra la libertad, sino, también, porque las categorías del ilícito y de la responsabilidad civil eran asociadas.

de que no sería necesario identificar las peculiaridades y los presupuestos de las diferentes tutelas fundadas en peligro, bastando conceptualizarlas como **tutelas de urgencia,** que, así, dejaría de ser un género que engloba varias realidades, pero sí una realidad homogénea. Sucede que la idea de tutela de urgencia solamente puede explicar algo que es interno al proceso y no como algo preocupado con el derecho material y de los casos concretos. La falta de identificación de las tutelas que dan composición al género **tutela de urgencia** elimina la posibilidad de explicarse la convicción de verosimilitud y la justificación de la decisión anticipatoria, pues esas **no** son uniformes, contrariamente con el concepto de urgencia. La circunstancia de la tutela anticipatoria, en la perspectiva procesal, de poder ser conceptualizada como urgente, oscurece el hecho de que la tutela urgente pueda ser represiva y preventiva (inhibitoria) y las importantes implicancias que esa constatación tiene para el asunto que aquí interesa. Véase Marinoni, Luiz G., *Antecipação..., op. cit.*, p. 181 y ss.

(31) La distinción entre tutela cautelar y tutela anticipatoria es evidente. Como advirtió Giovanni Verde, "sería señal de escasa honestidad intelectual o de ingenuidad no excusable, pensar que el pago que satisface un crédito alimentario, no obstante fundado en un proveimiento cautelar, no implique satisfacción del derecho de crédito **pero sirva meramente para cautelarlo**", Verde, Giovanni, "L'attuazione della tutela d'urgenza", *La tutela d'urgenza*, Rimini, Maggioli, 1985, p. 92. "*Nel tirare le somme, avviandomi a concludere, mi accorgo di avere tenuto un discorso confuso, disarticolato e in qualche parte incoerente. **Ma la verità è che sono stato travolto dalla stessa maniera disorganica con la quale l'istituto del provvedimento d'urgenza si è venuto modificando e adattando alle concrete esigenze**. E mi pare che le indicazioni fornite, dalle quali si sono volutamente tralasciate le ricchissime serie di provvedimenti a tutela dei diritti della personalità (in senso tradizionale) e della concorrenza, che rappresentano il campo naturale di applicazione dei provvedimenti in esame, abbiano confermato che non ci sia stata vicenda di qualche rilievo (...) che non sia passata per tale forma di giustizia. **Ne è venuta fuori una tipologia assai varia e che forse meriterebbe di essere organizzata secondo criteri sistematici, che non sono stato in grado di elaborare. Si potrebbero, così, isolare accertamenti sommari con prevalente funzione cognitiva, accertamente sommari con prevalente funzione esecutiva, ingiunzione, inibizione oltre che meri provvedimenti cautelari***", Verde, Giovanni, "Considerazioni sul procedimento d'urgenza —come è e come si vorrebbe che fosse—", *I processi speciali. Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli, Jovene, 1979, p. 458/460.

Infojus

Por ende, para no escapar del compromiso con la teoría del proceso civil y, especialmente, para no atentarse contra el concepto básico de teoría del derecho, de que un instituto no debe ser **desfigurado** para mantenerse una nomenclatura o de que un **nuevo instituto** no debe ser designado con un nombre que siempre sirvió y sirve a otro,[32] la doctrina debería haber advertido al legislador sobre la importancia de dejar en claro que la tutela anticipatoria anticipa la tutela final al paso que la tutela cautelar asegura el resultado útil del proveimiento final.[33]

(32) Una misma palabra no puede tener significados diversos cuando se pretende un real desarrollo de la ciencia. Dejar de elaborar la distinción entre tutela cautelar y tutela anticipatoria es no permitir la identificación de diferentes realidades. O peor que ello: es permitir que ellas sean confundidas. Véase Carrió, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1990, p. 98.

(33) Edoardo Ricci, en un trabajo en el que analizó específicamente la tutela anticipatoria brasilera, observó de esta forma: "Al exponer mis reflexiones sobre el tema, privilegiaré de forma comparada la experiencia italiana. Eso, sobretodo porque el derecho italiano es aquel de mi país y, por lo tanto, lo conozco mejor. Pero el cotejo entre el derecho brasilero y el derecho italiano también tiene otra justificación: una comunión de lenguaje, de problemas y de ideas que las respectivas doctrinas enfrentan bajo el punto de vista científico. **Desde hace mucho tiempo la doctrina brasilera y la doctrina italiana son hermanas: a veces se tiene la impresión de que se trata de una misma doctrina no obstante ser diversos los ordenamientos estudiados por una y por otra**. Y así, es imposible para italianos y brasileros intentar una visión de conjunto, que sobrepase los límites del propio ordenamiento jurídico, si el primer paso no fuese dado en dirección a la doctrina vecina; y al considerar la nueva tutela anticipatoria brasilera, sobretodo en relación a la experiencia de mi país, casi no me siento un verdadero y propio extranjero. Me siento en una posición intermedia entre la propia de los juristas brasileros y la de los juristas extranjeros. (…) La nueva tutela anticipatoria brasilera, para mí, tiene un mérito fundamental: ofrecer la mejor solución del problema de *iure condendo*, en el sentido de la tutela anticipada ser orgánicamente insertada en el núcleo del procedimiento ordinario o de ser estructurada como una forma de tutela autónoma, destacada del proceso ordinario bajo el punto de vista formal. (…) El legislador brasilero siguió, desde luego, la mejor vía mediante el nuevo art. 273 del CPC. Con esa norma, el derecho brasilero, **bajo el aspecto estructural, se impone al mundo como un ejemplo de la mejor solución**. Los fundamentos, con base en los cuales debe ser concedida o negada la tutela anticipada son los mismos que deberán ser considerados para la sentencia. Esos fundamentos y argumentos son acogidos bajo las garantías típicas del proceso civil ordinario: y es en esa tutela anticipatoria que es necesario tener confianza. Para mí, visto que siempre me desviví por una solución estructural semejante, verificar que el legislador brasilero escogió ese rumbo constituye un motivo de particular satisfacción. (…) La cuestión de saber si la tutela anticipada integra o no la vasta categoría de la tutela cautelar es debatida en Brasil y suscita una señal de discusión también en Italia. Y no falta para el surgimiento del problema una específica justificación. **Cuando nace un nuevo instituto es prácticamente inevitable preguntar si él puede o no puede ser sistematizado en el ámbito de las categorías ya conocidas**; y el instituto nuevo de la tutela anticipatoria parece vecino a la ya conocida categoría de la tutela cautelar, dada su característica muy peculiar: la provisoriedad. Todo depende de los límites más o menos amplios que se pretende atribuir al concepto de la tutela cautelar; las dudas atinentes que la aptitud de la tutela cautelar encierra en su propio ámbito a la tutela anticipatoria emergen sobretodo de un dato típico de la tutela cautelar, consistente en la instrumentalidad en relación a la tutela de mérito. Esa instrumentalidad puede variar en su aspecto positivo. **Pero ofrece se-**

Infojus

Lo más curioso y absurdo es que parte de la doctrina brasilera alega que no hay mayor razón para distinguir tutela anticipatoria de la tutela cautelar, bajo el argumento de que ambas están basadas en fundado temor de daño. Se olvida que, mientras la tutela cautelar tiene como presupuesto el temor de daño, la más importante forma de tutela anticipada, en el derecho contemporáneo, es la que se destina a inhibir el acto contrario al derecho o a remover sus efectos concretos, sin pensar respecto del acto lesivo. Además, no toda tutela anticipatoria es fundada en temor de daño; la tutela anticipada también se destina a distribuir el tiempo del proceso y, en esa dimensión, no tiene alguna relación con el *periculum in mora*.

Fuera de ello, hay una evidente distinción entre la tutela que realiza un derecho mediante cognición sumaria y la tutela que asegura la utilidad del proveimiento final. Por último, la idea de asimilar las tutelas a partir del requisito de la urgencia contradice la historia de la práctica forense y del orden normativo brasilero toda vez que la tutela anticipada fue introducida en el Código de Proceso Civil en razón de las presiones sociales por tutela jurisdiccional adecuada y especialmente en virtud de la negación de los jueces en concederla bajo el manto protector de la tutela cautelar. Por lo tanto, pretender **regresar** constituye algo despojado de cualquier racionalidad.

9 |

Por otro lado, no hay cómo dejar de recordar que, en cualquier proceso civil, existe una disputa por un bien de la vida, en relación al cual el tiempo incide de modo inverso conforme la posición en la que esté la parte. El tiempo del proceso perjudica al actor en la exacta proporción en que

guramente un aspecto negativo: sólo puede ser instrumental en relación a la tutela de mérito una tutela que no coincida con esta. La tendencia de la tutela anticipatoria poder encontrar sistematización en una categoría propia y autónoma no reconducible a la categoría de la tutela cautelar, deriva exactamente de su carácter anticipatorio: entre la tutela anticipatoria y la tutela de mérito, en rigor, no debería haber diferencia. (…) En suma y para concluir: la autonomía de la tutela anticipatoria en relación a la tutela cautelar debe también ser conquistada y sustentada con **determinadas opciones de derecho positivo**. Se trata de las mismas selecciones de derecho positivo por las cuales la tutela anticipatoria puede lograr toda la utilidad de la que es capaz: **opciones, por ende, que, además de afirmar etapas de un camino que tiende a la efectividad de la tutela jurisdiccional, tienen todavía más valor teórico y conceptual digno de nota. Es ese uno de los temas en que la aspiración a la mejor disciplina posible y el refinamiento de las categorías científicas deben andar juntos"**, ver Ricci, Edoardo, "A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano", *Revista de Direito Processual Civil,* Génesis Editora, v. 6, p. 222 y ss.

Infojus

beneficia al demandado y, por tal motivo, no puede dejar de ser visto como una carga. Como las hipótesis de tutela anticipatoria en nombre de la distribución del tiempo procesal constituyen elaboraciones dogmáticas creadas a partir del concepto de **abuso de derecho de defensa**, es necesario que el nuevo Código de Proceso Civil brasilero no pierda la oportunidad de delinear las situaciones que abren oportunidad a la distribución de la carga del tiempo. Eso ofrecerá criterios para visualizar los casos en los que el tiempo no debe ser soportado por el autor y facilitará el control de la racionalidad de las decisiones judiciales, evidenciando que la técnica anticipatoria es hoy también imprescindible para tutelar la igualdad en el proceso mediante la distribución de la carga del tiempo procesal.

10

En resumen: el proceso civil brasilero partió de la tutela cautelar para llegar a la técnica anticipatoria y a la tutela contra el acto contrario al derecho. Se delineó, en los Códigos de Proceso Civil de 1939 y 1973, la acción cautelar cuya función fue la de garantizar la utilidad del proceso destinado a la tutela del derecho material. Con el surgimiento de los nuevos derechos y a raíz de la intolerancia en relación a la demora de la justicia civil, la acción cautelar innominada pasó a ser utilizada como instrumento de sumarización del proceso de conocimiento, viabilizando la obtención inmediata y mediante cognición sumaria, de la tutela del propio derecho material. Delante de eso, se instituyó en el Código de Proceso Civil la técnica anticipatoria cuyos resultados para el rendimiento de la justicia brasilera fueron extraordinarios. La misma reforma procesal instituyó la técnica anticipatoria contra el abuso del derecho de defensa que, a partir de la elaboración dogmática, se convirtió en una técnica de distribución de la carga del tiempo del proceso, independientemente de la existencia de *periculum in mora*. Finalmente, teniendo en vista las técnicas procesales también instituidas con la reforma de 1994 y en razón de una creativa elaboración teórica, se demostró la imprescindibilidad de admitirse una tutela civil contra el acto contrario al derecho, cuando quedó claro que no se podía confundir la acción cautelar con la acción inhibitoria, no sólo porque la primera tiene como presupuesto la probabilidad del daño y la segunda el acto contrario a derecho, sino también porque la acción inhibitoria confiere tutela al derecho material y, por tal razón, no guarda el carácter de la instrumentalidad.

Infojus

El compromiso con las reformas procesales civiles en América Latina: un desafío democrático

por **SANTIAGO PEREIRA CAMPOS**[1]

I | El punto de partida

La justicia civil, históricamente concebida como aquella que refiere a lo no penal, concentra materias, controversias y trámites muy heterogéneos y es objeto de especial análisis en varios países de América Latina donde se están diseñando, implementando o evaluando procesos de reforma.

Terminados o en vía de ejecución los procesos de reforma de la justicia penal en varios países, llegó la hora de las reformas procesales civiles en sentido amplio, y ello es un imperativo del compromiso democrático que nuestros sistemas institucionales deben afrontar, puesto que en la mayor parte de los países americanos todavía rige el esquema procesal de la Europa continental del siglo XIX: procesos escritos, de impulso de parte, que garantizan intereses y derechos individuales.

(1) Prof. Titular de Derecho Procesal en la Universidad de Montevideo. Miembro del Consejo Directivo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA). Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal.

Este proceso **desesperadamente** escrito generó numerosos problemas en nuestros países:

a. Propició un proceso lento, formal y burocrático, corporizado en un expediente judicial como eje central del proceso y de las decisiones.

b. Generó prácticas excesivamente ritualistas que convirtieron los requisitos de forma en los aspectos más importantes.

c. Esto causó, a su vez, otros problemas, como por ejemplo la duración excesiva de los procesos y su opacidad o falta de publicidad.

d. El proceso escrito consolidó un rol pasivo del juez a la espera del impulso procesal de parte, especialmente sobre las actuaciones relativas a los actos de proposición y a los medios probatorios.

e. Sumado a lo anterior, se presentó otro problema, que es sin duda uno de los más importantes: el proceso escrito facilitó la falta de inmediación judicial. En efecto, la consolidación del expediente judicial y la definición de un rol pasivo del juez conllevaron a que éste no tuviera contacto directo con las partes, peritos, testigos ni demás pruebas.

f. Asimismo, se fomentó una excesiva delegación de funciones del juez a los funcionarios de su despacho, aun de las actuaciones procesales que requerían inmediación.

g. Otro problema fue la multiplicación de estructuras procesales para resolver distintos asuntos civiles, que estuvo asociada a la creencia errónea, pero arraigada aún hoy en muchos países, de que cada especialidad sustancial necesita una estructura adjetiva o procesal propia. Esto generó la existencia de distintos esquemas procesales escritos que aunque guardaban relación entre sí, implicaban cambios en los plazos procesales y en algunas disposiciones específicas, por lo cual, en aquellos lugares en los que el juez era multi-competente, debía tramitar los procesos con distintas normas procesales.

2 | Las propuestas de reforma

Las reformas procesales civiles siguen básicamente dos líneas metodológicas: o buscan una transformación general o amplia del sistema de justicia no penal, como fue el caso de la reforma procesal civil de Uruguay de 1989, siguiendo el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, o apuntan a transformaciones de uno o varios sectores específicos del sistema de justicia —civil, comercial, laboral, familia, contencioso administrativo, tributario—, como en el caso de Chile, Colombia y Perú.

Cualquiera sea el alcance de propuesta de reforma a la justicia civil, es indudable que debe tener un enfoque sistémico, complejo e integral con perspectiva de política pública.

Deben definirse las variadas formas de soluciones posibles desde el Estado, articulando las diversas herramientas de prevención y resolución de conflictos, y deben profundizarse los principios procesales básicos de los conflictos que se resuelven dentro del sistema de justicia, poniendo énfasis en cómo efectivizar tales principios para evitar que caigan en una no aplicación práctica.

Adicionalmente, la reforma debe definir el esquema procesal de las causas que se tramitan judicialmente, es decir, aquellas de conocimiento y de ejecución, sin que quepa reducir la reforma civil a este solo componente.

Finalmente, debe proponer un modelo de gestión de las tecnologías de información y comunicación requeridas en la justicia civil y su metodología de financiamiento.

Un plan sistémico e integral de reforma a la justicia civil debe:

- Contar con una metodología que permita un diseño e implementación que garantice la efectiva incorporación de los elementos centrales de la reforma.
- Realizar un relevamiento de la situación, de modo de obtener información fiable que permita un adecuado diseño de la reforma.
- Diseñar de modo integral y sistemático los cambios necesarios, propendiendo a la participación ciudadana.
- Definir los mecanismos requeridos para la implementación adecuada de la reforma, considerando las necesidades ciudadanas.
- Diseñar una transformación normativa que incorpore las herramientas legales necesarias para la implementación de los cambios requeridos.
- Diseñar la adecuación organizacional necesaria para que los distintos operadores del sistema de justicia civil puedan implementar los cambios establecidos.
- Establecer herramientas apropiadas para la adopción de los cambios por los distintos actores del sistema de justicia con metas e indicadores claros y eficientes.
- Definir los mecanismos de implementación.
- Apropiar los recursos requeridos para la implementación (gradual o inmediata).

- Establecer procedimientos de monitoreo y evaluación.
- Establecer mecanismos apropiados para realizar los ajustes requeridos a la reforma en su proceso de implementación, considerando las metas y los indicadores predefinidos.
- Generar ámbitos de diálogo entre actores claves de la justicia civil, incluidos los operadores del sistema y los usuarios potenciales y permanentes.

La modernización de la justicia civil no puede omitir el análisis de la organización judicial con la que cuenta el país —tribunales, competencias, sistema de ascensos y carrera judicial, entre otros—, y los recursos humanos y materiales existentes —jueces, funcionarios, oficinas, equipamiento, tecnología— para operativizar cualquier cambio. Por supuesto, el modelo procesal debe contemplar los principios y las nuevas estructuras procesales adecuadas para la satisfacción de los derechos sustanciales.

El proceso por audiencias y el proceso monitorio son las estructuras más atractivas, coordinados con un sistema de justicia de pequeñas causas o vecinal, sencillo y accesible a una adecuada solución para los procesos colectivos.

Deben buscarse soluciones innovadoras al **drama** del proceso de ejecución que azota nuestros países —obtener una sentencia es lento, ejecutarla es casi imposible—, y en este sentido existen experiencias interesantes para adaptar a nuestros países provenientes de sistemas europeos como el alemán, el español o el británico.

A partir de estos elementos, debe plantearse la nueva organización y gestión de los despachos judiciales, asumiendo los cambios organizacionales y procesales, y los recursos que ellos demanden, con el auxilio de las nuevas tecnologías.

Un adecuado plan de capacitación previo, concomitante y permanente con todos los operadores jurídicos y de los ciudadanos en general permitiría realizar el paso de la realidad anterior al nuevo modelo de justicia.

La satisfacción plena de los estándares del debido proceso no será posible sin la existencia de mecanismos alternos de solución de conflictos que provean simultáneamente soluciones rápidas y auto compuestas de estricta calidad.

Finalmente, la justicia civil modernizada debe contar con sistemas adecuados de asistencia jurídica a los ciudadanos que garanticen una igualdad procesal efectiva.

3 | Los desafíos procesales

El derecho procesal contemporáneo enfrenta desafíos de extrema complejidad a los que, con menor o mayor éxito, busca responder.

A los ya tradicionales desafíos del acceso a la justicia y la solución de los litigios en tiempo razonable, que son aún materia pendiente en muchos países, se suman una intrincada lista de problemas nuevos —y no tanto— a los cuales se les ha buscado posibles respuestas.

Estas respuestas, a su vez, entrañan nuevos riesgos a los que debe atenderse con especial cuidado en protección de los principios esenciales del proceso y, especialmente, en resguardo del derecho de defensa. Analizaremos algunos ejemplos.

3.1 | Las cargas dinámicas de la prueba

Ante la crisis del sistema tradicional de carga de la prueba, especialmente en situaciones en las que se presentan asimetrías profundas entre las partes y se producen dificultades para que una de ellas obtenga la prueba necesaria para el proceso, debido a la inactividad de su contrario, algunas legislaciones han regulado expresamente este instituto o, aún sin norma expresa, ha sido desarrollado por la jurisprudencia.

Si bien existe doctrina al respecto desde los clásicos autores del derecho procesal, ha sido en los últimos 30 años que en la práctica se ha desarrollado con más vigor este instituto y hoy se debate su implementación en varios países.

El instituto de las cargas dinámicas de la prueba, también llamado principio de disponibilidad probatoria, implica que la prueba debe ser aportada al proceso por quien se encuentre más cerca de ella —o por quien disponga de ella—, sin importar tanto si con ese medio se prueba un hecho favorable al que la presenta al proceso o, incluso, favorable al contrario.

Más allá de las discusiones acerca de si ello implica invertir la regla clásica de carga probatoria o si constituye una presunción simple en contra de quien no colabora en el proceso, lo cierto es que este concepto se ha aplicado en varios países en materias tales como el derecho laboral, de familia, la responsabilidad médica, las relaciones de consumo y los contratos entre empresas, y existe una tendencia a ir ampliando los casos y supuestos.

Si bien somos partidarios del instituto correctamente aplicado, debe señalarse que el riesgo está en una utilización abusiva y sorpresiva por parte del tribunal, y de ahí que la doctrina trabaje actualmente en fórmulas que permitan el adecuado contralor de las partes respecto al uso de este instrumento, mediante la imposición por ley del deber del juez de dar un aviso a las partes de que aplicará las cargas dinámicas para habilitar un cambio de actitud de la parte que no colabora —una última oportunidad de hacerlo—, o la necesidad de que la parte que quiere servirse de las cargas dinámicas utilice previamente en forma diligente las herramientas que la ley le da para obtener la prueba —solicitud de intimaciones a la contraparte para que presente documentos o citación a declaración de parte—, y que quede constancia de ello como paso previo a la aplicación del instrumento.

3.2 | La flexibilización de la regla de la triple identidad en la identificación de las pretensiones (cosa juzgada eventual y litispendencia eventual)

Todos hemos aprendido que las pretensiones en el proceso se identifican mediante la llamada regla de la triple identidad: sujeto, objeto y causa. Esta regla permite saber cuándo, por ejemplo, en un segundo proceso, hay que hacer valer la excepción de litispendencia porque ya se está tramitando un proceso anterior entre los mismos sujetos por iguales objeto y causa; o cuando hay que interponer la excepción de cosa juzgada porque el primer proceso ya culminado resolvió una cuestión sobre el mismo objeto y causa entre las mismas partes.

Ahora bien, ¿qué ocurre, por ejemplo, cuando un litigante que tiene para ejercer contra el demandado varias pretensiones —por ejemplo: daño

emergente, lucro cesante, daño moral—, emanadas de un mismo hecho —un accidente de tránsito—, y en lugar de plantearlas en un mismo proceso, como parece natural, las fracciona en procesos separados planteados en distintos momentos?

¿O qué ocurre si a raíz de un mismo hecho —por ejemplo, un acto médico—, en vez de demandar al médico actuante y al hospital conjuntamente, el actor elige demandar sólo a uno de ellos y, cuando pierde el juicio contra el primero, inicia otro proceso contra el segundo?

En estos casos, la regla de la triple identidad, en su sentido clásico, impediría plantear las excepciones de litispendencia o cosa juzgada porque el objeto, la causa o los sujetos en litigio presentan diferencias.

Ante esta cuestión, que parece vulnerar reglas básicas del proceso —buena fe y lealtad procesal, colaboración, prohibición del *forum shopping*—, y para impedir los litigios por goteo, la doctrina procesal —siguiendo opiniones de algunos clásicos que ya lo habían desarrollado— ha diseñado el concepto de **flexibilización de la triple identidad** que deriva en la cosa juzgada **eventual** —o litispendencia **eventual**—, y que es acogida con gran entusiasmo por la jurisprudencia en algunos países, aún sin norma expresa, por tratarse una deducción de los principios fundamentales del proceso. Ello implica que, aun cuando no se presente la triple identidad perfecta, puede alegarse la cosa juzgada o la litispendencia si el actor que fraccionó injustificadamente el juicio podría haber ejercido todas sus pretensiones juntas pero no lo hizo.

Este instituto, cuya formulación compartimos, no está exento de riesgos de generar algún supuesto de indefensión, y por ello se aconseja su utilización en casos claros, no pudiendo aplicarse cuando, por ejemplo, el actor razonablemente no pudo prever, al realizar el primer juicio, el reclamo que formula *a posteriori*.

3.3 | La teoría de los actos propios

Según esta teoría, desarrollada en distintas ramas del derecho hace ya muchísimo tiempo, nadie puede pretender algo que vaya en contra de lo que pretendió antes o del modo en que actuó antes.

Su vigencia en derecho procesal es más reciente en muchos países —en otros es clásica—, y se halla vinculada a los principios de buena fe y lealtad o moralidad. Su aplicación práctica ofrece una amplia gama de posibilidades y, fundamentalmente, deriva en imponerle consecuencias desfavorables a la parte que, en determinado momento del proceso, actúa o pretende de modo contrario a su actuación o pretensión anterior, adoptando una injustificada variación en sus argumentos, peticiones, impugnaciones o declaraciones.

3.4 | La flexibilización del principio de congruencia

Muchísimo más polémicas resultan algunas posiciones doctrinarias que postulan la flexibilización del principio de congruencia en aquellos casos en que, si bien la parte no ha ejercido una pretensión, surge de la prueba que tiene derecho a ello. Ello implicaría que el juez podría, en el fallo, condenar a pagar al demandado rubros no pedidos por el actor, o sumas superiores a las pedidas, por ejemplo. Aun así, entre los que defienden esta tesis, existen matices: desde quienes exigen para aplicarla que no se afecte el principio de defensa, hasta quienes postulan que en base al principio de efectividad de los derechos sustanciales, la clave es la verdad en el proceso aún en desmedro del principio de defensa.

En nuestra opinión, interpretar en forma flexible el principio de congruencia implica más riesgos que beneficios, por lo cual desaconsejamos su aplicación. En efecto, es muy difícil medir *a priori* el daño que puede hacérsele al principio esencial de debido proceso resultando en el fallo una condena que nadie pidió.

3.5 | El rol del juez como director del proceso

Más allá de los feroces debates ideológicos sobre el rol del juez que enfrenta a la doctrina, la tendencia en los procesos no penales es hoy clara en el sentido de asignarle al Juez el rol de director del proceso, figura contraria a la de mero espectador y a la de dictador.

El punto clave aquí es regular adecuadamente los poderes-deberes de que dispone el tribunal, los derechos de contralor de las partes y del sistema de justicia, y capacitar a los operadores en esta modalidad eficiente de hacer justicia.

Como existen riesgos de abusos en esta materia, debe tenerse muy presente algunos límites infranqueables que, a nuestro juicio, el legislador debe dejar bien claros: el juez no puede traer hechos al proceso —los hechos sólo los proporcionan las partes— y deben respetarse a cabalidad los principios de congruencia y debido proceso.

3.6 | El deber de veracidad de las partes y sus abogados y el estándar del buen litigante

Impulsado por los principios procesales de moralización del proceso, en algunos ordenamientos procesales se ha regulado el deber de veracidad de las partes y sus abogados, generando grandes debates acerca de si, en el proceso civil tal como ocurre en el proceso penal, la parte puede negarse a responder, negarse a declarar en su contra, o si incluso tiene derecho a mentir o si, por el contrario, rigen otros postulados; y lo que es más complejo aún, si el abogado al defender a su cliente debe negarse a exponer hechos que conoce no son ciertos. En nuestra opinión, en los procesos no penales, donde no está en juego la libertad del litigante, es adecuado prever el deber de veracidad como parte de lo que se ha dado en llamar el estándar del buen litigante, similar al que en derecho sustantivo existe en materia civil (buen padre de familia) o comercial (buen hombre de negocios).

El punto central es cómo se sanciona la vulneración de este estándar. Las soluciones son variadas y dependen de cada regulación legal, pero puede señalarse que, además de sanciones específicas —multas, condenas en costos, sanciones disciplinarias, y otras—, lo que ha resultado muy interesante es que el juez al momento de dictar sentencia pueda valorar la conducta procesal de las partes asignándoles valor probatorio en la conclusión del litigio.

3.7 | Los procesos colectivos

Los derechos difusos y colectivos primero, y los derechos individuales homogéneos luego, han puesto en jaque los conceptos clásicos del derecho procesal, ya que las formulaciones clásicas del debido proceso, la legitimación, la cosa juzgada, la litispendencia o la ejecución resultaron insuficientes para responder a los complejos reclamos colectivos vinculados a temas tales como el medio ambiente, las relaciones de consumo, el patrimonio histórico y cultural, o el derecho a la salud.

Ello ha determinado la necesidad de que los países implementen reformas legislativas para crear un subsistema que responda a estas pretensiones, una forma eficiente —porque permite sumar pequeños esfuerzos individuales en un reclamo colectivo— pero muy compleja de acceso a la justicia. No obstante, aún son muchos los países de América que carecen de toda regulación al respecto o presentan regulaciones fragmentadas o insuficientes.

Mientras tanto, se presentan los riesgos de que el diseño demasiado complejo de las soluciones sea a su vez una limitación al acceso a los instrumentos, y que surja la imposibilidad de enfrentar estos litigios con las soluciones ya clásicas.

3.8 | La desjudicialización de determinados procesos, o de parte de los mismos

Los países de América tienen la tradición de judicializar todos los conflictos. Sin embargo, existen constataciones empíricas de que no siempre el camino del proceso judicial es el que mejor se adecua a la naturaleza del conflicto. Es por ello que se postula en muchos países la necesidad de transferir a instancias no judiciales determinados procesos o etapas de los mismos; así, por ejemplo, el proceso de divorcio, los procesos no contenciosos, o las etapas de la ejecución. Nos parece una buena medida en tanto se elijan con el adecuado cuidado los ámbitos en los cuales estas cuestiones habrán de resolverse.

3.9 | El proceso monitorio

Si bien en algunos países la utilización del proceso monitorio se viene realizando exitosamente desde hace décadas, en otros se está hoy discutiendo su implementación como un instrumento de excelente eficiencia para casos en los cuales se prevé baja probabilidad de oposición del demandado atendiendo a la certeza inicial del derecho que plantea el actor, generalmente respaldado por documentos. Superado ya en la doctrina más moderna el debate sobre su adecuación al debido proceso, el desafío es un adecuado diseño ya que existen fórmulas muy diversas entre los países que lo tienen implementado y suele confundirse el proceso monitorio en fase de conocimiento y en fase de ejecución y el listado de los títulos que lo habilitan.

3.10 | La modernización de las estructuras procesales

Muchos de los códigos procesales vigentes en América Latina, herederos de la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil española, mantienen una injustificada multiplicidad de estructuras procesales. A su vez, muchos países que han implementado reformas por sectores de la justicia —laboral, familia, contencioso administrativo, tributario— o incluso reformas generales, enfrentan hoy nuevamente el flagelo de la proliferación injustificada de procesos que muchas veces presentan diferencias menores que no tienen fundamento empírico y suelen ser trampas para que las partes cometan errores insolubles o para que los jueces incurran o induzcan a errores a las partes.

El desafío es entonces la modernización de las estructuras procesales con la implementación del proceso mixto por audiencias con vigencia plena de la inmediación, procurando lograr pocas estructuras pero eficientes: proceso ordinario, proceso sumario, proceso monitorio y, fundamentalmente, proceso de ejecución.

3.11 | La reformulación del proceso de ejecución

La ineficiencia del proceso de ejecución es un drama en casi todas partes del mundo y más aún en América. Hemos avanzado mucho en algunos países en la eficiencia de la fase de conocimiento de los procesos pero, obtenida una sentencia, si el demandado no quiere cumplirla voluntariamente, el actor suele enfrentar largos y complejos laberintos que en muchos casos nunca ven la luz. Si bien existen medidas a implementar para mejorarlo, que se han legislado tanto en el sistema del *common law* como en el *civil law* (ejecución provisional, declaración de patrimonio, embargo genérico, deber de colaboración deber de denunciar bienes), generalmente la eficiencia de esas medidas ha sido menor a la esperada. Allí tenemos una materia pendiente que requiere creatividad, innovación y simplicidad.

4 | El diseño de una gestión eficiente de los tribunales

Los desafíos y los riesgos no terminan ni empiezan en aspectos de Derecho Procesal. Por el contrario, el enfoque sistémico e integral de los procesos de reforma requiere considerar con especial cuidado el modo

de diseñar la gestión de los tribunales, buscando separar las funciones jurisdiccionales de las administrativas y propendiendo a que el juez se concentre en las primeras, delegando en expertos en gestión y administración las segundas. Ello entraña algunos riesgos de implementación pero los resultados suelen ser, a la larga, exitosos.

5 | La incorporación de las nuevas tecnologías

A su vez, hoy es esencial la incorporación de las nuevas tecnologías en el diseño de los sistemas y su gestión, en la consulta de los procesos, el expediente electrónico, las notificaciones electrónicas (en algunos países la sola incorporación de este elemento implicó un cambio muy significativo), o la forma de introducir las pruebas en soporte electrónico al proceso, entre otras.

6 | El gran desafío

Los que acabamos de analizar son solo algunos de los muchos desafíos que enfrentan los sistemas de justicia de nuestro tiempo y que requieren estudios multidisciplinarios, innovadores y libres de preconceptos, recordando siempre que detrás de nuestras incertidumbres y de nuestros laberintos, de nuestras pruebas y ensayos, de nuestros aciertos y errores, hay mujeres y hombres que nos demandan soluciones para resolver pacíficamente sus conflictos. Esta es nuestra tarea y nuestra responsabilidad.

Los desafíos son inmensos y la tarea también lo es.

Pero sólo habrá una justicia más eficiente si cada país parte de su realidad y, evitando trasplantar en forma automática soluciones de otros países, que por supuesto funcionan como puntos de referencia, construye la propia reforma participativamente, desde una perspectiva multidisciplinaria, considerando las diversas aristas de los problemas y sus soluciones.

Breve mirada a la reforma del proceso civil con tendencia oral

Perspectiva del caso colombiano

por **DIANA MARÍA RAMÍREZ CARVAJAL**[1]

I | Un choque de teorías

En Europa, después de la Segunda Guerra Mundial, y en Colombia a partir de la Constitución de 1991 se inicia el fenómeno conocido como la constitucionalización del derecho, es decir, el impacto directo de las normas constitucionales en la resolución de los litigios jurídicos. Esta es una tendencia teórica que va en avanzada y que, desde los escritos de Luigi Ferrajoli, se ha conocido como "Garantismo".

