

VII JORNADAS BONAERENSES DE DERECHO
CIVIL, COMERCIAL Y PROCESAL

PONENCIA: "FORMAS PROCESALES Y TUTELA EFECTIVA"

AUTOR: JORGE ARMANDO ROJAS

COMISION VI

JUNIN - 1996 -

INDICE

I.- INTRODUCCION

II.- NECESIDAD DE UN PROCESO PROTECTORIO

III.- LA ESTRUCTURA MONITORIA

IV.- EL ALCANCE DE LAS NUEVAS FORMAS

V.- CONCLUSIONES

FORMAS PROCESALES Y TUTELA EFECTIVA

I.- INTRODUCCION

La introducción a esta tarea, tiene que ver con la importancia que le atribuimos a las formas en el proceso, a partir de los supuestos básicos que subyacen en nuestra idiosincracia, los cuales nos inhiben para dar una respuesta satisfactoria a situaciones como las que se generan por la urgencia de una tutela jurisdiccional que resulte efectiva, y que puede superponerse con el objeto medular de nuestra pretensión.

Nunca mas oportuno el recuerdo de Chiovenda (1), cuando enseñaba 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.

Y agregaba a continuación con gran perspicacia el maestro italiano: "...muchas formas son consecuencia de las condiciones sociales y políticas del tiempo, pero otras son restos de antiguos sistemas, que se transmiten por un aferramiento a veces justo, otras irrazonable a la tradición, y por el espíritu conservador que domina en la clase forense, como en todas las clases que se educan con una larga preparación técnica".

A esto se añade -continuaba Chiovenda- el daño derivado de la aplicación que se hace de las formas, frecuentemente con espíritu litigioso y vejatorio, y más frecuentemente aún, con espíritu incierto y

formalista derivado de la mediocre cultura y elevación de las personas llamadas a utilizarlas. Esto explica porqué, 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".

La elocuencia de la postura de Chiovenda, nos releva de mayores comentarios respecto a la trascendencia o importancia que deben revestir las formas del proceso apreciadas desde una visión finalista.

Esto tiene que ver precisamente con la importancia misma de nuestra materia, hace a la autonomía e independencia del Derecho Procesal sobre todo por su instrumentalidad, y fundamentalmente por la trascendencia de su misión pacificadora desde el punto de vista social.

Consideramos que aquí radica el meollo o aspecto fundamental a tener en cuenta para resolver el tema que nos ocupa: es decir la importancia que revisten las formas procesales para una tutela urgente y efectiva.

Debemos atribuirle definitivamente a las formas procesales la trascendencia que deben tener a los fines de encontrar su verdadera utilidad, no quedándonos cerrados en esquemas preconcebidos, que no nos permiten elevarnos para distinguir la voracidad de los hechos que se nos abalanzan, sin poder encauzarlos adecuadamente por la carencia de mecanismos idóneos, sea por la demora de un proceso de

conocimiento, sea por la inexistencia de regulaciones específicas para ello.

II.- NECESIDAD DE UN PROCESO PROTECTORIO

Es en este último de los aspectos mencionados - el de la carencia de formas adecuadas por su inexistencia- donde debemos apreciar con mayor claridad la trascendencia de una tutela efectiva y rápida.

Dentro del ámbito de la acción de amparo - todavía impreciso por su falta de regulación apropiada- es donde podemos apreciar con mayor intensidad los inconvenientes que se originan, por la superposición entre el alcance de una medida precautoria y el objeto de la pretensión esgrimida, que importar una sentencia de mérito con idéntico alcance al de esa cautelar.

Consideramos que Rivas ha expuesto claramente esta problemática al remarcar la necesidad de concebir al amparo como un proceso protectorio y no como un proceso dirimente, en donde la modalidad de la actuación de la jurisdicción tiene que ver con la comprobación y protección o resguardo de los derechos y garantías invocados (2).

Si esta situación tratamos de apreciarla como está regulada hoy, veremos que nuestros tribunales, de inmediato echan mano a la letra tanto de la ley 16.986, como del art. 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, tratando de compatibilizar sus normas con el nuevo art. 43 de la Constitución Nacional, cayendo en definitiva en moldes clásicos -

como el del proceso sumarísimo- que hoy ha demostrado que resulta insuficiente.

Los intentos por establecer una regulación respecto al amparo también han merecido la crítica lapidaria de nuestra doctrina (3), toda vez que la vía que se intentaba crear, no solo desvirtuaba los fines que había tenido en miras el constituyente, sino que además subvertía el orden jurídico dado, a partir del rango constitucional atribuido a los Tratados (conf. art. 75 inc. 22).

