

REQUIEM PARA EL ARRAIGO

Por Jorge A. Rojas

1.- INTRODUCCION

El proyecto de Código Civil unificado que se encuentra en pleno trámite legislativo en el Congreso Nacional, introduce gran cantidad de reformas que impactan directamente en la órbita procesal¹.

Es importante la cantidad de preceptos de neto corte procesal que contiene el referido cuerpo legal, e inclusive hasta llega a proponer el desarrollo de procesos que generan algunas dudas sobre su constitucionalidad, más allá que algunas materias tienen un neto contenido de orden público, como el caso de los procesos de familia o las cuestiones atinentes a la capacidad de las personas y sus restricciones.

Todo ello conduce a la necesidad de la readaptación del Código Procesal Nacional, camino que también deberán seguir las legislaturas provinciales, toda vez que si se sancionara el proyecto es necesario contemplar la necesidad de esos ajustes, sobre todo por las previsiones de la legislación sustancial que en materia de capacidad y familia son notorios.

Sin embargo, dentro de todo este cúmulo de normas procesales solo concretaremos el análisis en un aspecto puntual toda vez que el abordaje de una temática tan amplia requeriría otro tipo de estudio por la elaboración que necesitaría su tratamiento.

¹ Los trabajos de los distintos autores en este número de la Revista dan cuenta de gran parte de ellos, y Arazi en el trabajo introductorio ha señalado precisamente en líneas generales una gran cantidad de normas procesales que integran este proyecto de código unificado.

En esta línea de trabajo, el análisis se concentrará en las previsiones del art. 2610 de ese proyecto de código unificado que de alguna manera da sustento al título de este pequeño aporte y desde luego su incidencia dentro de la órbita procesal.

2.- LA NORMA PROCESAL

Generalmente la doctrina sostiene que la norma procesal se distingue de la sustancial por su carácter instrumental, de ahí que se haya sostenido que el derecho procesal es el derecho para el derecho, pretendiéndose significar así que la normativa procesal es la que permite actuar al derecho sustancial.

Esa sería una razón suficiente por sí misma para llamar la atención del legislador sobre la conveniencia de que ese avance que se ha producido en el proyecto de unificación de los códigos civil y comercial, tenga un impacto tan importante en la órbita procesal al punto de llegar a afectar a las autonomías provinciales.

Un ejemplo elocuente de ello, lo constituye la novedad que persigue el proyecto de código al regular al arbitraje como un contrato, pues bien sabido es, que la tesis contractualista en materia arbitral es tan antigua como el arbitraje mismo y ya ha sido largamente superada la discusión entre aquellos que sostenían que el arbitraje era un contrato, mientras que en otra línea estaban los que sostenían que era un proceso.

La tesis mixta que considera al arbitraje como nacido convencionalmente y desarrollado jurisdiccionalmente, en la actualidad, es mayoritaria, y aquí más que un avance en esta materia se ve reflejado cierto retroceso, con la afectación a las autonomías provinciales que referimos.

Ello es así toda vez que la norma procesal, en general importa una herramienta para que el justiciable pueda actuar ante la jurisdicción y a su vez para que la

jurisdicción pueda desarrollar el proceso. Esto porque a través de la norma procesal lo que se indica es el ¿cómo actuar?

Mientras la norma de carácter sustancial señala qué derecho se reconoce, o se limita, es decir ¿cuál es su contenido? El derecho procesal no resulta un subsidiario de este último como también se suele sostener, sino que aparece su operatividad cuando aquellos derechos sustanciales que se pretenden ejercer aparecen enfrentados y desembocan en un conflicto.

De ahí entonces que ambas calidades de derechos, el sustancial y el adjetivo, estén en paridad de condiciones, pues mientras los primeros permiten el goce de un bien de la vida, los segundos resultan operativos cuando esos bienes de la vida por circunstancias que el legislador no puede contemplar, aparecen obturados, desprovistos de sentido, como si resultaran desnudos.

Ese conflicto es el que pone en igualdad de condiciones al derecho adjetivo con el sustantivo, pues a través del primero lo que se persigue es la actuación del segundo, y carece de toda relevancia uno sin el otro, pues frente al conflicto ambos tiene que estar presentes.

El derecho sustancial apunta a dar sustento a la fundabilidad de la pretensión, mientras que el derecho adjetivo permitirá su admisibilidad y la efectiva acreditación de aquella, precisamente porque habilitará la concurrencia de los requisitos necesarios al efecto, la que a su vez provocará el desarrollo del proceso judicial, para lo cual se deberán reunir los presupuestos procesales básicos que hacen a su existencia y desarrollo.