La constitucionalización del derecho le impone a la ley el deber de ser coherente y respetuosa con la Constitución —entiéndase: bloque de constitucionalidad— lo cual ha generado nuevas dinámicas en la interpretación normativa que realiza el juez al tomar decisiones, por lo menos, en tres aspectos: la consagración de los derechos humanos y de los derechos fundamentales como máximo enunciado del derecho sustancial, el cambio de uso en los principios y los valores constitucionales que toman parte activa en las fuentes del derecho y la fusión de algunas instituciones iusnaturalistas con otras iuspositivistas.

(1) Jefa del Doctorado en Derecho Procesal contemporáneo de la Universidad de Medellín.

Infojus

La constitucionalización también ha producido dinámicas y cambios importantes a nivel procesal, las instituciones se deben reformular a partir de un conjunto de principios denominados en la doctrina española como tutela judicial efectiva, donde convergen garantías constitucionales como: igualdad, no autoincriminación, *habeas corpus*, defensa, contradicción, doble instancia, función judicial pública, prevalencia del derecho sustancial y nulidad de la prueba por violación al debido proceso, entre otras.

"Esta estructura supone la conceptualización del proceso como una realidad ajena a su caracterización instrumental, que rompe el paradigma tradicional y lo perfila como una institución que tiene una orientación finalista: la justa solución del conflicto a partir de los principios constitucionales. Así, el derecho procesal bajo el debido proceso es un fin en sí mismo".(2)

En este sentido, cualquier estudio o reforma procesal, debería contener un juicioso análisis, de las numerosas garantías constitucionales de tal forma que se cumpla con los mínimos presupuestos de justicia, que según Taruffo contempla por lo menos tres categorías, todas necesarias aunque se logren en diferente nivel: 1) actuaciones procesales bajo el marco del debido proceso o proceso justo, 2) verificación de los hechos a través de pruebas legítimas —orden constitucional y legal— y 3) elección adecuada del derecho que se aplicará para la solución del conflicto. Estas tres estructuras se deben complementar desde el derecho constitucional con fundamentación y suficiente razonamiento en la decisión.

Ahora, y para entender el choque de teorías que produce las reformas en estos tiempos —es el caso del Código General del Proceso en Colombia—, es importante identificar dos teorías que se discuten, totalmente diversas y contradictorias, en paralelo con el fenómeno de la constitucionalización del derecho y del proceso: la teoría dispositiva y la publicista del proceso.

El proceso dispositivo surgió como manifestación jurídica privada del Estado liberal. El periodo probable de difusión fue de 1895 a 1945 en Europa; en Latinoamérica, tras los procesos de independencia que inicia con la Junta de México en 1808. Algunas de sus características son bastante

(2) Ramírez, Diana, *La prueba en el proceso una aventura intelectual*, Medellín, Editorial Jurídica Sánchez, 2013.

conocidas: el juez solamente decide el conflicto propuesto por las partes y sólo con las pruebas que las partes le aporten, el inicio del proceso está a cargo de las partes, la disposición del derecho se mueve bajo el presupuesto máximo de la autonomía de la voluntad para la negociación y la disposición, existen pocas preclusiones procesales y la impulsión está a cargo de las partes, entre otras.

En reacción a los excesos generados por la teoría dispositiva en el proceso, posteriormente se propusieron tesis que giraban la balanza del proceso de forma polarizada con relación a la teoría dispositiva, es decir, dando mayor autonomía de actuación e intervención procesal al juez. Es así como surge en Europa la teoría de la libre decisión y libre valoración probatoria,[3] que se complementa con lo que también se conoce como un proceso publicista, especialmente haciendo referencia al área civil.

Un proceso publicista otorga mayores poderes de actuación al juez, restringe la actividad de la parte, otorga poderes de instrucción, de dirección y de disciplina al juez y es por ello que se entiende, como lo expresa Taruffo que:

> "tiende a ser lo más rápido posible y eficiente, y por esta razón tiende a ser concentrado en no más de una o pocas audiencias. También se caracteriza por las preclusiones, en general rígidas, por lo que pone orden en la secuencia de las actividades defensivas de las partes y evita repeticiones, variaciones injustificadas, pérdidas de tiempo, tácticas defensivas, y todos aquellos comportamientos que no serían compatibles con un desarrollo posiblemente simple y rápido del proceso".[4]

La concepción publicista requiere un juez activo, pero su objetivo prioritario es la eficiencia en la producción de las sentencias, y es aquí donde frontalmente choca con las garantías constitucionales, pues en algunos aspectos el legislador emite normas tan absolutistas que contravienen la actividad garante del juez, con responsabilidad constitucional en el derecho contemporáneo.

(3) Al respecto, un relato muy claro se encuentra en Wroblesky, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, Universidad del País Vasco, 1989.

(4) Taruffo, Michele, *Memorias del VI Congreso Internacional de Derecho Procesal*, Cartagena de Indias, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2013.

Hoy se reconoce la importancia de un juez activo, gerente de la actividad procesal, por supuesto, además se entiende que es de vital importancia que él como representante del poder del Estado ponga orden en el proceso, pero también debe tenerse en cuenta que hoy en día esta gran actividad tiene una finalidad superior de responsabilidad con las partes y con el derecho, hacer valer y respetar "todas" las garantías constitucionales que, no sobra decirlo, se convierten en todos los países de América Latina en derechos fundamentales de impacto internacional. De ahí que se desprendan actividades judiciales para asegurar la igualdad de las partes, pero en un equilibrio de ponderación que no rompa los derechos de defensa y contradicción que se encuentran en igual jerarquía; de igual forma las funciones contemporáneas de adquisición de las pruebas, va paralela a la iniciativa de las partes, en equilibrio del debido proceso, para determinar una sentencia justa y verídica.

Una de las reformas que tiende a romper el equilibrio constitucional a favor de un comportamiento absolutista en sentido publicista del juez, es el Código General del Proceso de Colombia, que aparentemente prefiere presionar la actividad judicial con el fin de generar sentencias rápidas a través de procesos "*flash*", que fortalecer las garantías constitucionales.

A continuación se exponen algunos ejemplos:

1. Transcribe en la ley algunos principios constitucionales tales como la nulidad de la prueba por violación al debido proceso,[5] el debido proceso[6] y la tutela judicial efectiva.[7] Copiar normas constitucionales en las leyes, con el objetivo de que los jueces las apliquen y no "las pasen por alto", es decir, con la finalidad de darles peso específico en las actuaciones judiciales, es una práctica del siglo XVIII, expresamente traída del positivismo radical que no reconocía la eficiencia propia e independiente de Constitución. Insistir en esa práctica hoy, cuando los países latinoamericanos han adoptado Constituciones materiales, abiertas y de impacto directo en protección de la ciudadanía, genera, por los menos, dos efectos adversos:

    - Se debilita la aplicación y el manejo permanente y sistemático de la norma constitucional en los operadores judiciales, pues se le concentra nuevamente sólo en la aplicación de los Códigos.

(5) Código General del Proceso, art. 64.

(6) Código General del Proceso, art. 14.

(7) Código General del Proceso, art. 2.

- Se confunde a los sujetos procesales sobre la naturaleza jurídica de los principios constitucionales y, especialmente, se puede confundir la hermenéutica de aplicación de la regla del Código con la del principio en la Constitución. Los principios son "normas semiabiertas" que requieren interpretación caso por caso, ponderación, pero si se los transcribe en un Código, se pueden confundir perfectamente con "normas cerradas" que tienen la subsunción normativa como única forma de aplicación.

2. La dispositividad de las partes sobre el proceso queda reducida a la iniciación del mismo, pues descarga en los jueces la responsabilidad de adelantar "por sí mismos" las etapas procesales y los hace "responsables de cualquier demora que ocurra si es ocasionada por negligencia suya",[8] que será tambien la de sus colaboradores en el despacho. Esto implica que el deber constitucional de las partes, de colaborar con la justicia, queda reducido a un segundo plano. El debido proceso se construye con la intervención de todos los sujetos procesales, en un cuidadoso equilibrio de derechos y deberes. Desviar un exceso de deberes al juez, so pretexto de que es el más apto para adelantar el proceso genera un debilitamiento del debido proceso por falta de participación activa y de corresponsabilidades.

2 | Algunos aspectos sobre la prueba

El Código General del Proceso colombiano introduce en el acápite de las pruebas algunas reformas de interés. Por la extensión requerida en este texto y, especialmente, para cumplir con los objetivos propuestos, de llevar al lector a un análisis sistemático y pausado, no se abordará de manera total y exhaustiva cada una de las reformas, pero se pondrá énfasis en los aspectos más relevantes para dimensionar la reforma aprobada.

La prueba y el derecho probatorio siguen la misma ruta garantista del proceso, trazada en la Constitución de 1991. Tal como hay un debido proceso, existe un debido proceso probatorio fundamentado principalmente en la norma constitucional.

Es por esto que los principios de la prueba dejan de ser prioritariamente norma legal para ser parte integral de la norma constitucional, vinculándose además con los valores de justicia, verdad y razonabilidad.

(8) Código General del Proceso, art. 8°.

El formalismo del Estado liberal es reemplazado por garantías constitucionales. Es así como la prueba se discute desde el conocimiento y la motivación expuesta por el juez en la sentencia, antes que como un procedimiento. El derecho a probar adquiere así, un doble carácter: el subjetivo —un derecho sustancial, un derecho en sí mismo que puede reclamar el ciudadano, cuando lo considere necesario. Un derecho fundamental— y el objetivo —conjunto de garantías que se establecen en la norma constitucional, para producir una protección adecuada de los intereses de las partes—.

Desde esta postura se evidencian por lo menos tres principios que tienen categoría de derechos fundamentales: defensa, contradicción y nulidad absoluta por violación al debido proceso. Normas constitucionales de rango "principio", que no deben ni pueden ser transformadas por el Código en reglas de procedimiento.

3 | Los poderes de oficio que tiene el juez sobre la prueba

Los poderes de instrucción del juez equivalen a ordenar prueba de oficio,[9] lo cual en un sistema procesal fundado en garantías constitucionales es por demás lógico. El problema no son las pruebas de oficio, sino las falencias interpretativas de los efectos y cambios que sobre el proceso ha traído la Constitución, pues si bien es cierto que el juez debe direccionar el proceso y puede ordenar prueba de oficio, no por ello adquiere la potestad "supraconstitucional" de vulnerar el debido proceso o cualquier otra de las garantías constitucionales.

Todo poder que se otorgue al juez como funcionario público en un Estado constitucional y democrático como el colombiano, tiene límites, por lo menos a partir de tres principios estructurales,[10] que no se desarrollarán plenamente en este trabajo porque desborda su objetivo:

- El principio de publicidad: ninguna actuación puede ser secreta; de ahí surge el deber de motivar todas las decisiones que se tomen por el juez en el proceso.

(9) Para mayor comprensión, ver Ramírez, Diana, *La prueba de oficio*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009. Tesis doctoral que expone el problema de la prueba de oficio desde una perspectiva estructural.

(10) Para mayor profundidad en este tema, se puede consultar Ramírez, Diana, *op. cit.*

- El principio de imparcialidad: el juez permanece ajeno al conflicto, para ello tiene que evitarse una relación directa con alguna de las partes y tentaciones de suplantar su actividad, además el juez debe sustentar su decisión en "prueba regular y oportunamente allegada al proceso" y apoyarse en el principio de legalidad. Debe haber equilibrio entre la actuación del juez y las actuaciones de parte.
- El principio de independencia: actuación sin presiones —de ningún tipo—, y una interpretación del juez libre de cualquier ente externo, judicial, legislativo o ejecutivo.

De esta forma, los poderes de oficio tienen límites, en palabras de Gascón[11] "nos movemos en un territorio que no está dominado por la mera emotividad, por la intuición o por la fuerza, sino donde es posible desarrollar (y desde una perspectiva garantista, también exigir) una actividad racional: aunque se trate de una racionalidad incapaz de ofrecer certezas matemáticas".

En el acápite de pruebas, se presentan algunas instituciones que tienden a romper el equilibrio constitucional, uno de los ejemplos está en la apertura que se da al poder de ordenar prueba de oficio, pues de un "poder", ahora el juez se encuentra ante un "deber" legal.

El otro ejemplo y quizás el más sensible, se encuentra en la carga de probar[12] que tiene una estrecha relación con el principio de auto responsabilidad, columna vertebral del principio de buena fe procesal, de la igualdad procesal y del deber de colaboración con la justicia que ordena la Constitución.

La Corte Constitucional colombiana, en este sentido, se ha pronunciado al interpretar que la carga de la prueba no es una causal de ruptura al principio de igualdad de parte, sino todo lo contrario, en tanto son ordenadas por "el legislador dentro de la libertad política de que dispone (…) en forma equitativa, racional y proporcional".[13] Sin embargo, el Código General del Proceso establece dos normas contrarias en el mismo artículo, la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba.

(11) Gascón, Marina, *Los hechos en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 49.

(12) Código General del Proceso, art. 167.

(13) Corte Constitucional, sentencia C-056/98 del 4 de marzo de 1998, M. P.: Antonio Barrera Carbonell.

En la primera parte dice que "incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen". Esta norma tiene, por lo menos, dos ámbitos de aplicación, la formal que contempla el deber de aportación de prueba a cargo de las partes y la material que señala la obligación que tiene el juez de establecer un adecuado nivel de prueba para fallar, es decir, para elaborar la regla de juicio final.

La carga de la prueba permite diversas "inversiones"(14) y una de estas aplicaciones es la denominada carga dinámica, la cual ha reglado el Código General del Proceso en el mismo artículo de la carga de la prueba, y que ordena:

> "según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte que se considere en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares. Cuando el juez adopte esta decisión, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción".(15)

La carga dinámica de la prueba redactada en el Código General del Proceso, compite abierta y directamente con la regla general de la carga de la prueba, pues se encuentran en el mismo capítulo y en el mismo artículo, pero enuncian actuaciones totalmente contrarias. Todo ello genera una colisión de conceptos porque el juez no sabrá al realizar la regla de juicio, si debe aplicar la primera; esto es la carga de la prueba —desestimar el derecho a quien no probó— o debe dar vía a la carga dinámica de la prueba —definiendo unas nuevas reglas probatorias para las partes—.

(14) Ver Ramírez, Diana, *La prueba de oficio, op. cit.*, p. 256 y ss.

(15) Ley 1564 de 2012, art. 167.

Tampoco sabrá diferenciar claramente cuándo vulnera el debido proceso al aplicar una u otra norma.

Es contradictorio hablar de unas reglas probatorias en la carga formal y acto seguido insertar una regla de inversión abierta, para distribuir obligaciones probatorias por el juez de una manera y en unos momentos procesales elegidos temprana o demasiado tardíamente, en el proceso. Esta indeterminación de las reglas probatorias produce una inseguridad permanente en la actividad responsable de las partes.

4 | Sobre los medios de prueba

Como ya se había enunciado, este artículo no pretende ser exhaustivo. Por lo tanto, se ocupará de los enunciados más significativos.

4.1 | El testimonio

Un testigo es un sujeto que ha obtenido conocimiento por percepción de los hechos materia del litigio, por tanto lo más relevante del testigo es su capacidad para exponer las ideas adquiridas que tiene del litigio. El procedimiento que se establece para extraer este conocimiento, son los interrogatorios.

El Código de Procedimiento Civil colombiano recogía dos tipos de inhabilidades: las absolutas[16] —menores de doce años, la interdicción por demencia y los sordomudos que no podrían darse a entender por escrito o por lenguaje convencional— y las relativas[17] —los que al momento de declarar sufran alteración mental o perturbaciones psicológicas graves, los que se encuentren en estado de embriaguez, sugestión hipnótica o bajo efectos de alcohol o alucinógenos, y las demás que el juez considere inhábiles de acuerdo con las reglas de la sana crítica—. A estas dos clasificaciones se agregaba el concepto del testigo sospechoso.[18]

(16) Código de Procedimiento Civil, art. 215.

(17) Código de Procedimiento Civil, art. 216.

(18) Código de Procedimiento Civil, art. 217.

El Código General del Proceso interviene estos presupuestos y establece dos normas referentes a las medidas eugenésicas: las inhabilidades para testimoniar y las reglas de imparcialidad del testigo.

> "Son inhábiles para testimoniar en todo proceso las personas que se hallen bajo interdicción por causa de discapacidad mental absoluta y los sordomudos que no puedan darse a entender.
>
> [Igualmente] son inhábiles para testimoniar en un proceso determinado quienes al momento de declarar sufran alteración mental o perturbaciones psicológicas graves, o se encuentren en estado de embriaguez, sugestión hipnótica o bajo el efecto del alcohol o sustancias estupefacientes o alucinógenas y las demás personas que el juez considere inhábiles para testimoniar en un momento determinado, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.
>
> La tacha por inhabilidad deberá formularse por escrito antes de la audiencia señalada para la recepción del testimonio u oralmente dentro de ella. El juez resolverá en la audiencia, y si encuentra probada la causal se abstendrá de recibir declaración".[19]

Sobre la imparcialidad, la ley establece elementos para la cualificación del testigo:

> "[cuando] las personas se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencia, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.
>
> La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar y de acuerdo con las circunstancias del caso".[20]

Resulta importante resaltar que el Código General del Proceso deja a discreción del juez el testimonio del menor de doce años y simplifica la incapacidad de darse a entender del sordomudo. Sin embargo, lo que

(19) Código General del Proceso, ley 1564 de 2012, art. 210.

(20) Código General del Proceso, ley 1564 de 2012, art. 211.

más llama la atención es que reproduce la regla de que el juez puede considerar en algún momento al testigo inhábil de acuerdo de las reglas de la sana crítica, lo cual exige de las partes una gran actividad probatoria y argumentativa para demostrar la validez de su testigo.

En cuanto al interrogatorio, de manera acertada se termina con la mala práctica de recibir al mismo tiempo en el despacho una multiplicidad de audiencias de interrogatorio donde el juez no estaba presente para rechazar de plano las preguntas confusas, difusas, complejas o aquellas que no se entendieran. O para solicitar al abogado reformular la pregunta mal formulada y rehacerla de otra manera.

El Código General del Proceso presenta métodos más precisos en el interrogatorio:

> "Las preguntas se formularán oralmente en la audiencia, a menos que prefieran las partes entregar al secretario, antes de la fecha señalada, un pliego que contenga las respectivas preguntas; éstas y el pliego podrán sustituirse.(21) Dicho pliego podrá entregarse al secretario del comitente para que lo remita con el despacho comisorio, o al del comisionado. Cada pregunta versará sobre un hecho y deberá ser clara y concisa; si no reúne los anteriores requisitos, el juez la formulará de la manera indicada. Cuando la pregunta insinúe la respuesta deberá ser rechazada, sin perjuicio de que una vez finalizado el interrogatorio, el juez la formule eliminando la insinuación, si la considera necesaria. Tales decisiones no tendrán recurso alguno".(22)

El contrainterrogatorio se realiza, pero no para desestimar al testigo, como ocurre en el proceso penal con tendencia acusatoria, sino para exigirle aclaraciones sobre los hechos que declara. Igualmente, en el contrainterrogatorio del testigo se controlan las preguntas impertinentes y superfluas, y las repetidas, a menos que sean útiles en razón de la complejidad de los hechos que se pretenden confirmar o probar.

(21) Código General del Proceso, art. 207.

(22) Art. 226 CPC: Modificado. D.E. 2282/1989, art. 1°, n° 104.

Deben igualmente ser controladas las preguntas que recaigan sobre hechos que perjudiquen los derechos del testigo, por ejemplo, en su dignidad caso en el cual el testigo puede negarse a contestarlas; también las que tiendan a provocar conceptos no necesarios, y las preguntas técnicas que no son del alcance cognitivo del testigo, a menos que el testigo tenga especiales conocimientos científicos o técnicos. Estas decisiones tampoco tienen recurso alguno.(23)

El manejo del testigo varía en el proceso civil tras la puesta en marcha del Código General del Proceso, que impone un proceso oral, sobre el formato del proceso verbal. Por ello, el interrogatorio seguirá las siguientes reglas específicas: "las preguntas se formularán oralmente en la audiencia (...) cada pregunta versará sobre un hecho y deberá ser clara y concisa...".(24) Obviamente, se podrá entregar el cuestionario cuando se aduzca la prueba ante un comisionado.

> "...El juez rechazará las preguntas inconducentes, las manifiestamente impertinentes y las superfluas por repetición de una ya respondida, a menos que sean útiles para precisar la razón del conocimiento del testigo sobre el hecho. Rechazará también las preguntas que tiendan a provocar conceptos del declarante que no sean necesarios para precisar o aclarar sus percepciones, excepto cuando se trate de una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia.
>
> Las partes podrán objetar preguntas por las mismas causas de exclusión y cuando fueren sugestivas. En este evento, el objetante se limitará a indicar cuál es la causal y el juez resolverá de plano sin necesidad de motivar, mediante decisión no susceptible de recurso.

(23) Art. 227 CPC: "El juez rechazará las preguntas manifiestamente impertinentes, y las superfluas por ser repetición de una ya respondida, a menos que sean útiles para precisar la razón de la ciencia del testigo sobre el hecho, y las que recaigan sobre hechos que perjudiquen al testigo, caso de que éste se oponga a contestarlas. Rechazará también las preguntas que tiendan a provocar conceptos del declarante que no sean necesarios para precisar o aclarar sus percepciones, excepto cuando se trate de una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia. Estas decisiones no tendrán recurso alguno".

(24) Código General del Proceso, art. 219.

> Cuando la pregunta insinúe la respuesta, deberá ser rechazada, sin perjuicio de que una vez realizado el interrogatorio, el juez la formule eliminando la insinuación, si la considera necesaria". (25)

La práctica del interrogatorio se realizará de la siguiente manera: el juez interrogará al testigo sobre las circunstancias que sirvan para establecer su personalidad, luego le informará sucintamente sobre los hechos objeto de su declaración y le ordenará que haga un relato de cuanto conozca o le conste. Acto seguido, continuará interrogándolo para precisar el conocimiento que pueda tener sobre esos hechos y obtener del testigo un informe espontáneo sobre ellos. (26)

El juez pondrá especial empeño en que el testigo sea exacto y completo, para lo cual exigirá que exponga la razón de sus dichos, con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y de la forma como llegó a tener el conocimiento que está llevando al despacho. Si la declaración versa sobre expresiones que el testigo ha oído de terceros o contiene conceptos propios, el juez ordenará que explique las circunstancias que le permitan apreciar el verdadero sentido y alcance.

A continuación del juez, (27) podrá interrogar quién solicitó la prueba y contrainterrogar la parte contraria. En el mismo orden, las partes tendrán derecho por una sola vez, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al testigo, con fines de aclaración o refutación. El juez podrá interrogar en cualquier momento.

No se admiten como respuestas la simple expresión de que es cierto el contenido de una pregunta, ni la reproducción de ella. El testigo podrá hacer dibujos, gráficos o representaciones con el fin de ilustrar su testimonio; éstos serán agregados al expediente y serán apreciados como parte integral de la prueba. Asimismo, el testigo podrá aportar y reconocer documentos relacionados con su declaración, pero no podrá leer notas o

(25) Código General del Proceso, art. 220.

(26) Código General del Proceso, art. 221.

(27) Llama la atención la gran diferencia que se presenta entre el proceso civil y el proceso penal colombiano; en el primero, el juez es quien interroga, incluso con preferencia de quien pidió la prueba y en el segundo, le está vedado intervenir la prueba.

apuntes a menos que el juez lo autorice porque se trata de cifras o fechas, y en los casos que lo encuentre justificado.

Si el testigo manifiesta que el conocimiento de los hechos lo tiene otra persona, deberá indicar el nombre de ésta y explicar la razón de su conocimiento. En este caso el juez, si lo considera conveniente, citará de oficio a esa persona aun cuando se haya vencido el término probatorio.

> "Para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios técnico-científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad".[28]

Esta norma contiene en sí misma dos momentos valorativos:

- La valoración de elementos formales: corresponde a la individualización del testigo y la exposición de su conocimiento en relación con sus capacidades —como, por ejemplo, su profesión, la edad, la sanidad de los sentidos—, la contrastación con otras versiones y el valor que se da a la conducta oclusiva en el proceso —negativa a comparecer, negativa a responder—.
- La valoración material: se compone de las variables que pueden presentarse en la percepción tales como capacidad memorística, velocidad del pensamiento, tiempo entre el hecho y la exposición. También se toman en cuenta la razón de la ciencia del dicho del testigo, los dichos por rumor y los rasgos de personalidad.

El proceso civil oral define que si el testigo fue oído fuera del proceso, para valorarse deberá ratificarse su declaración cuando haya sido tomada sin citación o intervención de la contraparte, siempre que ésta lo solicite.[29] De igual forma, para valorar adecuadamente el testigo, "el juez (...) podrá ordenar careos de los testigos entre sí y de estos con las partes cuando advierta contradicción".[30]

(28) Ley 906 de 2004, art. 404. Apreciación del testimonio.

(29) Código General del Proceso, art. 222.

(30) Código General del Proceso, art. 223.

4.2 | La declaración de parte

La fuerza probatoria que se le imprime a la declaración de parte está en la probabilidad de alcanzar una confesión. De otro lado, las herramientas para obtener el conocimiento objetivo de las partes sobre los hechos materia del proceso, son las mismas que las del testigo: los interrogatorios. En estos dos aspectos radica la importancia de este medio de prueba.

El saliente Código de Procedimiento Civil colombiano ordena que el juez o magistrado podría citar a las partes para que concurrieran personalmente a absolver bajo juramento el interrogatorio relacionado con los hechos que interesan al proceso.(31)

En tanto el Código General del Proceso inicia el capítulo denominado "Declaración de parte y confesión" con los requisitos de la confesión,(32) que son los siguientes: tener capacidad y poder dispositivo, que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante, que recaiga sobre hechos de los cuales la ley no exija otro medio de prueba, que sea expresa, consciente, libre, que verse sobre hechos personales del confesante, que se encuentre debidamente probada si fuese judicial y/o judicial trasladada. Por último, advierte que la simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas de apreciación de las pruebas.

El proceso civil también regula cuidadosamente la confesión presunta(33) cuando se produzca la inasistencia no justificada del citado, haya renuencia a responder y se produzcan respuestas evasivas. De la misma forma, se puede llegar a producir confesión del litisconsorte,(34) la confesión por apoderado judicial(35) y por representante.(36)

(31) Código de Procedimiento Civil, art. 202.

(32) Código General del Proceso, ley 1564 de 2012, art. 191.

(33) Código General del Proceso, art. 204: "Se harán presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles contenidas en el interrogatorio escrito".

(34) Código General del Proceso, ley 1564 de 2012, art. 192.

(35) Código General del Proceso, ley 1564 de 2012, art. 193.

(36) Código General del Proceso, ley 1564 de 2012, art. 194.

Se produce confesión del litisconsorte necesario cuando provenga de todos ellos, pues si solamente proviene de un solo litisconsorte será apreciado como testimonio de tercero. La confesión del apoderado judicial valdrá cuando haya recibido autorización del poder ante la cual se entiende otorgada para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones, la audiencia inicial y la audiencia del proceso verbal sumario. Si hay estipulación en contrario, se tendrá por no escrita. Y la confesión del representante legal, del gerente y del administrador se produce mientras el sujeto esté en el ejercicio de sus funciones. No obstante, la norma advierte que la confesión por representante podrá extenderse a hechos o actos anteriores a su representación.

En igual sentido, el Código General del Proceso[37] establece que el juez podrá, de oficio o a solicitud de parte, ordenar la citación de las partes a fin de interrogarlas sobre los hechos relacionados con el proceso. Y también podrá el juez de oficio decretar careos entre las partes.

El Código General del Proceso ordena que:

> "el interrogatorio será oral y [que] el peticionario podrá formular las preguntas por escrito en pliego abierto o cerrado que podrá acompañar al memorial en que pida la prueba, presentarlo o sustituirlo antes del día señalado para la audiencia. Si el pliego está cerrado, el juez lo abrirá al iniciarse la diligencia.
>
> (...) la parte que solicitó la prueba podrá sustituir o completar el pliego que haya presentado por preguntas verbales, total o parcialmente".[38]

4.3 | El juramento

El juramento ha pasado de ser una medida intimidatoria para lograr la verdad, a ser un medio de prueba en la modalidad de juramento estimatorio.

(37) Código General del Proceso, ley 1564 de 2012, art. 198.

(38) Código General del Proceso, ley 1564 de 2012, art. 202.

El Código de Procedimiento Civil admite la prueba del juramento estimatorio cuando el derecho discutido pudiera cuantificarse en dinero, siempre que la parte no controvierta esa estimación en el término de oportunidad.(39) Igualmente, regula el juramento deferido "cuando la ley autoriza al juez para pedir juramento a una de las partes...".(40)

El Código General del Proceso(41) también regula el juramento deferido por la ley pero solamente se refiere al valor que la ley le asigna. Igualmente, establece el juramento estimatorio como medio de prueba, sancionando su mala utilización tal como lo desarrolló en su momento la ley.(42)

> "Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo". Si se formula objeción de parte o "el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.
>
> Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) la que resulte probada, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia.
>
> (...) El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extra patrimoniales", ni cuando quien "reclame la indemnización, compensación, frutos o mejoras sea un incapaz".

(39) Código de Procedimiento Civil, art. 211: "Juramento estimatorio. El juramento de una parte cuando la ley la autoriza para estimar en dinero el derecho demandado, hará prueba de dicho valor mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que lo admita o en el especial que la ley señale; el juez de oficio podrá ordenar la regulación cuando considere que la estimación es notoriamente injusta o sospeche fraude o colusión".

(40) Código de Procedimiento Civil, art. 212.

(41) Código General del Proceso, ley 1564 de 2012, art. 208.

(42) Ley 1395 de 2010, art. 10.

> El juez no puede reconocer "suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda (...)".[43]

4.4 | El medio de prueba pericial

El proceso judicial tiende a otorgar cada vez una mayor credibilidad a la prueba científica y pericial, sobre las demás.

Las pruebas de testimonio, declaración de parte, confesión, indicio e incluso el documento, se producen con el conocimiento medio de todo ser humano y se valoran a partir del sentido común, es decir, por la capacidad ordinaria de explicar los hechos a través de las reglas de la experiencia y de la cultura.

A diferencia de lo antedicho, la prueba pericial y la científica se sustentan en actuaciones de la comunidad experta y, por tanto, se valoran a partir de reglas científicas que producen alta credibilidad sobre un hecho a diferencia de las alusiones probatorias sustentadas en las reglas de la experiencia y el sentido común, como el testimonio y la declaración de parte.

Por lo expuesto, la reforma que presenta el Código General del Proceso con respecto a la prueba pericial es de gran importancia para el proceso debido, ya que cambia el eje de análisis del dictamen a tres variables complejas: el sujeto perito, la experiencia del sujeto perito y el dictamen claro y preciso.

Si el perito es contratado por las partes de manera directa y no ha sido nombrado por el juzgado, podrá ser controvertido mediante interrogatorio en audiencia. Si el perito es ordenado de oficio, deberá identificar todos los aspectos relevantes —positivos y negativos— para la decisión del juez. Por ello, dice el Código General del Proceso[44] que

> "el perito desempeñará su labor con objetividad e imparcialidad, y deberá tener en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes.

(43) Código General del Proceso, ley 1564 de 2012, art. 206.

(44) Código General del Proceso, art. 235.

> (...) En la audiencia las partes y el juez podrán interrogar al perito sobre las circunstancias o razones que puedan comprometer su imparcialidad (...) No se entenderá que el perito designado por la parte tiene interés directo o indirecto en el proceso por el solo hecho de recibir una retribución proporcional por la elaboración del dictamen. Sin embargo, se prohíbe pactar cualquier remuneración que penda del resultado del litigio".

Las partes solicitarán la prueba pericial cuando la consideren necesaria, pero de la misma forma que con los otros medios de prueba, el juez resolverá sobre su procedencia mediante un juicio de relevancia.

El Código de Procedimiento Civil[45] centró la importancia y la discusión en el dictamen pericial, como documento escrito que se presentaba por el experto y sobre el cual podían opinar las partes aun sin tener los conocimientos del perito. No se discutía sobre la persona del experto y sobre el contenido analítico del dictamen, según sus fundamentos.

Los sistemas procesales orales cambian la aducción de este tipo especial de prueba a través del sujeto; por tanto, los criterios de firmeza y precisión, son complementados con la calidad de los fundamentos, la experiencia del perito y la claridad conceptual.[46]

Igualmente, permite el sistema acusatorio la posibilidad de discutir publicaciones científicas o prueba novel, el perito testigo puede dar una opinión referida a tales aspectos, siempre que satisfaga al menos uno de los siguientes requisitos:

- Que la teoría o técnica subyacente haya sido o pueda llegar a ser verificada.

(45) Código de Procedimiento Civil, art. 238: "Del dictamen se correrá traslado a las partes por tres días, durante los cuales podrán pedir que se complemente o aclare, u objetarlo por error grave (…). De la aclaración o complementación se dará traslado a las partes por tres días, durante las cuales podrá objetar el dictamen, por error grave que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos. En el escrito de objeción se precisará el error y se pedirán las pruebas para demostrarlo…".

(46) Ley 906 de 2004, art. 420: "Apreciación de la prueba pericial. Para apreciar la prueba pericial, en el juicio oral y publica, se tendrá en cuenta la idoneidad técnico científica y moral del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación delos principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de repuestas".

