

XX Congreso Nacional de Derecho Procesal

**San Martín de los Andes
Provincia del Neuquén**

Comisión: Proyectos de reforma al Proceso Civil

Ponencia: “Nuevas estructuras para los procesos urgentes”

Autor: Jorge A. Rojas

Año 1999

**NUEVAS ESTRUCTURAS PARA LOS
PROCESOS URGENTES**

INDICE

- 1.- Introducción
 - 2.- La importancia de las formas
 - 3.- Alcance de la voz proceso
 - 4.- Principios y sistemas
 - 5.- Nuevo giro sobre las formas
 - 6.- La estructura monitoria
- Conclusiones: Ponencia

1.- INTRODUCCION

Hace tiempo que la necesidad de encontrar un cauce adecuado para regular los procesos urgentes ocupa a los procesalistas.

Quizás esa impronta me haya influenciado a participar en 1996, en las ya tradicionales Jornadas de Derecho Civil, Comercial y Procesal, que se llevan a cabo en la Ciudad de Junín, Provincia de Buenos Aires, como en el anterior Congreso Nacional de Derecho Procesal.

En ambos Eventos, trabajé sobre la importancia que tienen las formas en nuestra materia, como asimismo sobre las necesidades de encontrar aquellas que resulten adecuadas para regular el amparo, que es el proceso urgente por excelencia que concibió la Constitución Nacional, y que nuestra legislación aún no reglamentó.

La temática que nos propone este XX Congreso, hace que pueda volver sobre aquellas ideas-fuerza¹, que consisten en el valor que le asignamos a las formas, y a la estructura que proponemos para la regulación de estos procesos urgentes, los cuales en este nuevo encuentro se diferencian entre la anticipación de tutela, y los procesos con estructura monitoria, por lo tanto a ellos nos abocaremos.

2.- LA IMPORTANCIA DE LAS FORMAS

La importancia de las formas es la importancia de nuestra materia. La instrumentalidad del Derecho Procesal, se refleja palmariamente en este aspecto, pues merced a ella, no solo las normas del derecho sustancial se tornan operativas, sino que además, así también resulta visible el proceso.

Por lo tanto, **la relación de la que debemos ocuparnos, consistiría en la compatibilización de aquellas formas que resultan esenciales para la conformación de un proceso judicial de carácter urgente, con los principios fundantes de un verdadero proceso.**

Esto es, un proceso que nos muestre, al desgranarlo, la reunión de los principios liminares que nos permita su categorización como tal, y que a su vez, permita reducir o evitar -según las alternativas que se planteen- los riesgos que importa la consumación de tiempo por parte de aquellos “moldes” tradicionales, por todos conocidos.

Ha sostenido Chiovenda –a comienzos de siglo- que: “la experiencia ha demostrado que las formas en el juicio son tan necesarias y aún mucho más que en cualquiera otra relación social, pues su falta nos lleva al desorden, a la confusión y a la incertidumbre...muchas –sostenía- son consecuencia de las condiciones sociales y políticas del tiempo, pero otras son restos de antiguos

¹ Como lo denomina Peyrano, véase “La tutela de urgencia en general y la tutela anticipatoria en particular” E.D 163-786.

sistemas, que se transmiten por un aferramiento a veces justo, otras irrazonable, a la tradición, y por el espíritu conservador que domina la clase forense, como en todas las clases que se educan con una larga preparación técnica².

La elocuencia de la postura de Chiovenda, nos releva de mayores comentarios sobre la importancia de las formas, sin embargo agregaba el maestro italiano, que la historia de las leyes y de los usos forenses nos presenta un eterno contraste entre el sentimiento de la necesidad de las formas y la necesidad de que la justicia intrínseca, la verdad de los hechos en el proceso, no sea sacrificada a las formas.

Por eso sostuve, citando a Foucault, que desde los orígenes de la humanidad, la historia de las formas tiene que ver con la relación que existe entre la verdad y la justicia, pues sus mecanismos nos permiten develar el desarrollo de aquella³.

3.- ALCANCE DE LA VOZ PROCESO

Si partimos de la premisa que señalamos, esto es, la importancia de las formas para la realización de un proceso judicial, y tenemos en cuenta nuestro objetivo último, que consiste en la concreción de un proceso urgente, considero que no ofrecería mayor inconveniente la delimitación del alcance del adjetivo urgente, tanto como la del sustantivo proceso.