Por eso entendemos que todo este entuerto queda resumido específicamente en la inexistencia de las formas adecuadas que permitan delimitar un campo de trabajo idóneo, a los fines de la creación de un mecanismo de justicia apto frente a situaciones límite de urgencia que podrían acarrear un gravamen irreparable.

Por esta vía, consideramos necesaria la aplicación de una impronta creativa que genere nuevas formas procesales que den satisfacción a situaciones como las mencionadas, las cuales imaginamos dentro del cauce de la garantía constitucional del amparo, pues en su molde se van a sumergir en la mayoría de los casos, tal como la realidad nos lo demuestra.

No es una novedad lo nuestro, pues la doctrina viene manifestándose así de continuo, inclusive apuntándonos la importancia que revisten estas nuevas formas en el derecho comparado (4).

Creo que llegó la hora de proponer en forma concreta variantes que resulten idóneas a los fines pretendidos, pues ya no solo no basta con declamar la necesidad de contar con las mismas, sino que además se nos está generando una brecha cada vez más importante de casos inadecuadamente tratados desde este punto de vista, siendo el constituyente ahora quien en materia de amparo por ejemplo, nos ha puesto en la obligación inexcusable, por el rango que tiene el sistema del amparo, de la creación de esas formas más eficaces.

Toda creación o teoría se va montando sobre otra anterior, y así sucesivamente se va adicionando otra, que luego mejorará a esta última.

Creemos que la existencia de ideas-fuerza -como las denomina Peyrano (5)- es la que nos va a permitir la extracción de nuevas formas procesales más adecuadas no solo con los tiempos que nos tocan vivir, sino además con las circunstancias que tienen que ver con una verdadera paz social.

Es en base a estas consideraciones que nos quedamos con la necesidad de brindar una satisfacción adecuada al justiciable que enfrenta situaciones como las que venimos describiendo y para ello entendemos oportuna la creación de un proceso que resulte esencialmente protectorio, no que sea dirimente de los derechos en juego, sino que proteja el derecho que invoque aquél que reclame la tutela de la jurisdicción.

III.- LA ESTRUCTURA MONITORIA

Quizás no tengamos que crear nada nuevo sino adaptar aquello que ya existe a nuestras necesidades actuales, y para ello entendemos oportuno valernos de un proceso con estructura monitoria que por sus propias características nos puede brindar la protección que venimos reclamando para situaciones de extrema urgencia.

El propio Chiovenda (6), ya había señalado que este procedimiento, por la ejecutividad que su función tenía, no podía ser empleado para la mera declaración de certeza de los derechos.

Y este es a nuestro entender uno de los basamentos fundamentales para la viabilidad de esta nueva estructura que proponemos para atender situaciones urgentes, es decir la correcta acreditación de los derechos cuya protección se reclama, de modo tal de brindarle un conocimiento suficiente a la jurisdicción, con un alcance mayor que el simple humo de buen derecho (*fumus bonis iuris*), a los fines de que sea recepcionada la petición de tutela.

Es así como a partir de aquí tendríamos luego de la demanda una sentencia monitoria, que revestiría un doble carácter.

En primer lugar actuaría como medida cautelar provisional, y en segundo lugar actuaría como sentencia definitiva para la causa, en tanto y en cuanto no opere la condición a la cual se encuentra sujeta, que está dada precisamente a partir de su dictado pues allí nace una carga procesal para quien resulta el demandado, ya que esta resolución judicial

importaría además un auto que ordene al mismo tiempo el traslado de la pretensión del actor y la decisión jurisdiccional al demandado, a los fines de que se manifieste sobre todo ello.

Por lo tanto, a partir de aquí pueden suceder dos situaciones totalmente claras: a) o bien quien resulta demandado no manifiesta oposición alguna a esa decisión, y por ende no controvierte la situación, con lo cual la decisión automáticamente se transformaría en definitiva concluyendo sin más el proceso judicial con su agotamiento en una sola etapa, o b) en su caso el accionado podría manifestar su oposición con la situación planteada, lo que implicaría no solo controvertir los hechos y el derecho invocado por el actor, sino además manifestar su oposición con la decisión tomada por el juez de la causa, estando así reservada a la actuación de éste la oportunidad y conveniencia de la apertura del contradictorio (7).