- Que la teoría o técnica subyacente haya sido publicada y haya recibido la crítica de la comunidad académica.
- Que se haya acreditado el nivel de confiabilidad de la técnica científica utilizada en la base de la opinión pericial.
- Que goce de aceptabilidad en la comunidad académica.[47]

También se permite la admisibilidad de evidencia demostrativa siempre que resulten pertinentes y relevantes para el esclarecimiento de los hechos o para ilustrar el testimonio del experto.[48]

Sobre el dictamen establece que deberá ser claro, preciso, exhaustivo y detallado; en él se explicarán los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones.[49]

El dictamen suscrito por el perito deberá contener como mínimo: la identidad de quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración; la dirección, el teléfono, la identificación y demás datos que faciliten la localización del perito; la profesión, oficio, arte o actividad especial ejercida; la lista de publicaciones relacionadas con la materia del peritaje, que el perito haya realizado en los últimos diez años; la lista de casos en los que haya sido designado como perito o en los que haya participado de los últimos cuatro años; si ha sido designado en procesos anteriores o por la misma parte o apoderado; si está incurso en causales de inhabilidades; declarar los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados en anteriores procesos que versen sobre la misma materia; declarar los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones utilizados en el ejercicio regular de su profesión y relacionar o adjuntar los documentos e información utilizados para la elaboración del dictamen.

De igual forma, el Código General del Proceso mejora la contradicción[50] del dictamen indicando que:

(47) Ley 906 de 2004, art. 422.

(48) Código de Procedimiento Penal, ley 906 de 2004, art. 423.

(49) Código General del Proceso, ley 1564 de 2012, art. 226.

(50) Código General del Proceso, ley 1564 de 2012, art. 228.

> "la parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones (...) las partes podrán interrogarlo bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen. La contraparte de quien haya aportado el dictamen podrá formular preguntas asertivas e insinuantes. Las partes tendrán derecho, (...) a interrogar nuevamente al perito, en el orden establecido para el testimonio. Si el perito citado no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor".

Para los efectos de la contradicción del dictamen, el perito siempre deberá asistir a la audiencia,[51] salvo lo previsto en los procesos de filiación, interdicción por discapacidad mental absoluta e inhabilitación por discapacidad mental relativa, cuando el dictamen podrá rendirse por escrito.[52]

Por último, en cuanto a la valoración de la prueba pericial, el Código de Procedimiento Civil afirmaba que el juez, al momento de valorar el dictamen, tenía la facultad de acoger como definitivo el dictamen practicado para probar la objeción, pero también podía ordenar de oficio un nuevo dictamen con peritos diferentes a los iniciales, el cual sería inobjetable.[53]

El Código General del Proceso, fundamenta exhaustivamente la valoración del dictamen pero crea confusión,[54] al indicar que el juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia y las demás pruebas que obren en el proceso.

(51) Código General del Proceso, ley 1564 de 2012, art. 231.

(52) Código General del Proceso, ley 1564 de 2012, art. 228, parágrafo.

(53) Código de Procedimiento Civil, art. 238: "(...) 6. La objeción se decidirá en la sentencia o en el auto que resuelva el incidente dentro del cual se practicó el dictamen, salvo que la ley disponga otra cosa; el juez podrá acoger como definitivo el practicado para probar la objeción o decretar de oficio uno nuevo con distintos peritos, que será inobjetable, pero del cual se dará traslado para que las partes puedan pedir que se complemente o aclare. 7. Las partes podrán asesorarse de expertos, cuyos informes serán tenidos en cuenta por el juez, como alegaciones de ellas".

(54) Código General del Proceso, ley 1564 de 2012, art. 232.

Proyecto para legislar los procesos colectivos

por **JOSÉ MARÍA SALGADO**[1]

I | Incentivos en el sistema colectivo

Ticio tiene una necesidad insatisfecha. Reposará en su ánimo y en la necesidad de obtener un bien de la vida determinado, la posibilidad de que entable una demanda contra Cayo. El incentivo es un elemento presupuesto, del cual usualmente se prescinde a la hora de legislar. El sistema confía que el motor necesario para emprender el recorrido del proceso judicial estará en el interés del reclamante. El beneficio o perjuicio personal queda ceñido al hacer, o no hacer, del sujeto.

No es necesario argumentar demasiado para demostrar que ese tipo de razonamiento queda absolutamente desdibujado en los procesos colectivos. Hay reclamos individualmente no redituables, donde el escaso monto involucrado desincentiva toda demanda individual o litisconsorcial; existen desproporciones entre las magnitudes de los litigantes frente a conductas abusivas o fraudulentas sistemáticas de vendedores distantes y más poderosos en recursos; se contrata en ausencia de negociación por una derivación lógica de la oferta masiva de bienes y servicios; hay un natural desinterés individual por la cosa pública, por el medio ambiente o por las condiciones de vida de grupos desaventajados o tradicionalmente

(1) Profesor de Derecho Procesal (UBA). Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Prosecretario Letrado de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Autor de la obra *Tutela individual homogénea*, Buenos Aires, Astrea, 2011, referida a la temática colectiva.

relegados en la estructura social, el individuo aislado asume que su esfuerzo personal —aun en caso de obtener un triunfo— será una gota que se perderá, sin pena ni gloria, en un mar de injusticias.

Frente a esa desproporción en la magnitud, el sujeto queda ajeno a la construcción del contexto que lo circunda. Peticionar, reclamar, cuestionar, pugnar o rebelarse es incidir en el resultado. Tender puentes reales con esas posibilidades significa permitir la participación ciudadana en la búsqueda de soluciones y en la generación de nuevos problemas.

Los conflictos colectivos aparecen cuando el tamiz de control del Estado deja pasar por su malla, compuesta de filamentos poco diestros, situaciones de desigualdad; aunque tampoco es lógico —ni posible— dejar todo en manos del poder administrador. Es en ese punto donde se reclama una ley de procesos colectivos, que permita encauzar los conflictos. No tenerla luego de transcurridos casi 20 años de la reforma constitucional es un signo alarmante del déficit operativo del Congreso. La crisis de representatividad, sin embargo, tiene más de una mirada. La ausencia de temas del interés de los mandantes en la agenda política es una de ellas; las decisiones legislativas tomadas siguiendo presiones y alejadas de los beneficios comunes conspiran en el mismo sentido. Este tópico, muchas veces soslayado, será útil para entender la ausencia de legislación o la postulación de normas de notable inutilidad.

Si se quiere lograr una estructura procesal aceptable, lo que debe hacerse es tejer un segundo escudo, cuya luz o abertura de malla resulte mucho más eficiente y permita cribar, por el impulso de los actores sociales, todos esos conflictos que han sobrepasado la primera línea de evaluación. El proceso colectivo se sitúa dentro de las herramientas adecuadas para hacerlo, puesto que provee la función representativa para el debate de derechos que trascienden las esferas individuales. Asegurar la representación de los intereses de los miembros del grupo es garantizar el acceso a la justicia; brindar este tipo de herramientas genera mayor pluralidad en la larga urdimbre que conforma la toma de decisiones trascendentales.

Esa afirmación podrá ser tenida por válida siempre que la estructura que se disponga para el pleito provea los incentivos necesarios para transitar un camino que conduzca a una resolución justa, imparcial y sin los desvíos

propios de un desarrollo oclusivo o sesgado.[2] Para lograrlo es necesario discutir quién será el destinatario del incentivo para promover este tipo de reclamos, es decir dónde pondrá el legislador el motor del proceso. Dos elementos, en principio, definen ese punto de partida: el acceso y la recompensa.

El primer aspecto, del cual forma parte la legitimación *ad causam*, ha sido fijado inicialmente por el art. 43, párrafo 2° de la Constitución Nacional, aunque admite su ampliación por la legislación inferior. Para que la representatividad esté garantizada, sin embargo, deberá asegurarse que ese legitimado extraordinario posea la condición de representante adecuado del grupo cuyo conflicto esté en juego en el proceso. Es auspicioso contar con una diversidad de sujetos a ese efecto, pues las posibilidades de tener un receptor que impulse el reclamo colectivo aumentan en cantidad y calidad. De todos modos, frente a un conflicto concreto, es posible que nadie quiera asumir el desafío o que, aun queriéndolo, el legitimado carezca del sustento económico necesario para hacerlo. La habilitación legal extraordinaria, entonces, no garantiza el ejercicio ya que, si bien es una vía de acceso, no contiene un incentivo en sí mismo.

La legitimación diversificada que ha adoptado nuestro ordenamiento permite pensar un abanico de variantes. Las cuestiones esenciales en orden a concebir una legislación sistémica, que sea utilizada y que no se convierta en una pieza de museo, pasa también por asumir que ciertos reclamos colectivos deben ser auspiciados o subvencionados para que puedan ser llevados adelante. Lo usual, frente a una acción redituable, será que un grupo de abogados o una asociación financien el costo del acceso y la tramitación. El sistema, para que sea completo, debe prever la promoción de reclamos cuya importancia no radique en el aspecto económico. El proceso colectivo o la acción de clase es una gran herramienta para hacerlo. El legislador debe pensar en los resortes que generen el impulso, sin caer en el voluntarismo de imaginar que un samaritano curará las deficiencias del texto legal y acudirá en auxilio del grupo sin pedir una recompensa por su trabajo.

(2) Issacharoff, Samuel, "Fairness in Agregation", en *I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Procesos Colectivos y Class Actions,* Bs. As., 6 a 9 de junio de 2012, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, mayo, 2012, pp. 31/50.

Infojus

La creación de un fondo de financiamiento puede establecerse como un dínamo que propulse los reclamos fundados, de bajo o nulo rédito. El incentivo puede lograrse mediante una subvención inicial o por la garantía de incrementar los beneficios u honorarios en caso de éxito, o por una combinación de ambos factores. La activación y mantención en el tiempo del mecanismo de financiamiento puede generarse a partir del flujo de dinero proveniente de acciones de clase rentables.

Otro polo de impulso que debe discutirse, en el marco de una legislación de este tipo, es cuál será la regla a fijar para asunción de los costos y costas del proceso y cuáles los réditos de quienes asuman ese riesgo. En términos generales, la variante consistente en un porcentual de lo obtenido a cargo del vencido, si bien es atractiva en su planteo para quienes estén dispuestos a financiar el pleito, puede revertir como un *boomerang* para el representante del grupo actor que resulte vencido si es aplicada de igual modo para el caso de rechazo de la demanda.

De igual modo, fijar la absoluta gratuidad de las acciones colectivas,[3] puede constituir una hipertrofia de impulso que genere un *dumping* para la promoción de litigios colectivos irresponsables, infundados y con fines extorsivos, ya que quien los dirige no tiene demasiado para perder y mucho por ganar.

Las reglas sobre las costas pueden agruparse de distintas maneras: i) cada parte asume las propias y el abogado traslada los gastos y sus honorarios a los miembros del grupo que perciban los beneficios, éste pasa a ser un financista del proceso y cobra los beneficios de sus representados;[4] ii) el vencido es quien paga los gastos y los honorarios; en este caso tampoco se evita la necesidad de financiamiento por parte de los abogados; iii) el vencido es quien soporta los gastos, excepto que la acción colectiva sea rechazada, en cuyo caso cada parte asume los propios.[5]

(3) Tal como ha sido interpretado el art. 55 de la ley 24.240.

(4) Es el modelo vigente en los Estados Unidos de América —*contingencyfee*—. Gidi, Antonio, *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos, As acoes coletivas em uma perspectiva comparada*, Editora Revista dos Tribunais, p. 361.

(5) Suelen exceptuarse los casos de comprobada mala fe. Ver el caso del art. 87 del Código del Consumidor brasileño o del 18 de la ley de Acción Civil Pública de ese mismo país. Receptados en el art. 15 del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica.

Un segundo aspecto que complementa la regla sobre costas es el mecanismo para determinar los honorarios de los abogados. El método fijado exclusivamente en el porcentual puede conducir a situaciones distorsivas entre el trabajo efectivamente realizado y el monto recibido, que en algunos casos puede presentarse como ínfimo y en otros exorbitante. La consideración de la naturaleza y complejidad del asunto y la calidad, eficacia y la extensión del trabajo efectuado, son elementos necesarios a considerar para evitar las situaciones mencionadas. También, ofrecer una retribución importante y considerable mantiene vivo el interés del abogado en la realización de su labor. Por ello, debe buscarse el punto de equilibrio entre ambas situaciones. Para lograrlo es posible prever de modo anticipado cuál será dicha retribución como un mecanismo de incentivo;[6] también coadyuva a mantener vivo el interés no permitir su percepción en forma previa a que los integrantes del grupo reciban los beneficios —para garantizar que efectivamente los reciban— y, como lo veremos en el punto siguiente, es fundamental controlar y aprobar los honorarios pactados en los acuerdos transaccionales.

2 | Garantía: el resguardo de los derechos de los miembros ausentes como fundamento de constitucionalidad del sistema

Así como los incentivos aseguran la efectiva utilización de la herramienta, el cumplimiento de determinadas funciones por parte de los operadores garantiza que el sistema de procesos colectivos se ajuste a principios constitucionales como el debido proceso. Es por ello que, inevitablemente, toda regulación que se base en el principio de representatividad de la clase, cuyas raíces provienen del derecho inglés y han sido mayormente desarrolladas en Estados Unidos, debe contener ciertas pautas de desarrollo específicas. Todas, en general, tienen como común denominador el resguardo de los derechos de los miembros del grupo que son representados en el proceso.

(6) Es especialmente importante hacerlo en las acciones colectivas pasivas en las cuales deba garantizarse los honorarios del representante del grupo para asegurar una buena defensa.

La noción preponderante de esta premisa se cristaliza en la condición de adecuado representante que debe ostentar el legitimado extraordinario. Se asume que controlando este vector, desde un comienzo y durante todo el pleito, se garantizará la gestión idónea de los derechos de los miembros ausentes. El razonamiento se asienta en la idea de que nada mejor podrían haber logrado los ausentes de haber estado presentes en litigio y, de tal forma, se justifica la eficacia e inmutabilidad de la cosa juzgada en sus esferas particulares.

El objetivo fundamental es controlar la fidelidad del representante en la misión que asume y ser sumamente transparentes en explicitar quién es la persona que está controlando el destino del pleito —incluyendo la tarea de sus abogados—.

El sistema de garantías en el que se ejerce la pretensión representativa no concluye en ese único y vital aspecto. La noción de integridad, coherencia y completitud del sistema impone que la estructura contemple, necesariamente, otros dispositivos que posibiliten el acabado resguardo de los derechos de los miembros ausentes. Explicar cada uno de ellos insumiría una obra en sí misma, por lo que nos limitaremos a su enumeración: i) examen exhaustivo de la postulación —cuestiones comunes de hecho o de derecho, predominio sobre las individuales, tipicidad de los reclamos del grupo—; ii) justificación de la demanda colectiva como mecanismo de tutela; iii) descripción adecuada del grupo o clase a efectos de garantizar la congruencia y el debido proceso (y evitar sorpresas o problemas con los miembros futuros del grupo); iv) sistema de notificaciones adecuado a los derechos en juego, que normalmente es más exigente y requiere una comunicación personal cuando se trata de derechos individuales homogéneos; v) ejercicio del derecho de exclusión, cuando sea posible hacerlo, para quienes deseen instar o mantener un reclamo individual; vi) sistema de audiencias como garantía de transparencia y participación; vii) control y aprobación judicial de los acuerdos transaccionales; viii) posibilidad de remover al legitimado/representante adecuado o a sus abogados en caso de detectar intereses contrapuestos con los miembros de la clase representada; ix) mecanismo de retribución de los beneficios de la condena o el acuerdo acorde a las obligaciones derivadas del proceso ya que no siempre es posible el pago individual sino que debe recurrirse a mecanismos de compensación indirectos del grupo involucrado; entre otros aspectos que lo diferencian del proceso tradicional.

Un eje para sostener y permitir la utilización de dichas garantías tendientes a resguardar los intereses de los miembros ausentes, necesariamente derivado e implícito en la enumeración anterior, es conferir determinadas facultades y funciones a los jueces dentro del sistema. Podríamos agregar, además de las ya mencionadas, facultades probatorias y la adopción oficiosa de medidas cautelares, especialmente antes de la certificación del proceso. Sin este tipo de gestión, acorde a la que se le exige al representante, el mecanismo de tutela está destinado al fracaso.

Finalmente, anticipando las críticas sobre este aspecto, no debe soslayarse que la simple ausencia, la pasividad o la abstención también es una forma de complacencia y, al igual que la intervención, incide en el resultado. La justificación del actuar del juez, en definitiva, es lo que legitima uno u otro camino.

3 | Final: propuesta de proyecto de ley de procesos colectivos

La Asociación Argentina de Derecho Procesal emitió un documento que contiene un proyecto de ley de procesos colectivos para la provincia de Corrientes. Se nos encomendó la redacción del primer borrador que luego recibió la lectura, aportes y correcciones de Silvia Esperanza, Eduardo Oteiza y Francisco Verbic. Sobre esa base, eliminando los aspectos netamente particulares inherentes a la provincia mencionada, creemos oportuno compartir su contenido.

Adicionamos al original un artículo destinado a la creación del registro de procesos colectivos y otro referido a la generación de un fondo destinado a la subvención de las acciones de clase no rentables. Finalmente, por tratarse de una propuesta nacional, agregamos un apartado donde se regula la competencia.

3.1 | Fundamentos

Para la elaboración se tomaron en cuenta los siguientes modelos y líneas de trabajo: las pautas fijadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Halabi" (del 2009), los lineamientos que emergen de la Regla Federal N° 23 de los Estados Unidos de América y del Código

Modelo de Procesos Colectivos elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

El eje central de la iniciativa consiste en proyectar un instrumento procesal que tome en consideración los hechos a tutelar, sin realizar abstracciones sobre las distintas categorías de derechos. Se privilegió el derecho a deducir pretensiones fundadas en situaciones fácticas que requieran tutela jurisdiccional desde una perspectiva colectiva. Ello se funda en la idea de que siempre es mejor describir el conflicto para el que es útil el proceso sin recaer en definiciones de derechos.[7]

Se seguirá el modelo de legitimación extraordinaria fijado en la Constitución Nacional, que impone hablar de una habilitación normativa que autoriza a determinados sujetos, y no a otros, a ejercer la acción. Se ha puesto especial énfasis, en franco vínculo con ello, en la figura de la representación adecuada como garantía constitucional del debido proceso de los integrantes de la clase. Ello sitúa el proyecto en un modelo de pretensión representativo alrededor del cual se estructurarán los restantes institutos.

Se trata de un sistema que tiene una remisión residual al Código Procesal que rija en el lugar de aplicación, en cuanto no sea incompatible, por lo que no será necesario regular con detalle cada etapa del proceso o cada uno de los institutos. El proyecto sólo se ocupa de los cambios o innovaciones relevantes como la litispendencia, las notificaciones, la solicitud de exclusión, la transacción, conciliación o el desistimiento y la ejecución de la sentencia.

La cosa juzgada sigue su formato tradicional, con preclusión bilateral, aunque supeditada a la real existencia de una representación adecuada a efectos de sostener su eficacia respecto de los miembros del grupo o clase. La

(7) Un buen ejemplo de ello fue el abandono de las viejas clasificaciones de *class actions* tramitables en la Regla 23 vigente entre 1936 y 1966. Véase Wright, Charles A., *Class actions*, 47 FRD 169, 1970; Klonoff, Robert H. y Bilich, Edgard, K. M., *Class actions and other multy-party litigation*, St. Paul, Minnesota, West Group, 2000, p. 35; Kaplan, Benjamin, "Continuing work of the civil comnittee: 1966 amendments to the federal rules of civil procedure", *81 Harv. L. Rev. 356*, 1967, pp. 380/383; Taruffo, Michele, *La tutela collectiva: interesse in giocco ed esperienze a confronto*, Riv. Tri. Dir. Processual e Civile, Milano, Dott A. Giuffré Editore, p. 530; Verbic, Francisco, *Algunas ideas para intentar justificar la tutela procesal diferenciada en materia colectiva. Lejos de los conceptos, cerca de los conflictos*, Ponencia presentada al XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en la Ciudad de Buenos Aires en noviembre de 2009; Salgado, José María, *Tutela Individual Homogénea*, Bs. As., Astrea, 2011.

Infojus

misma lógica representativa hace inviable hablar de una eficacia —entendida como inmutabilidad de la decisión— "*erga omnes*" —entendido el concepto como hacia todos, más allá de los miembros de la clase—. De otro modo carecería de sentido medir la adecuada representatividad del legitimado.

Se regulan las denominadas acciones colectivas pasivas, que presentan mayores dificultades que el proceso colectivo activo. Un punto de vital importancia es el análisis de aquel que es nominado como representante adecuado de la clase demandada, que normalmente resulta ser elegido por los actores y por el tribunal. La dificultad radica en asegurar que ejerza adecuadamente su función. Si no posee los incentivos necesarios es probable que no cumpla con la finalidad para la cual se lo ha designado. Es así que se ha tenido en cuenta, sobre todo, que defenderá las cuestiones de hecho o de derecho comunes a la clase y que lo hará de una manera vigorosa —*vigorous opposition*—. La utilización del instituto del *opt out* puede resultar paradójica en el marco de una acción colectiva pasiva —*defendant class action*— que verse sobre derechos individuales homogéneos. Es de esperar que cualquier miembro de la clase demandada opte por salir del litigio dado que, si su representante pierde, él no se verá afectado por la eficacia de la sentencia y, posiblemente, si el reclamo es de escaso monto, no será demandado en clave individual. En lo referido a este aspecto toma relevancia lo previsto en el *opt out* en la faz activa, en cuanto debería exigirse a quien ejerce la opción de salida que esgrima una justa causa para poder apartarse del litigio. Si los fundamentos de la exclusión están vinculados a la inexistencia de una adecuada representación, ello no debe dar lugar al egreso, sino a mejorar aquella calidad.

3.2 | Proyecto

Procesos Colectivos

TÍTULO I - Tipo procesal. Pretensión activa

Art. 1. *Ámbito de aplicación*. El proceso colectivo podrá ser utilizado para resolver conflictos que involucren a grupos de personas que reúnan condiciones uniformes, de hecho o de derecho, frente a la cuestión debatida en el proceso.

Art. 2. *Admisibilidad del Proceso Colectivo.* En el examen jurisdiccional sobre la admisibilidad de un proceso colectivo se considerará indistintamente:

a. las dificultades de emprender un proceso individual sea por el alto número de personas que integran el grupo o que por las características de la relación jurídica sustancial se haga imposible, difícil o costoso que el grupo litigue adecuadamente bajo la figura del litisconsorcio.

b. que el conflicto se enfoque en un bien o derecho común, perteneciente a la comunidad e indivisible.

En la resolución sobre la admisibilidad de asignar el trámite de proceso colectivo será relevante la ponderación que se haga sobre la posibilidad y eficacia de la vía colectiva en comparación con su ejercicio, activo, pasivo o mixto, por carriles individuales o litisconsorciales.

Art. 3. *Pretensión colectiva.* La pretensión colectiva será admisible si se funda en hechos que den lugar al trámite de un proceso colectivo y se limita exclusivamente a procurar el resguardo de las cuestiones comunes cuya titularidad invoque el grupo involucrado.

De existir cuestiones heterogéneas litigables en forma individual, éstas deberán dirimirse en forma posterior por vía incidental o en pleitos particulares, según se ejerza o no el derecho de exclusión.

Art. 4. *Demanda. Contenido.* La demanda colectiva deberá:

a. Identificar, describir y definir al grupo involucrado a efectos de definir los límites subjetivos del proceso.

b. Enfocar la pretensión en las cuestiones comunes.

c. Acreditar la adecuada representatividad del legitimado.

d. Demostrar la relevancia social de la tutela colectiva, caracterizada por la naturaleza del bien jurídico afectado, por las características de la lesión o por el elevado número de personas perjudicadas.

e. Cuando se trate de pretensiones divisibles en las que puedan existir soluciones individuales que queden al margen de la sentencia colectiva, además de los requisitos indicados, es también necesaria la demostración del predominio de las cuestiones comunes sobre las individuales y la utilidad de la tutela colectiva en el caso concreto.

Art. 5. *Legitimación extraordinaria*. Serán legitimados extraordinarios para representar al grupo en la acción colectiva:

a. toda persona miembro del grupo

b. las asociaciones

c. el Ministerio Público y el Defensor del Pueblo

d. las entidades sindicales, para la defensa de los intereses y derechos de la categoría

e. en caso de abandono del proceso o ausencia de la adecuada representatividad en el legitimado el juez podrá ordenar en forma oficiosa la intervención del Ministerio Público para conducir el pleito en nombre del grupo, hasta su culminación o hasta la designación de un nuevo representante.

f. podrán intervenir en el proceso colectivo, sin estar legitimados y al efecto de enriquecer el debate, uno o más "*amicus curiae*" a criterio del tribunal, cuya actuación se regirá por la Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación N° 7/2013.

Art. 6. *Representación adecuada*. El Juez controlará la representatividad adecuada de los intereses de los integrantes del grupo por parte del legitimado. Las partes, podrán formular peticiones vinculadas con el ejercicio de la representatividad, en cualquier etapa del proceso. A tal efecto será primordial el resguardo de los derechos de los miembros del grupo que son representados en el proceso.

Para el análisis de la representatividad adecuada, el juez deberá evaluar, de forma no excluyente, los siguientes parámetros:

a. la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia;

b. los antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo;

c. su conducta en otros procesos colectivos;

d. la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo y el objeto de la demanda;

e. el tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de ésta o de la persona física respecto del grupo.

Los recaudos fijados para el control de la adecuada representatividad no serán taxativos y deberán ser analizados en cada caso concreto.

Para hacerlo se considerarán las condiciones del legitimado y de sus abogados. La dirección del proceso quedará a cargo del legitimado extraordinario que reúna los antecedentes suficientes y que esté en mejor situación, de acuerdo al conflicto de que se trate, de efectuar una defensa idónea de los intereses del grupo. Los otros legitimados podrán controlar su actuación, señalar los defectos en la representación y colaborar en el correcto avance del proceso.

Art. 7. *Abogados de grupo.* El juez se encuentra facultado para designar y remover a los abogados del grupo en base al cumplimiento de los requisitos de la adecuada representatividad.

También podrá requerir la información que estime pertinente, formular precisiones sobre la forma en que deben proceder en el manejo del proceso y prever con anticipación el monto de sus honorarios.

Art. 8. *Procesos colectivos. Apertura.* El juez deberá decidir, con previa intervención de la parte demanda y la celebración de una audiencia a la que deben concurrir el representante del grupo y la parte demandada, lo antes que le sea posible en decisión interlocutoria, si se encuentran reunidos los recaudos de admisibilidad del proceso colectivo y de las pretensiones deducidas y declarar la apertura del proceso, momento a partir del cual comenzarán a regir sus efectos sobre otros procesos individuales o colectivos que versen sobre el mismo conflicto.

En cualquier etapa del proceso esa decisión puede ser dejada sin efecto o suspendida por resolución fundada si se modificaren los presupuestos de hecho y de derecho que justificaron su apertura, si el legitimado perdiera la condición de representante adecuado del grupo o si se detectaren intereses contrapuestos entre aquel y los miembros representados.

Art. 9. *Litispendencia.* La apertura del proceso colectivo generará litispendencia respecto de otros procesos de igual tenor que se refieran al mismo objeto litigioso y las causas deberán tramitar ante el juez que hubiera dictado con anterioridad el auto mencionado.

En caso de dos procesos con fechas iguales se tomará la fecha de promoción de la demanda. La constatación podrá efectuase a través del registro de la Mesa Receptora Única.

Acciones individuales: La promoción de un proceso colectivo no impide la iniciación de acciones individuales fundadas en la misma causa. Sin embargo, luego de la apertura del proceso colectivo, el juez verificará de oficio o ante la alegación de cualquiera de las partes, la existencia de un proceso pendiente en cualquier tribunal del país.

En caso afirmativo, citará a la actora, por diez días, para que exprese su voluntad de continuar la acción individual, excluyéndose en tal caso de las resultas del proceso colectivo. Si nada expresara o manifestara su voluntad de incluirse, la acción individual quedará suspendida hasta la culminación del proceso colectivo, rigiéndose en este caso por los efectos de la sentencia definitiva o decisión que ponga fin al proceso.

Corresponde al demandado informar en el proceso individual sobre la existencia de una acción colectiva con el mismo fundamento bajo la pena de que, de no hacerlo, el actor individual se beneficiará de la cosa juzgada colectiva aún en el caso de que la demanda individual sea rechazada.

Art. 10. *Citación y notificaciones.* Una vez declarada la apertura del proceso colectivo, el juez ordenará la citación del demandado a los efectos de contestar la demanda y la notificación para informar a los miembros de grupo sobre la tramitación del pleito. Esta última deberá efectuarse de la manera que se considere más conveniente y mediante la publicación en el boletín oficial y sitio web del Poder Judicial.

En los litigios en que se controviertan derechos individuales homogéneos, además de lo previsto en el párrafo precedente, deberá cursarse una notificación de la existencia del litigio en la mejor forma posible, de acuerdo a las circunstancias del caso, a todos los miembros de la clase en forma individual, siempre que éstos puedan ser identificados con un esfuerzo razonable. Cuando el monto individual involucrado sea de una cuantía ínfima, el juez podrá exceptuar el cumplimiento de este tipo de notificación si las demás circunstancias del caso así lo ameritan.

La notificación deberá efectuarse en forma concisa, clara y en un lenguaje llano y simple de entender. Deberán comunicarse, en lo pertinente, las siguientes cuestiones:

a. la naturaleza de la acción;

b. la definición del grupo certificado, los reclamos, disputas o defensas del grupo;

c. que el miembro del grupo puede registrar su comparencia a través de un asesor legal, si así lo decidiese;

d. que el tribunal excluirá del grupo al miembro que así lo solicitase, enunciando cuándo y cómo los miembros pueden elegir ser excluidos, y

e. el efecto obligatorio de la sentencia sobre los miembros del grupo que no ejerzan su derecho de exclusión.

Se registrará la existencia del pleito en el Registro de Procesos Colectivos y, de ser necesario, se ordenará la creación de un sitio en Internet para mantener informados a los interesados sobre el avance del proceso.

El juez podrá, conforme lo considere pertinente, ordenar nuevas notificaciones a un sector o a todo el grupo de actuaciones ulteriores en el proceso.

El costo de las notificaciones estará a cargo de quien promueve el proceso, sin perjuicio de que el juez disponga trasladar la carga y los costos al demandado cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen.

El juez podrá requerir al demandado, cuando ello resulte útil para identificar a los eventuales integrantes del grupo, la información que se estime conveniente para cumplir con la notificación.

Art. 11. *Solicitud de exclusión.* En los procesos que involucren derechos individuales homogéneos en los que puedan coexistir decisiones individuales distintas a la colectiva, una vez dictado el auto de apertura del proceso, deberá otorgarse a los miembros del grupo o clase la posibilidad de solicitar quedar excluidos de los efectos que aquel proceso produzca.

Se notificará esa opción en forma individual, estableciéndose un plazo para hacerlo y comunicándose que, de no verificarse la solicitud, será considerado parte en el proceso. Se informará que, de no ejercer la opción, sus derechos serán defendidos por un adecuado representante.

La solicitud de exclusión deberá fundarse en una causa relevante y podrá ser denegada por el juez.

Sólo la denegatoria al pedido de exclusión será apelable. Su trámite será incidental y diferido al momento en que se trate el recurso contra el acuerdo o la sentencia.

Art. 12. *Transacción, acuerdo o desistimiento.* Toda transacción, acuerdo o desistimiento, una vez declarada la apertura de la acción colectiva, deberá ser aprobado judicialmente con una decisión fundada por parte del juez que dé cuenta de su razonabilidad y conveniencia para los miembros del grupo.

Cualquier miembro del grupo podrá oponerse a la solución propuesta dando los motivos en que se funda. La oposición será evaluada por el tribunal y sólo podrá ser desistida con su autorización.

Si el pedido de apertura del proceso colectivo es concomitante con la presentación del acuerdo, la decisión que lo homologa debe ser notificada en la forma prevista en el art. 10 de acuerdo a las modalidades allí fijadas.

Si al celebrar un acuerdo con posterioridad a la certificación el grupo es redefinido por las partes o por el juez, deberá efectuarse una nueva notificación de su homologación a sus integrantes brindándoles, de ser pertinente, una nueva posibilidad de pedir su exclusión del pleito.

Art. 13. *Resoluciones apelables.* Sólo serán apelables:

a. Las resoluciones que pongan fin al proceso.
b. El auto de apertura.
c. La declaración de puro derecho.
d. La denegatoria del pedido de exclusión.
e. Las que otorgan o deniegan medidas cautelares.

Las apelaciones se concederán con efecto suspensivo, excepto la que se interponga contra la resolución que concede las medidas cautelares que será con efecto no suspensivo y, además, tramitará por vía incidental.

Art. 14. *Cosa Juzgada.* La sentencia hará cosa juzgada, sea ésta favorable o desfavorable para los intereses del grupo, siempre que sus miembros hayan sido adecuadamente representados. Se considerará que no existió representación adecuada, entre otros supuestos, en los casos de rechazo de demanda por ausencia de pruebas o en la omisión de hechos fundamentales para el proceso, siempre que tuvieren entidad para revertir la decisión firme.

La decisión no tendrá eficacia sobre aquéllos que hubieran solicitado su exclusión en los supuestos de derechos individuales homogéneos.

Art. 15. *Ejecución de sentencia. Juez. Facultades.* En el proceso que tenga por objeto una prestación que no pueda ser percibida en forma individual, el legitimado podrá solicitar y/o el juez podrá disponer en forma oficiosa mecanismos alternativos para su cumplimiento.

Podrá disponerse la transferencia de los beneficios económicos obtenidos a un fondo creado a tal efecto para compensar de modo indirecto al grupo. El fondo será administrado por quien el juez designe.

En atención a la especificidad del bien jurídico dañado, a la extensión territorial afectada y a otras circunstancias consideradas relevantes, el juez podrá:

a. determinar, en decisión fundamentada, el destino de la indemnización;

b. dictar las providencias que deban ser tomadas para la reconstitución de los bienes afectados;

c. ordenar la realización de actividades tendientes a minimizar la lesión o a evitar que ella se repita, entre otras, que beneficien el bien jurídico tutelado.

La decisión que especifique el destino de la indemnización indicará, de modo claro y preciso, las medidas que deberán ser tomadas, así como el plazo razonable para que tales medidas sean practicadas.

Terminado el plazo fijado por el juez, el administrador del fondo presentará un informe de las actividades realizadas. Será posible, según sea el caso, requerir la prórroga del plazo para complementar las medidas fijadas en la decisión judicial.

