

La Simplificación y eficacia en el proceso

por Angelina Ferreyra de De la Rúa*

Sumario

- 1.- El servicio de justicia
- 2.- La insuficiencia organizacional
- 3.- Las peticiones a los jueces
- 4.- La ley adjetiva
 - 4.1.- La audiencia preliminar
- 5.- La eficacia en el proceso.
 - 5.1.- La medida autosatisfactoria.
 - 5.2.- La Tutela anticipatoria.
 - 5.3.- El proceso Monitorio.

* Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Córdoba.
Disertación pronunciada en el Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de
Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

La simplificación y eficacia en el proceso

1.- El servicio de justicia

Aunque se señale que resulta un anacronismo seguir discutiendo acerca de las bondades de la oralidad y la escritura, la especial situación judicial y legislativa cordobesa obliga a volver a referir el tema aunque implique reiterar lo dicho en otras oportunidades¹.

Un problema crónico de la justicia es el tiempo exagerado de duración de los trámites judiciales y la mora en el dictado de resoluciones; ello debe ser objeto de especial atención ya que la oportunidad en el dictado de la sentencia integra el derecho a la jurisdicción y es un componente indispensable para la seguridad jurídica.

La palabra “seguridad” es sinónimo de tranquilidad, previsibilidad, calma y certeza. Correlativamente y en sentido inverso inseguridad jurídica es sinónimo de inestabilidad, de cambios abruptos que conducen a la frustración y cansancio de la ciudadanía por falta de certezas en este caso también jurídicas.

Otro problema que debe advertirse lo constituye el crecimiento desmesurado y continuo de la masa litigiosa que desborda a los tribunales y por ello se sienten incapaces de dar respuesta; esta situación provoca atraso, lentitud y demora generando de esta manera la inconformidad de los justiciables. Por ello se ha expresado que la justicia tratando de otorgar soluciones, se siente envuelta en un torbellino de acomodar posiciones, ritmos y técnicas de actuación; le cuesta adaptarse a la nueva realidad y salir al encuentro con respuestas adecuadas a las nuevas exigencias de la gente”².

Es así que pese a este difícil cuadro de situación, el servicio de justicia se muestra incapaz de generar el impulso indispensable a fin de producir el cambio; por el contrario pareciera que se produce lo que los médicos denominan como una situación de astenia o anoxia, es decir de ausencia del reflejo para proporcionar las soluciones. Así no se emprende la tarea de planificar soluciones lo que implica reelaborar reglas para solucionar los problemas de organización y del funcionamiento de los tribunales. Estas

¹ En tal sentido: Ferreyra de de la Rúa, Angelina y González de Opl, Cristina. “La Reforma Procesal – Reforma Parcial – Derecho Transitorio”. Trabajo publicado en “Cuaderno de Derecho Procesal y Práctica Profesional” N°2. Facultad de Derecho y Cs. Soc. de la U.N.C.. Advocatus, Córdoba 1997. También el Proyecto sobre: “Reforma Sistema Mixto – Audiencia Preliminar – Fundamentación y el articulado”; comisión designada por el Ministerio de Justicia de la Provincia para tratarlo, integrado por Ferreyra de de la Rúa, Angelina y Rodríguez Juárez, Esteban, González de Opl, Cristina, entre otros. Córdoba, 1 de marzo de 2000. Resolución N° 031 del 14 de abril de 2000.

deben configurar nuevos modelos que sean suficientes a fin de instalar un cambio institucional que implique la incorporación de nuevos valores para la convivencia judicial y que encuentren sustento en el esfuerzo mancomunado de los operadores del derecho.

En este marco debe señalarse que las experiencias negativas deben constituir la base de las fórmulas para el cambio que serán comprensivas no sólo de instituciones sino también de costumbres y modalidades a fin de promover nuevos modelos que en su reiteración, experiencia y ajuste resulten capaces de formar una nueva cultura judicial positiva.