IV.- EL ALCANCE DE LAS NUEVAS FORMAS

La importancia de las notas distintivas que existen en la situación descrita precedentemente radican en lo siguiente:

1) Debe existir una situación de urgencia lo suficientemente importante como para demostrar la viabilidad de este tipo de proceso, en donde la provisionalidad de una medida precautoria puede ser confundida con el carácter definitivo de una sentencia de

mérito, toda vez que como bien señala De Lazzari (8) esta actitud anticipada puede hacer inútil el decisorio de fondo, desde que la modificación operada en el mundo exterior aparece, en los hechos, como irreversible.

2) Cabe al accionante la adecuada y suficiente demostración del derecho invocado, como asimismo de la urgencia de su tutela de modo tal de obtener de la jurisdicción la protección pretendida, pues no debemos olvidar que el proceso que se abre no tiene carácter dirimente tal como antes lo señaláramos.

3) La importancia de la acreditación del derecho invocado por el actor va a ser la que dé sustento suficiente a la resolución o sentencia monitoria dictada por la jurisdicción, con el alcance que antes precisamos.

4) A partir del dictado de esta sentencia monitoria se produce una inversión del contradictorio, pues el mismo quedaría en manos de quien resulta demandado, optando por llevarlo adelante o no, con lo cual el carácter protectorio de la decisión judicial aparece con toda su intensidad, ya que al transformarse los momentos por la decisión judicial, sería ahora el demandado quien deber demostrar la improcedencia de los derechos invocados por el actor, con un derecho mejor o más extenso que el que aquél acredita.

5) Es así como desde esta estructura protectoria queda salvaguardado el principio de bilateralidad de la audiencia, que genera tantos inconvenientes en este tipo de tutelas anticipadas, pues no tenemos que

olvidar que las medidas cautelares son dictadas inaudita parte, y si bien aquí podríamos sostener lo mismo por lo que venimos tratando en los puntos anteriores, hemos visto como de inmediato queda salvaguardado el derecho de quien resulta accionado para manifestar su posición a esa sentencia monitoria por el alcance y caracteres que la misma posee.

6) Va a ser la postura asumida por quien resulta demandado, la que de algún modo convalidará lo actuado por el accionante en mérito a la operatividad del principio de preclusión, pues la falta de oposición a esa sentencia monitoria automáticamente la transformará en definitiva.

7) La oposición que eventualmente manifieste el demandado sobre esa sentencia monitoria es la que va a generar una doble situación, manteniendo el dinamismo de la norma procesal, por un lado la sentencia monitoria la transformará automáticamente en provisional, hasta el dictado de la sentencia definitiva, que podrá confirmar aquella o modificarla en todo o en parte, y en segundo lugar, permitir al juez un conocimiento de la seriedad de la posición asumida por el demandado a fin de recepcionar o no la causa a prueba, a los fines de que haga valer los eventuales derechos que le asistan.

8) Este hipotético segundo estadio se debe apreciar con un espíritu restrictivo y circunscripto a la existencia de un derecho, que es el invocado por el actor, y a la protección que ese derecho merece, por lo cual de darse esta etapa los plazos a observar deben ser breves y concentrarse las

actuaciones de modo tal de resolverse siempre en plazos horarios por la urgencia que la situación requiere.

9) Como sostuvimos, el papel que le cabe a la jurisdicción excede la tarea tradicional, pues la inmediación que deberán observar y la concentración de su actuación lo llevarán a asumir un carácter protectorio primero, y en su caso a resolver la situación que eventualmente pueda controvertirse, en plazos de horas en todos los casos, no solo para la fijación de audiencias, sino además para la evitación de incidentes o impugnaciones; teniendo presente para ello el carácter protectorio de este proceso.

10) En materia impugnativa, la regla será lógicamente la irrecurribilidad, siendo únicamente procedente la apelación contra la decisión que rechace in límine la demanda y contra la sentencia que ponga fin al pleito, no debiendo entenderse por tal la monitoria para el supuesto que haya quedado firme por preclusión, debiendo concederse la apelación -cuando proceda- en relación y con efecto no suspensivo.

V.- CONCLUSIONES

Comenzamos nuestro trabajo citado a Chiovenda, quien a comienzos de este siglo nos enseñaba en sus Principios del Derecho Procesal Civil, cual era la trascendencia de las formas procesales, a los

finde de un adecuado funcionamiento de un determinado sistema procesal.

Hoy en día, sobre las postrimerías de este siglo, podemos citar un autor actual como Peyrano (9), quien lacónicamente señala "...parece llegada la hora de diseñar una suerte de tutela judicial urgente sustantiva "no cautelar", vale decir, con autonomía propia y con la finalidad de preservar ciertas y determinadas situaciones jurídicas".