Art. 16. *Ejecución de las decisiones sobre derechos individuales homogéneos.* Los incidentes de ejecución individual se regirán por las pautas de la ejecución de sentencia.

El legitimado podrá solicitar o el juez disponer en forma oficiosa la formación de un fondo, bajo las reglas precedentemente fijadas, para resguardar los resarcimientos de los miembros del grupo que aparezcan en el futuro.

Art. 17. *Medidas cautelares.* Será procedente la adopción de medidas cautelares, aún cuando su contenido coincida con la pretensión de fondo.

Estas podrán ser dispuestas y modificadas en forma oficiosa por el juez cuando no se hubiera determinado la vigencia de la adecuada representación.

No se concederá la anticipación de la tutela si hubiere peligro de irreversibilidad del proveimiento anticipado, a menos que, en un proceso de ponderación de los valores en juego, la denegación de la medida signifique sacrificio irrazonable de un bien jurídico relevante.

No habrá plazo de caducidad para las medidas adoptadas.

TÍTULO II - Pretensión colectiva pasiva

Art. 18. *Pretensión colectiva pasiva.* Podrán interponerse pretensiones individuales o litisconsorciales contra un grupo de personas.

Quien accione deberá identificar al legitimado que postule como representante adecuado de la clase. El juez, luego de evaluar si el indicado y sus abogados cumplen con los parámetros fijados en los artículos 6 y 7, si sus defensas y argumentos son típicos del grupo al que representa y si puede afrontar la tarea de una manera vigorosa, efectuará la designación de que se trata.

El juez debe adoptar medidas que garanticen y coadyuven a que el representante efectúe en debida forma su función.

En las pretensiones colectivas pasivas, cuando se litiguen derechos individuales homogéneos, será improcedente conceder el pedido de exclusión a los miembros de la clase. La exclusión sólo será admitida cuando se exponga una causa que el juez considere razonable.

La sentencia hará cosa juzgada, sea ésta favorable o desfavorable para los intereses del grupo, siempre que hayan sido adecuadamente representados en idénticos términos a los fijados en el art. 14.

Es aplicable complementariamente a las acciones colectivas pasivas lo dispuesto en este Código para las acciones colectivas activas, en lo que no fuera incompatible.

Art. 19. *Cuestiones mixtas.* Las reglas precedentes serán de aplicación, junto con las relativas a la pretensiones activas en los procesos colectivos

mixtos, donde tanto la parte activa como pasiva presenten las características de sujetos colectivos en los términos del presente, en lo que no fuera incompatible.

Art. 20. *Trámite.* Iniciada y admitida la demanda, se seguirá el trámite procesal que determine el juez de la causa, en cuanto resulte compatible con las pautas fijadas para los procesos colectivos, de conformidad a las reglas del presente Código.

Art. 21. *Honorarios.* Las regulaciones de los honorarios profesionales deben tomar en cuenta las previsiones específicas en materias de aranceles, las que deben ser ponderadas según la índole y extensión de la labor profesional cumplida en la causa, para así acordar una solución justa y mesurada, que concilie tales principios y que además tenga en cuenta que la regulación no depende exclusivamente del monto de la cuestión debatida sino de todo un conjunto de pautas previstas en los regímenes respectivos, que puedan ser evaluadas por los jueces con un razonable margen de discrecionalidad, entre los que se encuentran la naturaleza y complejidad del asunto, el mérito de la causa, la calidad, eficacia y la extensión del trabajo. La regulación deberá considerar que el monto regulado resulte un incentivo para aquél que promovió el litigio.

Los honorarios, en litigios que se discutan cuestiones patrimoniales, deberán tener relación con las sumas que sean efectivamente percibidas por los miembros del grupo. A tal efecto pueden efectuarse regulaciones y pagos parciales.

Art. 22. *Registro de Procesos Colectivos.* Créase un Registro Nacional de Procesos Colectivos en la órbita del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. En él se asentará de modo obligatorio el auto de apertura del proceso colectivo, su fecha, la descripción de la/las clases involucradas, el objeto de la demanda, el nombre del legitimado extraordinario y de sus abogados, y el tribunal interviniente.

La información contenida en el Registro deberá ser pública y su acceso será de libre consulta por Internet.

Art. 23. *Fondos de Procesos Colectivos.* Créase la Administración de Fondos de Procesos Colectivos bajo la órbita del Ministerio de Justicia

y Derechos Humanos de la Nación. Serán sus funciones recaudar y administrar un fondo general de subvención de los reclamos colectivos. El dinero provendrá de un dos porciento (2%) de toda condena, desistimiento o acuerdo a que se llegue en todo proceso colectivo registrado. Se brindará sostén económico a aquellos reclamos promovidos por grupos o contra grupos, que demuestren encontrarse fundados y que por la carencia de recursos o por su difícil obtención se vean impedidos de ser promovidos. En caso de que las demandas subvencionadas prosperen, el dinero adelantado integrará la condena en costas de ese pleito y deberá ser reintegrada al Fondo.

La Administración de Fondos de Procesos Colectivos se encargará de administrar y ejecutar las órdenes judiciales referidas a los fondos de compensación indirecta o futura de la clase previstos en los arts. 15 y 16 de la presente ley. Deberá rendir cuentas a solicitud del juez que requiriera su intervención.

Art. 24. *Competencia.* Es competente para dirimir los conflictos colectivos la justicia federal.

Excepcionalmente, podrán intervenir los tribunales locales cuando se compruebe que el conflicto no trasciende los límites territoriales de la provincia. Si la situación se modificara en el curso del proceso, la competencia se desplazará al juzgado federal con incumbencia material más próximo al del juez local que se encuentre conociendo.

Jurisdicción, proceso y tutela de los vulnerables

por **VÍCTOR TRIONFETTI**[1]

I | Introducción

Asumo este texto más en tono epistolar y no como ensayo académico; deseo dirigirlo a los jueces, a la defensa pública y a los funcionarios de la administración, pero más que nada a los estudiantes de derecho. Aun cuando considero aspectos generales sobre la tutela de los vulnerables por parte del Poder Judicial, abordaré centralmente cuestiones vinculadas con la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Las reflexiones que esbozo alrededor del título de este trabajo recorren el proceso civil en su vertiente contencioso administrativa.[2] Si bien el proceso contencioso administrativo tiene parecidos de familia con el proceso civil, aquél hospeda notas que lo diferencian del proceso entre sujetos de derecho privado; y esto ocurre primordialmente porque el Estado tiene como fin la defensa y preservación del interés público. Esto ocurre, obviamente, incluso cuando el Estado es parte en un juicio.

(1) Abogado (UBA). Especialista en Administración de Justicia (UBA). Profesor Adjunto Regular por concurso de la materia Elementos de Derecho Procesal Civil (UBA). Juez de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

(2) El proceso contencioso adopta la sintaxis del proceso civil en su estructura básica: a) demanda, traslado, contestación; b) regla de la preclusión para el avance del proceso; c) igual sistematización de los actos procesales al civil (escritos, resoluciones, notificaciones); d) presupuestos procesales similares, salvo en materia de habilitación de instancia (exclusiva del proceso contencioso administrativo); etc.

El problema surge cuando intentamos dotar de sentido al léxico que usamos para predicar qué es el interés público, porque ese sentido resulta un aspecto relevante en la actuación del Poder Judicial.

En efecto, qué entendemos por interés público remite a un lugar de permanente disputa entre ideologías encontradas donde hay declaraciones recíprocas de herejía.

Aún bajo el consenso de la mayoría de los actores sociales en aceptar al Estado de Derecho y las formas democráticas de gobierno en su vertiente republicana y representativa, las diferencias aparecen cuando hay que establecer cuál debe ser la actividad del Estado en relación con el uso de los recursos públicos, cómo se obtienen éstos, de quién y con qué carga y, por su puesto, cuál es el criterio de distribución de esos recursos. Esto también está en directa relación con el grado de intervención del Estado en el mercado, en neutralizar privilegios, atenuar la indiferencia por los vulnerables y evitar la conservación de un orden formal de derechos pero materialmente lleno de necesidades sociales.[3]

La complejidad insinuada atraviesa este trabajo, el que sólo bosqueja los vínculos entre lo procesal, la tutela de las personas en situación de vulnerabilidad y las políticas públicas que deben articularse para superar esa situación.

El rol de la jurisdicción cobra relevancia porque los tribunales se pueden convertir en actores significativos en la orientación y corrección del gasto público frente a la insuficiencia u omisión de políticas públicas destinadas a superar la pobreza. El gasto público puede ingresar en el escenario del escrutinio judicial de validez bajo el test de regresividad cuando se realiza un control judicial de convencionalidad (ver art. 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 116 de

(3) Un excelente ejemplo de cómo ponderar adecuadamente el interés público, el derecho de propiedad de grupos económicos, el derecho de los consumidores y la necesidad de los vulnerables lo encontramos en el desistimiento de la acción penal, por parte de la Procuradora General de la Nación, Alejandra Magdalena Gils Carbó contra un "mantero" (ver "M. CLA s/ causa N° 15.341", dictamen del 3 de octubre de 2013, en http://fiscales.gob.ar/procuracion-general/wp-content/uploads/sites/9/2013/10/Dictamen-MGDA.pdf). Lo no dicho por el proceso penal debería serlo en el proceso contencioso administrativo: la necesidad de un ser humano de permanecer en el mundo.

la Constitucicón Nacional y art. 106 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

El lugar del Poder Judicial varía enormemente según las políticas de Estado que se desarrollan u omitan. Ante un Estado transformador y que busca ensanchar el universo de derechos y de quienes están incluidos, la jurisdicción acompaña. Ante un Estado de doble delegación, es decir, cuando los ciudadanos delegan el poder en el Estado y éste en las corporaciones o en intereses extranjeros, la jurisdicción debe resistir y ocupa el rol de la transformación a través de la puesta en valor de la validez sobre la facticidad.

Y nuestro vértice más eminente de validez, con fuentes universales y regionales en materia de derechos humanos en la cúspide, nos distingue y diferencia sustantivamente de cualquier parecido con sistemas jurídicos del *common law*, aun cuando la colonización cultural que se observa en la enseñanza del derecho intente denodadamente adoptar, como referentes de autoridad, sistemas jurídicos ajenos a nuestro sistema de fuentes vigente.

Los tribunales y los organismos estatales destinados a actuar ante los tribunales tienen deberes concretos de prestar atención a las pautas de orientación axiológica que se definen constitucional y convencionalmente en sentido transformador de situaciones que se consideran, como es la pobreza, un objetivo a desterrar.

Para un Estado comprometido con lo social, resulta inadmisible que la pobreza sea un destino.

2 | La coordinación de estrategias

La defensa y transformación de la situación de los desiguales debe ser realizada ante todo a través de una política de Estado expresada en políticas públicas eficientes, con planificación, estrategias y coordinación entre el Estado nacional y los estados locales.

La acción de las instituciones privadas, ONGs, campañas de recolección o ayuda para personas necesitadas, etc., no reemplaza ni suple las políticas

del Estado destinado a la inclusión y el desarrollo humano; es el Estado y la política los que transforman las sociedades; un Estado atento, presente, despierto, constitucionalmente comprometido y plural.

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las ramas de gobierno directamente obligadas a desarrollar y mantener políticas públicas de inclusión son la Legislatura y el Poder Ejecutivo. El Estado está jurídicamente obligado a desarrollar políticas públicas de inclusión. Se trata de una obligación constitucional y convencional.

El Título Segundo de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CCBA) se denomina "Políticas Especiales". Cada uno de los Capítulos que integra el Título forman parte de un único aspecto: la inclusión y la igualdad, es decir, la transformación de la sociedad en un lugar donde la crueldad y la simple supervivencia no sean naturalizados.

Las políticas de un Estado Constitucional, Social y Democrático deben tender al bienestar de todos y no a consolidar la opulencia de unos pocos.

El art. 17 CCBA, que forma parte de las disposiciones comunes del Título Segundo ya mencionado, expresa que la "Ciudad desarrolla políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades".

Dicho artículo nos habla de un sujeto obligado: la Ciudad. En rigor, "la Ciudad" no es más que un eufemismo elegante porque los que deben desarrollar las políticas públicas son los poderes constituidos, en especial el Poder Legislativo y el Ejecutivo, pero ello no exime al Poder Judicial, incluido prioritariamente el Ministerio Público que forma parte del Poder Judicial según lo establece el art. 107 CCBA. Es el Ministerio Público el que debe realizar una actuación temprana y oportuna de tuición de personas o colectivos vulnerables. Debe ser temprana porque cuenta con recursos para actuar extraprocesalmente y la condición de vulnerabilidad es una instancia de atención urgente. Debe ser oportuna, es decir, idónea en su diagnóstico y solución.

Es importante remarcar que la citada norma constitucional exige que el desarrollo de políticas sociales sea realizado en forma coordinada.

Hay que decir que tampoco —para despejar eufemismos— los obligados son exclusivamente los poderes nombrados sino también cada uno de los funcionarios en ejercicio, quienes deben hacer, es decir, realizar una actividad transformadora eficaz para cumplir con la partitura constitucional; porque lo contrario determina la falta de responsabilidad política o jurídica de los funcionarios. No hay república sin responsabilidad de los representantes o de los funcionarios. No puede ser que siempre el responsable sea "la Ciudad", "el Gobierno", etc., hay mucha gente elegida o nombrada para hacerse cargo de cosas importantes y cobrando sueldo para lograrlo. La teoría del órgano debe yuxtaponerse en una república, a la necesidad de hacer responsables a los funcionarios con nombre y apellido.

Es falta de servicio y culpa o responsabilidad política, no falta de servicio sin culpa ni responsabilidad política. Entiendo que la clave constitucional para la gestión de políticas públicas es la coordinación. Pero, ¿entre quiénes se coordinan estas políticas?

Claramente no sólo debe ser entre las agencia del Poder Ejecutivo, también deben intervenir, además de la Legislatura, el ausente Consejo de Planeamiento Estratégico previsto en el art. 19 CCBA, los órganos de control, las Comunas y, en lo que toca a lo jurisdiccional, el Ministerio Público; en especial, por tratarse de cuestiones sociales y desarrollo humano, el Ministerio Público de la Defensa y el Ministerio Público Tutelar, que cuentan con recursos suficientes para desarrollar políticas inteligentes y efectivas y no simplemente seminarios o publicaciones, deben mostrar eficiencia y estrategia de gestión.

El diálogo no nace exclusivamente en el proceso judicial, ni a partir de él. Deberían guardarse y olvidarse los supuestos o reales desplantes, destratos o desinteligencias y mantener una actitud continua de colaboración y permanente vocación de coordinación con las agencias de gobierno. La impronta de parientes ofendidos debe reemplazarse por la de funcionarios dispuestos a coordinar y colaborar.

Tampoco debe transigirse con la ineficiencia de tal o cual ministerio o secretaría de gobierno y desde allí sólo construirse un escenario para compungirse sin superar la situación estructural, porque eso termina haciendo un juego especular de doble ineficiencia.

Cuando no resultan efectivas las políticas sociales desarrolladas legislativamente o cuando el Poder Ejecutivo aparece como elusivo en poner en valor a la Constitución, el Ministerio Público de Defensa y el Tutelar resultan instituciones claves para articular una respuesta estratégica superadora.

Sin embargo, considero trascendente tener en cuenta que la actividad de estos órganos no puede ser pura y simplemente la judicialización de los conflictos. Esa respuesta, necesaria muchas veces, no resulta siempre superadora (para usar el verbo del art. 17 CCBA), ni siquiera en el plano del conflicto individual que deviene en litigio.

Serializar en la rutina de demandas judiciales clonadas, sin una visión estratégica estructural de cambio, sin insistir en el diálogo con las agencias gubernamentales incumplidoras o ineficientes; sin coordinación con la Defensoría del Pueblo, con la Auditoría General, con autoridades federales, sin respuesta táctica a las diferentes matices de cada uno de los conflictos judicializados, sin proyección del reclamo federal y regional, etc., es un trabajo ineficiente y cuyo costo lo sufren los que quedan, como ocurre en el caso de las personas en situación o en riesgo de situación de calle, para dar un ejemplo cabal, en un limbo de subsidios y planes, flotando en un mar brumoso y de estrechez de ideas; es puro "mientras tanto".

Establecer una mesa permanente de diálogo entre el Ministerio Público y la Procuración General podría lograr descomprimir la conflictividad y mejorar la solución de casos críticos dirigiendo esfuerzos puntuales donde la urgencia los exige.

Todos sabemos que las respuestas a veces no se encuentran o tardan en venir desde los poderes legislativos, cuyas soluciones además muchas veces se vetan; también sabemos de la falta de políticas públicas de la Ciudad en materia de acceso a la vivienda digna —constatado ello por la Corte Suprema de Justicia de la Nación—[4] pero no debemos asumirnos

(4) Al respecto, el Ministro Enrique S. Petracchi, en la sentencia de la CSJN dictada en la causa "Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", del 24/04/2012, señaló: "la demandada debería haber acreditado, por lo menos, que los recursos con que cuenta el Gobierno local han sido utilizados y ejecutados al máximo nivel posible; y que la organización y distribución del presupuesto ha tenido en cuenta la prioridad que la Constitución asigna a la satisfacción de los derechos fundamentales. La Ciudad de Buenos Aires no ha cumplido siquiera mínimamente con esa carga probatoria. No aportó información fehaciente

como simples espectadores. No sólo registremos, intervengamos en el mundo para transformarlo.

No deberíamos conformarnos con mostrar qué hicimos en una causa judicial sino qué conseguimos. Porque lo que se consigue, cuando hay derecho, es para otros, para los vulnerables, no para un panel donde pasar un *power point* o para una nota periodística.

Hay que dejar las estridencias, las fotos impactantes, las jornadas o simposios donde se exhiben autopsias y no pacientes recuperados, los vulnerables no están en el *twitter* ni en las aulas magnas. No los ocultemos en un *paper*. Seamos lacónicos en los gestos y eficientes en los resultados.

Porque, de lo contrario, el manejo de la judicialización de la vulnerabilidad social, cuando hay demasiada autoreferencia hacia el funcionario, importa tomar como medio a quienes tienen una trascendencia como fin en sí mismos: los vulnerables deben hablar por sí, no por los interpelados jurídicamente a superar esa vulnerabilidad.

¿Qué se ha conseguido hasta ahora?, ¿qué personas concretas, qué barrios sin urbanizar; qué colectivos han logrado superar las condiciones de pobreza y exclusión por vía jurisdiccional?, ¿qué soluciones racionales se ofrecen en materia de venta informal en la vía pública, situación directamente relacionada con subsistencia, criminalización, pobreza y exclusión? Hay tantas y tantas cosas para hacer y sin necesidad de hacerlo "con ruido y pocas nueces".

Un claro indicador de ineficiencia es la subejecución de partidas destinadas a combatir la pobreza y sobre el que es necesario interpelar a las áreas correspondientes del Gobierno. Hoy en día, la subjecución del presupuesto en materia social es un dato estructural. Por lo tanto, es un elemento preocupante porque revela omisión constitucional.

y concreta sobre las restricciones presupuestarias alegadas, y se limitó a realizar afirmaciones teóricas y abstractas en el sentido de que los recursos económicos son escasos por naturaleza, y que el Gobierno debe atender múltiples actividades y necesidades de la población (…) [P]or el contrario, las medidas adoptadas por la demandada revelan que los recursos con que cuenta el Gobierno local han sido utilizados de manera irrazonable desde el punto de vista económico". Puede consultarse también el informe de la Defensoría del Pueblo de la CABA [en línea] http://www.defensoria.org.ar/publicaciones/pdf/diag03.pdf

La subejecución del presupuesto asignado, por ejemplo, para desarrollar una política de acceso a la vivienda es un dato relevante de la mala gestión. La Defensoría del Pueblo de la CABA ha constatado en la implementación del programa establecido por la ley 341 también una importante subejecución presupuestaria, que alcanzó desde un 8% en 2006 hasta un 48% en el año 2005. Los recursos no ejecutados entre 2003 y 2008 por el programa 341 (operatorias individual y autogestión) equivalen a 1660 créditos individuales para adquisición de vivienda del máximo monto permitido y a 2557 créditos si se toma como referencia el monto promedio de los créditos que fueron otorgados. Las falencias del Instituto de Vivienda de la Ciudad de Buenos Aires (IVC) abarcan desde la planificación presupuestaria hasta la ejecución de los recursos asignados. El IVC presenta diversos déficits como organización, muchos de los cuales datan de la ex Comisión Municipal de la Vivienda (CMV). Los antecedentes de diversas auditorías pusieron en evidencia falencias que abarcan desde la carencia de diagnósticos y líneas de base, la ausencia de mecanismos de planificación y rendición de cuentas, hasta una baja dotación de personal profesional. El cumplimiento de la ley 341 y el aprovechamiento de las políticas de acceso a la vivienda a través de créditos subsidiados requieren una profunda transformación del modo en que se ha hecho operativa por parte del IVC.[5]

Olvidémonos por un rato los gráficos de torta y las curvas con proyecciones; por favor, mostremos quién o quiénes realmente están mejor sin mostrar al funcionario campeón del diagnóstico y Sísifo de los resultados.

3 | Una Justicia que acaricie a los débiles

La herramienta procesal más importante es el sentir. Los sentimientos se relacionan etimológicamente con la voz "sentencia". La sentencia, quizá el acto procesal más importante por sus efectos jurídicos, simbólicos y políticos, está emparentada con la expresión "sentido", porque sentido es orientación, dirección, camino y, también, percepción y reflexión.

(5) Ver Informe Defensoría del Pueblo de la CABA, "La política de subsidio a la demanda para adquisición de vivienda en la Ciudad de Buenos Aires. La Ley 341 y los créditos individuales".

¿Cómo nos orientamos hacia la sentencia? Paulo Freire dice que nuestra lectura del mundo precede a nuestra lectura de la palabra. Cómo vemos el mundo define cómo interpretamos. Orientemos nuestros sentimientos y capacidades hermenéuticas hacia la solidaridad.

La interfaz cultural que portamos durante toda nuestra vida, invisible la mayor parte del tiempo, nos orienta en nuestra actividad. También establece el rango y espesor de nuestros sentimientos, de lo que buscamos y de lo que encontramos.

¿Qué tiene que ver esto con el proceso y con las normas? Todo. Es la cabeza del juez la que lee y atribuye sentido a las normas. El juez toma continuamente decisiones tácticas y estratégicas cuya espuma son las resoluciones judiciales, su presencia o ausencia en las audiencias, en los reconocimientos judiciales, en la intensidad o levedad de los escrutinios, en las miradas, etc.

Aunque el juez está limitado por las reglas procesales, se trata de límites laxos, rizomáticos y ambiguos. Puede rechazar la admisibilidad del amparo u ordinarizarlo, conceder una cautelar o denegarla y todo bajo un amplio horizonte de posibilidades y de excusas. La mayor parte de las veces, la inclinación por alguna de esas alternativas responde a cómo lee el mundo el juez.

Es casi imposible cambiar la lectura de las normas sino se cambia la lectura de mundo. Y lo leemos siempre, aun cuando tratamos de ocultarlo, desde nuestras pasiones.

El campo más fértil de la actividad jurisdiccional no es el de los significantes sino el de los significados. En y por los significados emerge la lucha de los eternos derrotados de la historia. La lucha de los dominados, los olvidados, los postergados.

Ahora, aquí, hay textos constitucionales y convencionales que intentan revertir o equilibrar los resultados de la lucha por los significados, pero también existe el riesgo de que las nuevas herramientas destinadas a ese logro terminen vacías de sentido o de efectividad.

La forma en que vemos el mundo es la forma en que sentimos, en que atribuimos sentido a lo que pasa ante nosotros, marca el grado de nuestros compromisos o de nuestra indiferencia. Ensanchar los límites de lo que consideramos humanamente próximo (prójimo) es un desafío diario.

Por favor, no inventemos más herramientas de tutela, reinventémonos a nosotros. Reinventemos nuestras pasiones.

4 | Caminos sin ripio. Herramientas procesales. La vía para la tutela

La tutela de una persona o grupo vulnerable la mayor parte de las veces requiere de una vía procesal tuitiva urgente. Lo urgente no puede establecerse en términos burocráticos (días y horarios hábiles, formatos A4, márgenes, etc.).

Crueles son esos límites del rito ante la urgencia de los vulnerables.

El Poder Judicial todavía no logra estar a la altura de las urgencias de los vulnerables cuando se toma 45 días de vacaciones al año y deja dos o tres juzgados como custodios del derecho de admisión para ejercer el elemental derecho de peticionar ante las autoridades; funcionarios judiciales en constantes viajes de capacitación o de "transmisión de experiencias" (siempre lejos y en lugares de ocio) o, como ocurrió recientemente, cuando en el edificio donde se aloja la máxima instancia jurisdiccional del país, pocos metros debajo de sus alfombras, hay lugares de detención como la Alcaidía del Tribunales que parecen mazmorras.(6) Perdón por la digresión, volvamos a la tutela urgente.

El amparo se ofrece como la herramienta más adecuada para la tutela urgente pero, indudablemente, el refuerzo cautelar se impone pues aun siendo el amparo un proceso abreviadísimo, no deja de ser un proceso de conocimiento y requiere un mínimo de actividad que garantice el debate, lo que puede acarrear una demora que frustre la efectividad de la tutela jurisdiccional.

(6) Ver informe http://fiscales.gob.ar/violencia-institucional/las-condiciones-de-detencion-en-la-alcaidia-de-tribunales-son-infrahumanas/ (consultada por última vez el día 29/10/2013). Para dar una idea, el informe refiere que la inspección realizada el 2 de septiembre de 2013 por la Procuraduría contra la Violencia Institucional (Procuvin) constató que en la unidad de detención que funciona en el edificio sede de distintos tribunales y juzgados hay hacinamiento, suciedad, gente desnuda y no hay colchones, ni ventilación ni luz natural. La alimentación es mala y escasa. La ducha y el inodoro no tienen privacidad. El cuadro es tal que los detenidos —que tienen poco o nulo contacto con autoridades judiciales— piden ser llevados a una cárcel. Destaco un párrafo muy significativo del informe: "…Contiguo a ese recinto hay una celda colectiva femenina que tiene una dimensión de aproximadamente doce metros cuadrados y en la que estaban alojadas ocho mujeres a la espera de tener la orden judicial de traslado o audiencia".

En supuestos en que la complejidad del debate lo exige, el amparo no permite un escenario apto para la intervención útil de las partes. En efecto, la necesidad o posibilidad de que intervengan terceros, de prueba científica, de audiencias, de tratar defensas específicas (*v. gr.* falta de legitimación, teoría de la imprevisión, culpa de la víctima; etc.), entre muchas otras cuestiones, sobredimensionan las posibilidades del amparo.

Cuando el amparo no se ofrece como un marco que permita la intervención oportuna y útil de los litigantes, debe existir la posibilidad de que el tribunal permita y brinde la oportunidad a la parte interesada de reconducir la pretensión hacia un proceso ordinario. También en estos casos, las medidas cautelares cobran una significativa importancia pues el proceso principal puede conspirar contrala efectividad de la tutela, pues la mayor amplitud de debate también aleja el momento de resolver el conflicto.

La oportunidad de reconducir la vía desde el amparo a un juicio ordinario —como sensatamente se regula en la ley de amparo de la CABA— es una solución lúcida para desterrar prácticas nefastas como el rechazo del amparo en la sentencia por necesidad de un mayor debate y prueba cuando no se explica cuál hubiera sido ese mayor debate o prueba que el amparo impidió.

El proceso debe subordinarse a su función tuitiva y no a la inversa. Esto debe ocurrir sin que se pierda la principal cualidad del proceso, es decir, de oportunidad de intervención útil que, aunque se olvida con mucha frecuencia, es oportunidad bilateral.

Prestar atención a asegurar estas dimensiones no es banal, pues el debido proceso es un hito de la civilización y no una simple forma deóntica.

En el ámbito de ofrecer una tutela efectiva a los vulnerables, debe procurarse un criterio móvil que no intente ubicar a la pretensión en tal o cual nicho procesal sino, en todo caso, ofrecer la posibilidad de que el reclamo fluya por la vía más apta sin que las facultades del juez lo conviertan en un centinela amurallado, donde importa más el rito que la solución del conflicto; las facultades del juez están para ordenar u orientar la vía más adecuada para el debate y para la tutela.

Ordenar y orientar; no impedir o frustrar.

5 | Esas visitas incómodas: las medidas cautelares

Las medidas cautelares en materia social están para transformar la desigualdad y no para conservar los privilegios.

El abordaje sobre las medidas cautelares mantiene desde hace mucho tiempo, pero sobre todo desde hace unos quince años aproximadamente, una condición general: el preocupante desconocimiento por gran parte de los operadores jurídicos de los aspectos teóricos que las justifican y explican.

Excede tratar este tema aquí, pero no puede dejar de decirse que alrededor del tema cautelar ha nacido una fauna de conceptos fantásticos que, con pretensión de teoría, sólo es realismo mágico.

Quizá el más inquietante de todos estos fenómenos sea el de las llamadas medidas autosatisfactivas que aspiran al "proceso" instantáneo, o sea, al no proceso, pues queda aniquilado lo principal: la bilateralidad. En la categoría de autosatisfactivas, que como lecho de Procusto ha ido adaptándose para superar las críticas que se les han formulado, en ellas se procura incorrectamente incluir a las medidas innovativas, los anticipos de cautela material, la declaración de tratamiento inoficioso de la pretensión de fondo, etc. Las medidas autosatisfactivas intentan un proceso hermafrodita con lo cual la criatura termina siendo procedimiento y no debido proceso; pura unilateralidad.

Es cierto que lo cautelar en los últimos tiempos y con bastante desparpajo, muchas veces no ha sido puesto al servicio de los vulnerables sino de los privilegiados en procesos donde quien pide no titulariza ningún derecho subjetivo y el supuesto derecho colectivo que se invoca no ha tenido ningún procedimiento serio y público para establecer la representación adecuada del grupo que se supone frente actor.[7]

(7) El caso "Rizzo" —CSJN, sentencia del 18/06/2013 en "Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar"— es quizá un ejemplo de la falta de calidad procesal con que litigios, supuestamente colectivos, son abordados y resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Lo cautelar debe ser puesto al servicio de los vulnerables y no de los poderes fácticos que la mayor de las veces defienden intereses exclusivamente patrimoniales, y por lo tanto, eventualmente resarcibles, por lo que en estos casos no aparecen las notas de urgencia, ya que no hay peligro de que el Estado sea insolvente ni de irreversibilidad o irreparabilidad de los daños. Cautelares destinadas a proteger posiciones dominantes en el mercado conforman una categoría cautelar sospechosa de invalidez cuando todo puede resolverse mediante reparación pecuniaria.

6| Despedida

El juez no debe ser ni Júpiter, ni Hermes ni Hércules; sólo debe estar a la altura de su juramento. Los jueces juran por la Constitución. La Constitución no es un gas inerte, es un texto que asume que la facticidad debe ser corregida, los equilibrios obtenidos, las injusticias cesadas. Es un manual de instrucciones para hacer, no para la indiferencia o para lucirse en paneles y simposios. La Constitución, a pesar de sus vestigios clasistas y su carga de violencia fundacional aún no redimida desde el campo popular y pluriétnico, demanda inclusividad y solidaridad. Es una Constitución de y para el Pueblo. Nuestro sistema jurídico, cuyas fuentes universales y regionales lo estructuran, nos interpelan para realizar una actividad jurisdiccional atenta y oficiosa en el control de la validez —que incluye las omisiones— y cuyo propósito es poner en valor la dignidad humana. Debemos cuidar el ser.

sin que se realice un procedimiento para establecer la representación adecuada del grupo al margen de lo que indican las normas del derecho comparado tan citadas por la propia Corte (*v. gr.*: Regla Federal N° 23 de EEUU). En ese proceso, tres millones de electores —sí, leyeron bien: tres millones de personas es aproximadamente el padrón electoral, es decir, la clase afectada por la decisión mencionada— no fueron escuchados para establecer si la Lista n° 3 de Gente de Derecho los representaba en sus derechos políticos; derechos que luego fueron interferidos por la decisión del Máximo Tribunal al declarar inconstitucional los arts. 2°, 4°, 18 y 30 de la ley 26.855 y el decreto 577/2013. Participación de los electores nula y cosa juzgada con efecto *erga omnes* absoluta. Conclusión: violación manifiesta del art. 8° CADH.

¿Cuáles son las reformas que necesita el proceso civil?

por **ALEJANDRO C. VERDAGUER**[1]

1 | Introducción

Se me invitó, y sinceramente agradezco la posibilidad a los directores de la revista, a que ensaye algunas reflexiones sobre las reformas que entiendo necesarias para *aggionar* el "proceso" o el "Código Procesal" a los tiempos actuales. Hablar de reformas en una materia tan vasta como la procesal, exige que formule algunas precisiones acerca de la cuestión que trataré en estas líneas. Podría, por ejemplo, abordar algunos problemas que se observan en ciertas áreas del proceso (*v. gr.*, en las medidas cautelares, la tutela de los derechos colectivos o en el amparo, por sólo señalar algunos de los que vienen a mi mente en estos momentos). No lo haré. Mi objetivo es otro. Tal vez, un poco pretensioso (lo juzgará el lector): repensar la estructura en la que se debaten los conflictos que, diariamente, los ciudadanos presentan a los jueces para su solución. A tales fines, creo importante, de modo previo, efectuar algunas consideraciones históricas.

2 | Algunas consideraciones históricas

El proceso, es sabido, existe desde que el hombre vive en comunidad; es decir, desde hace muchísimos años. Si asumiéramos, por un momento, el rol de historiadores más que el de abogados y estuviéramos estudiando

(1) Juez Nacional en lo Civil. Profesor Adjunto Ordinario de Derecho Procesal Civil (UBA).

una sociedad determinada, por ejemplo la sumeria (2420 a. C.), encontraríamos que el rey Ur-Nammu nos dejó el código legal más antiguo, escrito en lengua sumeria, cuya existencia es conocida por los fragmentos de una copia hecha en tiempos de Hammurabi. A diferencia de nuestros códigos procesales actuales, no hay allí una secuencia de actos ordenados sino soluciones a casos concretos. Ese primer código es una compilación de sentencias dadas a situaciones particulares. Los mesopotámicos antiguos daban primacía a la observación de la realidad y, de ella, deducían modelos analógicos de juicio y conducta.(2)

Avancemos rápido; tengo que llegar al siglo XXI.