Efectuando un deslinde debe decirse que las mayores dificultades se advierten en dos sectores: por una parte en aspectos de organización del poder judicial y por la otra en la falta de actualidad del código procesal civil y sus instituciones. Estos dos aspectos sin embargo, representan sólo algunos de los ángulos del problema, aunque no son los únicos, como explicitaremos.

Por eso comenzaremos el desarrollo con el análisis de los caracteres salientes de la justicia cordobesa en sus manifestaciones concretas y que sistematizamos en dos grupos: los referidos a la organización judicial y los que son propios de la legislación operativa³. En este último caso resulta inomitible el análisis de las falencias de origen sistemático de la ley procesal pero además la falta de inclusión de instituciones útiles para el logro de la eficacia del proceso.

2.- La Insuficiencia organizacional

La deficiencia de la organización del poder judicial se refleja principalmente en la ausencia de reformas estructurales; en efecto los cambios que se han producido pueden calificarse como poco significativos y meramente coyunturales. Ello es así en primer lugar porque su forma de manifestación más común es el simple aumento en el número de unidades jurisdiccionales. Este fenómeno reiterado, es visualizado por quienes

² Kemelmajer de Carlucci, Aída y Cabana Roberto López. Derechos y garantías en el siglo XXI. Rubinzal Culzoni. Santa Fe 2003. El poder judicial en el siglo 21, pág 31.

³ Estos no son nuevos y ya han sido advertidos reiteradamente desde el año 1970 en que se publicó el informe Cappelletti-Garth sobre el "Acceso a la justicia"; dicha obra que consta de seis volúmenes releva las dificultades referidas al acceso a la jurisdicción y hace propuesta para superarlos; su difusión se realizó en Europa y América y generó su análisis sistemático en numerosos Congresos y eventos científicos nacionales e internacionales. Es tan importante esta investigación que todavía hoy se la toma como base para el dictado de leyes y propuestas de reforma.

revisan sistemáticamente las transformaciones de la siguiente forma: se comprueba que el poder judicial en el año 1970 contaba con 185 magistrados; en el año 1985 se produce un sensible aumento de presupuesto y la inversión sólo es aplicada al aumento en el número de jueces⁴; es decir se produce un aumento en el tamaño del sistema judicial que si bien significa una mayor especialización en las funciones, sin embargo este redimensionamiento no influye positivamente en la reducción del tiempo de duración de los trámites, ni tampoco se refleja en una mayor cantidad de resoluciones jurisdiccionales⁵.

En el orden nacional la realidad es semejante y por ello se señala conforme a estadísticas de seriedad indubitada que en el año 1991 el sistema judicial nacional solo estaba en condiciones de resolver un 30% de los casos integrantes de la masa litigiosa, por lo que el 70% restante se acumulaba en años posteriores. Estos datos son demostrativos de la gravedad del problema. Debe aclararse que en el año 1995 estos porcentajes disminuyen considerablemente con el dictado de la ley nacional 24573 que impone la instancia de mediación obligatoria para asuntos patrimoniales y la inclusión de una audiencia preliminar en el trámite escrito del CPN (art. 360 CPN)⁶. Sin embargo luego se produce un retroceso cuando cae en desuso la instancia oral, primero de hecho, y luego legislativamente cuando se exime de la necesidad de presencia obligatoria del juez bajo pena de nulidad.

También cobra relevancia el insuficiente control de gestión de la labor de los tribunales; ello se manifiesta por la ausencia de datos estadísticos completos que revelen los puntos débiles que puedan servir de base para producir cambios aptos para superar las disfunciones. Otro factor es la resistencia a todo cambio que oponen los operadores jurídicos; esta funciona como un freno para toda solución. Piénsese en este sentido por ejemplo en la demora que sufrió la puesta en funcionamiento del nuevo CPP (sancionado en 1992 pero que recién comenzó a funcionar en el año 1998).

⁴ Bergoglio, María Inés. Litigar en Córdoba. Editorial Triunfar – Córdoba, 2001 – pág 32.