Entre los trabajos de uno y otro, han pasado aproximadamente más de setenta y cinco años, y aquí aún seguimos debatiendo la conveniencia de atender situaciones de extrema urgencia, a través de mecanismos totalmente anquilosados, que tal vez no sean disvaliosos en sí mismos, pero que hoy resultan insuficientes a esos fines.

Desde luego que no hicimos ningún descubrimiento en especial, sino que hemos puesto sobre el tapete una posibilidad o una variante, que puede ser estimada o no, pero que concreta una aspiración que viene de lejos, pues más allá de la estructura monitoria propuesta, en especial para el amparo, hemos intentado remarcar la trascendencia de las formas del proceso.

Esta forma no es exclusiva, sino que ya ha sido propuesta tanto por la doctrina (10), como en proyectos de Código Procesal, como el de Morello, Eisner, Arazi y Kaminker (11), como asimismo en otros Congresos de nuestra materia (12).

En algunos casos se pensó a este proceso que denominamos aquí de estructura monitoria, como proceso monitorio o inyuccional, supliendo a nuestro juicio ejecutivo, en otras oportunidades, como el proyecto de Código Procesal antes indicado (de Morello y Otros), se lo extendió a otros trámites, siguiendo lineamientos similares a los del Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay, el cual abreva como fuente en el Código Modelo para Iberoamérica.

Pese a ello, hoy volvemos a insistir, quizás porque este sea el ámbito natural, para que desde nuestro quehacer podamos intentar una superación de situaciones como las que aquí nos ocupan, que nos siguen reflejando estas carencias.

Entedemos así oportuno -a modo de colofón- detenernos en la importancia que es dable atribuir a las formas procesales, y en este caso a las que derivan de la estructura monitoria que aquí planteamos, para resguardar situaciones urgentes o que merecen amparo inmediato.

Esto debe correlacionarse con un activismo jurisdiccional, que averse los riesgos o penurias de trámites engorrosos incompatibles para estos tiempos, como bien enseña Morello (13) "un trasfondo tutelador más que decisor de manera tal que a los jueces, desde una óptica que traspasa los derechos subjetivos egoístas, les corresponde la afirmación en concreto de derechos y prerrogativas de contenido social y colectivo, frente a lo cual deben ser muy cautos en adoptar rigideces o posturas que desemboquen en la frustración y no en la protección de aquellos".

Y justamente en relación a nuestro tema, dada la íntima relación entre jurisdicción y formas del proceso señala a continuación el maestro platense: "si el procedimiento, las reglas y formas procesales, constituyen la última frontera de contención de la arbitrariedad deben, sin embargo, compatibilizarse con los valores superiores que anidan en cualquier conflicto o controversia. Y es deber del juez, sin ataduras o pices ritualistas, oxigenar con flexibilidad el derecho procesal, siempre instrumental, fiel y funcional acompañante del derecho material".

Esta es una de las piedras basales en las que se apoya este diseño, al lograr por un lado enrolarse dentro del esquema de un proceso no dirimente de derechos, sino protectorio de los mismos, por otro lado, por mantener a buen resguardo el principio de contradicción al darle la intervención que por derecho le corresponde al demandado, y finalmente al generar a través de esta inversión el nacimiento desde el demandado de un posible contradictorio, que lejos de abrir un proceso más, significará el resguardo de su derecho a ser oído a los fines de confirmar la sentencia monitoria ya dictada, o bien en caso que fuera menester provocar su revisión.

Bien señala Martínez (14), que la sumariedad del proceso monitorio se justifica entre otras cosas por la alta credibilidad (certeza, verosimilitud) que surge de la naturaleza (en general simple) de la pretensión y la forma en que se plantea (por la prueba que se acompaña),

como asimismo, le agregamos nosotros por la propia intervención que le cabe al demandado, pues a partir del puede tornarse operativo el principio de preclusión legitimando el accionar del actor por su simple falta de oposición con lo actuado.

A todo ello debemos sumar una labor jurisdiccional de tutela y protección, o "acompañamiento" como la identifica Morello al reconocerse la necesidad de un tratamiento diferenciado para algunos supuestos que quieren una mayor sensibilidad para asegurar una adecuada y efectiva justicia (15).

De ello concluimos en la necesidad de la creación de esta vía de fortalecimiento para la propia jurisdicción, muniéndola de formas expeditas y sencillas para el cumplimiento de su labor.