Luego de la caída del Imperio Romano, el cristianismo es el factor de unidad de Occidente. Una sociedad donde lo civil es inseparable de lo religioso. Ginzburg, el notable historiador de Turín, se servirá de las constancias escritas de un proceso —el seguido en 1519 contra Chiaria Signorini a la que se acusaba de brujería—(3) para mostrarnos un microcosmos que refleja la sociedad medieval de ese entonces.

La lectura de los trabajos de Ginzburg nos enseña, a quienes tenemos interés de conocer y estudiar la historia del proceso, que éste no es un producto aislado sino que, por el contrario, debe ser interpretado en el contexto cultural de la sociedad en la cual opera como mecanismo de resolución de sus conflictos.(4)

Este dato es, a mi juicio, muy importante.

El proceso ordinario que rige en nuestro país tiene como antecedente el *solemnis ordo iudiciarios*, conocido como el proceso "común", adoptado por los tribunales eclesiásticos e imperiales. El profesor Oteiza, en un trabajo de lectura imprescindible para cualquier estudio retrospectivo de nuestro proceso civil,(5) señala que ese proceso nace en el Medioevo,

(2) Nardoni, Enrique, "La Justicia en la Mesopotamia Antigua", en *Revista Bíblica*, año 55, n° 52, 1993/4, p. 193/194.

(3) Ginzburg, Carlo, *Mitos, emblemas, indicios*, Barcelona, Gedisa, 2008, p. 21 y ss.

(4) Ver también Ginzburg, Carlo, *El queso y los gusanos*, Península, Barcelona, 2008.

(5) Oteiza, Eduardo, "Los procesos de conocimientos amplios", en Enrique Falcón (dir.), *Estudios sobre la reforma de la ley 25.488*, cap. VII, Rubinzal-Culzoni.

producto del descubrimiento de la obra de Justiniano y de las reformulaciones que de él hicieron los estudiosos que cobijó la Universidad de Bolonia. Siguiendo los estudios del prof. Cappelletti, éstas son sus características:

- Predominio absoluto de la expresión escrita en las actividades procesales.
- Desaliento de toda relación personal, directa y pública del órgano jurisdiccional con las partes, testigos, peritos y demás fuentes de información.
- Valoración de la prueba de manera abstracta y matemática por la ley.
- Desenvolvimiento fragmentario y discontinuo del procedimiento.
- Enorme duración de los procesos civiles.

El lector, seguramente, encontrará muchas de esas notas en el proceso ordinario que rige en la actualidad. Si bien Falcón nos ha enseñado que los sistemas procesales no son absolutos, el adoptado por nuestro Código es escrito porque esos actos son los que predominan. Claro que hay también actos de oralidad, por ejemplo, la audiencia preliminar. El art. 360 impone la presencia del juez en esa audiencia. Ese contacto no siempre se cumple y, cuando acontece, pueden presentarse situaciones diversas. Un escenario posible es que el juez les pregunte a los letrados si "existe acuerdo", y si la respuesta es negativa pase el expediente sin más, a despacho para que se provean las pruebas. Otro, bien distinto, es que trabaje la conciliación proponiendo fórmulas y que, ante la imposibilidad de construir un acuerdo, fije los hechos controvertidos y despache, en la misma audiencia, las pruebas que juzga conducentes para resolución de la controversia.

Más allá de cuál sea el temperamento que siga el juez en la audiencia, el Código no le exige que posteriormente, en la etapa de producción de la prueba, tenga un contacto directo con los testigos o con los peritos, aun cuando el resultado del proceso dependa, en gran medida, de lo que éstos expresen en sus testimonios o pericias (pienso, por ejemplo, en los procesos en los que se discuten responsabilidades emergentes de accidentes de tránsito o aquéllos en los que se imputan mala *praxis* médica).

Párrafo aparte merece la morosidad. Un tema, por cierto, recurrente.

Decir que los procesos son lentos, es una obviedad. Casi siempre lo fueron. Recuerda Oteiza que las Decretales de Clemente V, *"Sæpe contingit"*

(de 1306) y *"Dispendiosam"* (de 1311), en el Derecho Canónico, procuraron atacar la lentitud y, para tratar de lograrlo, plantearon la supresión de formalidades, mayores facultades para el juez, prescindir de las apelaciones contra resoluciones interlocutorias, el acortamiento de los plazos y el predominio de la oralidad sobre la escritura.

En nuestro país, la estructuración de un proceso plenario rápido (el llamado "sumario" por el Código), como una herramienta para dar una pronta respuesta a los conflictos, fracasó por diversas razones.(6) La fundamental, a mi juicio, ha sido la imposibilidad de quebrar una tradición cultural signada por siglos de escritura. Muy poca interacción oral, una secuencia fragmentada de actos, y la delegación de funciones es lo que conocemos. Al parecer, es muy difícil salir de ahí. ¿Estaremos cómodos?

Un sistema en el que las partes no conocen al juez que va a resolver su conflicto, o que al menos eso va a intentar, es un fracaso con independencia de lo que se diga en la sentencia. Los litigantes necesitan que se los escuche, a veces más de lo que pensamos. No podemos garantizar, seriamente, transparencia y publicidad sin audiencia.

Que muchas veces se justifique la ausencia del juez de la audiencia del art. 360 o que, directamente, ésta no se tome,(7) habla mucho de una inercia cultural difícil de quebrar. El *ethos* del juez no está en su sello ni en una placa, sí en su actuación en la audiencia.

(6) Además de las expuestas por Oteiza en el trabajo citado, ver también Salgado Alí, Joaquín, "A propósito del proyecto de reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y el llamado proceso sumario", en *Revista Jurídica La Ley* 1980-C-1061.

(7) Por ejemplo, se ha resuelto que "la circunstancia de que no se llevara a cabo la audiencia preliminar (art. 360 del Código Procesal) en modo alguno formó obstáculo para que la apelantes ejerciera la facultad de oponerse a la pruebas ofrecidas por su contraria. En efecto, a partir del dictado del auto de fecha 31/10/2001, aquélla contó con la efectiva posibilidad de oponerse a la producción de las pruebas que estimara inconducentes, de conformidad con el trámite habitual seguido en materia probatoria. En otras palabras, nada impedía a la recurrente concretar su oposición con independencia de la realización o no de la audiencia preliminar. Como surge de una lectura armónica del articulado, el inc. 2, art. 360, Código Procesal se refiere —a diferencia de lo planteado por la accionante— a la oposición a la apertura a prueba de la causa (art. 361 de dicho cuerpo legal) y no a la oposición de determinado medio de prueba, que es aquí lo que se encuentra en debate. Conclúyase, pues, en que el derecho de defensa en juicio de la quejosa no se vio afectado en la especie" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala 2, 29/08/2002, "Sistemas integrales de salud SA c/ IOSE s/ daños y perjuicios", Boletín de Jurisprudencia de Cámara).

El plenario rápido en nuestro sistema fracasó. Eso ha sido reconocido implícitamente por la ley 25.488 que derogó el proceso sumario pero que, al mismo tiempo, no formuló —como bien apunta Oteiza— una propuesta superadora. Hoy es el momento de ensayar un cambio. La tecnología lo posibilita.

3 | La tecnología como posibilidad de cambio

La revolución tecnológica que se produjo en las últimas décadas es tan notable que no necesita ser explicada. Hace más o menos 20 años la computación irrumpió en el mundo del proceso simplificando, a través de los procesadores, la producción de textos (escritos de los abogados, resoluciones de los jueces y actas de audiencia). El registro de las causas fue abandonando —paulatinamente— su asiento en libros para pasar a formatos digitales que, hoy en día, pueden ser consultados por Internet. Las comunicaciones entre los juzgados nacionales, por ejemplo, ya se realizan por esa vía. Muy pronto las notificaciones se harán por correo electrónico y los escritos judiciales, en algún momento, también se presentarán a través de ese medio. El expediente y la firma digital están a la vuelta de la esquina. En la actualidad, casi todos los documentos (fotos, planos, placas radiográficas) tienen ese soporte. El papel, aunque nos aferremos a él, tiende a desaparecer.

La innovación tecnológica no es un fenómeno nuevo. En la antigua Grecia (en el siglo VI a. C.), por ejemplo, la posibilidad de escribir sobre cuero de animales, que sustituyó en gran medida al formato papiro por ser más económico y perdurable, permitió la circulación de la escritura en una escala mucho más amplia y la conformación de un mundo (de lectores y escritores en lengua griega) hasta entonces desconocido. El saber ya no sería transmitido de boca en boca sino en forma organizada de archivos lo que, a su vez, posibilitó la presentación y discusión de los conocimientos. La fábula dejó paso a un conocimiento comprensible, plausible, defendible y eventualmente objetable. Se suele tomar como fecha de inicio de esa nueva era el año 585 a. C., porque en ese año Tales de Mileto logró predecir con exactitud un eclipse de sol. Los griegos, hasta ese momento, al igual que otros pueblos de la Antigüedad, atribuían ese fenómeno a los efectos de la ira divina.

El nuevo método argumentativo y racional no sólo fue utilizado para estudiar y explicar los hechos de la naturaleza, sino también el mundo cultural. La sociedad ateniense, nos dice Cornelius Castoriadis,[8] es una sociedad como las demás que se caracteriza por el cuestionamiento a la ley heredera en la tribuna pública: la discusión y el conflicto de opiniones desplazan a la violencia ciega. Ése es su gran legado a la historia de europea.

Durante el transcurso del siglo V, la palabra tuvo una gran importancia en la asamblea ateniense y en el ámbito forense. Tanto los discursos proferidos en la Asamblea como en los tribunales demuestran que es posible hablar persuasivamente de una manera, y que sobre un mismo tema se pueden estructurar discursos enfrentados. Esto abrió paso a una nueva actividad: la de un grupo de personas que enseñaban a los jóvenes de las clases dominantes atenienses técnicas persuasivas para imponer el propio discurso sobre el otro, y presentar como más fuerte aquel que a los ojos de la Asamblea o el jurado era originalmente más débil.[9]

Ahora bien, ¿cuál es el cambio que el nuevo mundo digital le posibilita al proceso?

4 | El proceso y el mundo digital

La idea es la de siempre. Debemos perseguir una mayor oralidad. Creemos, firmemente, que la digitalización e Internet facilitarán ese propósito. El juez que conoció a las partes en la audiencia preliminar, y que seleccionó y limitó las pruebas ofrecidas a las conducentes para resolver el conflicto, podrá filmar las audiencias en las que declaren los testigos, y también aquéllas en la que los peritos den explicaciones a los cuestionamientos

(8) Castoriadis, Cornelius, *La ciudad y las leyes*, Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 51 y ss.

(9) Aristóteles en su célebre *Retórica* distingue tres géneros: el demostrativo o epidíctico, el deliberativo o político y el judicial. El primero es laudatorio o estético, se centra en la belleza de lo dicho. El segundo se ocupa de los hechos futuros pues pretende influenciar en los hombres políticos que tomarán decisiones sobre el porvenir de la pólis. El último, en cambio, se ocupa sobre los hechos pasados. Sin desconocer la importancia y la influencia del pensamiento de Aristóteles en la cultura occidental, es Gorgias una figura central en el nacimiento de la retórica no sólo por haber desarrollado, practicado y estudiado la persuasión a través de los discursos sino también por analizado la incidencia del discurso en el ánimo de los oyentes. Para profundizar este tema, ver Basile, Gastón Javier, "El ocaso de las Musas: el influjo de la retórica y la sofística en los albores de la historiografía griega", en Gabriel Livov y Spangenberg (eds.), *La Palabra y La Ciudad, retórica y política en la Grecia Antigua*, cap. II, La Bestia Equilátera, 2012.

que las partes hagan a sus respuestas de los puntos de pericia. Esto es hoy accesible en términos económicos y permitirá, a su vez, un desarrollo más ágil de la audiencia (no es lo mismo transcribir una declaración que filmarla). Si los jueces asumen ese rol, desparecerán —no lo dudamos— muchos actos innecesarios. Los abogados, por su parte, no tendrán que ir a tribunales a ver los expedientes. Éstos estarán en todas partes (siempre que haya una computadora para acceder a ellos). Sólo será necesario que concurran al juzgado para participar de una audiencia.

Deberíamos repensar también la estructura de los juzgados. En el esquema que estamos pensando, la mesa de entradas ya no será necesaria, al menos como hoy la conocemos. La delegación tiene que ser superada. Serán necesarios más jueces. Claro que los juzgados tendrán que ser unidades pequeñas, no como las actuales. Donde hay muchos empleados, hay despachos preordenados y formalidad. Lo contrario al dinamismo que necesitamos.

Es fundamental que no nos quedemos en la comodidad que hoy posibilita la tecnología. Ésta tiene que ser la palanca que permita un gran cambio cultural. No pidamos wifi, *tablets*, ni el último procesador para repetir los despachos de siempre y seguir con la delegación perpetua. Llegó la hora de hacer una innovación en serio, la excusa de los grandes gastos llegó a su fin (*v. gr.*, ¿qué es más costoso, notificar con oficiales justicia o por correo electrónico?).

El cambio que imaginamos seguramente no será tan profundo como el que se dio en Grecia en el siglo V, pero es fundamental para conciliar la actividad jurisdiccional con la sociedad. Los tiempos del proceso no pueden ir por un andarivel tan distinto al de los conflictos que allí deben ser resueltos. Es intolerable que se predique publicidad y transparencia y no se haga nada por modificar un proceso que es de difícil comprensión para su usuario (el ciudadano de a pie) quien, además, hoy raramente tiene la posibilidad de conocer a la persona llamada resolver su "caso".

5 | Epílogo

No todo será sencillo, por cierto. Si nos decidimos por el cambio tendremos que prestar mucha atención al tránsito de un sistema escrito (fundamentalmente, en papel) a otro oral con soporte digital. Como saben muy bien quienes estudian argumentación, lingüística y semiótica: una cosa es

la oralidad y otra la palabra escrita. El acto de enunciación es siempre único e irrepetible aun cuando lo filmemos con todas las cámaras. En el abordaje de este tema, también tendrían que opinar especialistas que puedan aportarnos otra mirada. No pensemos que los abogados somos los únicos que tenemos algo para decir sobre estas cuestiones. Con algunas ideas claras (oralidad, publicidad, juzgados reducidos y el juez dirigiendo el proceso), es posible ensayar un cambio que hoy en día se ve facilitado por la evolución tecnológica.

Pensamos que la acordada 38/2013 de la Corte Suprema de Justicia, que extiende el ámbito de aplicación del Sistema de Notificación Electrónico establecido por acordada 31/2011 a todo el Poder Judicial, es un paso muy importante en la dirección que propiciamos.

¿Existirá la suficiente convicción y decisión, en todos los operados del sistema, para profundizarlo?

El lector, seguramente, tendrá su propia respuesta.

Entrevistas

Infojus

Entrevista a Mabel A. De los Santos

MABEL A. DE LOS SANTOS

Jueza de la Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, y Presidenta de la Comisión de Oralidad Filmada de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.
Profesora adjunta de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho (UBA). Profesora de la Especialización en Derecho Procesal de la Facultad de Derecho (UBA) y de FUNDESI. Profesora de la Escuela Judicial de Buenos Aires. Autora de artículos y coautora de veinte obras colectivas de Derecho Procesal Civil y Constitucional.

¿Cómo nació el Proyecto de Oralidad Filmada en la Justicia Nacional Civil y en qué consiste?

La Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal dispuso, mediante la Acordada 1068/2007, la realización de una **experiencia piloto de oralidad filmada,** aplicable a la etapa probatoria de los procesos de conocimiento que tramiten ante la Justicia Nacional en lo Civil de la Capital Federal. La experiencia consiste en que los juzgados de primera instancia reciban la prueba (declaración de testigos, explicaciones de peritos y confesional o interrogatorio de partes) en una audiencia que se realiza en salas especialmente acondicionadas con aislación acústica y provistas de equipos de filmación y audio a tal efecto. De lo declarado en dichas audiencias no se labra acta, sino que lo acontecido queda registrado con imagen y sonido en un CD o DVD, pudiendo ser reproducido en las computadoras con las que se trabaja en el fuero Civil. Para aplicar la experiencia piloto a un proceso civil es necesario la propuesta del juez y la conformidad de las partes (expresa o tácita), pues se modifican, en alguna medida, normas del Código Procesal relativas a la recepción de la prueba.

¿Existe en otros lugares del país esta experiencia?

Sí, en la provincia de Buenos Aires, la Suprema Corte, por resolución n° 1904/2012, dispuso la videograbación y digitalización de las audiencias de prueba como experiencia piloto en los fueros Civil y Comercial y Penal, la que se realizó durante un lapso por algunos juzgados designados por la SCBA en varios departamentos judiciales de la provincia. Actualmente se ha dispuesto extender su aplicación a todos los juzgados de la provincia.

Además, y ya no como experiencia piloto sino en virtud de su legislación, existen antiguos sistemas de oralidad en el proceso civil en algunas provincias de nuestro país (La Rioja y Jujuy) y en Tierra

del Fuego, La Pampa y Río Negro se ha adoptado la moderna oralidad o "proceso por audiencias", sistema en el que la etapa probatoria se abre con la audiencia preliminar y se cierra con la de prueba, donde se produce toda la que no deba ser por escrito. Sin embargo, sólo en Río Negro —donde rige un nuevo Código Procesal Civil y Comercial desde el año 2007— se filman todas las audiencias de prueba.

¿Qué pautas considera deberían tenerse en cuenta en una futura legislación de alcance nacional para que no fracase este tipo de proyectos?

Una de las pautas a tener en cuenta es la cantidad de causas contenciosas (procesos de conocimiento) que tramitan ante un juzgado. El índice de litigiosidad de Capital Federal y Gran Buenos Aires no es comparable con el de las provincias antes mencionadas y el mayor problema que siempre ha planteado la oralidad radica en resolver la relación entre el número de jueces y el número de causas en trámite, circunstancia que hace más ardua la adopción del proceso por audiencias en lugares con alta densidad poblacional y consecuente elevado índice de litigios. En la actualidad el aporte de las nuevas tecnologías está permitiendo resolver estos problemas sin incurrir en costos excesivos.

¿Cuáles son los beneficios que ha producido la implementación del proyecto?

Los beneficios de la oralidad pueden sintetizarse en que la mayor inmediación permite conclusiones más certeras sobre la prueba, se produce también una mayor concentración de los actos procesales que reduce la duración del juicio, se evitan interpretaciones erróneas de las declaraciones —como, en ocasiones, sucede con el acta de audiencia labrada por escrito—, y es destacable también la importancia institucional de un proceso en el que los justiciables presencian la actuación del juez. Por otra parte, la filmación de las audiencias permite que éstas se desarrollen en tiempo "real" y no en el adicional que insume labrar un acta escrita de las declaraciones. La videograbación hace posible, asimismo, que otro juez, diferente del que recibió la audiencia, pueda dictar la sentencia como si la hubiera presenciado. Esta última solución supera un viejo dogma del derecho procesal en materia de oralidad (principio de identidad o unidad de juez) y es de suma importancia ante ascensos, traslados, jubilaciones o fallecimientos de los jueces que tomaron la audiencia de prueba. También permite que los jueces del tribunal de apelaciones valoren la prueba como si hubieran estado presentes en el acto en que se recibió.

¿Por qué cree que esta experiencia ha generado algún tipo de resistencia?

No es que sea estrictamente resistida. Lo que sucede es que la oralidad requiere que cada juzgado tramite un promedio de causas que no exceda de seiscientas. Cuando esta relación se supera, las ventajas de la oralidad se pierden por el desgaste y la imposibilidad física del juez de estar presente en todas las audiencias y entonces comienza a dilatarse en el tiempo la fijación de las audiencias y el trámite de las causas.

En el fuero Civil de la Capital Federal el promedio de causas en trámite por juzgado está entre dos mil y tres mil, de manera que no sería posible adoptar la oralidad de modo general sin complementarla con la filmación y la incorporación de la filmación digitalizada en el sistema informático. Sucede que estas nuevas tecnologías han sido el punto de partida de una revalorización de la oralidad en la prueba, pues la hacen posible con un menor número de jueces.

Paso a explicar las razones de lo afirmado: dado que la videograbación de las audiencias permite preservar los beneficios de la percepción personal de las declaraciones, sería admisible que el juez, quien ya estuvo presente y conoció a las partes en la audiencia preliminar, delegue la audiencia de prueba en un funcionario de su juzgado. Se habla hoy de la sustitución de la inmediación "física" por la inmediación "virtual" o "sensorial" que permite la reproducción de videograbaciones. Por supuesto lo ideal es que el juez presida ambas audiencias; pero si la relación del número de causas respecto del número de jueces no lo permitiera, la videograbación permite una delegación responsable y controlada. Por otra parte, la filmación insume menos tiempo en la celebración de la audiencia y ello redunda en un mayor rendimiento del trabajo y ahorro de costos en papel y *tonner.*

Por su lado, si fuera posible digitalizar la imagen y almacenarla en el sistema informático como parte del expediente, se aseguraría la inalterabilidad del registro, pudiendo así los justiciables consultar el expediente por Internet y también reproducir las audiencias, sin alterar su contenido. En este último aspecto nos encontramos trabajando en la actualidad en la Comisión de Oralidad Filmada de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, con la eficaz colaboración de la Dirección de Tecnología de la Corte Suprema. En la última reunión, realizada en noviembre de este año, se nos ha informado que para el mes de marzo de 2014 podría estar disponible esta función en el sistema informático, que incluye también el "*taggeo*" o marcación de hitos en las declaraciones, para que quien las reproduzca acceda sin dilaciones al aspecto que le interese de ellas.

¿Cómo fue la experiencia en los juzgados que participaron del proyecto?

La simplificación del proceso, a través de la audiencia preliminar y la concentración de actos que supone la oralidad filmada, permitió resolver las cuestiones en menor tiempo. Por otra parte la filmación favoreció la conciliación de las partes. Sucede que la videograbación de las audiencias no sólo transparenta la labor del tribunal, sino también las posiciones de las partes, haciéndoles difícil la simulación de prueba. Por ese motivo, ante la mayor oralidad en el trámite, quien intenta simular situaciones, encuentra que no le es posible y ello incrementa las conciliaciones, además de evitar actos contrarios a la buena fe que debe observarse en el proceso judicial.

¿Considera que esta experiencia debería ser replicada en otros fueros?

Por supuesto, pues propende hacia una mayor transparencia en la labor de los tribunales. He sabido que en el fuero

Penal se están filmando las audiencias y se utiliza un sistema de videoconferencias para recibir declaración de las personas privadas de su libertad, evitando los costos y los riesgos que involucran los traslados desde los establecimientos carcelarios a la sede de los tribunales a esos fines.

¿Existe alguna materia que no podría ser objeto de este sistema?

No lo creo. La oralidad y la filmación de las audiencias de prueba pueden ser aplicadas a todo proceso contradictorio de conocimiento en el ámbito civil y comercial, en el proceso laboral y en materia penal. Es útil para todo juicio cuya decisión dependa de prueba que no sea exclusivamente documental. Sí corresponde excluir de la experiencia a los juicios ejecutivos, pues no versan sobre hechos sino sobre la eficacia del título base de la ejecución. Aun en los procesos de familia, es posible aplicar este sistema mediante la digitalización de las audiencias filmadas, su incorporación al sistema informático y el acceso limitado al expediente, en tanto se establezca que, en circunstancias excepcionales y en protección de las personas en situación de vulnerabilidad, el juez pueda disponer que no se filme el comparendo verbal.

¿La implementación de la oralidad importa un mayor esfuerzo económico del Poder Judicial?

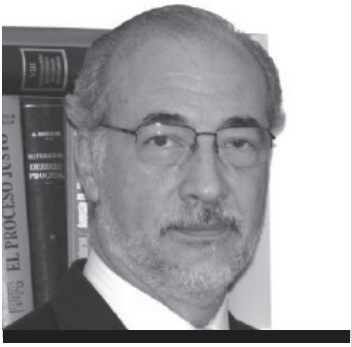
Sí, en todos los casos. Ya sea porque se necesitan más jueces que puedan recibir personalmente la prueba (opción más onerosa) o porque se adoptan las modernas tecnologías antes referidas (que insumen un costo menor que la opción anterior), que permiten evitar traslados (videoconferencia) o también realizar una delegación controlada y transparente de la recepción de la prueba (filmación y digitalización); pero en todos los casos, ese esfuerzo importa un mejoramiento del servicio de Justicia.

¿Cree que la oralidad debe ser uno de los puntos de reforma de la Justicia?

Considero que es un aspecto muy importante, que abona el concepto de democratización y transparencia del servicio de Justicia. Sin duda que una futura reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no debiera soslayar la adopción del proceso por audiencias, sistema que rige en Uruguay, Perú, Brasil, España y Alemania, con muy buenos resultados.

Los integrantes de la Comisión de Oralidad de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil estamos elaborando un informe sobre la evaluación del plan piloto, que da cuenta de los beneficios de la oralidad filmada —pero también de las dificultades que se han presentado en su aplicación— y de las propuestas de solución que sugerimos a los problemas planteados, con el objeto que pueda servir de base para el estudio, discusión e implementación de una futura y necesaria reforma y puesta al día del sistema de proceso civil que rige en el ámbito nacional y federal. Hasta el mes de diciembre de 2012 se aplicó la experiencia piloto a un total de 277 causas en quince juzgados, con gran compromiso y laboriosidad de los jueces del fuero y, durante este año, ese número se ha incrementado notablemente.

Entrevista a Eduardo Oteiza



EDUARDO OTEIZA

Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal.

¿Qué opinión le merece el Proceso Civil en Iberoamérica y, en particular, en Argentina?

Es muy interesante la pregunta ya que supone examinar el proceso civil dentro de una familia jurídica particular y sus relaciones con un proceso cultural muy definido, pero que no termina de salir a la superficie. El modelo de proceso civil dominante en Iberoamérica tiene como matriz la recepción del derecho romano-canónico producida en el *Libro de las Leyes* y luego adoptadas en el *Ordenamiento de Alcalá* de 1348 y en las *Ordenaciones Alfonsinas* de 1446. Esos cuerpos normativos influyeron decisivamente en la cultura procesal latinoamericana. Los rasgos más salientes de ese modelo procesal son la falta de inmediación del juez, el formalismo, la desconcentración y la lentitud. Esas características centrales del proceso civil dominaron las legislaciones durante el siglo pasado por influjo de las leyes de enjuiciamiento civil españolas, de la segunda mitad del ochocientos.

A fines del novecientos, en la mayoría de los países de América Latina, los procesos de reforma al proceso civil lograron una superación técnica pero no desafiaron las bases de la corriente cultural que los condicionaba fuertemente. Ese tipo de proceso civil guarda correspondencia con sociedades desiguales en las cuales la justicia es para pocos y las barreras de acceso son evidentes.

La situación general de Iberoamérica, dominada por gobiernos autoritarios, en el contexto de sociedades desigualitarias, fue un campo propicio para retardar una mejora en la prestación del servicio de justicia. Esa tendencia presenta dos fisuras importantes que deberían llamar la atención. La primera es la trascendente reforma llevada adelante en Uruguay al incorporar el Código General del Proceso, a fines de

los ochenta, y la segunda es la sanción en España en el 2000 de una legislación procesal moderna, que rescata la inmediación, el proceso por audiencia y una serie de instrumentos que logran mejorar los tiempos procesales y la respuesta judicial.

Subrayo que los valores generales, las creencias y expectativas sobre la justicia guardan correspondencia con el estado de la misma. En ese sentido, destaco que los gobiernos autoritarios suelen prestar muy poca atención a cómo se presta el servicio de justicia. Durante los últimos veinte años se ha trabajado mucho más sobre el proceso penal que en materia civil, lo cual es lógico si se tiene en cuenta que era prioritario ocuparse de los problemas de la libertad. Intento destacar que el proceso civil revela qué derechos una sociedad prioriza y el grado de respeto por las reglas. En una sociedad acostumbrada a un grado notorio de anomia, es coherente que se le brinde poca atención a la justicia civil como ámbito para resolver conflictos.

Argentina, al reformar su Constitución, amplió las garantías individuales, como el amparo o el *habeas data*, y también dio protección colectiva en las relaciones de consumo y en las relacionadas con el medioambiente. También jerarquizó los derechos humanos, al asignárseles rango constitucional y formar parte del sistema interamericano. El desafío pendiente consiste en poner a tono la justicia civil en su más amplio sentido. Permitir el acceso amplio a un debido proceso, entendiendo que los derechos deben contar con instrumentos que permitan que se logre hacerlos respetar frente a potenciales violaciones. Contestando más concretamente el interrogante, creo que no hemos logrado que el proceso civil evolucione al ritmo de una democracia que va por sus treinta años.

¿Qué modificaciones considera que se han generado en el Proceso Civil en los últimos años?

En mi opinión, muy pocas. Se incorporó la mediación previa obligatoria, que me animaría a decir que avanza sin destino. Ella debería ser una alternativa a un proceso que funcione, no una respuesta pensada para descongestionar. La opción debería darse por el mejor interés de las partes, no por carecer de una respuesta judicial prestada en tiempos razonables y con una debida atención de los conflictos planteados ante ella. También hemos intentado respuestas en materia cautelar, procurando lograr una respuesta por otra vía frente a la decisión que suele llegar muy tarde. Pongo solamente como ejemplo dos mecanismos que muestran un marcado escepticismo sobre cuánto es realmente posible cambiar.

Admito que mi apreciación es muy general y traza una perspectiva general que, seguramente, pasa por alto algunos buenos intentos de mejorar el complejo campo del servicio de justicia. Sin embargo, estoy convencido de que el dilema que debería plantearse es cuánto efectivamente debemos reformar en materia judicial. ¿Podemos seguir resolviendo las violaciones a normas constitucionales mediante una legislación de amparo sancionada para impedir que los derechos constitucionales se ampa-

ren? ¿Es adecuado mantener una legislación procesal pensada en 1968 con un marcado rigorismo formal que, ha demostrado, de muy poco sirve reformar parcialmente? Peor aún, ¿corresponde seguir postergando el esfuerzo de trabajar sobre una reforma que garantice el respeto efectivo y oportuno de los derechos? Entiendo que hemos dejado de responder a esos interrogantes por un gran escepticismo que también puede ser visto como una tolerancia excesiva a lo que no debería ocurrir.

¿Qué cambios considera imprescindibles para el Proceso Civil?

Entiendo imprescindible incorporar un proceso por audiencia con una participación concreta y efectiva de los jueces, estructurado a partir de una separación entre los conflictos complejos de los simples. Hay una infinidad de cuestiones que podrían ser resueltas con un mínimo esfuerzo, en un proceso simple y participativo, con una adecuada nota de informalidad. Me animaría a decir que son una minoría las cuestiones que requieren de procesos complejos, demandantes de un número importante de audiencias de debate y prueba. Lamentablemente muchos de esos procesos minoritarios pero muy trascendentes, como es el caso de los litigios estructurales en los cuales se analizan cuestiones de política pública de carácter colectivo, no cuentan con una estructura que permita llevar adelante un tratamiento adecuado, transparente y público de las cuestiones en disputa. Subrayo que hacer esa primera diferencia es muy importante. Seguramente una etapa preliminar que defina el trámite del juicio con la presencia del juez puede permitir separar aquellos que exigen de largas deliberaciones de los que solo precisan de un ámbito adecuado que permita descubrir la solución del problema, que puede surgir de un diálogo de las partes con el juez. Luego debería incorporarse el proceso monitorio para agilizar una amplia gama de asuntos en los cuales una de las partes no tiene verdaderas razones que oponer.

¿Cree que es posible la implementación de la oralidad en el Proceso Civil en Argentina?

Sin dudarlo. No encuentro una sola razón que me convenza de que es admisible seguir con el esquema procesal actual. Desde luego, no dejo de advertir que la organización de un Juzgado "tipo" en Argentina es de un juez acompañado por unos doce empleados, lo cual representa todo un problema en términos de reasignar responsabilidades. Insisto, no encuentro buenas razones, sí complicidades, falta de compromiso y despreocupación. Asumimos la situación de la justicia civil como una enfermedad crónica. Aclaro que hablo de justicia civil como el universo de lo no penal, aunque me resista a abandonar el término civil por no penal, para no degradar y dejar de emplear todo lo de civilidad que tiene el ámbito del que nos estamos ocupando, dicho esto último entre paréntesis. Pareciera que nada puede hacerse y que los esfuerzos sólo pueden ser cosméticos. Me animaría a decir que lo primero que debemos emprender es indagar sobre cuánto puede hacerse, pedir explicaciones, pensar que hay muchos beneficios sociales

ligados a que la democracia se exprese mediante una respuesta judicial que atienda y pacifique los problemas de los ciudadanos.

De ser así, ¿cuál sería el mejor método de implementación?

Para implementar un proceso por audiencia, debería contarse con un texto normativo claro, diverso del actualmente vigente, que renueve su estructura y subraye la importancia de la actividad concreta y los deberes del juez en la audiencia. Luego, se deben tratar los temas de organización, tecnológicos, burocráticos, de formación de los operadores, tanto de jueces como de abogados. Las modificaciones deben ser sustantivas, lo cual no significa que resulten inalcanzables. Se gastan sumas relevantes en la administración de justicia. Es posible que el problema no sea de recursos sino de administración de los gastos y de modernización del servicio. Si trabajáramos seriamente sobre la reforma probablemente descubríamos que las cosas se pueden hacer mucho mejor con un gasto similar.

¿Por qué considera que ha fracasado la implementación de la oralidad en el Proceso Civil Argentino?