3.- LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

El viejo trabajo de Von Büllow “Teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales”², que data de 1868, da cuenta del sentido que tienen estos presupuestos como pedestal básico para la existencia de un proceso legítimamente constituido, extremo éste que desde el punto de vista adjetivo tiene una importancia superior pues hace –en un aspecto- a la configuración del debido proceso legal.

En aquel trabajo tan pleno de vigencia, que aún hoy día sigue constituyendo la tesis mayoritaria para la interpretación del proceso como una relación jurídica procesal, distinta a la sustancial que le dio origen, Von Büllow señala que esos presupuestos están representados por los siguientes: a) por la necesidad de que el actor promueva una demanda a través de la cual ejerza su pretensión en forma clara y precisa, de modo de no afectar el legítimo derecho de defensa en juicio del demandado.

b) Otro de los presupuestos está representado por la necesidad de que esa pretensión sea ejercida ante el juez que resulte competente –conforme la legislación aplicable- para entender en el caso.

c) Otro de los presupuestos procesales, es la necesidad de evitar una duplicación de procesos, esto es, que el actor no haya promovido otro proceso por el mismo objeto y la misma causa, contra el mismo demandado, de modo de evitar la duplicidad de trámites.

d) El otro presupuesto que señala Von Büllow tiene que ver con la necesidad de que en el supuesto que el accionante no actúe por sí sino a través de un

² Ese trabajo de Von Büllow, traducido por Angel Rosas Lichtschein, fue publicado en J.A. 1957-II-secc. doctr.-69; y esta Revista en su homenaje lo publicó en el nro. 2003-2-13.

representante, éste este investido con las facultades para actuar que resulten suficiente a los fines del desarrollo del proceso.

e) Finalmente el último de los presupuestos que señala es que el actor brinde las cauciones suficientes por los efectos que puede provocar a su adversario, su demanda.

En el Código Procesal Nacional, la expresión negativa de todos y cada uno de estos presupuestos han sido recogidos bajo la denominación de excepciones de previo y especial pronunciamiento.

Así la promoción de una demanda clara, es concebida como la excepción de defecto legal. La necesidad de que la acción se promueva ante el juez competente como excepción de incompetencia. La necesidad de evitar la duplicidad de trámites como excepción de litispendencia. La que alude a la necesidad de contar con representatividad suficiente para actuar en el proceso como excepción de falta de personería, y por último en el art. 348 del Código Procesal se señala que la necesidad de brindar cauciones suficientes se limita a las personas que no tienen ni bienes ni domicilio en el país, y se denomina arraigo.

Todos estos, son mecanismos defensivos de carácter previo, de ahí su denominación de excepción de previo y especial pronunciamiento, que desde luego requiere una resolución específica de la jurisdicción, pues constituyen un incidente reglado dentro del código que se desenvolverá con distinto alcance según la índole de la excepción articulada.

Obsérvese que actualmente se continúa diferenciando entre excepciones dilatorias y perentorias³, siendo ésta una distinción introducida a partir de una creación pretoriana del viejo derecho romano, que pasó a la legislación española y de allí la heredamos, mientras que por otro lado estamos frente a una concepción de carácter más científico, del siglo pasado, recogida también por gran parte de la doctrina que de alguna manera tiene la misma finalidad que la anterior, pero que aparece más depurada por su estudio mucho más sistemático desde el punto de vista científico.

Lamentablemente, el Código no recoge del mismo modo este instituto, toda vez que no es conveniente tratar del mismo modo, un impedimento procesal, que una excepción de las denominadas perentorias, por eso convendría observar la necesidad de reconsiderar algunas clasificaciones tradicionales, pues se prestan a confundir el derecho procesal de defenderse con el derecho material de la defensa.

Carlo Carli, previa aclaración que la doctrina francesa no es recomendable para el estudio del derecho procesal, señala que aquélla -con meridiana claridad- y alejándose tanto de la alemana, como de la italiana, tiene gran preponderancia en esta temática, considerando que si su interpretación genera problemas, la solución es sencilla⁴.

Esto es así porque la defensa no se opone a la actividad jurisdiccional sino que ataca la pretensión del actor, mientras que la excepción es la oposición a que se

³ Alsina enseña que la palabra perentoria deriva de *perimere*, que significa destruir, extinguir. En el derecho español antiguo, éstas excepciones se llamaban líquidas pues eran de fácil solución (Alsina, Hugo; Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal, T. III, p. 144).