⁵ En Córdoba el incremento en el número de jueces no se reflejó en el número de resoluciones. En la 1ra. Circunscripción, en el año 1980, había 11 juzgados de instrucción que dictaban un promedio de 593 resoluciones por juez; en el año 1988 con 16 juzgados de instrucción no aumentó proporcionalmente el número de resoluciones ya que el promedio de ellas fue de 590 resoluciones por juez (Conf. Memoria anual y estadísticas del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba).

⁶ Quiroga Lavié, Humberto. La Formación del Derecho procesal Organizacional. Editorial H. Cámara de Diputados de la Pcia. De Bs. As., 1999, pág. 267.

El fenómeno se acentúa además por una inadecuada distribución de competencias que descompensa y dispendia la actividad jurisdiccional. Así por ejemplo con motivo en los nuevos fenómenos económicos, laborales o sociales se producen recargos que afectan a un determinado fuero o área de trabajo y la descongestión de otra que no son solucionados oportunamente. Ello ha sucedido en forma reciente en Córdoba con la creación apresurada del Fuero Penal Económico cuyo objeto es dar una respuesta rápida, concreta y expeditiva al problema de la corrupción, según la propia exposición de motivos⁷. Este fue conformado por una Fiscalía, un Juez de control, una Cámara del Crimen y un Fiscal de Cámara. Sin embargo en un relevamiento reciente efectuado por el Colegio de Abogados a pocos meses de su creación, se advierte que estos tribunales ya han sido desbordados y presentan un atraso considerable; ese desfase se atribuye al amplio catálogo de delitos para los que son competentes y por una disfunción operativa de la ley de creación ya que los jueces carecen de competencia para intervenir en algunos supuestos de administración fraudulenta o de asociación ilícita⁸.

La distribución adecuada de la competencia como se plantea es un ingrediente de real importancia y cuando es equilibrada tiende a optimizar el rendimiento de los tribunales. Su diseño debe asentarse en datos de la realidad debidamente comprobados y además deben preverse con proyección de futuro; si el fenómeno de descompensación es coyuntural sólo debe ser corregido; pero si tiene caracteres de perdurabilidad los cambios a realizar deben ser profundos a fin de lograr el equilibrio.

Las soluciones para alivianar los tribunales ordinarios y achicar el universo de litigios incluyen dos ordenes de cuestiones: en primer lugar se propone excluir del ámbito judicial a los asuntos no contenciosos cuando pueden ser resueltos eficazmente en otros ámbitos; ello se ha realizado con algunos actos de jurisdicción voluntaria que son resueltos por órganos administrativos, tales como la corrección de datos registrales que hasta no hace mucho tiempo sólo podía efectuarse por orden de un tribunal.

Otro punto de solución está dado por en la implementación definitiva de la justicia vecinal o de pequeñas causas. Este tipo de justicia previsto por nuestra Constitución provincial permite resolver con agilidad y economía los asuntos de escaso monto o

⁷ Ley provincial 9123 del año 2003

⁸ La Voz del Interior. "Impulsar reformas al fuero anticorrupción – Córdoba, 13 de julio 2.004.

propriadamente vecinales⁹. El trámite que se propone es simplificado por uso de formularios y con instancias conciliatorias suprime toda instancia impugnativa y permite así la solución de esta categoría de causas con tratamiento eficiente y diferenciado. De otro costado se sustraería de la justicia ordinaria un importante porcentaje de litigios que actualmente recargan los tribunales ordinarios. Ello se avala además en la experiencia auspiciosa que este tipo de tratamiento ha tenido en otros países como por ejemplo Brasil. El beneficio es doble: en primer lugar se da mayor comodidad a los juzgados y Cámaras ordinarias para resolver en tiempo oportuno los trámites de mayor cuantía que serán de su competencia y además las pequeñas causas serán resueltas por una justicia especializada con un trámite sencillo y rápido y prestándoles la atención que sus especiales características requieren¹⁰.