Debido a un problema cultural. Hemos terminado por creer que nosotros no podemos tener un proceso civil por audiencias. El escepticismo tiene una fuerte relación con comportamientos heredados, enraizados en nuestras creencias. En algún momento así se pensaba sobre la democracia, se decía que no estábamos maduros para determinarnos democráticamente. ¿Por qué Uruguay y España tienen una justicia civil acorde con el resto de sus instituciones democráticas y nosotros no? Simplemente debido a que se asumió que el cambio era necesario y se trabajó con eficiencia sobre cómo llevarlo adelante.

¿Considera que el Proceso Civil en Argentina es acorde con los derechos, principios y garantías reconocidos en la Constitución?

No. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el conocido caso "Furlan" —decidido en el 2012, que demandó unos trece años y fue llevado con una desaprensión manifiesta por nuestro sistema judicial, no obstante la vulnerabilidad de la persona afectada—, muestra que el paradigma de proceso civil formal, lento, desconcentrado y sin inmediación se encuentra en crisis y no respeta ni el derecho constitucional de defensa en juicio ni el convencional de respeto al debido proceso y a la tutela efectiva en un plazo razonable.

¿Qué desafíos presenta la implementación de modificaciones en el Proceso Civil?

El primero es un cambio de mirada. A principios del año que corre se habló de "justicia democrática" y, curiosamente, nada se dijo sobre la vetustez de nuestra legislación procesal en el ámbito civil. Se habló sobre "el uso de las cautelares", sin mencionar que muchas veces son el único remedio frente a demoras intolerables. Se habló sobre "independencia" del Poder Judicial, sin remarcar que ella es fundamentalmente importante para quien recibe justicia. El jurista Augusto Morello hace muchos

años hablaba de un "Pacto para la Justicia", al que consideraba una cuestión de Estado. El desafío consiste en comenzar con compromiso a desarrollar un verdadero proyecto que revitalice la administración de justicia para dar un buen servicio al ciudadano.

¿De qué forma considera que se podrían superar esos desafíos?

Abandonando el escepticismo. Dejando de creer que estamos condenados a la actual situación. Con el simple recurso de hacer un buen diagnóstico, y lograr consensos básicos surgidos de la deliberación robusta entre las voces relevantes: el poder político, legisladores, jueces, abogados, empleados del poder judicial, los que se ocupan académicamente de los problemas de la justicia, en definitiva, los involucrados en la responsabilidad de diseñar una razonable administración de justicia con miras estructurales a largo plazo.

Entrevista a Luis María Simón

LUIS MARÍA SIMÓN

Ministro del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Quinto Turno (Montevideo, Uruguay). Profesor de Derecho Procesal de las Facultades de Derecho de la Universidad de la República y de Montevideo; Miembro de la Comisión Directiva del Centro de Estudios Judiciales del Uruguay, en representación de la Asociación de Magistrados del Uruguay, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal.

¿Qué balance podría realizar respecto de la implementación de la Reforma Procesal Civil que tuvo lugar en Uruguay a partir del 20 de noviembre de 1989, con la entrada en vigencia del Código General del Proceso?

El balance de la reforma procesal civil en el Uruguay arroja un resultado muy positivo en términos de mejora de la calidad de la Justicia, de disminución del tiempo de tramitación de los procesos y de mayor efectividad en la tutela jurisdiccional, habiéndose logrado desde el punto de vista organizativo, procedimental y de gestión una verdadera modernización del Poder Judicial. Naturalmente, existen sectores en los cuales resulta necesario consolidar los logros obtenidos, perfeccionar rendimientos y solucionar problemas coyunturales, que se comentarán al final de esta entrevista, pero ello no impide reconocer el éxito del cambio. Cabe precisar que ya al proyectarse la reforma que entró a regir en noviembre de 1989, se había previsto que luego de un lapso razonable de evaluación de resultados, fuere necesario o conveniente realizar ajustes a la normativa. Así, en 1995 entró en vigor una "mini-reforma" prácticamente limitada a aspectos de vocabulario de algunas normas y defectos o temas menores. El 14 de agosto de 2013 entró en vigencia una reforma de múltiples disposiciones del Código, que tuvo por objetivo mantener sus principios, estructuras, soluciones, bondades, textos que no generaren problemas interpretativos o de aplicación y su espíritu, y a la vez, actualizar su coordinación con el resto de la normativa sancionada en estos 24 años. Se persiguió recoger las enseñanzas de doctrina y jurisprudencia acerca de algunos defectos del Código, eliminar discusiones sobre temas importantes (*v. gr.* efecto de la apelación de la interlocutoria sobre ciertas excepciones previas, tratamiento de las situaciones de incomparecencia al proceso, a la audiencia preliminar, de la falta de

contestación), profundizar los lineamientos del Código en ciertos principios (buena fe y lealtad procesal, concentración, pronta y eficiente administración de Justicia), mejorar la regulación de ciertos sectores procesales que así lo requerían (especialmente, el trámite de la segunda instancia ante tribunales colegiados y la fase de ejecución) y actualizar la normativa en base a la evolución en el ámbito procesal civil internacional.

¿Cómo resultaron las reformas o ajustes que hubo que realizar en el transcurso de estos años en el Uruguay en el aspecto organizativo de la prestación del servicio jurisdiccional, en especial en materia de recursos humanos y de infraestructura material? ¿Qué lugar ocupa la capacitación judicial?

El cambio de sistema requirió el aumento del número de jueces y su capacitación. Inicialmente, el número de jueces se duplicó y, posteriormente, hubo más creaciones, en función de las necesidades por lugar y materia, así como también algunas supresiones. La formación de los recursos humanos existentes y la de los que ingresaron al sistema fue fundamental, organizándose a nivel nacional, en todos los estadios de la carrera judicial, a través de actividades del Centro de Estudios Judiciales del Uruguay (escuela judicial, dependiente de la Suprema Corte de Justicia) y universitarias (principalmente, Instituto Uruguayo de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República). La formación inicial y la formación permanente de los jueces es cubierta por el Centro aludido de modo permanente e intenso —tanto en áreas jurídicas como actitudinales—, integra el sistema de ingreso a la Judicatura y es considerada en el sistema de ascensos; de modo que reviste y tuvo una importancia capital. La inversión en infraestructura material existió y existe, pero dentro de un margen razonable de las posibilidades y necesidades económicas del país; sin que pueda considerársela un costo extraordinario o prohibitivo, como algunas veces se señala por sectores técnicamente opositores a un régimen de procesos por audiencias. A su vez, en el balance costo/beneficio, ese régimen termina superando ampliamente al de procesos escritos, más allá de la imposibilidad de traducir en términos meramente económicos la calidad del servicio que se presta a los justiciables.

¿Considera que en sistemas como el uruguayo resulta necesario contar con más cantidad de jueces que los que existen en los países donde todavía sigue vigente el proceso civil predominantemente escrito?

Lo que es necesario en sistemas de procesos por audiencias es contar con el número de jueces adecuado para atender el número de casos que se presenten por materia y lugar. Un juez de procesos escritos delegables puede tramitar muchísimos, pero no personalmente, y su labor en realidad se cumple por secretarios o funcionarios, en todo o en parte, sin que él tenga contacto directo con los sujetos principales del proceso ni con la prueba. En el proceso por audiencias, el número de personas en el auxilio del juez disminuye, el centro de la Oficina Judicial se ubica en la sala de audiencias y en el juez,

quedando prohibida la delegación. Uno de los mecanismos usados en Uruguay al reclutar jueces consistió en convertir en tales a los secretarios letrados. A su vez, el proceso por audiencias permite disminuir el número de asuntos (incidentes, excepciones, dilatorias, etcétera) al acentuar los principios de buena fe, concentración y pronta y eficiente administración de Justicia, de modo tal que en realidad no es tan elevado el número de jueces que se necesita para implementar esta clase de procesos. Sí es fundamental partir de un diagnóstico previo de la situación y proyectar adecuadamente la organización y puesta en vigencia, así como, naturalmente, atender a la realidad de cada país y sector geográfico-social en la que pretenda introducirse el sistema.

¿Considera que a lo largo de estos años ha cambiado el rol del secretario del Juzgado?

Sí, por supuesto, en el moderno Derecho Procesal Civil es una figura obsoleta y no querida, pues representa la esencia de la delegación, contraria a la inmediación perseguida por la ciencia procesal y el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. La figura que mantiene utilidad es la del simple auxiliar técnico —estilo *law clerk* sajón— que, por ejemplo, provee al tribunal de soporte en información jurídica, normativa, doctrina y jurisprudencia, pero no se encarga directamente de tramitar ni de actuar en los procesos.

¿Cómo fue el cambio de mentalidad en los operadores jurídicos (jueces, abogados, justiciables), al transitar de un proceso civil netamente escrito a uno predominantemente oral?

¿Se ha modificado la imagen que el ciudadano común tenía de la justicia en su país antes de la reforma?

El cambio de mentalidad fue paulatino. Al sancionarse la reforma, en realidad existía apoyo universitario (fue elaborada por miembros del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República), de todos los sectores políticos con representación parlamentaria y del Colegio de Abogados del Uruguay, pero no de la Suprema Corte de Justicia de la época ni de los abogados individualmente considerados. En cuanto a los jueces, se hallaban divididos, pero fueron los primeros en asumir sus responsabilidades y poner el éxito de la reforma sobre sus hombros, con muy rápida y general concientización. A ello se agregó, también prontamente, el apoyo de abogados, cuando percibieron las bondades del cambio y la no verificación de los pronósticos catastróficos para fechas de audiencias o sistema de registración que inicialmente se habían emitido desde algunos sectores opositores. Luego del primer lustro, los operadores del sistema incorporaron el sistema de procesos por audiencias a su modo normal de actuar y actualmente no concebirían un régimen como el anterior para su labor diaria. Respecto de la imagen del ciudadano común, aquel que utiliza los servicios resulta en general y promedialmente satisfecho en grado suficiente, pero no necesariamente ello se refleja en la opinión pública, que usualmente se forma por las informaciones relativas a procesos penales, que no resultaron comprendidos en la reforma y que en el

Uruguay están sometidos a un sistema obsoleto que, pese a diversos intentos, aún no se ha logrado modificar, generando mal juicio en la opinión pública.

¿Hubo resistencia al cambio en relación a la iniciativa probatoria del juez o la producción de prueba de oficio? ¿Existen límites a dicha prerrogativa en el sistema uruguayo?

Sí la hubo, pero minoritaria. Y, en general, el empleo es moderado, equilibrado, respetuoso de los derechos de las partes y complementario de la iniciativa de los litigantes y no sustitutivo, salvo en aquellos casos en que así lo prevé expresamente el régimen normativo (procesos agrarios, laborales, de menores o incapaces y demás de carácter social). La iniciativa probatoria del Tribunal encuentra como límites la inviabilidad del empleo de aquellos medios reservados a las partes (absolución de posiciones) y su ejercicio debe realizarse dentro del marco delimitado por las partes, que son quienes aportan los hechos y determinan su ingreso o no al objeto de la prueba mediante la controversia efectiva o la admisión. A su vez, tampoco puede el tribunal suplir con su iniciativa la previa ocurrencia de preclusiones como sanciones ante la omisión o falta de diligencia o colaboración de las partes, cuando ésta tiene en la ley la sanción específica que impide que el medio probatorio ingrese posteriormente (por ejemplo: admisión fáctica o confesión ficta por la no comparecencia a audiencia de declaración de parte, sea en forma de simple interrogatorio o de absolución de posiciones). Los límites generales están establecidos de modo uniforme para las partes y el Tribunal: no pueden incorporarse pruebas inadmisibles (contrarias a la regla de Derecho), impertinentes (ajenas al objeto o tema de prueba), inconducentes (no aptas legalmente para acreditar el hecho a probar), o innecesarias (relativas a hechos no controvertidos o notoriamente superabundantes con respecto a la probanza ya incorporada); todo sujeto al respeto del principio de buena fe y a las garantías de la igualdad y de la defensa en régimen de contradictorio, con posibilidades de impugnación y de producción de contraprueba.

¿Cómo se ha implementado el dictado de sentencia en audiencia? ¿Sabe ud. si han existido dificultades para ello?

Sin inconvenientes, con la ventaja de quedar notificada en el mismo acto a los presentes o ausentes legalmente convocados. El Tribunal dispone de la facultad discrecional de dictar sentencia con sus fundamentos al cabo de la audiencia (modalidad escasamente utilizada, reservada a asuntos muy simples, empleada sobre todo en materia de familia para permitir pronta cosa juzgada si existe inmediato consentimiento expreso). También puede dictar el fallo y postergar para otra audiencia la motivación (ésta es la menos usada de las modalidades puesto que en general, por prudencia, los Jueces prefieren redactar y comunicar toda la sentencia en un mismo acto). Finalmente, también está a su alcance postergar para otra audiencia el dictado de sentencia con sus fundamentos (ésta es la más frecuente de las modalidades, pues permite al Juez un lapso razonable de separación de la audiencia para el examen ponderado de

todo el proceso, formación y expresión de su voluntad en forma motivada y precisa). En segunda instancia (por decisión anticipada) o casación, en procesos voluntarios y en algunas otras hipótesis excepcionales, puede dictarse la sentencia por escrito, fuera de audiencia.

¿El proceso oral (tanto en su estructura ordinaria como extraordinaria) sirve para todo tipo de causas? ¿Existen cuestiones en las que no resultó satisfactorio? ¿Cómo se resuelven cuestiones que atañen al medio ambiente, o pretensiones colectivas o con intereses subjetivos homogéneos?

Como la estructura ordinaria es la que brinda mayores garantías, a ella pueden acudir las partes de común acuerdo en todo caso y es la procedente toda vez que la legislación no indique la procedencia de otra.La estructura extraordinaria solamente procede por previsión legal expresa, en atención a determinada especialidad del objeto (urgencia, simplicidad, especial tuición legislativa, etcétera). En ocasiones, el legislador posterior al Código General del Proceso ha destinado la estructura extraordinaria a supuestos para los cuales no sería la más adecuada, por su complejidad, como por ejemplo, anulación de resoluciones de asambleas de sociedades anónimas y régimen general en materia de procesos societarios. Cabe destacar que el régimen legal también consagra los procesos de estructura monitoria, donde la oralidad únicamente aparece en caso de oposición de excepciones —que, estadísticamente, no superan, en general, el diez por ciento de los casos—. Las cuestiones relativas al medio ambiente, procesos colectivos o intereses subjetivos homogéneos pueden llegar a sustanciarse tanto por vía ordinaria, como excepcionalmente extraordinaria y más comúnmente de amparo (especial, para la protección de derechos reconocidos constitucionalmente, urgente, procesalmente simplificada y muy ágil, con proposición escrita por el actor y el resto de la primera instancia en audiencia); según el objeto de cada pretensión.

¿Se han implementado cambios en relación a una mayor actuación oficiosa del juez en cuestiones que involucran a sujetos con vulnerabilidad social?

Ya el Código General del Proceso previó mayores potestades del Tribunal en ciertos casos: la de admitir modificación de la pretensión aún después de contestada, por carencias de información o asesoramiento de la parte débil, en procesos agrarios, laborales y demás de interés social; de disponer de facultades de instrucción (probatorias) inquisitivas en procesos de interés social y en los relativos a derechos de menores o incapaces (análogas a las facultades de un Juez penal en el sumario de un proceso inquisitivo); inclusive, de iniciar el proceso de oficio y disponer de plenos poderes inquisitivos y tuitivos en procesos de declaración de incapacidad de personas físicas. Para el caso de menores o incapaces, se impone al Tribunal la óptica de su protección especial y, por el Código de la Niñez y Adolescencia, la búsqueda del interés superior del bienestar del niño o adolescente.

¿Ha variado la duración promedio de los procesos a partir de la incorporación del procedimiento oral?

Sí, se redujo considerablemente, además de advertirse un empleo más eficaz del tiempo invertido por los distintos sujetos en la actividad procesal. Sin perjuicio de algunas situaciones coyunturales que requirieron correcciones organizativas o legislativas en ciertas áreas donde no se apreciaba una duración razonable (*v. gr.* primera instancia laboral en época de crisis, hace años la casación) en general la implementación del sistema de audiencias implicó una notoria mejora en los tiempos de la Justicia, que incluso varían entre excelentes, buenos y adecuados según áreas de servicio (*v. gr.* son promedialmente muy buenos en materia de familia, en la segunda instancia de todas las materias, adecuados en primera instancia no penal con recientes modificaciones tendientes a mejorarlos, etc.). A las mejoras en tiempo han también contribuído otros factores no necesariamente vinculados al proceso por audiencias pero usualmente relacionados con la modernización de la legislación procesal, la organización y gestión de tribunales, como el régimen de notificaciones electrónicas de todo proveído dictado fuera de audiencia, la tramitación guiada de expedientes electrónicos, la mayor capacitación de personal, el seguimiento estadístico del servicio de Justicia, instrumentos normativos que permiten una ágil reorganización de elementos que requieran modificaciones, como ciertos aspectos de competencia, etcétera.

¿Qué reformas considera que se deberían realizar en el futuro en el sistema procesal uruguayo?

Se halla en curso una reforma del sistema de gestión de tribunales, que es importante seguir y consolidar. Pero el mayor débito uruguayo refiere al proceso penal, donde la existencia de múltiples proyectos legislativos de diferente origen no ha fructificado hasta el momento en cambios de organización y de procedimiento, muy necesarios para la actualización de un sistema que, en el área procesal penal, luce obsoleto y apartado de las directivas de la doctrina y ciencia procesal iberoamericanas modernas.

Otros debates

Infojus

Tasas de interés: ¿una debida reparación resarcitoria o una salida abstraída de la realidad económica?

Soluciones propiciadas en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial

por **MARÍA GABRIELA DALL'ASTA**[1]

"El dinero es falso por definición, no es más que una convención, un acuerdo común fundado en la fe: el dinero auténtico es una falsificación de buena fe; la moneda falsa es una falsificación de mala fe. El valor no está en la moneda sino en la fe. ¿Quién puede fijar el precio de las cosas; qué relación consustancial de equivalencia existe entre una hogaza de pan y un pequeño disco de metal? Si, por ventura, se acabara todo el trigo del mundo, a nadie se le ocurriría engullir monedas de oro. Un príncipe sediento no dudaría en trocar todos sus tesoros por una tinaja con agua de un oasis. Fortuna que, ciertamente, nadie aceptaría si aquélla fuese la única fuente de agua".[2]

(1) Abogada, Universidad de Belgrano. Secretaria titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 8. Profesora de Derecho Comercial, Instituto Universitario de la Policía Federal (IUPFA).

(2) Andahazi, Federico, *El libro de los placeres prohibidos*, Bs. As., Ed. Planeta, 2012.

I | Introducción

En una reciente publicación del espacio asignado como "sitio de consulta y debate sobre el proyecto elaborado por la comisión presidida por el Dr. Ricardo Lorenzetti"[3] fue destacado un fallo de la Sala III de la Excelentísima Cámara Civil y Comercial de Apelaciones de la ciudad de Mar del Plata, que en uso de aquellos argumentos fundantes para la aplicabilidad de la ley de defensa del consumidor a los contratos bancarios, reflejó la concepción plasmada en el Proyecto de Reforma de unificación, en cuanto prevé que "Las disposiciones relativas a los contratos de consumo son aplicables a los contratos bancarios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1093" (art. 1384). Ello, a fin de definir la imposición de intereses moratorios a la tasa pasiva anual promedio difundida por el Banco Central de la República Argentina respecto del reclamo efectuado por cierta institución bancaria a su excliente, como consecuencia de la ejecución del saldo deudor de cuenta corriente.[4]

Pero, amén de aquella novedosa incorporación argumental, un estudio de los antecedentes jurisprudenciales de este mismo tribunal permite advertir que esta posición no ha resultado innovadora dentro de sus estrados, pues frente a situaciones pretéritas de similares aristas, la Sala III ya había adoptado ese mismo criterio, más a través del espíritu de las disposiciones de la ley 24.240 y sus modificatorias, particularmente, la ley 26.361.[5]

Es así, que en el fallo "BBVA Banco Francés SA c/ Monroy Daniel Américo s/ cobro ejecutivo", expediente N° 149.121, del 11/10/2011, el tribunal desechó la posibilidad de encuadrar la ejecución allí pretendida en el ámbito estrictamente del derecho comercial para sumergir dicha relación jurídica bajo la óptica del consumo.

Y, desde esa perspectiva, diluyó las expectativas del ejecutante de imponer como réditos moratorios la tasa activa prevista por el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento a treinta días, amparo éste previsto por el art. 565 del Código de Comercio. De tal modo,

(3) Ver www.nuevocodigocivil.com

(4) Sala III, en autos "BBVA Banco Francés S.A. c/Spikerman Horacio s/ejecución", 27/03/2012, publicado en *ED* —8/05/2012, N° 12.991—.

(5) Publicada en BO el 07/04/2008.

Infojus

se acordó una imposición menor: la tasa pasiva anual promedio publicada por el Banco Central y establecida en la relación de consumo financiero, según los lineamientos dispuestos por el art. 36 de la ley 24.240 (reitero, luego modificada por la ley 26.361).

No hay dudas, entonces, la Sala III de la Cámara Civil y Comercial de Apelaciones de la ciudad de Mar del Plata ha dejado asentada su postura al abandonar el régimen previsto en el Código de Comercio —hoy reformulado en la planificación de la unificación del ordenamiento Civil y Comercial— para suplir la omisión en el pacto de réditos de la otrora relación comercial concebida entre una institución financiera y su cliente consumidor, por una tasa de interés que, como es sabido, en la actualidad no logra recomponer el envilecimiento de la moneda provocada ante la mora del deudor incumplidor, conforme las distintas variables económicas que afectan la realidad en materia de política mercantil.

2 | Antecedentes

A fin de avanzar sobre los vaivenes legales y jurisprudenciales que precedieran al fallo que aquí se cita, resulta adecuado conceptualizar al interés moratorio, pues, a través de tal definición podría razonablemente comprenderse el espíritu que tuvo en miras el legislador para establecer en favor del consumidor la aplicación de una tasa que, desde el punto de vista fáctico, no llega actualmente a reparar a valor real la deuda nominal desatendida.

Veamos.

La Dra. Fabiana Compiani en el debate sobre la aplicación del Plenario de la Cámara Nacional Civil "Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta SA s/ daños y perjuicios", del 20/04/2009 señaló que:

> "…es la indemnización que debe el tomador de una obligación de dar dinero, que se traduce en una suma dineraria en razón del incumplimiento (…) el interés es esa consecuencia inmediata que se deriva del incumplimiento de una obligación, y como tal atiende a lo que denominamos en doctrina como las consecuencias resarcibles…".(6)

(6) Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires "Mesa Redonda organizada por la Comisión de Justicia: Aplicación del —Plenario Samudio—, en materia de tasa activa"en La Hoja online, N° 125, 29/06/2009.

Otras opiniones doctrinarias que no distan de la conceptualización aludida han entendido que:

> "…es el interés que se adeuda con motivo de la privación del uso de un capital, al cual el deudor no tiene derecho, porque nunca lo tuvo o bien porque ha dejado de tenerlo a consecuencia de su incumplimiento; se lo considera una forma de sanción o indemnización...".(7)

> "…El interés moratorio es —por regla— un resarcimiento que la ley concede *ipso iure* al acreedor de una obligación de dar sumas de dinero frente a la mora de su deudor. La finalidad de dicho incremento del capital exige la fijación de una tasa que debe cubrir ese retardo del incumplidor moroso, o como se suele afirmar, resarcir la renta de la que se vio privado el acreedor durante el lapso en que no pudo disponer de los fondos que se le adeudaban…"(8) (voto del doctor Soria).

A partir de esa línea de pensamiento, entonces, cabe recordar que ha sido principio rector en materia mercantil que los actos comerciales nunca se presumen gratuitos (Cód. Com., art. 218), lo cual implica —obviamente— que los actos de los comerciantes corren igual suerte. Ello, claro está, por estricta aplicación —en lo que aquí importa— de lo previsto por el art. 8°, inc. 3°, de dicho ordenamiento en consonancia con el juego armónico de lo previsto por los arts. 1°, 2° y 9 °de la ley 21.526 y 1°, 163 y subsiguientes de la ley 19.550.

Desde sus albores, tratándose de relaciones típicamente comerciales, como lógicamente se presentaban aquellas generadas entre una entidad bancaria y su cliente, la deuda debía liquidarse según los intereses que convencionalmente hubieran sido acordados.

Así, nuestro derecho admite, por regla, la aplicación de los intereses compensatorios —también llamados lucrativos— como los denominados moratorios o punitorios a la tasa pactada. Demás está decir, su mérito deriva

(7) Rezzónico, Luis María, *Estudio de las Obligaciones*, 9° ed., Bs. As., Depalma, 1966, p. 447.

(8) Sup. Cor. Prov. de Bs. As., fallo "Ponce, Manuel c/Sangalli, Orlando y otro s/ daños y perjuicios"(voto Dr. Soria), 21/10/2009.

Infojus

de la autonomía de la voluntad consagrada en los arts. 621, 622 y 1197 del Código Civil y 565 del Código de Comercio.

El resguardo de la potestad de los particulares contratantes tuvo su origen en el art. 1134 del Código Francés (ver nota al art. 1197) que predicaba: "Las convenciones legalmente formadas tienen el lugar de ley para aquéllos que las crearon".(9) De ese modo, se puso fin a la visión sesgada que, con cierto disfavor, en la antigüedad, combatía el acuerdo de intereses. Ello, fruto de razones políticas y religiosas.(10)

Es claro que la recepción legal en nuestro ordenamiento, por adopción sistemática de la codificación napoleónica, pretendió adaptarse a un modelo contractual individualista despojado de cualquier tipo de injerencia de terceras personas en el vínculo bilateral de las partes mediante una aplicación inflexible del liberalismo.

Sin embargo, el brocardo conocido como *pacta suntservanda* que emana de la clara letra de la ley (art. 1197 CC), debió ceder ante los reiterados cambios sociales que exigían una restricción cuidada de la libertad contractual plena y, en lo específico, del absolutismo jurídico, pues no podía pasar desapercibido que la postura cada vez más consumista de los particulares contratantes, en ocasiones, quedaba sometida a la posición dominante de una de las partes rompiendo, de tal suerte, el equilibrio negocial de igualdad jurídica que inspiró a Vélez Sarsfield y las fuentes en las que abrevó.

La reforma introducida por la ley 17.711 incorporó entonces una serie de normas tendientes a lograr una mayor intromisión al rigorismo contractual liberal, otorgando una serie de herramientas para apaciguar los abusos en que pudiera incurrir alguno de los contratantes. Ello, a la vez que traducía una revisión judicial del contenido de los acuerdos particulares cuya esencia resultare manifiestamente desigual (*v. gr.* arts. 1071, 954, 1198).

(9) Código Francés, art. 1134 en cita por Gatto, Elián, "Comentario al fallo Bco. de la Pcia. de Bs. As. c/ Cohen, Rafael y otro s/ejecutivo".

(10) Fernández, Raymundo y Gómez Leo, Osvaldo, *Tratado teórico-práctico de Derecho Comercial*, Bs. As., Depalma, 1991, t. III-B, p. 182.

¿Cómo reaccionó la jurisprudencia ante estas mutaciones legales que, en lo particular, dependían fundamentalmente de la situación política-económica de la Nación?

Recordemos, en este punto, que el Código de Comercio, en su artículo 565, prevé que:

> "Mediando estipulación de intereses, sin declaración de la cantidad a que éstos han de ascender, o del tiempo en que deben empezar a correr, se presume que las partes se han sujetado a los intereses que cobren los bancos públicos, y sólo por el tiempo que transcurra después de la mora (…). Siempre que en la ley o en la convención se habla de intereses de plazo o intereses corrientes, se entiende los que cobra el Banco Nacional".(11)

Como ha reseñado Rouillon,(12) hasta aproximadamente el año 1926 los tribunales admitían la libre fijación de la tasa de interés aunque fuera usuraria. Ello, en coincidencia con el principio de la autonomía de la voluntad mencionado precedentemente. Recién, a partir de aquel año, comenzaron los ataques respecto de los acuerdos que establecían tasas muy elevadas, llegando –inclusive— a la declaración de nulidad del contrato que incorporara un interés que por su índice pudiera calificarse de "usurario" y, por ende, contraria a la moral y buenas costumbres.

Pero ésta tampoco parecía una respuesta saludable. Máxime, dentro del campo del derecho comercial en el cual la velocidad operacional y la seguridad jurídica se presentaban, y aún se presentan, como estandartes que deben elevarse por encima de circunstancias que, dentro de un determinado contexto, no siempre resultan esenciales.

En la búsqueda de dicha seguridad —he aquí la paradoja— los comerciantes terminaron sintiéndose más inseguros.

Un análisis más profundo de tal problemática permitió arribar a una solución conciliadora entre el principio de subsistencia del acto jurídico y el límite que se imponía como necesario frente a intereses abusivos.

(11) Correlatividades: arts. 21, 622, 656, 953/54, 1071, 1198 CC, leyes 23.928 (arts. 7° y 10), 25.561 (arts. 1°, 2°, 6°, 7°, 11), 25.713 (arts. 1/12), 25.820 (art. 3), decreto 214/2002 (arts. 1°, 3°, 4°, 5°, 6° y 8°).

(12) Rouillon, Adolfo, *Código de Comercio —comentado y anotado—*, Bs. As., La Ley, 2005, t. I, p.1014.

Infojus

Así, se concluyó —entonces—que el pacto respecto de aquéllos no era en sí mismo violatorio de la moral y buenas costumbres, sino que lo que conformaba tal afectación era su extralimitación, postergando, en algunos casos, la posibilidad en el efectivo cumplimiento de la obligación.

En tal inteligencia, la tendencia fue admitir la eficacia del contrato y los intereses acordados, declarando la invalidez de la porción de estos últimos que pudiese superar el margen lícito.[13] Circunstancia que, por otra parte, obtuvo recepción legal a partir del año 1968 al establecerse la nulidad parcial de las tasas de interés dentro del ámbito del negocio lesivo.[14]

Definidos así, los alcances respecto del consenso voluntarioso de las partes contratantes, el debate acerca de los intereses vuelve a adquirir importancia a partir de la denominada "ley de convertibilidad del austral",[15] retornando a la concepción nominalista del ordenamiento civil, lo cual, si bien al comienzo de su aplicación produjo algunas decisiones dubitativas de los tribunales, posteriormente la jurisprudencia logró posicionarse reconociendo a los intereses como único precio del dinero.[16]

Pero, ¿cuál sería la tasa aplicable ante la imposibilidad de una indexación o actualización en el valor de la deuda?

Es cierto que la ley 23.928 no determinó tasas de interés tarifadas. Circunstancia que, en lo inminente, pretendió ser subsanada a través de su reglamentación en los decreto 959/1991[17] y 529/1991,[18] pero, lamentablemente, la pauta general y discrecional prevista como pauta reguladora de la época aparejó —en definitiva—una gran discusión por aquellos tiempos:

(13) Rivera, Julio "Ejercicio del control de la tasa de interés", en *Revista Jurídica La Ley*, julio 2004, p. 107.

(14) Ley 17.711, art. 954, 22/04/1968.

(15) Ley 23.928, 27/03/1991.

(16) Ribera, Carlos, "Los intereses de las obligaciones ajustadas por CER y CVS", en *Revista Jurídica La Ley*, julio 2004, p. 88.

(17) Convertibilidad del Austral —alcances de la ley 23.928 a las operaciones financieras contraídas en australes ajustables— 21/05/1991.

(18) Decreto reglamentario de la Ley de Convertibilidad del Austral, 27/03/1991.

> "En oportunidad de determinar el monto de la condena en australes convertibles, el juez podrá indicar la tasa de interés que regirá a partir del 1° de abril de 1991, a modo de mantener incólume el contenido económico de la sentencia. El Banco Central de la República Argentina deberá publicar mensualmente la tasa de interés pasiva promedio, que los jueces podrán disponer que se aplique a los fines previstos en el artículo 622 del Código Civil".

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el recordado fallo emitido en los autos "Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/ Provincia de Corrientes y Otro. s/cobro de australes"[19] fijó su postura al resolver que la tasa pasiva promedio publicada por el Banco Central de la República Argentina, era la que debían aplicar los jueces a fin de cumplir con el objetivo del nuevo ordenamiento monetario. El pronunciamiento dejaba a salvo el supuesto que el acreedor pudiere probar que ante el incumplimiento del deudor había tomado dinero prestado, con lo cual al daño presumido —el lucro cesante por no uso del dinero—, debía sumársele el daño probado —el perjuicio emergente por la necesidad de financiamiento externo— (Considerando 38 de la resolución).[20]

Aquélla había sido una causa de competencia originaria de la última instancia; hizo falta, entonces, una nueva decisión, esta vez por vía del recurso extraordinario federal, para sentar —en forma categórica— dicha posición.

En la causa "López, Antonio M. c/ Explotación Pesquera de la Patagonia SA",[21] el Máximo Tribunal estableció que la tasa pasiva promedio era la que respondía a la intención del legislador de la convertibilidad y cualquier otro índice desvirtuaba el objetivo de la ley.

En estas decisiones la Corte Suprema incursionó en materia que, tradicionalmente, no le era propia, tal cuestión de la tasa de interés. Sin embargo,

(19) CSJN, 03/03/1992; La Ley 1992-B 216.

(20) Márquez, José, *Intereses judiciales. Un excelente debate en el Tribunal Superior de Justicia cordobés*, n° 261, Córdoba, Ed. Zeus, t. 9, p. 355.

(21) 10/06/1992.