⁴ Carlo Carli, *La Demanda Civil*, Ed. Lex, p. 164 y ss.

desarrolle la actividad jurisdiccional, atacando la regularidad de la relación procesal, sin atacar el derecho material pretendido por el actor.

Esta apreciación defensa-derecho material y excepción-derecho procesal, puede considerarse un avance para la exploración del tema.

Por esa razón todos los que hemos denominado presupuestos procesales, y que el código concibe dentro del rubro genérico denominado “excepciones de previo y especial pronunciamiento”, representan mecanismos defensivos que no apuntan hacia el derecho material invocado por el accionante, ni menos aún a su derecho de accionar, sino por el contrario a la forma en que se pretende constituir el proceso, por eso Carli los denomina “impedimentos procesales”.

Ello para distinguirlos de aquellos mecanismos defensivos que apuntan a la acción ejercida por el demandante, para señalar que carecen de ella, por ejemplo por el transcurso del tiempo, aspecto que está representado dentro de la excepción de prescripción, y a las cuales aquél autor denomina excepciones propiamente dichas.

Cuando se ataca directamente al derecho troncal o sustancial ejercido por el accionante, se debe partir de la premisa, no solo que el actor podía ejercitar su acción, sino que además no existían impedimentos que inhibieran su desarrollo, por lo que en este caso se puede aludir a defensas que tienen carácter previo, más allá que puedan existir otro tipo de defensas, como las nominadas, que no tienen ese carácter previo, o genéricas.

Lo cierto es que esta clasificación del rubro genérico denominado excepciones previas debería sufrir una modificación por la introducción en el proyecto de código unificado del art. 2610 indicado.

4.- EL ARRAIGO Y EL PROYECTO

Como se señaló, el arraigo constituía un sistema de carácter cautelar que estaba representado por la garantía suficiente que debía brindar el actor al entablar una demanda, y fue recogido en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en el art. 348 de la siguiente manera: “si el demandante no tuviere domicilio ni bienes inmuebles en la República, será también excepción previa la del arraigo por las responsabilidades inherentes a la demanda”.

Es decir, que si una persona (de existencia visible o ideal), no tuviera bienes o domicilio en el país, y quisiera promover una demanda, existía la posibilidad de que se le requirieran esas cauciones previas de las que hablaba Von Büllow para que asumiera, las consecuencias de un eventual reclamo sin derecho.

Es evidente que esta circunstancia permite apreciar como la ley actúa aquí con carácter asegurativo, toda vez que se crea un sistema cautelar garantizador, para resguardar al demandado que no quede expuesto a un litigio contra alguien que no pudiera solventar los costos que podría irrogar una reclamación en la que finalmente resulte vencido.

Sin embargo, el desarrollo que han tenido los derechos humanos desde la segunda posguerra han permitido concebir el acceso a la jurisdicción como un derecho humano esencial, de ahí que se haya brindado una protección especial a los desposeídos franqueando ese acceso a través del beneficio de litigar sin gastos, y a su vez, han existido avances ya directamente entre países que tienen una vinculación sustancial, para evitar todo tipo de barreras, como las que creaba ese sistema cautelar denominado “arraigo”.

Inclusive a nivel internacional es de destacar la Convención sobre Procedimiento Civil de La Haya de 1954, aprobada en nuestro país por la ley 23.502 que ha eliminado esta figura denominada “cautio iudicatum solvi” (art. 17).

Esa eximición de prestar arraigo comprende no sólo a las personas físicas, sino también a las personas jurídicas sometidas al régimen jurídico de un Estado contratante, ya sea por su lugar de constitución o su domicilio legal, aun cuando la citada norma hace referencia a los “nacionales de un Estado contratante”, ya que no existe razón para acotar la cuestión a las personas físicas y resulta evidente el fin de la disposición de equiparar a ese efecto dichas sociedades con las constituidas o domiciliadas en el país, y en esa línea nuestra jurisprudencia ha interpretado que la aplicación de la Convención debe hacerse aún de oficio⁵.

A nivel de países vecinos también se ha seguido profundizado la misma línea, sirva como ejemplo el Mercosur, uno de cuyos productos: el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional celebrado en Las Leñas, en el año 1992, y ratificado por nuestro país a través de la ley 24.578, consagra puntualmente la igualdad de trato procesal en su capítulo III, disponiendo lo siguiente:

Artículo 3 - Los ciudadanos y los residentes permanentes de uno de los Estados Partes gozarán, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanente de otro Estado Parte, del libre acceso a la jurisdicción en dicho Estado para la defensa de sus derechos e intereses.