Entiendo que éste es el otro aspecto en el que debemos reparar, pues nuestra Constitución Nacional, al contemplar el debido proceso legal, trae consigo principios liminares o fundantes que marcan los requisitos o pautas que debe observar un proceso judicial para ser considerado tal.

Por ejemplo, la Constitución Nacional no dice que una persona puede ser condenada SIN juicio previo, por el contrario requiere UN JUICIO PREVIO, en el cual se dicte una sentencia fundada en ley.

Para ello, obsérvese que en la Constitución no se establecen formas especiales, por el contrario éstas vienen impuestas por el legislador que las organiza.⁴

² Chiovenda, José – Principios de Derecho Procesal Civil, T. II, p. 114, Ed. Instituto Editorial Reus S.A, 1997, España.

³ Véase mi trabajo titulado Proceso y Amparo, publicado en el boletín especial editado por Jurisprudencia Argentina sobre “Cuestiones de Derecho Procesal Civil” el 7/5/97, nro. 6036, p. 37.

⁴ En este sentido no solo se tienen en cuenta los principios rectores que marca nuestra Ley Fundamental, sino además los que surgen de los Tratados que esta incorpora (vrg. el derecho a ser oído que lo consideramos como una manifestación del principio de igualdad (art. 16 C.N) que consagra el art. 8 del Pacto San José de Costa Rica) como asimismo criterios de conveniencia que deben forzosamente tener en cuenta la infraestructura con la que se cuenta, la dotación de personal, la población, las pautas culturales que tiene un determinado pueblo, entre otros aspectos, que hacen al modos vivendi de una sociedad determinada, en un tiempo también determinado. No nos puede pasar por alto que la sociedad de comienzos de siglo tenía una determinada organización social, que evidentemente no es la misma que la de fin de siglo.

De acuerdo con esto, la observancia de la realidad nos puede deparar con absoluta claridad, necesidades elementales que evidencia el justiciable, y que en muchos casos, el servicio de administración de justicia no puede satisfacer.

En base a lo expuesto, debemos preguntarnos: ¿cómo definir al proceso judicial para que la garantía que representa, no se transforme en un perjuicio, no ya solamente por el transcurso del tiempo, sino lo que es más grave, que ello sea consecuencia de una actividad jurisdiccional que no pueda ser conceptualizada con un verdadero proceso justo?⁵.

Aquí se centra a mi entender, la problemática liminar de esta temática, toda vez que es mucho más riesgoso que sufrir un perjuicio por el transcurso del tiempo; sufrirlo por haber sido condenado en un proceso que no es tal, sino solo una mera apariencia⁶.

Por lo tanto, considero que debemos partir de la base de analizar de qué modo puede la jurisdicción emitir un juicio, sin violar los principios que fundarían un proceso, y en especial un proceso de carácter urgente.

Esto nos lleva a preguntarnos si existen principios fundantes para ello, y podemos apreciar que de la Constitución y los Tratados que ha incorporado (conf. art. 75 inc. 22) surgen los siguientes: el de autoridad, el de igualdad (dentro del cual incluimos el de bilateralidad, que en forma expresa consagra el art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica), el de congruencia, y el de legalidad.

4.- PRINCIPIOS Y SISTEMAS

Hace mucho tiempo Díaz, nos enseñaba a distinguir los principios procesales de los sistemas, señalando que los primeros, son los presupuestos políticos que determinan la existencia funcional de un ordenamiento procesal cualquiera⁷.

Se desprende de esta concepción, que según la letra de la Constitución Nacional, existen principios fundamentales a tener en cuenta para la emisión de una sentencia que pueda dirimir un conflicto.

Uno es el principio de congruencia otro el de legalidad, pues nadie puede ser condenado si no es en base a la letra de una ley, que sea anterior a los hechos que se juzgan, como asimismo nadie puede ser condenado –entendido en sentido lato- si no es a través de un juicio, emitido por sus jueces naturales.

⁵ Ver Morello, Augusto M.; El Proceso Justo y las Garantías Jurisdiccionales p. 383 y ss.; en el libro Congreso Derechos y Garantías en el siglo XXI dirigido por Aída K. De Carlucci y Roberto M. Lopez Cabana, llevadas a cabo en la Facultad de Aderecho de la U.B.A, en mayo de 1999, Ed, Rubinzal-Culzoni.

⁶ Ver la opinion vertida el comentar el caso Faiart, resuelto el 18/9/98 por la sala II de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Rosario, en la revista de Derecho Procesal nro. 2 p. 409, Ed. Rubinzal-Culzoni.