Infojus

y pasado el primer impacto de la convertibilidad, retomó su doctrina tradicional y con nueva y ampliada conformación, declaró que la cuestión de la tasa de interés no era una cuestión federal, y, por ello, la misma resultaba ajena a su conocimiento. Pero, al referirse específicamente a la tasa aplicable delegó "… la determinación de la tasa de interés a aplicar en los términos del art. 622 del Código Civil como consecuencia del régimen establecido por la Ley 23.928 en el espacio de la razonable discreción de los jueces de la causa que interpretan dichos ordenamientos sin lesionar garantías constitucionales".(22)

En ese nuevo escenario, resulta relevante indicar que aun cuando la aplicación de la tasa de interés ya no constituía "cuestión federal" ni un pensamiento unificado, un ulterior fallo, como el "Brescia, Noemí Lujan c/ Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios" indujo a la Corte Suprema de la Nación —en supuestos en que interviene por competencia originaria— a manifestar, mediante la asunción de un nuevo criterio, que: "los intereses posteriores al 31 de marzo de 1991 se deben liquidar de acuerdo a la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento".(23) Pero, a lo largo de sus fallos, presentó posiciones ambivalentes de las cuales, sólo puede inferirse que cuanto menos respecto de los créditos contra el Estado, la última instancia aún prevé por decisión mayoritaria la aplicación de la tasa pasiva.(24)

Los tribunales inferiores, más allá de tal viraje, adoptaron decisiones disímiles ante la oscilante situación económica del país so pretexto de la primigenia atribución otorgada por la Corte Suprema de Justicia a las instancias inferiores para la imposición de intereses en materia de condena.

Observemos, entonces, que tratándose de relaciones típicamente comerciales, la jurisprudencia predominante en la materia entendió que la deuda debía liquidarse a la tasa de interés que cobra el banco público, es decir, la activa prevista en el artículo 565 del Código de Comercio. Y tal

(22) Fallo: "Banco Sudameris c/ Belcam SA y Otro", del 17/05/1994; La Ley 1994-C, p. 30; ED 157-553.

(23) CSJN 22/12/1994.

(24) CSJN, "Baldino, Luisa c/Anses" del 13/05/2008 —elDial-AA48D1—; Fallos 327:3721 "Spitale"; "Lombardo, Antonio c/ Anses"del 29/04/2004; "Praw-diuk, Rosa c/ Anses"del 11/05/2004.

interpretación fue extendida no sólo al "contrato de préstamo" al que responde normativamente dicha previsión legal, según su ubicación dentro de la codificación, sino a todos los contratos mercantiles, a la responsabilidad derivada de los mismos y, en general, a los actos de comercio, pues no podía ignorarse que se trataba de un dispositivo propio y típico del derecho mercantil aplicable al amplio abanico de las relaciones que en él se regula, lo cual desplazaba—por lógica— al art. 622 del Código Civil.[25]

De su lado, la Excma. Cámara Nacional en lo Civil a través de sendos fallos plenarios "Vázquez, Claudia Angélica c/ Bilbao, Walter y otros s/ daños y perjuicios" y "Alaniz, Ramona Evelia y otro c/ Transportes 123 SACI interno 200 s/daños y perjuicios",[26] se alineó en la fórmula menos nociva al deudor, esto es, el reconocimiento resarcitorio de la tasa pasiva prevista en los bancos oficiales.

Las posiciones encontradas en las doctrinas plenarias dispuestas por ambas Cámaras, obviamente, no resultaron caprichosas, ya que las diferencias entre obligaciones civiles y comerciales explicaba razonablemente la mayor imposición dentro del fuero mercantil de aquél cuyas obligaciones nacen de una fuente distinta que, en principio, carece de una finalidad lucrativa inmediata.

A nivel nacional, criterios similares fueron inicialmente receptados para adjudicar la vigencia de la tasa pasiva ante la mora del deudor. Así, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy se pronunció en los autos "Banco de la Provincia de Jujuy c/Servicios Sociales Jure SRL",[27] fijando pautas en materia de intereses. Desde aquel entonces, estableció que —salvo que las partes hubieran pactado en otro sentido— los créditos devengarían, a partir del primero de abril de 1991, intereses a determinar conforme la tasa pasiva que para el uso de la justicia publica el Banco Central de la República Argentina, por aplicación de lo dispuesto en el art. 10 del decreto 941/1991, reglamentario de la ley 23.928.

(25) Doctrina judicial subyacente en el plenario de la Excma. Cám. Nac. en lo Comercial en pleno, "La Razón SA s/ Quiebra s/ Inc. De Pago De Los Profesionales", 27/10/1994, *en Revista Jurídica La Ley* 1994-E, 412.

(26) 02/08/1993 y 23/03/2004 respectivamente, *en Revista Jurídica La Ley* 1993-E, 126 y *en El Derecho* 01/04/2004, p. 1.

(27) Fallo del 15/12/1994.

Infojus

De igual modo, la Suprema Corte de la Provincia Buenos Aires en el precedente "Zgonc, Daniel Roberto c/ Asociación Atlética Villa Gesell s/cobro de australes",(28) doctrina jurisprudencial que luego fuera ratificada en la causa "Ponce",(29) resolvió que no habiendo mediado intereses pactados en forma convencional o legal, los mismos debían liquidarse a la tasa de interés que pagara el Banco de la Provincia de Buenos Aires en los depósitos a treinta días.

Otros tribunales, no ajenos a la controversia suscitada sobre esta cuestión, propusieron soluciones intermedias, es decir, sostuvieron –entre otras cosas— que" Cuando las entidades bancarias no han pactado la tasa de interés moratorio,ha de aplicarse —tanto para pesos como para dólares— la tasa pasiva del Banco de la Provincia de Buenos Aires para sus operaciones de depósitos a treinta días, incrementada en un 50%".(30)

Destaquemos, entonces, que esta parte de la jurisprudencia se inclinó a mantener un equilibrio en el reconocimiento del derecho comprometido; ello, mediante un mecanismo mixto conformado por la aplicación de una tasa variable —pasiva— y una fija que, como en el caso del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, se estimó primeramente en un 1% mensual,(31) para luego incrementarse en un 2% por igual período a partir del fallo "Hernández, Juan Carlos c/ Matricería Austral SA".(32)

El acrecentamiento de la tasa dispuesta por la última instancia de la justicia cordobesa no implicó la asunción de una decisión arbitraria y discrecional de sus integrantes, sino —por el contrario— la misma respondió al estímulo exógeno de la estrepitosa devaluación, consecuencia inevitable del abandono de la convertibilidad del año 2002, consagrada a través de

(28) Fallo del 21/05/1991.

(29) Sup. Corte de Bs. As., "Ponce Manuel Lorenzo y otra c/ Sangalli, Orlando y otros s/ daños y perjuicios", 21/10/2009.

(30) Cám. de Apel. Civ. y Com. Mar del Plata en pleno, autos "Banco de Quilmes c/ Ojea, María y otras s/ejec.", 18/04/1996, ED 167-400.

(31) Trib. Sup. Just. —Sala Civil y Comercial— autos "Aguilera Silvia del Valle c/ Jorgelina Zula Belén y/o titular dominial del vehículo-demanda ordinaria-daños y perjuicios-recurso de casación", 15/08/2000, (*Semanario Jurídico* n° 1341,17/5/2001, p. 632).

(32) Trib. Sup. Just., sentencia N° 39 del 25/06/2002.

las leyes de emergencia nacional 25.561 y 25.820.[33] De hecho, tales ordenamientos legales, a más de intentar paliar el desfasaje que produjo la sostenida ficción de la sobrevaluación de la moneda argentina en relación a la extranjera, según la ley 23.928, tuvieron como fines primarios compensar —de cierto modo— la "pesificación" de aquellas obligaciones por medio de dos coeficientes que íntimamente se encontraban vinculados a variables de la economía, tales como el CER y el CVS.[34]

¿Cómo reaccionó, entonces, la jurisprudencia ante este nuevo cambio de escenario económico que impactó en las relaciones contractuales?

Es claro que las interpretaciones han sido diversas, inclusive no hay una opinión unificada en la actualidad, lo cual, lógicamente, genera una nueva inquietud que se aleja de la tan mentada "seguridad jurídica" que, como principio rector, debe ser amparada para evitar consecuencias que, de manera indirecta afecten el tejido social ya tan castigado por las secuelas económicas de las políticas del mercado.

Y si bien existieron fallos plenarios que estipularon las tasas de interés aplicables a las obligaciones contraídas en moneda foránea antes de las normativas de emergencia del año 2002,[35] tales pronunciamientos fueron largamente criticados. Básicamente, sus detractores consideraron que los jueces, como allí se establecía, estaban imposibilitados de dar instrucciones generales en tal materia.[36]

Pero, más allá de los reproches por la aplicación plenaria de una tasa de interés fija, lo cierto es que los tribunales que consagraban aún a la tasa pasiva como pauta retributiva ante la mora del incumplidor, se vieron expuestos frente a la inefable realidad mostrada por los índices de la economía reinante, los cuales, inevitablemente, traslucían que el

(33) "Ley de Emergencia Pública y Reforma Cambiaria" del 06/01/2002 y su modificatoria del 19/11/2003.

(34) Coeficiente de estabilización de referencia, cuyo cálculo se somete a la variación de los índices de precios al consumidor del mes anterior; y el Coeficiente de variación salarial, que debe estimarse en base a la variación de los salarios tanto del sector público como privado de cada mes.

(35) Excma. Cám. Civ. y Com. Mar del Plata, en autos "Minassian, Ana c/Vancevicius, José s/ejecución hipotecaria", en pleno del 09/02/2004; Excma. Cám. Civ. y Com. de Azul, en autos "Miraglia Cesar Domingo c/ Noya Pablo y otras s/cobro ejecutivo", en pleno del 23/02/2004.

(36) Rivera, Julio César, *op. cit.*, p. 113, en referencia de Roullion, Adolfo, *op. cit.*, p. 1018.

arraigo a aquella pauta presuntamente conciliatoria no resultaba ni justa ni equitativa para reparar adecuadamente el derecho del acreedor insatisfecho.

A modo de paradigma, basta citar el fallo plenario de la Cámara Nacional Civil del 20/04/2009, en autos "Samudio de MartinezLadislaa c/ Transportes Doscientos Setenta SA s/ daños y perjuicios", entre cuyas cuestiones —no menores— fue debatido: (I) el alejamiento a la posición doctrinaria sostenida y ratificada mediante los plenarios "Vázquez C. c/ Bilbao W. y otros s/daños y perjuicios" (02/08/1993) y "Alaniz R. c/ Transportes 123 SA s/ daños y perjuicios" (23/04/2004); (II) la facultad del tribunal de alzada para abocarse al estudio de un pronunciamiento plenario, sobre la tasa de interés; y en su caso, (III) cuál sería la tasa aplicable a partir de entonces.

Las respuestas no se hicieron esperar. Así, respecto de la primera cuestión, efectivamente se decidió por mayoría (33 votos a favor y únicamente 3 en contra) dejar sin efecto los plenarios que precedieron al presente, bajo fundamentos lógicos y actuales.

Allí, los vocales que se pronunciaron por la posición afirmativa consideraron, como dato cierto, la desactualización que implicaba sostener en los tiempos que corren una tasa variable como la pasiva, pues, según afirmaron, la misma no lograba cumplir la función resarcitoria que es dable exigir a toda indemnización por imperio del art. 1083 del Código Civil. Agregaron, a su vez, que su imposición tampoco alcanzaba a mantener el valor de la suma de dinero de condena en el pleito.

Contrariamente a ello, la minoría que argumentó en disidencia sostuvo, en rigor de verdad, que la tasa pasiva no se presentaba insuficiente en relación a los índices de precios oficiales y, aunque esto no fuera así, su análisis implicaría un profundo estudio de estadísticas e informes económicos que dieran luz sobre una materia que, necesariamente, requería certeza.

Superado este primer aspecto y, consecuentemente, dejados sin efecto ambos plenarios por la decisión mayoritaria de sus miembros, el debate se circunscribió a definir si correspondía que la Cámara se abocara al tratamiento de una tasa de interés uniforme.

La decisión afirmativa (conformada por 25 votos) señaló que la uniformidad jurisprudencial respecto a un rédito común para todo el fuero, atendía

—principalmente— al principio de seguridad, sin peligro de caer en la cristalización de la cuestión, en tanto está visto que en los últimos quince años el Superior se autoconvocó en relación a este tema por lo menos en tres oportunidades. Circunstancia que revelaba la posibilidad de hacer un seguimiento de la cuestión mediante un nuevo acto plenario.

Los críticos con tal formulación (conformada la negativa por 11 votos), consideraron que la tasa de interés no es un asunto que deba decidirse en forma plenaria, puesto que tratándose de una cuestión variable sujeta a las modificaciones de las circunstancias económicas del país, su determinación debía ser librada al juez conforme las particularidades del caso concreto que es puesto a su juzgamiento. Recordaron, además, que estas mismas razones inspiraron a Vélez Sarsfield para abstraerse en la fijación de una tasa de interés legal dentro del ámbito de la codificación.

Finalmente, definidas ambas cuestiones, la Cámara por abrumadora mayoría (35 votos en favor y sólo 1 en posición adversa) decidió que la tasa de interés moratoria aplicable no podía ser otra que la "activa de la cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días prevista por el Banco de la Nación Argentina", por ser ésta la que representa el costo del dinero en el mercado, y que, en definitiva, es la que impone la ley comercial en el art. 565 del Código de Comercio, aplicado por analogía dentro del ámbito del derecho civil.

Quien en forma aislada objetó la modificación de la tasa de interés propiciada por el resto de sus colegas (vocal Diego Sánchez), argumentó —básicamente— que correspondía mantener la tasa pasiva que se estableció en "Vázquez" y "Alaniz" porque proseguían vigentes, al respecto, la ley 23.928 y sus decretos reglamentarios 529/1991 —art. 8°— y 941/1991 —art. 10—, los cuales habían constituido las piezas fundantes en que se justificaron los votos mayoritarios en aquellos pretéritos plenarios.

Además, agregó, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación mantenía vigente dicho criterio al decidir que los intereses debían calcularse desde la fecha de los respectivos perjuicios o desembolsos hasta la del efectivo pago, a la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina ("Serenar SA c/ Buenos Aires",19/08/2004; "Cohen, Eliazar c/ Río Negro Provincia de", 30/05/2006; 06-03-07; "Bus-

tos c/ La Pampa", 06/03/2007; "Reynot Blanco c/ Santiago del Estero", 12/08/2008 y "Provincia de San Luis c/ Graciela Puw Producciones", entre otros fallos que citó).

Coincidió con la mayoría en que es cierto que —después de "Alaniz" y durante algunos lapsos temporales— la tasa pasiva resultó inferior al índice de precios al consumidor; pero tal modificación transitoria no debía incidir en una solución permanente, ya que la posición que adoptarían regiría a futuro y no respecto de cuestiones ya sorteadas. Expresó, además, que la tasa pasiva —en todo caso— fue superior generalmente a la considerada pura del 6% anual, como así también al índice de precios al consumidor actualmente vigente. Por otra parte, añadió, que cuando fuera de la Argentina las tasas de interés están hoy cercanas al 0% anual, en este plenario se pretendería adoptar una tasa activa superior al 18% anual.

Sin embargo, como ya es sabido y aquí fuera adelantado, la Cámara Nacional en lo Civil en el caso "Samudio" consolidó —definitivamente— el cauce de la tasa activa para determinar la mora del deudor, como medio de efectiva reparación ante su acreedor insatisfecho.

Paralelamente, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza no fue ajena con la modificación propuesta en los tribunales federales. De hecho, tanto en su precedente "Amaya", del 12/09/2005,[37] como en el fallo plenario "Aguirre Humberto c/ OSEP",[38] causa número 93.319, del 28/05/2009, no dejó de abordar los argumentos que sirvieron de cimiento en los plenarios de la justicia civil nacional, para resguardar —primeramente— la aplicación de la tasa pasiva que, en el caso de la provincia de Mendoza, fue dispuesta por la ley 7198 del año 2004 y modificada por la ley 7358, para después abandonarla mediante la declaración de inconstitucionalidad del plexo normativo local que la impusiera, y considerar aplicable la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. Ello, claro está, sin mella a la obligación de los jueces de verificar si, en cada caso en concreto, la tasa activa que ordenan aplicar resulta razonable y conlleva un resarcimiento legítimo y justo.

(37) LS 356-50, publicada en *La Ley Gran Cuyo Voces Jurídicas* 2005-912.

(38) Causa N° 93.319, del 28/05/2009, [en línea] www.jus.mendoza.gov.ar/información/novedades/plenario.

Este mismo viento de cambio jurisprudencial fue también receptado por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy a través de la sentencia dictada en los autos "Zamudio, Silvia c/Achi, Yolanda y otros s/ recurso de inconstitucionalidad".[39] Allí, fue revisada la doctrina plenaria asentada por dicho cuerpo en las actuaciones que dispusiera como regla a seguir por los tribunales inferiores, la aplicación de la tasa pasiva.

Sin embargo, y a más de transcurridos dieciséis años del otrora pronunciamiento plenario, sus vocales estimaron indiscutible, según así lo informaran los organismos oficiales, el incesante incremento del costo de bienes y servicios y la consecuente pérdida del valor adquisitivo del crédito en su expresión nominal. Circunstancia que, según afirmaron, no lograría superar la aplicación de una tasa de interés que, como la pasiva, se encuentra por debajo de los índices inflacionarios conocidos.

La decisión, entonces, acompañó la posición que hoy ya puede calificarse como dominante, es decir, que los intereses judiciales de las obligaciones civiles, laborales y contencioso administrativas que no tuvieran convenida entre las partes o normativamente estuviere prevista una tasa distinta, deberán calcularse con ajuste a la activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. Y, al igual que la decisión asumida por máximo tribunal mendocino, se dejó a salvo en tal pronunciamiento la facultad de los jueces de evaluar que su aplicación no configure un enriquecimiento indebido del acreedor, pues, en tal supuesto, el deber del juzgador será fijar la tasa pasiva prevista en el comunicado 14.290 o, en su caso, la que en mejor medida recomponga el crédito insoluto.

Esta breve reseña sobre el complejo entramado económico, político y social que ha afectado a la Nación a través del tiempo, los gobiernos y las diversas variables económicas mundiales (no ajenas a las decisiones del mercado), demuestra, una vez más, la permeabilidad con que el criterio jurisprudencial debe desenvolverse ante las alteraciones que de política y práctica económica afectan a las relaciones jurídicas en todos sus estamentos, ya que, en definitiva, no hacerlo, traduciría no sólo una negación de la realidad como tal, sino el contrasentido social de fallos arbitrarios e injustos.

(39) Fallo del 11/05/2011, expte. 7096-2009, Libro de Acuerdos: 54, N° de registro 235.

3 | La influencia determinante de la Ley de Defensa al Consumidor en la aplicación actual de la tasa pasiva

Como es conocido por todos, en tanto su práctica e implicancia afecta por igual a profesionales y neófitos del derecho, desde los albores del derecho del consumidor en Argentina, la doctrina nacional ha referido como razón de ser de aquél, la necesidad de una regulación protectoria singular para paliar la tensión que se observaba entre "fuertes" y "débiles", asumiendo esos roles "el profesional" y el "profano"(40) en la relación jurídica en que por su especialidad, una de las partes configuraba una posición dominante frente a la otra oprimida.

Pero tal superioridad, largamente tolerada, no solamente encontraba resguardo frente a la situación fáctica del dominante, sino que su actuación estaba acompañada por una realidad normativa preexistente, la cual, había sido gestada ya desde vieja data en pos de sus propios intereses.

Dentro del ámbito mercantil y sin resultar ajenos a dichos antecedentes, fácil podemos advertir que los comerciantes tienen una defensa eficiente a través de su propio cuerpo normativo que, además, por ser de excepción ante la agilidad, rapidez y flexibilidad que impone el mercado, puso en un mismo campo de juego a profesionales y comunes segregando a estos últimos de cualquier consideración que templara tan manifiesta desigualdad.

La evolución económica de los mercados, el consumo masivo para superar necesidades básicas y aquéllas que no necesariamente pudieran ser así calificadas, y el juego expansivo entre la oferta y la demanda —entre otras circunstancias íntimamente ligadas a la evolución consumista de la sociedad en general— impulsó la aparición del plexo legal concebido en favor del derecho del consumidor y ya admitido en el espíritu de la legislación comparada.

(40) Alterini, Atilio y López Cabana, Roberto" Un foco de tensión: fuertes y débiles jurídicos", *Responsabilidad Civil*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1995, p. 104.

Con la finalidad de asegurar la transparencia y la equidad de la relación de consumo crediticia, la Ley de Defensa del Consumidor 24.240, particularmente luego de la reforma propiciada en la ley 26.361—en adelante, LDC—, se encargó de incluir dentro de las operaciones bajo su tutela a las denominadas financieras como también a las crediticias destinadas al consumo, es decir, el crédito no debía sujetarse estrictamente a la compra de bienes o servicios, sino que dentro de tal normativa quedaban incluidos —además— los servicios financieros ofrecidos a los consumidores.

Objetivamente, como fuera analizado en el fallo "BBVA Banco Francés SA c/ Monroy Daniel s/ ejecutivo" citado precedentemente, es indispensable un análisis que permita verificar en cada caso concreto si procede la aplicación de la LDC, pues para que ello ocurra es necesario develar que el crédito hubiese sido otorgado a una persona física cuya ocupación y monto percibido, no admita suponer otro destino que el de adquirir bienes y servicios para el consumo o uso personal, o bien para hacer frente a deudas pendientes.(41)

Definida entonces la relación crediticia dentro del ámbito estricto del consumo podemos apreciar cómo mediante la aplicación de la LDC se produce un virtual abandono de los arts. 7° y 565 del Código de Comercio, toda vez que, desde dicho aspecto, advertimos cómo los consumidores se alejan de la que otrora fuera concebida como una relación típicamente comercial para sumergirse bajo el ala protectora de este nuevo ordenamiento.

La invocación de esta novedosa normativa resulta actualmente de práctica diaria en las demandas interpuestas por los particulares contra los empresarios.

De modo que el derecho del consumidor, cuyo objeto confeso es el de proteger a los consumidores y usuarios frente a los proveedores de bienes y servicios,(42) podría ya estimarse como modificatorio del derecho

(41) Farina, Juan, *Defensa del consumidor y del usuario*, 4° ed., Bs. As., Astrea, 2011, p. 383; Wajntraub, Javier, "Aplicación del régimen de defensa del consumidor a la contratación bancaria. Acciones colectivas y legitimación", en María Elisa Kabas de Martorell (dir.), *Responsabilidad de los bancos frente al cliente*, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 187.

(42) Picasso, Sebastián, "Sobre ciertas resistencias a la aplicación de la ley de defensa del consumidor", en *Revista Jurídica la Ley*, 23/02/2004.

Infojus

mercantil. Ello, inclusive, sin tener que recurrir aún al temperamento adoptado en la inminente codificación prevista por el proyecto de unificación.

En ese derrotero, admitida la incorporación de la LDC como una ley especial y de orden público (art. 65), las modificaciones o desplazamientos de ciertas normas del derecho mercantil no se hicieron esperar, en tanto que por inspiración del principio *in dubio* pro consumidor se dispusieron medidas que, como en el caso de la información, resultan relevantes para tutelar a quien es considerado como el "débil" jurídico de la relación.

En casos concretos, como es el crédito al consumo, es conocida la posibilidad del usuario de diferir en todo o en parte la contraprestación, lo cual —obviamente— actúa como mecanismo de persuasión para seducir a los consumidores en la adquisición de bienes y servicios. De esa forma y quizás dentro del inconsciente, se presiona sobre la libre decisión del consumidor y, por ello, el sistema de protección jurídica diseña instrumentos para balancear esta situación, tales como la solución planteada a través del art. 36 al requerir una rigurosa precisión a los empresarios sobre las condiciones del crédito, su resultado económico concreto y los derechos y obligaciones emergentes de su utilización.(43)

Recordemos que las técnicas de información al cliente integran propiamente la voluntad negocial, aunque en la realidad cotidiana el usuario bancario promedio —por cierto, generalmente inexperto— desconoce las normas e imposiciones típicas de un campo tan complejo y específico como el crediticio-financiero. En dicho sentido, el consumidor confía plenamente en su banco, encontrándose tal confianza cimentada, básicamente, sobre la imagen que la propia entidad refleja de sí misma en el mercado.(44)

Nadie, hasta el más avezado, queda exento del atractivo que genera la reputación de los bancos dentro de la plaza. Ello, inclusive, pese a los sinsabores producidos durante la crisis económica del año 2001, que tuvo

(43) Stiglitz, G.-Stiglitz, R. "Derecho y defensa de los consumidores",Bs. As., Rocca, 1994, pp. 204/205, citado por Muller, Enrique y Saux, Edgardo, en la obra colectiva Sebastián Picasso (dir.), *Ley de Defensa del Consumidor.Comentada y anotada*, Bs. As., La Ley, 2009, p. 419.

(44) Porthé, Luis, "Responsabilidad de la entidades bancarias ante el consumidor" [en línea], www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/84/09-winitzky-porthe.pdf

por protagonistas primarios a las entidades financieras y cuyos efectos de alto impacto social hoy parecieran olvidados.

De cualquier modo, y retomando la línea interpretativa aquí propuesta, no debemos desviar el camino que siguió la LDC en su rol de amparo del usuario particular.

Así, en el mentado art. 36 ha sido previsto el conocimiento que, imperativamente, debe allegarse al cliente al tratarse de operaciones financieras o de crédito para consumo. Ello, claro está, bajo pena de nulidad.

Semejante sanción no es antojadiza ante un régimen de corte netamente tuitivo, pues de preverse una menor, su virtualidad —posiblemente— haría perder la eficacia del derecho protegido.

No olvidemos que el deber de información como expresión máxima de la actuación del principio de buena fe adquiere, en materia de defensa del consumidor, el rango de derecho fundamental reconocido expresamente en el art. 42 de la Constitución Nacional. Ello, pues constituye una valiosa herramienta prevista para conjurar la superioridad económica-jurídica que generalmente detentan los proveedores.(45)

Dentro de esos recaudos informativos que —insisto— la ley dispone en forma imperativa, han sido previstos: (i) la descripción del bien o servicio objeto de la compra o contratación; (ii) el precio de contado; (iii) el importe a desembolsar inicialmente —de existir— y el modo financiado; (iv) la tasa de interés efectiva anual; (v) el total de los intereses a pagar o el costo financiero total; (vi) el sistema de amortización del capital y cancelación de los intereses; (vii) la cantidad, periodicidad y monto de los pagos a realizar; (viii) los gastos extras, seguros o adicionales, si los hubiere.

Mas, en el marco de estos recaudos, todos por demás necesarios para garantizar los derechos del cocontratante ingenuo, uno de ellos llama poderosamente la atención dentro del estudio que aquí se propone, ya que —justamente— lo que hace este nuevo ordenamiento es reeditar la aplicación de la tasa pasiva promedio difundida por el Banco Central de la República Argentina vigente al momento de la celebración del contrato, ante la omisión incurrida por el proponente empresario a quien se

(45) Hernández, C. y Frustaglia, S., "A diez años de la Ley de Defensa del Consumidor. Panorama Jurisprudencial", en *JA*, 2003-IV-1541.

Infojus

le exige cierta proactividad. Es decir, ante tal ausencia, la obligación del tomador (consumidor) podrá concretarse mediante el cumplimiento de la prestación con los intereses previstos por lo que, actualmente, podría considerarse llanamente una tasa negativa. Circunstancia que, lógicamente, impone no sólo abandonar la prescripción del art. 565 del Código de Comercio sino tambien dejar de lado la aplicación de la doctrina plenaria del fuero comercial ("La Razón SA") que impone la tasa activa del Banco de la Nación Argentina frente a situaciones similares.(46)

Es evidente que se castiga al proveedor que no brinda una adecuada explicación en la contratación de quien será su cliente, puesto que la tasa pasiva es mucho menor que la activa establecida jurisprudencialmente para el caso de que no hubiera un interés acordado en las operaciones en general.

Para los consumidores, entonces, si no hay tasa pactada y debidamente informada se aplica, de ahora en más, la tasa pasiva.(47)

Y allanando el camino del cumplimiento para el consumidor, la LDC faculta a éste al cumplimiento directo de la obligación pagando intereses a la tasa pasiva sin necesidad de recurrir a una declaración judicial previa, ni siquiera es necesaria la nulidad parcial del contrato —como sucede con las otras sanciones que prevé el art. 36— sino, simplemente, al tratarse de un dispositivo imperativo no modificable en perjuicio del usuario, el pago de los réditos en función de aquella variable es suficiente. Obviamente, en el supuesto de existir reticencia por parte de la entidad financiera en la aceptación de un pago que no considera integral, el consumidor estará habilitado para iniciar un proceso judicial de consignación de la suma comprometida ante la mora dela acreedora. Ello, claramente, con costas a cargo de aquélla.

En definitiva, la LDC resuelve en favor del particular y de manera inmediata un supuesto específico que antes encontraba amparo en el derecho mercantil, disponiendo a partir de ahora una tasa variable inferior (pasiva) que la prevista por este último ordenamiento (activa) ante la ausencia convencional

(46) Sánchez Canavó, S., "La Ley de Defensa al Consumidor, el crédito de consumo y el acceso a la justicia" [en línea], www.iadc.com.ar

(47) Martinez Medrano, Gabriel , "La Reforma de la Ley de Defensa al Consumidor. Ley 26.361"

o frente a la falta de información por parte de la entidad bancaria. Y tal medida tiende no sólo a otorgar seguridad a la relación crediticia, ya que el incumplimiento de la obligación legal por el proveedor priva al consumidor de uno de los datos más importantes del negocio, sino que también dispone una suerte de reparación directa cuotificada para el consumidor frente al daño que pudiere derivar de su desconocimiento, no subsanado por el sujeto que, como profesional, se inviste en protagonista principal de la relación crediticia.

Esta solución, no alejada de un estigma sancionatorio para el profesional dominante, se configura en un beneficio indirecto para el deudor quien, a partir de entonces, asume una obligación con una tasa de interés moratoria muy inferior a la que debía afrontar en caso de ser un cumplidor fiel.

No parece que esta pauta de resarcimiento, que se presenta anacrónica al criterio jurisprudencial actual, resulte justa para incentivar el cumplimiento efectivo de las prestaciones de quienes, aún bajo el manto de una tutela normativa, no están exentos de pagar lo que debidamente adeudan, evitando, de tal modo, la "licuación" de sus obligaciones.

4 | La recepción de los derechos del consumidor en los contratos bancarios según la resignificación propuesta en la construcción única del Proyecto Civil y Comercial

El Proyecto de unificación del año 2012 ha optado por regular —entre otras cosas— ciertos aspectos de las relaciones de consumo, particularmente, el contrato como tal.

La fundamentación que motivó a sus redactores a la inclusión parcializada de algunos institutos, principios y reglas generales, evitando de ese modo la transcripción íntegra de la ley que hoy contempla in extenso el derecho del consumidor, no ha sido otra que sortear el valladar que, por lógica legislativa, impida una fácil mutación normativa de los eventuales cambios que genera la dinámica constante de las relaciones de consumo.

En esa tesitura, ha sido prevista una protección mínima diseminada entre todos los contratos, sin distinción, a fin de que actúe —en palabras propias— como "un núcleo duro de tutela".(48)

Pero, refiriéndonos específicamente a la contratación bancaria de las entidades con los consumidores financieros, la reforma propuesta ha tenido por norte, según sus inspiradores, transparentar las prácticas negociales de manera tal que disminuya la litigiosidad.

Para hacerlo posible, el art. 1384 delimita, en primer lugar, el ámbito de una tutela intensificada al expresar que "Las disposiciones relativas a los contratos de consumo (dispuestos en el Código y en la legislación especial) son aplicables a los contratos bancarios (con consumidores y usuarios) de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1093".(49)

Ahora bien, dentro de las condiciones contractuales dispuestas en forma imperativa para alcanzar las metas concertadas por sus autores, fue reformulado un régimen de cargas a los proveedores de los servicios bancarios haciéndose hincapié —esencialmente— en la publicidad con un alto componente de claridad; en la información del compromiso patrimonial asumido por el cliente; y en las obligaciones precontractuales y su contenido.

Básicamente, el Proyecto adopta, al igual que la Ley de Defensa del Consumidor, una perspectiva diferente para hacer más clara la responsabilidad del Banco.

Pero, ¿hasta qué punto la imposición de una tasa pasiva, en el supuesto de la actitud silente del banco, colaborará a reducir el grado de conflictividad judicializada que hoy afecta a la justicia comercial en general?

Y, de ser así, ¿podría concluirse que tal variable otorga equidad entre consumidores cumplidores y aquéllos que no lo son?

(48) Ver Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma actualización y unificación de los códigos civil y comercial de la nación, *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación,* Bs. As., Ediciones Infojus, 2012, p. 703.

(49) Barbier, Eduardo, "Contratos bancarios en el Proyecto de Código Civil y Comercial", en *Revista de Derecho Privado*, año II, nº 4, Bs. As., Ediciones Infojus, 2013, p. 120.

Para desentrañar el primer interrogante debemos recordar que, lamentablemente, la tasa pasiva y su diferencia con la activa (*spread*) es cada mayor. Circunstancias políticas y económicas (inflación; pérdida del valor adquisitivo del crédito; menor índice de inversión; desvalorización de la moneda; etc.) traducen una realidad que no puede escapar al momento de otorgar productos financieros. De hecho, estas variables han sido mérito para el cambio actual del criterio jurisprudencial.

¿Debemos pensar, entonces, que la aplicación de una tasa negativa desalentará la litigiosidad?

Como fuera destacado en el plenario "Aguirre",(50)

> "…una tasa que se encuentra por debajo de los índices inflacionarios no sólo no repara al acreedor sino que beneficia al deudor que dilata el pago de la deuda. La tasa de interés debe cumplir, además, una función moralizadora evitando que el deudor se vea premiado o compensado con una tasa mínima, porque implica un premio indebido a una conducta socialmente reprochable…".

Otras voces han acompañado esta conclusión bajo un prisma más crudo, es decir, la presunción de una intencional especulación del deudor moroso quien prefiere no pagar sus deudas hasta último momento, beneficiado así por una tasa judicial ínfima.(51)

No pareciera, entonces, que la finalidad perseguida por los principios que inspiraron el reordenamiento del derecho del consumidor dentro del ámbito de los contratos bancarios pudiera alcanzar su objetivo, por el contrario.

Obviamente, sería simplista atomizar en la tasa de interés aplicable —sea ésta activa o pasiva— el incesante aumento de las causas judiciales, basta con ejemplificar que los tribunales del fuero comercial se encuentran colapsados pese a que la tasa activa es una variable que no ha sido modificada en años.