El párrafo precedente se aplicará a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de cualquiera de los Estados Partes.

Artículo 4 - Ninguna caución o depósito, cualquiera sea su denominación, podrá ser impuesta en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente de otro Estado Parte.

⁵ CNCom., Sala E, 15.6.01, D.J. 2001-3-620

El párrafo precedente se aplicará a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de cualquiera de los Estados Partes.

Es dable inferir de lo expuesto la línea que ha seguido la República Argentina, con sus países vecinos a partir de los vínculos que la unen con ellos, sin perjuicio de los convenios o tratados en particular suscriptos con alguno de esos países, como es el caso de la República Oriental del Uruguay.

Precisamente con motivo del Convenio sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos en vigor entre ambos países, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado improcedente la excepción de arraigo planteada por una Provincia en una acción de cobro de pesos seguida por una entidad financiera que era una persona jurídica domiciliada en la República Oriental del Uruguay, por considerar sobre la base del referido convenio que los domiciliados en uno de los Estados partes gozan ante los tribunales del otro del mismo trato al que tienen derecho quienes en él se domicilian⁶.

Como se puede apreciar, en esta línea que no es nueva, se ha inscripto la propuesta que formula el proyecto de Código Civil unificado, pues en el art. 2610, más allá de la calidad procesal de esas disposiciones, lo cierto es que su alcance es transnacional y se ha dispuesto lo siguiente: "Igualdad de trato. Los ciudadanos y los residentes permanentes en el extranjero gozan del libre acceso a la jurisdicción para la defensa de sus derechos e intereses, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes en la Argentina. Ninguna caución o depósito, cualquiera sea su denominación, puede ser impuesto en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente en otro

⁶ L.L. 2003-B-729

Estado. La igualdad de trato se aplica a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de un Estado extranjero”.

Es sencillo colegir de lo expuesto entonces que el sistema cautelar garantizador que había creado el Código Procesal Nacional, y desde luego los provinciales que siguieron esa concepción, quedará implícitamente derogado de sancionarse como ley el referido proyecto de unificación.

Como se aprecia de lo expuesto, lo dado, representado por el sistema creado en 1967 por el Código Procesal, era un sistema asegurativo, que con el correr del tiempo, y merced a la permeabilidad cultural gestada desde la protección y alcance que se ha dado a los derechos humanos, se perfiló internacionalmente una nueva realidad, aunque no es menos importante destacar que fue en forma parcial porque vinculaba solo a los países que la suscribieron.

Hoy ese límite en la República Argentina –en principio- no existiría, y más allá que no son todos los países firmantes de la Convención de La Haya aprobada por ley 23.502, es importante tener en cuenta el compromiso que asume nuestro país a partir del bloque de constitucionalidad que incorpora por medio del art. 75 inc. 22 de la Ley Fundamental, a resguardar el derecho a la jurisdicción.

Entonces la cuestión que surge sería ¿cómo debería traducirse en el ámbito procesal esta novedad? Consideramos que la respuesta apropiada sería que se requiere una rápida adaptación de la legislación procesal que contempla la figura del arraigo, tal vez no para suprimirla por la derogación que implícitamente importa a partir de las previsiones del proyecto de código unificado.

Más importante que ello sería tener en cuenta que si bien se trata de una decisión de política judicial que abre las puertas de nuestro país a cualquier

ciudadano extranjero, que se hubiera fijado algún tipo de limitación a partir de la reciprocidad, que es regla en materia de derecho internacional.

Esto permitiría marcar los límites necesarios para enfrentar situaciones que excedan aquel marco gestado por las convenciones internacionales que persiguen la igualdad de trato procesal, reservando algún tipo de condicionamiento cuando se tratara de nacionales de países que no hubieran suscripto ni tratados ni convenciones con Argentina, que permitan su involucramiento en esta línea política de trabajo que ha recogido el legislador nacional.

Y a su vez, otra variante a esa alternativa estaría a su vez representada por la posibilidad de brindar el mismo tratamiento a una persona que si tiene bienes y domicilio en el país y quiera resistir un reclamo injustificado y deba tributar tasa de justicia, lo que importaría marcar esos límites no solo dentro de una reforma al Código Procesal sino inclusive a la ley de tasa de justicia. Sería sencillo colegir que lo contrario importaría un trato desigualitario en desmedro de los derechos de un ciudadano argentino o de una empresa local.

Contemplar ello permitirá dejar a resguardo aquellos derechos e intereses que tal vez expongan al país a un trato que no podría considerarse discriminatorio, menos aún en desmedro de sus propios ciudadanos.