3.- Las Peticiones de los Jueces

Los jueces de primera instancia deben en la actualidad resolver problemas distintos. La nueva realidad del mundo globalizado genera peticiones diferentes que se dirigen al ámbito jurisdiccional. Así, Morello señala que “un frenético reclamo de demandas de diferente espesor y escala promueven a nuevos legitimados: el niño, la pareja, el titular de derechos difusos colectivos, el afectado en el amparo, aquellos que impulsan peticiones en las dimensiones constitucional, social y transnacional. Ellas se desarrollan en la sede de la primera instancia con un juez que debe ser protagónico y ante ese juez acuden los litigantes, que urgen la tutela efectiva con demandas de prestaciones muchas de las cuales no pueden esperar es decir requieren respuestas tempranas. Ese juez debe desempeñar múltiples roles: es empresario en los procesos concursales y ello sucede pues debe proveer a la marcha de la actividad de la empresa en crisis; es regulador de los amparos; ejerce la jurisdicción de acompañamiento (incapaces, controversias laborales o asistenciales); cobra activismo en asuntos urgentes, desde el salto del corralito a permitir la circulación por las rutas ante el accionar piquetero; y también dispone medidas preventivas para asegurar el patrimonio, la satisfacción del impacto

⁹ La Constitución cordobesa sancionada en 1987 la prevé para la atención de asuntos de escaso monto o estrictamente vecinales con un procedimiento verbal, sumarísimo de características arbitrales.

¹⁰ Ver juicios breves para pequeñas causas. Artículo de Jaime Amaya, Gustavo Bosert, Carlos J. Colombo y Lino Palacio. Estos eminentes juristas han elaborado un proyecto de ley de justicia para pequeñas causas con un trámite expeditivo sin instancias recursivas. Manifiestan que han tenido en cuenta el éxito de la experiencia en Brasil. Diario La Nación, 19 de julio de 2004.

ambiental y adecuar la tutela judicial efectiva en situaciones de peligro, de amenaza o riesgo; por ello señala que si la primera instancia falla o se demora, lo demás de la jurisdicción no funciona”¹¹.

De esta manera los jueces actuales frecuentemente son requeridos para resolver cuestiones que exceden el marco de lo estrictamente jurisdiccional; se advierte una tendencia creciente a judicializar problemas que intrínsecamente tienen origen de naturaleza política y económica. Ello sucede porque el Estado ha desaparecido, ha quedado reducido a una mínima expresión y consecuentemente ha dejado de proveer servicios. Ante esta situación el justiciable realiza peticiones de todo orden y las dirigen a los jueces aunque no todas sean pertinentes a lo jurisdiccional¹².

Estas peticiones extralimitadas, se mediatizan y en muchos casos son distorsionadas por la prensa. Así, mal interpretadas, tienen efecto negativo en la sociedad y contribuyen al descrédito y deslegitimación del sistema. También son la causa de medidas desacertadas porque son ordenadas bajo presión y con información insuficiente y cuando estos reclamos son rechazados por la justicia aparece el cuestionamiento del público y también mediato.

Es así que los jueces están desbordados, o como gráficamente se ha expresado: “sitiados”; por un lado se multiplican las cuestiones que pertenecen a su exclusiva competencia y por el otro se pide a los jueces soluciones que antes eran suministradas por otros poderes.

Desde otro ángulo de observación debe señalarse que la modalidad del litigio ha cambiado; el amparo pese a su carácter excepcional es una vía de uso muy frecuente (art.43 CN). Los juicios ordinarios, que debieran constituir el tipo más común de juicio hoy comprenden apenas un 5% del total y supera unos puntos a este porcentaje los desalojos y los ejecutivos pero de estos últimos más del cincuenta por ciento es intentado por entes del Estado o por corporaciones privadas¹³. Es decir que el resto, que

¹¹ Morello, Mario Augusto – La Ley – Bs. As. 28-4-2004.

¹² Es de destacar que en forma reciente un juez nacional negó la orden de desalojo fundado en usurpación dirigida a los integrantes de toda una villa solicitada por el Gobierno de la ciudad por considerar que la cuestión excedía el marco de lo judicial y debía ser solucionado como cuestión de carácter política. Diario La Nación, junio de 2004.