⁷ Véase Instituciones del Derecho Procesal, T.I, p. 212 ss, Ed. Abeledo-Perrot.

Esto nos vuelve a llevar a la conceptualización de esta voz, es decir ¿es lo mismo proceso que juicio?

No podemos hacer ahora una disquisición de tipo filosófico, pues la extensión de esta tarea no lo permite, aunque si señaláremos, qué entendemos por ello, para tener una de las premisas de nuestra labor por cierta.

Consideramos que “juicio previo” importa el análisis o valoración que hace el juez a través de los extremos que vienen a su conocimiento por medio de un mecanismo regulado específicamente (el procedimiento que se desarrolla como cara visible del proceso) para perseguir la actuación del derecho sustancial.

Si esto es así, debemos interpretar sistémicamente el proceso, como la secuencia concatenada de actos, que tienen por finalidad la consecución de un objetivo común, esto es la actuación de la voluntad de la ley, en la clásica concepción chiovendiana.

Por lo tanto, si tenemos conceptualizados estos extremos a los fines de nuestro objetivo, quedaría ahora por considerar qué son los sistemas, que hemos enunciado en el título de este párrafo.

Aquí se cierra esta cuestión que nos ocupa, pues siguiendo a Díaz, los sistemas resultan **“las formas aptas para que esos principios procesales, entendidos como presupuestos políticos fundantes de un ordenamiento procesal cualquiera, cobren vida”⁸**.

Como podemos inferir de lo expuesto, existe un punto de conexión entre los conceptos mencionados que radica en la íntima vinculación entre proceso y sistema, pues el primero cobra vida a través de las formas metódicas (sistema) que le da el legislador.

Considero que este aspecto, resulta esencial a tener en cuenta, para poder compatibilizar en nuestra tarea, los otros dos conceptos que nos ocupan, es decir, el sustantivo proceso y el adjetivo urgente.

5.- NUEVO GIRO SOBRE LAS FORMAS

Aquí, nuevamente vienen a colación, las formas que entendí, constituían el eslabón fundamental para la conformación de un proceso urgente.

No se nos puede pasar por alto que todo proceso judicial es consumidor de tiempo⁹, por lo cual resulta ya desde el comienzo dificultosa la tarea de evitar el transcurso del tiempo para la tutela de los derechos que estén en juego.

⁸ Díaz, Clemente; Ob. cit, T.I p. 198 ss.

⁹ Ver Rivas, Adolfo; La Revolución Procesal, Revista de Derecho Procesal nro. 1, p. 113 ss; Ed. Rubinzal-Culzoni.

Sin embargo, no es menos cierto, que por vía de medidas cautelares, logramos muchas veces la protección de un determinado status quo, para acceder luego a la efectividad de una futura sentencia.

Por lo tanto, el diseño de esa suerte de tutela urgente, que muchas veces se ha declamado, podría provenir de un mecanismo que surgiera de la compatibilización del procedimiento cautelar, con el que observa un proceso de conocimiento ordinario, toda vez que el primero es la manifestación más clara de una actuación urgente, mientras que el segundo lo es del que permite acceder al máximo grado de certeza que pueda obtener el juez, a través de un proceso judicial.

Quiere decir que para esta labor, también debemos tener en cuenta dos factores: el tiempo por un lado, y el conocimiento de los hechos por parte del juez por otro.

Aquí, se nos presenta como hilo comunicante de estos dos extremos, el contenido del tema que nos ocupa, es decir cuáles son los hechos de la causa, y de qué modo son presentados al conocimiento del juez.

En este aspecto, es importante que tengamos en cuenta que los estándares que manejamos, tienen una relación directa e inmediata con las formas, y por ende con el sistema que vayamos a crear, para compatibilizar los conceptos de: proceso por un lado, y urgencia por otro.

Y estos estándares, pasan por la posibilidad que el juez conozca en cualquier tiempo –antes del momento de dictar sentencia- sobre la certeza que le brindan determinados hechos que pueden resultar conducentes para la solución del litigio, o por lo menos para evitar el agravamiento de un daño, o su producción, si éste se encuentra en ciernes.

Esto nos lleva a la necesidad de considerar al proceso judicial –como bien señala Couture- como un mecanismo que básicamente resulta útil para la tutela de los derechos.