(50) Suprema Corte de Justicia de Mendoza (sentencia plenaria del 28/05/2009).

(51) Falcón, E., *Revista Jurídica La Ley* 1994-D-712; Loustaunau *LL* 1994-E-1363.

Infojus

Sin embargo, la inclusión novedosa y contraria a la posición mayoritaria vigente que propicia la reforma del Código Civil sobre este aspecto, no pareciera mejorar esta situación que ha dejado de ser meramente coyuntural.

Desde esa misma perspectiva, podríamos encontrar también respuesta a la igualdad que debiera primar entre los consumidores en general.

Es que aquellos consumidores, hoy masificados, que recurren a los mismos servicios financieros que el moroso, se encuentran compelidos dentro de su oportuno cumplimiento a responder por un interés no menor a la tasa activa bancaria, mientras que el incumplidor se encontrará favorecido por un índice menor que, posiblemente y como se indicara precedentemente, alentara a honrar oportunamente sus deudas. Ello, a más de configurar una injusticia e inequidad entre pares, atentaría a las claras contra la seguridad jurídica.

En definitiva, desde un punto de vista dogmático, es claro que el fin que entraña la reforma del Código Civil tiene por sostén la protección del consumidor frente a la posición dominante de la entidad bancaria buscando preservar los derechos del primero. Sin embargo, desde una visión fáctica, dicho amparo deja de ser tal, para transformarse en una ecuación reñida con la justicia y la equidad no sólo para el empresario, a quien también debe resguardársele sus derechos, sino para el resto de los consumidores que pierden la igualdad ante la ley.

5 | Palabras finales

Es verdad que las previsiones legislativas no pueden ser consecuencia de situaciones esporádicas o de cambios políticos-económicos transitorios. Sin embargo, el sistema legal que, como en el caso, se concibe desde sus cimientos, debe intentar responder a un concepto que sin caer en un pragmatismo puro, refleje la evolución del mercado a través de los tiempos.

Ésa es la realidad que ya ha sido vivida, que vivimos y que —quizás— viviremos y no podemos ignorar.

Insisto la jurisprudencia actual lo ha hecho adaptándose a los cambios en pos de la justicia del caso, pues, como diría Morello, "los jueces no pueden ser fugitivos de la realidad".(52)

La tasa pasiva, en sí misma y a lo largo de los años, ha demostrado no cumplir la función resarcitoria que produce la mora del deudor, su regulación aunque sea a modo de suplencia legal, desanda el camino que hoy ha logrado un criterio unificado en la materia. Y ello, de modo alguno, significa atentar contra la protección del débil, ínsita ante la disparidad de fuerzas que presupone un contrato de consumo, sino que —simplemente— busca resarcir a través de una tasa positiva (activa) los perjuicios que se irrogan al acreedor en épocas de ostensible envilecimiento del valor adquisitivo de la moneda, siendo éste uno de los medios idóneos contra la inflación.

(52) Morello, Augusto, *La Corte Suprema en el Sistema Político*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2005, p. 9.

Fuentes citadas

Infojus

Índice de fuentes citadas

Abrevaya, Alejandra, "Oralización del proceso civil", en *Revista Jurídica La Ley*, 7 de agosto de 2012.

Alterini, Atilio y López Cabana, Roberto, "Un foco de tensión: fuertes y débiles jurídicos", en *Responsabilidad Civil*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1995.

Álvaro De Oliveira, Carlos A., "El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales en Derecho Procesal", en AA.VV, *Derecho Procesal, XXI Jornadas Iberoamericanas*, Lima, 2008.

Andahazi, Federico, *El libro de los placeres prohibidos*, Buenos Aires, Ed. Planeta, 2012.

Appelletti, M., *Proceso, ideologías, sociedad*, trad. de S. Sentís Melendo, Buenos Aires, Ejea, 1974.

Arruda Alvim, Teresa, *Manual de Direito Processual Civil*, 11ª ed., São Paulo, Rev. dos Tribunais, 2007.

Arruda Alvim, José, *Manual de Direito Processual Civil*, 11ª ed., São Paulo, Rev. dos Tribunais, 2007, v. 2; "*Sobre as multas instituidas nos arts. 14 e 18 do Codigo de Processo Civil*", en *Estudos en homenagem á Prof. Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo, DPJ, 2005.

Barbier, Eduardo, "Contratos bancarios en el Proyecto de Código Civil y Comercial",en *Revista de Derecho privado*, año II, n° 4, Bs. As., Ediciones Infojus, 2013.

Barrios de Angelis, Dante, "Audiencia preliminar, sistema y método", *en Revista Jurídica La Ley*, T. 1988-A,

Basile, Gastón J., "El ocaso de las Musas: el influjo de la retórica y la sofística en los albores de la historiografía griega", en Gabriel Livov y Spangenberg (eds.), *La Palabra y La Ciudad, retórica y política en la Grecia Antigua*, cap. II, La Bestia Equilátera, 2012.

Bergallo, Paola, "Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina", en *JA.*, Bs. As., 2006-II.

Berizonce, Roberto; Bermejo, Patricia y Amendolara, Zulma, *Tribunales y Proceso de Familia*, La Plata, Platense, 2001.

Berizonce, Roberto y Soto, Andrés, *El renacer del proceso sumario a partir de la gestión judicial y las nuevas tecnologías*, La Ley, 2013-A.

Berizonce, Roberto, "Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas", en *RDP*, Número extraordinario ("Los conflictos de interés público"), 2010, en *RDP*, 2011-2.

Berizonce, Roberto, "El 'bloque de constitucional' como pivote de las políticas públicas en el área de justicia", en *Revista Jurídica La Ley*, 09/03/2011-B.

Biavati P., "Apuntes introductivos sobre el nuevo proceso de cognición simplificada", en *RDP* 2010-1, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2010.

Biavati, Paolo, "Las recientes reformas al Código de Procedimiento Civil italiano",en *RDP*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2007-1.

Binder, Alberto y Obando, Jorge, *De las repúblicas aéreas al Estado de Derecho*, Bs. As., Ad-Hoc, 2004.

Buzaid, Alfredo, "El despacho saneador", en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, T. IV, año IV, n° 7, 1961.

Cadiet, Loïc, *Las nuevas tendencias del procedimiento civil en Francia en Reforma procesal civil*, Bs.As, AADP, Rubinzal-Culzoni, 2009.

Calamandrei, Piero, *El procedimiento monitorio*, trad. de S. Sentís Melendo, Bs. As., Ed. Bibliográfica Argentina, 1946.

Caponi, Remo, "Piero Calamandrei e la tutela cautelare", en *Rivista di Diritto Processuale*, septiembre-octubre, 2012.

Cappelletti M., "Acceso a la justicia (como programa de reformas y método de pensamiento)", en *Revista del Colegio de Abogados*, trad. de G. Seminara, La Plata, nº 41, 1981.

Carbone, Carlos A., "Los procesos urgentes y la anticipación de la tutela", en *Revista de Direito Processual Civil* 21.

Carli, Carlo, *La Demanda Civil*, Bs. As., Ed. Lex, 1973.

Carpi Federico, "*Alcune osservazioni sulla riforma dell´ esecuzione per expropriazione forzata*", en *Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civ.*, 2006.

Carpi, Federico, *La provvisoria essecutorietà della sentenza*, Milano, Giuffrè, 1979.

Carpi, Federico, *La simplicazione dei modelli di cognizione ordinaria e l´oralitá per un processo civile efficiente*, relación sintetizada al Seminario en homenaje a Ada Pellegrini Grinover, en *RePro*, nº 178, Sâo Paulo, 2009.

Carrió, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1990.

Castoriadis, Cornelius, *La ciudad y las leyes*, Fondo de Cultura Económica, 2012.

Chiassoni, Pierluigi, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2007.

Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de Reforma Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012.

Comoglio, Luigi P., *Commentario della Costituzione* (a cura di G. Branca), Bologna-Roma, Zanichelli-Foro italiano, 1981.

Correa Delcasso, Juan P., *El proceso monitorio*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1998.

Cosentino, G. R., "Las tecnologías del gerenciamiento y la información, en *XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal*, Bs. As., Facultad de Derecho UBA-AADP, 2009.

Courtis, Cristhian, "Tutela judicial efectiva y afectaciones colectivas de derechos humanos", en *JA*, Bs. As., 2006-II.

Da Silva, Ovidio B., *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1979.

Da Silva, Ovidio B., *Curso de Processo Civil*, v. 3, 3ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

De los Santos, Mabel y Calmon, Petrônio, "Informe general sobre tutelas urgentes y cautela judicial", en *Derecho procesal contemporáneo. Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, T.I, Santiago, Puntolex, 2010.

Denti, Vittorio, "*Diritti della persona e tecniche di tutela giudiziale*", en *L'informazione e i diritti della persona*, Napoli, Jovene, 1983.

Denti, Vittorio, "*Diritti della persona e tecniche di tutela giudiziale*", en *L'informazione e i diritti della persona*, Napoli, Jovene, 1983.

Di Majo, Adolfo, *La tutela civile civile dei diritti*, Milano, Giuffrè, 1993.

Dinamarco, Cândido R., *A reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo, Malheiros, 1995.

Eisner, Isidoro, "El nuevo art. 125 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", en *Revista Jurídica La Ley*, 1981-C.

Falcón, Enrique M., *Procesos de ejecución*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 1998, T. I, vol. A.

Falcon, Enrique, *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial. Parte General - Demanda*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, T.I, 2006.

Farina, Juan, *Defensa del consumidor y del usuario*, 4° ed., Bs. As., Astrea, 2011.

Fernández Balbis, Amalia, "La videograbación de las audiencias y su máximo rendimiento para una valoración fundada de la prueba", en *ED*, 01/08/2013.

Fernández, Balbis, "La videograbación de las audiencias y su máximo rendimiento para una valoración fundada de la prueba", *en ED, 01/08/2013*.

Fernández, Raymundo y Gómez Leo, Osvaldo, *Tratado teórico-práctico de Derecho Comercial*, Bs. As., Depalma, 1991, TIII-B.

Fiss, Owen., *El derecho como razón pública*, trad. de E. Restrepo Jaldarriaga, Madrid-Barcelona-Bs. As., Marcial Pons, 2007.

Fux, Luiz, *Tutela de segurança e tutela da evidência*, São Paulo, Saraiva, 1996.

García Lema, Alberto M., "Oralización del proceso judicial no penal. Algunos aspectos constitucionales", en *Revista Jurídica La Ley*, Suplemento Constitucional, Bs. As., 08/11/ 2008.

García Ramírez S., *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, UNAM, 2002.

Gascón, Marina, *Los hechos en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

Gelsi Bidart, A.; Torello, L. y Vescovi, E., *Hacia la preparación de Códigos Procesales Modelos: las bases para la reforma: en Códigos Procesal Civil y Procesal Penal, Modelos para Iberoamérica*, Madrid, Ed. Ministerio de Justicia.

Gidi, Antonio, *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos, As acoes coletivas em uma perspectiva comparada*, Editora Revista dos Tribunais

Ginzburg, Carlo, *El queso y los gusanos*, Barcelona, Península, 2008.

Ginzburg, Carlo, *Mitos, emblemas, indicios*, Barcelona, Gedisa, 2008.

Giorgianni, Michele, "*Tutela del creditore e tutela 'reale'*", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1975.

Gozaini, Osvaldo A., "El amparo como vía de prevención del daño", en *Revista Jurídica La Ley*, 2000-F-1106.

Greif, Jaime, *Temas de Derecho Procesal Civil*, Montevideo, Cauce Editorial, 2000.

Hernández, C. y Frustaglia. S., "A diez años de la Ley de Defensa del Consumidor. Panorama Jurisprudencial", en *JA*, 2003-IV-1541.

Infojus

HERRERO, LUIS RENÉ, "*El derecho a ser oído. Eficacia del debate procesal*", en *Debido proceso, obra colectiva*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005.

HITTERS, JUAN CARLOS, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, La Plata, Inst. Est. Jud. SCBA, 2009.

ISSACHAROFF, SAMUEL, "*Fairness in Agregation*", en *I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Procesos Colectivos y Class Actions*, Bs. As., 6 a 9 de junio de 2012, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, mayo, 2012.

ITURBIDE, GABRIELA, "Hacia la oralidad en los juicios civiles (Acordada n° 1068 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil", en *El Dial.com*

ITURBIDE, GABRIELA, "Relevancia en el proceso civil de la audiencia preliminar", *en ElDial.com*.

KAPLAN, BENJAMIN, "*Continuing work of the civil committee: 1966 amendments to the federal rules of civil procedure*", *81 Harv. L. Rev. 356*, 1967.

KLONOFF, ROBERT H. y BILICH, EDGARD, K. M., *Class actions and other multy-party litigation*, St. Paul, Minnesota, West Group, 2000.

LARENZ, KARL, *Metodologia da ciência do direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LEBRE DE FREITAS J., *Açao executiva depois da reforma*, 4ª ed., Coimbra, 2004.

Libro de Ponencias generales, XXVIII *Congreso Nacional de Derecho Procesal. Ponencias generales y ponencias seleccionadas*, AADP, 2013.

LORENZETTI RICARDO L., *Justicia colectiva*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010.

LORENZETTI, RICARDO L., "El juez y las sentencias difíciles", en *Revista Jurídica La Ley*, 1998-A-1039.

LOUTAIF RANEA R., "Proceso monitorio", en A. M. Morello, *Acceso al Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Lajouane, 2007, T. II.

MAGGI, FRANCESCA y CARLETTI, FABRIZIO, "*I provvedimenti di istruzione preventiva*", en Giuseppe Tarzia y Achille Saletti, *Il processo cautelare*, 3ª ed., Padova, Cedam, 2008.

MARINONI, LUIZ G., *A antecipaçâo da tutela na reforma do processo civil*, 2ª ed., Sâo Paulo, Malheiros ,1996.

MARINONI, LUIZ G., *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*, 2ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, LUIZ G., *Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*, trad. de A. Zela Villegas, Lima, Palestra, 2007.

MARINONI, LUIZ G., *Novas linhas do processo civil*, 2ª ed., Sâo Paulo, Maleiros, 1996.

MARINONI, LUIZ G., *Teoria geral do processo*, Sâo Paulo, Rev. dos Tribunais, 2006.

MARINONI, LUIZ G., *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

MARINONI, LUIZ G., *Tutela cautelar e tutela antecipatoria*, Sâo Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1992.

MARINONI, LUIZ G., "*Tutela inhibitoria: la tutela de prevención del ilícito*", en *ED*, *n°* 186.

MARINONI, LUIZ G., *Antecipação da Tutela*, 12ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

Infojus

Marinoni, Luiz G., *Técnica processual e tutela dos direitos*, 3ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

Marinoni, Luiz G., *Tutela Específica*, 2ª ed, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

Marinoni, Luiz G., *Tutela Inibitória*, 3ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001.

Márquez, José, *Intereses judiciales. Un excelente debate en el Tribunal Superior de Justicia cordobés*, n° 261, Córdoba, Ed. Zeus, T.9.

Martinez, Oscar J., "Procesos de estructura monitoria", en *XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Universidad Nacional de La Plata, 1994.

Mazzamuto, Salvatore, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, Jovene, 1978.

Mitidiero, Daniel, *Antecipação da Tutela*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

Mòcciola, Michele, "*Problemi del risarcimento del danno in forma specifica nella giurisprudenza*", en *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1984.

Monroy Palacios, Juan José, *Bases para la formación de una teoría cautelar*, Lima, Comunidad, 2002.

Morello A., Sosa G. y Berizonce, Roberto, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, 2° ed.,Bs. As., Abeledo Perrot/LEP, 1982, vol. I.

Morello, Augusto, *Anticipación de la Tutela*, La Plata, Platense, 1996.

Morello, Augusto M., *El proceso civil moderno*, La Plata, Librería Editorial Platense, 2001.

Morello Augusto, *La Corte Suprema en acción*, Bs. As., Abeledo Perrot/LEP, 1989.

Morello Augusto, M., *La Justicia frente a la realidad*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2002.

Morello, Augusto M., "Prefacio", en *La reforma procesal civil en Buenos Aires*, La Plata, Ed. Platense, 1967.

Nardoni, Enrique, "La Justicia en la Mesopotamia Antigua", en *Revista Bíblica*, año 55, n° 52, 1993/4.

Ortells, Ramos M., Derecho Procesal Civil, 3ed. Navarra, Aranzadi, 2002.

Oteiza, Eduardo, "Las tutelas cautelares y anticipadas. Informe argentino", en *Derecho procesal contemporáneo. Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, T. I, Santiago, Puntolex, 2010.

Oteiza, Eduardo, "Los procesos de conocimientos amplios", en Enrique Falcón (dir.), *Estudios sobre la reforma de la ley 25.488*, cap. VII, Rubinzal-Culzoni.

Ovalle Favela J., "Tradiciones jurídicas y proceso civil", en J. Adame Godar (coord.), *Derecho Privado*, México, UNAM, 2005.

Parra Quijano, Jairo, "El rol actual de la jurisprudencia y los métodos de uniformación", Informe colombiano al VII Seminario Internazionale su: *Sistema giuridico latinoamericano e processo. Uniformazione del diritto*, Roma, 20-22 de mayo de 2004.

Pellegrini Grinover, Ada., *A marcha do processo*, Río de Janeiro, Forense, 2000.

Pellegrini Grinover A., *O tratamento dos processos repetitivos en Processo Civil. Novas tendências. Homenagem no Prof. Humberto*

Infojus

Theodoro Junior, Bello Horizonte, Del Rey, 2008.

Peyrano, Jorge W., "Acerca de la subsistencia temporaria de una cautelar en un proceso principal extinguido", en *ED*, T. 251.

Peyrano, Jorge W., "*La oralidad civil filmada está cerca*", Columna de Opinión, en *Revista jurídica La Ley*, 6 de agosto de 2013.

Peyrano, Jorge W., *Problemas y soluciones procesales*, Ed. Juris, 2008.

Peyrano, Jorge W., "Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia, medidas autosatisfactorias", en *Revista de Direito Processual Civil* 9.

Peyrano, Jorge W., "Régimen de las medidas autosatisfactivas, nuevas propuestas", en *Revista de Direito Processual Civil* 7.

Picasso, Sebastián, "Sobre ciertas resistencias a la aplicación de la ley de defensa del consumidor", en *Revista Jurídica la Ley*, 23/02/2004.

Picó I Junot J., "El proceso monitorio", en XXVIII *Congreso Nacional de Derecho Procesal. Ponencias generales y ponencias seleccionadas*, AADP, 2013.

"Ponencias presentadas en las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal", en *Relatorías y ponencias sobre Derecho Procesa*l, San José, Costa Rica, 2000, v. I.

"Ponencias y Relatos generales sobre técnicas de gestión judicial y eficacia del proceso", en *XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal*, Bs. As., Facultad de Derecho UBA-AADP, 2009.

Porthé, Luis, "Responsabilidad de la entidades bancarias ante el consumidor", [en línea], www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/84/09-winitzky-porthe.pdf

Porzio, Paula, "La audiencia preliminar en el ámbito de la Capital Federal de la República Argentina", [en línea] *ElDial.com*.

Priori Posada, Giovanni, *La tutela cautelar*, Lima, Ara, 2006.

Proto Pisani, Andrea, "*Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*", Foro Italiano, 1983.

Proto Pisani, Andrea, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1994.

Proto Pisani, Andrea, "*Sulla tutela giurisdizionale differenziata*", en *Rivista di Diritto Processuale*, 1979.

Quiroga Lavie, Humberto, *La formación del Derecho Procesal Organizacional*, La Plata, Honorable Cámara de Diputados, 1998.

Ramírez, Diana, *La prueba de oficio*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

Ramírez, Diana, *La prueba en el proceso una aventura intelectual*, Medellín, Editorial Jurídica Sánchez, 2013.

Ramos Romeu, Francisco, "Formas del proceso y funcionamiento de la justicia. Análisis del derecho comparado", en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, España, Universidad de Valencia, 2008, vol. I.

Rapisarda, Cristina, *Profili della tutela civile inibitoria*, Milano, Giuffrè.

Rezzónico, Luis María, *Estudio de las Obligaciones*, 9ª ed., Bs. As., Depalma, 1966.

Ribera, Carlos, "Los intereses de las obligaciones ajustadas por CER y CVS", en *Revista Jurídica La Ley*, julio 2004.

Infojus

Ricci, Edoardo, "*A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano*", en *Revista de Direito Processual Civil*, Génesis Editora, v. 6.

Ríos, Gustavo A., "La injucción santafesina", en *J. S., Revista de Doctrina y Jurisprudencia de la Provincia de Santa Fe*, nº 3.

Rivera, Julio, "Ejercicio del control de la tasa de interés", en *Revista Jurídica La Ley*, julio 2004.

Rojas, Jorge, "Los límites de la tutela anticipada", en *Sentencia Anticipada*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2001.

Rouillon, Adolfo, *Código de Comercio—comentado y anotado—*, Bs. As., La Ley, 2005, T. I.

Saletti, A. y Sassani, B., *Commentario alla reforma del Códice di Procedura Civile*, *Legge*, 18 giugno 2009, nº 69, Torino, Utet, 2009.

Saletti A., "*Le (ultime?) novita in tema de esecuzione forzata*", en *Riv. Dir. Proc.*, 2006.

Saletti, Achille, "El nuevo régimen de las medidas cautelares y posesorias", en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Lima, Communitas, 2008, T. XI.

Salgado Alí, Joaquín, "A propósito del proyecto de reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y el llamado proceso sumario", en *Revista Jurídica La Ley* 1980-C-1061.

Salgado, José María, *Tutela Individual Homogénea*, Bs. As., Astrea, 2011.

Salvi, Cesare, "*Legittimità e 'razionalità' dell'art. 844 Codice Civile*", en *Giurisprudenza italiana*, 1975.

Samori, Gianpiero, "*La tutela cautelare dichiarativa*", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1995.

Sánchez Canavó, S. "La Ley de Defensa al Consumidor, el crédito de consumo y el acceso a la justicia", [En línea], www.iadc.com.ar

Scarselli, Giuliano, *La condanna con riserva*, Milano, Giuffrè, 1989.

Scognamiglio, Renato, "*Il risarcimento del danno in forma specifica*", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957.

Serra Domínguez M., *Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, J. M. Bosch, La Ley 1/2000, 2000.

Silvestri, Elisabetta, "*Corti Supreme Europee: Accesso, filtri e selezione*", en *Le Corti Supreme*, Milano, Giuffrè, 2001.

Sosa, Toribio, "Modalidad informática del lenguaje: nueva escritura y nueva oralidad, juntas, a través de la computadora", en *Suplemento Doctrina Judicial Procesal*, octubre 2011.

Stiglitz, G. y Stiglitz, R., *Derecho y defensa de los consumidores*,Bs. As., Rocca, 1994, en cita por Muller, Enrique y Saux, Edgardo, en Sebastián Picasso (dir.), *Ley de Defensa del Consumidor.Comentada y anotada*, Bs. As., La Ley, 2009.

Taruffo, Michele, "*La Corte di Cassazione e la legge*", en *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, Il Mulino, 1991.

Taruffo, Michele, "Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione", *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1986.

Taruffo, Michele, *La tutela collectiva: interesse in giocco ed esperienze a confronto*, Riv. Tri. Dir. Processual e Civile, Milano, Dott A. Giuffré Editore, p. 530.

Taruffo, Michele, *Memorias del VI Congreso Internacional de Derecho Procesal*, Cartage-

Infojus

na de Indias, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2013.

Tarzia, Giuseppe., "*Il giusto processo di esecuzione*", en *Riv. Dir. Proc.*, n° 2, 2002.

Tarzia, Giuseppe., "*Presente e futuro delle misure coercitive civile*", en E*secuzione forzata e procedure conconsuali*, Padova, Cedam, 1994.

Tarzia, Giuseppe, "*Problemi attuali dell´esecuzione forzata*", en *II Congreso Brasileño de Derecho Procesal*, Brasilia, 1997.

Theodoro Junior, Humberto, "*Tutela diferenciada*", en *Studi di Diritto Processuale Civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano, Giuffré, 2005, v. III.

Theodoro Junior, Humberto, *As vias de execução do Código de Processo Civil brasileiro*, en Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.), *Aspectos polémicos da nova execução*, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 2006.

Tommaseo, Ferruccio, *Appunti di diritto processuale civile*, Torino, Giappichelli, 1995.

Tommaseo, Ferruccio, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, Cedam, 1983.

Vallespín Pérez D., "Los nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso civil", en AA.VV, *Derecho Procesal, XXI Jornadas Iberoamericanas* , Lima, 2008.

Vargas Viancos, Juan E., "Eficiencia en la Justicia en Sistemas Judiciales", en *CEJA*, n° 6, Santiago de Chile, CEJA, 2003.

Vargas Viancos, Juan E., "Herramientas para el diseño de despachos judiciales", en *CEJA*, nº 10, 2006.

Vargas Viancos, Juan E., "La reforma a la justicia civil desde la perspectiva de las políticas públicas", en *CEJA*, nº 11, 2006.

Vargas, Abraham L., "Teoría general de los procesos urgentes", en *Medidas Autosatisfactivas*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 1999.

Verde, Giovanni, "*Considerazioni sul procedimento d'urgenza —come è e come si vorrebbe che fosse*", en *I processi speciali. Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli, Jovene, 1979.

Véscovi, Enrique, "La reforma del proceso ejecutivo para Iberoamérica: la adopción del procedimiento de estructura monitoria", en *Libro Homenaje a Jaime Guasp*, Granada, Ed. Comares, 1984.

Wajntraub, Javier, "Aplicación del régimen de defensa del consumidor a la contratación bancaria. Acciones colectivas y legitimación", en María Elisa Kabas de Martorell (dir.), *Responsabilidad de los bancos frente al cliente*, Rubinzal-Culzoni, 2006.

Wright, Charles A., *Class actions*, 47 FRD 169, 1970.

Wroblesky, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, Universidad del País Vasco, 1989.

Zanuttigh, Loriana, "La tutela cautelar attipica", en *L'informazione e i diritti della persona*, Napoli, Jovene, 1983.

Zuckerman, A. A. S., *Procedural reform in England en The reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, N. Trocker y V. Varano (eds.), Torino, Ed. G. Giappichelli, 2005.

Infojus

Índice Temático

A

ACCESO A LA JUSTICIA P. 83, 88, 85, 123, 128, 154, 233, 247

AUDIENCIA P. 9, 23, 39, 49, 51, 53, 56, 58, 59, 68, 75, 76, 77, 78, 79, 81, 86, 95, 96, 97, 140, 141, 142, 146, 148, 149, 151, 164, 182, 189, 191, 193, 201, 202, 203, 205, 208, 209, 210, 244, 246

audiencia de prueba P. 50, 62, 63, 64, 69, 70, 73, 74, 93, 98, 196, 197, 198, 199

audiencia de vista de causa P. 64, 72, 80

audiencia preliminar P. 32, 36, 53, 57, 62, 63, 64, 65, 66, 69, 86, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 98, 189, 190, 192, 197, 198, 205, 244, 246

digitalización de las audiencias P. 73, 196

proceso por audiencias P. 32, 33, 53, 62, 69, 86, 88, 92, 96, 122, 129, 158, 197, 199, 206, 207, 210

videograbación de audiencias P. 49, 51, 56, 58, 59, 64, 65, 69, 70, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 80, 96, 192, 196, 197, 198, 199, 243

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD P. 101, 133, 217, 218

C

CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN P. 4, 5, 18, 32, 33, 56, 57, 65, 67, 74, 85, 88, 190, 199, 243, 247

CONSTITUCIÓN NACIONAL P. 11, 14, 15, 155, 160, 232

bloque de constitucionalidad P. 27, 131

derecho constitucional P. 56, 82, 103, 110, 132, 203

garantías constitucionales P. 17, 132, 133, 134, 136, 221

principios constitucionales P. 20, 132, 134, 135, 157

CONSUMIDOR P. 15, 16, 27, 33, 71, 111, 112, 174, 214, 215, 224, 227, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 243, 246, 248

Ley de Defensa del Consumidor P. 214, 229, 230, 231, 232, 233, 235, 244, 246, 247, 248

CONTRATOS BANCARIOS P. 214, 235, 236

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN P. 9, 17, 57, 59, 87, 159, 163, 178, 184, 220, 226

D

DEBIDO PROCESO P. 32, 36, 37, 56, 82, 122, 126, 127, 128, 135, 157, 158, 160, 183, 184, 201, 203

debido proceso probatorio P. 135

violación al debido proceso P. 132, 134, 136, 139

DERECHO PROCESAL P. 4, 9, 16, 19, 25, 26, 27, 29, 30, 33, 35, 40, 41, 42, 43, 44, 53, 61, 69, 82, 83, 85, 86, 88, 89, 106, 113, 114, 119, 123, 126, 129, 131, 132, 133, 153, 155, 159, 160, 173, 187, 196, 197, 200, 205, 206, 207, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248

principios procesales P. 11, 36, 65, 66, 121, 127

DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA P. 15, 27, 28, 127,

acciones colectivas pasivas P. 156, 157, 161, 169

acciones de clase P. 155, 156, 159, 161, 163, 165, 167

demanda colectiva P. 158, 162

derechos individuales homogéneos P. 15, 127, 158, 161, 165, 166, 167, 168, 169

procesos colectivos P. 28, 127, 154, 155, 156, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 170, 171, 244

E

EJECUCIÓN DE SENTENCIA P. 8, 16, 17, 33, 41, 87, 99, 107, 160, 168
ejecución parcial de la sentencia P. 17
ejecución provisoria de sentencias P. 17, 18, 129

ESTADO LIBERAL P. 132, 136

EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA P. 15, 24, 34, 38, 39, 124, 125, 127, 158, 160, 165, 167, 169, 185, 208

EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA P. 124, 125, 127, 160, 164

EXPEDIENTE JUDICIAL P. 92, 120
expediente electrónico P. 130
firma digital P. 77, 191

I

INTERÉS PÚBLICO P. 28, 173, 174, 241

J

JUSTICIA CIVIL P. 29, 49, 86, 88, 107, 117, 119, 121, 122, 123, 201, 202, 203, 227, 248

M

MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS P. 10, 106, 184, 246

MEDIDAS CAUTELARES P. 12, 13, 24, 34, 35, 37, 98, 102, 104, 105, 106, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 159, 167, 168, 183, 187, 246, 247, 249
acción cautelar innominada P. 103, 104, 105, 112, 117
medida cautelar innovativa P. 8, 9, 10, 184
tutela anticipada P. 9, 10, 105, 106, 107, 108, 109, 113, 114, 115, 116, 117, 247
tutela preventiva o inhibitoria P. 13, 14, 15, 16, 101, 102, 103, 104, 110

P

POLÍTICAS PÚBLICAS P. 27, 28, 29, 30, 82, 174, 175, 176, 177, 178, 241, 248
políticas de acceso a la vivienda P. 180
políticas sociales P. 176, 178

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA P. 34, 126, 127, 158

PRINCIPIO DE DEFENSA P. 126

PRINCIPIO DE ORALIDAD P. 47, 49, 51, 52, 53, 241
principios de oralidad e inmediación P. 54, 58
procedimiento judicial oral y público P. 52, 53, 58, 59, 60, 66, 88, 92, 96, 142, 149, 209, 210
tribunales orales P. 62, 149

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD P. 21, 136

PROCESO CIVIL P. 4, 20, 25, 26, 27, 31, 32, 40, 42, 47, 49, 50, 52, 54, 55, 57, 61, 62, 68, 78, 80, 85, 87, 90, 92, 98, 101, 102, 113, 115, 116, 117, 127, 131, 142, 143, 144, 145, 173, 187, 188, 196, 199, 200, 201, 203, 206, 207, 241, 244, 245, 246, 247, 248

PROCESOS DE CONOCIMIENTO P. 5, 11, 38, 70, 79, 102, 103, 113, 117, 182, 196, 197
proceso ordinario P. 115, 129, 183, 188, 189
proceso sumario P. 37, 129, 190, 191, 241, 247

PROCESOS DE EJECUCIÓN P. 4, 43, 122, 129, 243

PROCESOS DE ESTRUCTURA MONITORIA P. 4, 5, 6, 7, 33, 44, 122, 128, 129, 202, 209, 242, 246
proceso monitorio documental P. 6
proceso monitorio puro P. 6

PRUEBA P. 5, 24, 34, 35, 36, 48, 49, 51, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 62, 64, 65, 66, 68, 69, 70, 72, 74, 75, 77, 81, 82, 87, 89, 90, 91, 92, 94, 95, 98, 105, 106, 112, 120, 126, 130, 132, 134, 135, 142, 143, 145, 146, 147, 167, 183, 190, 192, 196, 197, 198, 199, 202, 206, 243, 247
carga de la prueba P. 7, 123, 124, 137, 138, 178
carga dinámica de la prueba P. 123, 137, 138
medios de prueba P. 7, 39, 73, 93, 139, 149

producción de la prueba P. 80, 108, 189
prueba de oficio P. 136, 137, 138, 208, 246
prueba pericial P. 63, 78, 148, 149, 151
valoración de la prueba P. 50, 127, 133, 151

R

RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS *véase* SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

S

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS P. 89, 98, 121, 123, 132, 183, 189

T

TASA DE INTERÉS P. 215, 218, 219, 220, 221, 223, 224, 225, 226, 228, 232, 234, 236, 247
tasa pasiva P. 214, 215, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 232, 233, 235, 236, 238
TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS P. 125
TUTELA JUDICIAL EFECTIVA P. 27, 33, 38, 103, 104, 110, 111, 116, 132, 134, 160, 182, 183, 205, 241, 244, 248

V

VULNERABILIDAD P. 174, 176, 179, 199, 203, 209

Infojus

Este libro con una tirada de 10.000 ejemplares, se terminó de imprimir en
los Talleres Gráficos de la Cooperativa Campichuelo Ltda. en noviembre de 2013.

GRAFICA CAMPICHUELO
Cooperativa Obrera Gráfica Campichuelo Ltda

Campichuelo 553 - C.A.B.A. - C1405BOG - Telefax: 4981-6500 / 2065-5202
campichuelo@cogcal.com.ar www.cogcal.com.ar

Infojus