También el juez de la Corte Eugenio Zaffaroni, declaró que el tema de los piqueteros requiere una solución política y que existe una tendencia a judicializar en extremo muchos conflictos que tienen origen social como es la pobreza y el desempleo. Diario La Nación, 18 de julio de 2004.

¹³ Bergoglio, ob. cit. pág. 54.

constituye el grueso de las causas se compone por una multiplicidad de trámites de diferentes características en los que es frecuente la solicitud de cautelares innominadas. Estos datos son demostrativos de una nueva realidad judicial que a su vez señala la necesidad de un juez diferente: activo director y protagonista del trámite judicial; profundo conocedor de las pretensiones; de lo que corresponde admitir y de lo que no es de su competencia; un órgano jurisdiccional dinámico, capaz de otorgar respuestas expeditivas cuando los hechos así lo demanden. Es que el juez pasivo se equivoca, se demora y en definitiva se ve imposibilitado de cumplir con el cometido que le ha sido asignado.

4.- La ley adjetiva

Las leyes y las resoluciones judiciales deben ser conocidas y comprendidas no solo por los operadores del derecho sino también por el hombre común que en definitiva es su destinatario; en este sentido debe pensarse en la función docente y pacificadora que están destinadas a cumplir. Para lograr ese objetivo resulta indispensable eliminar formalismos, simplificar el vocabulario y evitar un lenguaje excesivamente técnico.

Otro factor al que debe atenderse es la continuidad y previsibilidad que debe ostentar la legislación y las resoluciones de los jueces ya que los cambios abruptos generan inseguridad jurídica. Un fenómeno propio de los últimos años es una gran intensidad en la actividad normativa y una tendencia al reglamentarismo excesivo. Así pareciera que la redacción de normas lleva en sí la pretensión de que se prevean todas las posibilidades y dejen poco margen de interpretación; ello supone en última instancia una actitud de desconfianza hacia el papel que cumplen los jueces¹⁴.

Esta tendencia se refleja no sólo en el número de leyes sino también en su gran extensión. Este último aspecto plantea dificultad en el conocimiento y comprensión del derecho y por ende en su cumplimiento y se acentúa por el cambio continuo en las regulaciones; también es frecuente que se realicen reformas parciales y de escaso tiempo de duración. Este vicio en la modalidad de la estructura normativa la hace compleja contribuye a la inseguridad jurídica.

En este sentido se señala que debe tenerse en cuenta la diferencia entre “law in the books y law in action”; o sea, la distancia entre el derecho que se dicta y el que se

¹⁴ Bergoglio María Inés – Litigar en Córdoba, ob. cit. Págs. 26 y 27.

desarrolla a través de los comportamientos y los usos que de él se derivan. Si esta diferencia no se advierte, las reformas, por bien intencionadas que sean, quedarán en los libros, sin traducirse en lo fáctico.¹⁵

4.1.- La simplificación procesal

Nuestro código procesal sigue patrones antiguos y en líneas generales su trámite es dispositivo, “desesperadamente escrito y formal”; el procedimiento se desarrolla en torno a un juez pasivo y espectador del trámite.

La estructura de nuestra ley procesal no permite que el órgano jurisdiccional sea director del trámite, propicie su agilidad y auspicie el consenso entre quienes participan. Por el contrario el sistema alienta la iniciación de juicios temerarios por quien nada tiene que perder; ello sucede por ejemplo por el uso indiscriminado del beneficio de litigar sin gastos que luego son abandonados y el abuso del proceso que se produce por frecuentes incidentes e instancias recursivas aún en juicios de escasísimos montos.

Además quien cumplió acabadamente con sus obligaciones siente que el sistema es injusto ya que debe iniciar un juicio y esperar dos, tres o más años hasta el dictado de la sentencia.

Litigar con estas limitaciones resulta antieconómico individual y socialmente; para el litigante particular porque soporta un costo proporcionalmente mayor y para el Estado porque debe solventar el mismo gasto en el litigio grande que en el pequeño.