Si así lo consideramos, y llega por vía de la demostración en juicio, de la ocurrencia de un determinado suceso, podría ser oportuno -a los fines de evitar el agravamiento de un daño- que la jurisdicción pueda anticipar total o parcialmente su pronunciamiento, por vía de medida cautelar, sin que ello importe prejuzgamiento, y en ese caso, lo importante para lograrlo sería poder contar con formas adecuadas que permitieran su implementación¹⁰.

Uno de esos mecanismos lo prevee específicamente el ordenamiento procesal penal de la Nación, que en su art. 431, regula para determinadas situaciones, el juicio abreviado, el cual extiende en su inc. 7 –con algunos condicionamientos- al ámbito civil.

Por ello, sin perjuicio de los sistemas que se han diseñado para la tutela anticipada, podría resultar oportuno que en los procesos de conocimiento, la misma se pueda obtener adicionándole a

¹⁰ En tal sentido se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “Camacho Acosta c/ Grafi Graf S.R.L.” (L.L 1997-E-653).

los presupuestos sustanciales de las medidas cautelares una mayor valoración (más afinada) por parte de la jurisdicción. Ello se podría instrumentar a través de una audiencia que pueda solicitar la parte, y tenga un cariz similar a la preliminar que instituyó la ley 24.573, en punto a la posible extinción o restricción del proceso, a los fines de permitirle tanto a la contraparte como a la jurisdicción, manifestarse sobre la particular.

De tal modo, el proceso judicial no solo resultaría justo, sino que además sería eficaz en el tiempo, sin descolocar al demandado en el ejercicio de su legítima defensa.

Estas formas que aún no han sido concebidas en la legislación civil, permitirían trabajar sobre la causal de prejuzgamiento, y además brindarían al demandado la posibilidad de dejar a salvo sus derechos, por una eventual modificación que surja en ese status quo, que se generaría ex novo desde esa audiencia, que podríamos denominar conclusional o protectoria, según la suerte futura del proceso.

Los extremos que deberán ser tenidos en cuenta son los siguientes:

- a) Cuáles fueron los hechos fijados por el juez en la audiencia preliminar.
- b) El grado de certeza al que pudo haber accedido el juez con la prueba producida.
- c) Qué medios de prueba restan aún producir.
- d) Cuál es la actitud asumida por el demandado.
- e) El agravamiento del daño, o su posible irreparabilidad.
- f) La posibilidad de continuar el proceso.
- g) La efectivización de contracautela.
- h) Los posibles efectos que provoque en la sentencia de mérito, en aras de que las mismas no resulten irreparables.

De estos extremos se desprende una situación generada en el curso de un proceso ya iniciado que, puede culminar de esta manera, o bien con la producción de algunos medios pendientes.

Sin embargo, la situación se puede generar aún antes de iniciarse el proceso, supuesto en el cual de no quedar comprendida la situación en los pliegos de la estructura monitoria que analizaremos más adelante, consideramos adecuada la convocatoria a esta audiencia ya, con expreso carácter protectorio a los fines de efectivizar el anticipo jurisdiccional parcial que merezcan los hechos a considerar, sin perjuicio de la sustanciación posterior del proceso respectivo.

Al requerirse en esa audiencia una tutela inmediata, y la sustanciación de un proceso de conocimiento, se podrá llevar a cabo la misma, con idéntica finalidad, existiendo evidencia de los derechos vulnerados y la necesidad de su inmediata reparación.

6- LA ESTRUCTURA MONITORIA.

En los hechos, vemos que también se producen situaciones excepcionalísimas que no admiten ningún tipo de demora en su resolución (vgr. una operación de urgencia, la violación al derecho a la intimidad, entre otras).

Hemos considerado siempre estas situaciones, como mecanismos amparistas, que no pueden recibir protección por vía de este proceso, por su concepción como “proceso dirimiente”.

En la línea que venimos desarrollando, nos parece más oportuno y adecuado, que en estos casos excepcionales, el amparo, sea contra actos de la autoridad pública, como de los particulares, reciba una adecuada regulación que aún hoy no posee, que resulte apropiada para contener este tipo de alternativas.

Si bien se sostiene la operatividad del art. 43 de la C.N., la inexistencia de un molde que resguarde los eventuales derechos de aquél contra quien se siga este proceso, puede generar inconvenientes.

Por eso, ya propusimos la necesidad de compatibilizar los tiempos del proceso, con la urgencia de la situación que se plantee, desde luego excepcional, como una especie de desborde en el cauce normal de los hechos, dentro de una estructura del tipo de la monitoria, que privilegie con carácter primordial la protección de los derechos en juego, y que permita posteriormente la eventual defensa de los derechos de quién resulte demandado.