No podemos soslayar los avances que ha tenido en estos tiempos el Poder Administrador sobre el Poder Judicial, lo cual unido a la carencia de formas sencillas, expeditivas y fundamentalmente eficaces, revelan una desprotección, que no solo deja expuesto e indefenso a todo justiciable, sino que además denota una falta de control incomprensible dentro de los mecanismos de ejercicio del poder.

Por ello proponemos extender la estructura monitoria o inyuccional, más allá de los simples procesos de ejecución, o de algunos otros supuestos de trámite sencillo como desalojos u otros de similar envergadura, pues esto implicará que la falta de utilización de formas adecuadas a la realidad que nos toca vivir, un mayor retroceso del

Poder Judicial, en abierta contradicción con los intereses que queremos defender.

Por eso la impronta creativa que nos brinda la instrumentalidad y autonomía del Derecho Procesal, no podemos desperdiciarla en nombre de ese espíritu conservador que desde comienzos de siglo criticaba Chiovenda.

NOTAS

(1) Chiovenda, Jos, - Principios de Derecho Procesal Civil, T. II, p. 114.

(2) Rivas, Adolfo A. - "Pautas para el nuevo amparo constitucional" - E.D. 163-702, en especial v,ase par. III y IV.

(3) V,ase Morello, Augusto M. - "El derrumbe del amparo" - Diario El Derecho nro. 8983 del 18.4.96, p. 1.

(4) Ver por ejemplo el trabajo de Peyrano, Jorge W., "La tutela de urgencia en general y la tutela anticipatoria en particular", E.D. 163-786; o bien, Ríos, Gustavo, en Revista JS (Jurisprudencia Santafesina), "La inyucción santafesina", Ed. Panamericana, año 1993, nro. 3, p. 27 y ss., quien citando a Vescovi (Teoria General del Proceso), nos señala la importancia de contar con una estructura monitoria.

(5) Ver Peyrano, op. cit., "La tutela de urgencia...".

(6) Chiovenda, Jos,, Principios..., p. 212, cita de Calamandrei, Piero en su libro El Proceso Monitorio, p.

28, nota 9.

(7) Calamandrei, Piero - El Proceso Monitorio - p. 25.

(8) Ver Ponencia del autor en el XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Sgo. del Estero, 1993) denominada "La cautela material".

(9) Peyrano, Jorge W. - "Lo urgente y lo cautelar" - J.A. 1995-I, p. 899.

(10) Ver por ejemplo Martínez, Oscar J. - "Procesos de estructura monitoria" - XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal - U.N.L.P. p. 239 y ss.

(11) En dicho proyecto se concibe al proceso monitorio aunque con un alcance distinto o menor al que aquí se propone, ya que lo hemos extendido al amparo.

(12) En ese sentido las Conclusiones de la Comisión que trabajó sobre "El proceso civil y los proyectos de reforma" (Tema 4), del XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, celebrado en Santa Fe en junio de 1995 se aprobó por mayoría lo siguiente: "recomendar que en los procesos de reforma se estudie la posibilidad de aplicar y extender los procesos de estructura monitoria por la practicidad que ha demostrado en diferentes países" (E.D. 163-850).

(13) Morello, Augusto M. - La Corte Suprema en Acción, p.36.

(14) Martínez, Oscar J. - op. cit. "Proceso de...", p. 246.

(15) Morello, Augusto M. - Ob. cit. La Corte..., p. 38.

BIBLIOGRAFIA

- Calamandrei, Piero - El Procedimiento Monitorio
- Trad. Santiago Sentis Melendo- Ed. Bibliográfica Argentina, 946. - Chioyenda, Jos, - Principios de Derecho Procesal - Ed. Reus, Madrid, 1977.
- De Lazzari, Eduardo Néstor - Ponencia "La cautela material" realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Sgo. del Estero 1993).
- Martínez, Oscar J. - Procesos de Estructura Monitoria - XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, La Plata (abril de 1994) - U.N.L.P..
- Morello, Augusto M. - La Corte Suprema en acción - Ed. Librería Editorial Platense - Abeledo Perrot - 1989.
- "El derrumbe del amparo", diario El Derecho nro. 8983 del 18.4.96.
- Peyrano, Jorge W. - "La tutela de urgencia en general y la tutela anticipatoria en particular" - E.D. 163-786; "Lo urgente y lo cautelar" - J.A. 1995-I-899.
- Ríos, Gustavo - Revista JS (Jurisprudencia Santafesina), Ed. Panamericana, año 1993, nro. 3.
- Rivas, Adolfo A. - Pautas para el nuevo amparo constitucional - E.D. 163-702.