Estas situaciones constituyen “muestras” de una problemática mayor que revela la incapacidad de dar respuesta con los instrumentos legales actuales.

La tendencia moderna para el proceso civil propone una justicia menos formal, más consensuada y con procedimientos ágiles y sencillos. En líneas generales se dirige a la implantación de la oralidad en el ámbito civil. Esta dirección, sin duda seductora, significa sin embargo un cambio profundo; implica la sustitución del sistema procesal escrito por uno mixto con importantes instancias orales¹⁶.

¹⁵ Kelmelmajer de Carlucci Ob cit. Pág.57

¹⁶ El cambio se propone a partir del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica de 1988; el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay, Ley 15.982 de 1989; el Anteproyecto de Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de 1993 elaborado por los Dres. Roland Arazi, Mario E. Kaminker, Isidoro Eisner, Augusto M. Morello que data de 1993; el Código de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, publicado el 17 de agosto de 1994; el Proyecto de Código Procesal de la Nación de los Dres. Carlos J. Colombo, Julio E. Cueto Rúa, Raúl Etcheverry y Héctor G. Umaschi, Ed. La Ley, Bs. As. 1995, entre otros que siguen sus lineamientos en la actualidad.

La oralidad que en el ámbito civil implica la adopción de el denominado proceso por audiencias que supone un importante cambio tanto en la ley y como en la infraestructura judicial. En Córdoba este cambio no es posible porque significa un esfuerzo económico que el estado provincial pauperizado no puede afrontar; pero además, porque los jueces y abogados deben prepararse para ser protagonistas en ese cambio a fin de que resulte exitoso.

La solución posible es la de la gradualidad por medio de cambios parciales que pueden concretarse con un ajuste en el trámite actual; es decir un cambio parcial con la inclusión de una instancia oral en el trámite escrito del C.P.C. la audiencia preliminar.

4.2.- La audiencia preliminar.

El proceso debe ser idóneo para el ejercicio de los derechos: lo suficientemente ágil para no agotar por desaliento al actor y lo suficientemente seguro para no angustiar por restricción al demandado”. (Morello)

Para el logro de esta idea se propone la inclusión en la ley procesal de una audiencia preliminar, instancia oral y concentrada y con vigencia absoluta del principio de inmediación. En síntesis una institución procesal que inserta en el trámite escrito resulte apta para superar disfunciones.

La propuesta se concreta con la inserción de esta audiencia en los procedimientos escritos, ubicándola luego de la traba de la litis y antes del período de prueba. Para su éxito debe ser dirigida por el juez quien actuará en contacto directo con las partes que deben colaborar en su desarrollo¹⁷.

La AP supone en su ámbito tres actividades: conciliación, saneamiento y fijación de los hechos que serán objeto de prueba.

La función de conciliación es la actividad del tribunal dirigida a lograr la autocomposición del litigio; puede operar en lo sustancial o en lo procesal; procurar el avenimiento total o parcial o actuar sobre el conflicto de fondo o sobre cuestiones accesorias o conexas. El saneamiento, es una función por la que se procura eliminar o prevenir defectos del trámite que puedan ocasionar posteriores incidentes o nulidades; el juez clarifica las pretensiones de las partes, elimina reiteraciones o expresiones redundantes y releva asimismo la regularidad de los presupuestos procesales con el fin

de prevenir la existencia de defectos promocionales. Por último el juez cumple una tarea trascendente en orden a la reducción de los tiempos procesales: procede a la fijación de los puntos litigiosos que serán objeto de prueba. Esta tarea es realizada en colaboración con las partes y se direcciona a la fijación de la cuestión fáctica a fin de que ofrezcan las pruebas referidas a esos hechos; se permite así la simplificación de la prueba y se concede al órgano jurisdiccional facultades de inadmisión para cuando sea impertinente, carente de utilidad o meramente dilatoria.