Para ello, resulta fundamental partir de un nuevo estándar a observar para el juez, que no sería ni la verosimilitud del derecho, para el dictado de una medida cautelar, ni tampoco la certeza, que el juez adquiere al pronunciar una sentencia de mérito. En este caso sería la evidencia, que va a surgir de la certeza y liquidez de los derechos en juego.

La certeza, importaría la concreta existencia del derecho invocado, mientras que su liquidez surgiría precisamente de la forma evidente en que se manifiesta, por su violación.

No se puede producir prueba alguna sobre el derecho a la vida, o a la salud, tampoco sobre el principio de reserva, o el derecho a la intimidad, por tomar algunos supuestos que aparecen como verdades de perogrullo, pues sería tan grosero como querer probar que es imposible tocar el sol con las manos.

Lo cierto es que, esta impronta tan particular que evidencia alguna categoría de derechos, que no solo están tutelados por nuestra Constitución Nacional, sino además por los Tratados que la misma ha incorporado, hacen que la cuestión que su violación suscita, nos lleve a determinar cuál es su sistema de protección.

Como vimos, no alcanza solo con manifestar su operatividad, pues en tal caso desconoceríamos los límites a los que debemos ajustarnos, ello a los fines de respetar lo que denominamos principios fundamentales del proceso judicial.

Creemos que lo adecuado, parte de la generación de un sistema de protección, con formas –que no son novedosas– pero que adaptadas, pueden brindar un marco adecuado y urgente, para demostrar la efectividad del proceso judicial como mecanismo tutelador de los derechos que aparezcan vulnerados.

La actuación que le quepa al demandado, va a evidenciar que por la inversión de los términos de la relación clásica entre conocimiento y ejecución, quede en sus manos la iniciativa del contradictorio, para legitimar así la actuación de hecho que pudo haber cumplido, y poder esgrimir un mejor derecho que el que posee el actor, o bien en caso contrario, para desistir de toda otra actuación, y no impulsar proceso alguno, con lo cual por preclusión, se convalidaría sin más lo actuado por la jurisdicción.

Esta constituiría una valla de contención y resguardo, para todas aquellas situaciones excepcionales, que importan una flagrante violación a determinados derechos, con lo cual se encontraría un cauce, partiendo de una evidencia que resulta incontestable para el juez, que le impone a éste la necesidad de proteger esos derechos vulnerados.

En un estadio posterior, solo en el tiempo, sin que ello importe menoscabo alguno para el demandado, se produciría de pretenderlo el interesado, y con un molde más clásico, como puede ser un juicio de conocimiento sumario, el posible debate dirimiente de los derechos en disputa, con lo cual aquella relación de conocimiento y ejecución, ahora se transforma en otra que resultará protectora primero y dirimiente después.

De este modo se privilegia una nueva relación de ejecución-conocimiento, que privilegia el encausamiento de los hechos que se hayan planteado dentro de un marco de debate racional y controlable, que coadyuvará a la paz social, evitando tanto el abuso de poder, como la justicia por mano propia.

PONENCIA

Se propone una distinción en los procesos urgentes, a partir de las manifestaciones que tengan para el juez, los hechos que los hayan originado.

Deberíamos manejar nuevos estándares de conocimiento, como el de fuerte probabilidad, o de pronunciada verosimilitud, o certeza inclusive, que puedan permitir un anticipo jurisdiccional, en un tiempo previo y distinto al momento en que el juez deba dictar sentencia.

Para ello, hace falta definir un sistema con nuevas formas, que constituyan un molde dentro del cual sustanciar (como tramite, tal como su verdadero sentido lo indica) estas situaciones.

Propongo al efecto, una audiencia de carácter protectorio o conclusional, según la suerte futura que corra el proceso judicial, cuyo fin, a la luz de las constancias de autos, evite la consumación de más tiempo, en aras a evitar un agravamiento del daño, o la producción de un daño irreparable, o de muy dificultosa reparación ulterior.

En el supuesto que esos hechos evidencien, por su certeza y liquidez, la necesidad de un resguardo inmediato, se propone un proceso de estructura monitoria, que altere la relación clásica de conocimiento-ejecución, por una inversa, que tienda a la protección de los derechos conculcados en primer término, y que deje la iniciativa del contradictorio en manos del demandado, propendiendo éste, el impulso del mismo para iniciar un trámite de carácter dirimente de los derechos en disputa.