5.- La eficacia en el proceso

El moderno derecho procesal propone instrumentos legales tendientes al logro de la eficacia del proceso y que llevan en sí el propósito de aminorar situaciones injustas. Se proponen “procesos urgentes” que significa el dictado de resoluciones oportunas o tempestivas frente a determinados casos. Este tipo de solución implica obviamente ensalzar la figura del juez y potenciar sus poderes, para que los ejercite preventivamente al cobijo de misiones diversas y novedosas cuando estén en juego ciertos intereses necesitados de una tutela rápida, que debe llegar sin demoras porque, de lo contrario, el derecho se frustra inevitablemente. Se trata de una tutela procesal diferenciada, que demanda tratamientos más flexibles, funcionales y, sobre todo, más dinámicos, acelerados¹⁸.

La tutela jurisdiccional diferenciada comprende los denominados procesos urgentes y los institutos que se refieren a los llamados derechos de la tercera generación que cumplen una importante función en el proceso esto es la satisfacción del objeto pero en un momento tradicionalmente no previsto¹⁹.

Estas nuevas instituciones constituyen elementos necesarios de una verdadera reforma en el ámbito procesal civil; amplían el ámbito de lo cautelar agregando a este universo las medidas autosatisfactorias, las sentencias anticipatorias y el proceso monitorio. En todos los casos se trata institutos probados con éxito en otras latitudes.

¹⁷ Ferreyra de de la Rúa, Angelina – González de la Vega de Opl, Cristina. Lineamientos para un proceso civil moderno. EDIAR. Bs. As., 1997, pág. 120 a 122.

¹⁸ Berizonce, Roberto. Derecho Procesal en vísperas del siglo XXI. “Tutela anticipada y definitiva”. EDIAR. Bs. As, 1997, pág 57.

¹⁹ Carbone Carlos. “La noción de la tutela jurisdiccional diferenciada para reformular la teoría de la llamada tutela anticipatoria y de los procesos urgentes”. Sentencia anticipatoria. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe. 2003. pág 54 y 55.

Se plantea en un enfoque especial la incidencia del factor tiempo en la vida del proceso. Así se advierte que frente a pretensiones de urgencia acreditada cuya no satisfacción en tiempo oportuno importaría denegación de justicia, debe proveerse a una decisión oportuna por parte de la jurisdicción; es decir que ciertas peticiones realmente urgentes requieren soluciones también urgentes.

El planteo inicial nace de la observación de que existen situaciones que deben resolverse y no pueden esperar el prolongado tiempo que transcurre entre demanda y sentencia. Calamandrei fue pionero en visualizar el problema²⁰. En primer lugar señala que la sentencia inmediata haría innecesaria la medida cautelar; es decir que un procedimiento judicial “ideal” se daría con el dictado de una sentencia instantánea, pero como ello no sucede debe proveerse soluciones para casos excepcionales en las que el daño que puede sufrir el acreedor por la demora es de tal magnitud que significaría una situación de injusticia irremediable

Debe decirse que si bien integran nuevos enfoques en el campo procesal, sin embargo el Código Civil las ha contemplado con anterioridad como respuestas de urgencia en casos especiales. Basta como ejemplo las disposiciones del art. 375, 231 y 233 de aplicación del proceso de familia ; el art. 4 de la ley 24.417 sobre violencia familiar, el art. 148 referido al trámite de la insania, etc..

La herramienta procesal que da paso a estas nuevas instituciones es la admisión legislativa y la utilización por los jueces de la medida cautelar innominada (484 CPC y 232 CPN); en efecto su uso extendido da paso paulatino a las nuevas instituciones de tutela diferenciada: la medida autosatisfactiva, las de tutela anticipatoria y también los procesos monitorios.

5.1.- La medida autosatisfactiva

Las medidas autosatisfactivas son proveídos jurisdiccionales urgentes, autónomos, despachables *inaudita et altera pars* mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles. Constituyen un instrumento moderno que presenta semejanzas con la cautelar clásica pero mientras aquella es accesoria o subordinada a un proceso principal, esta nueva institución se caracteriza por ser autónoma o

²⁰ Calamandrei, Piero. “introducción al estudio sistemático de la providencias cautelares” Librería El Foro. BsAs 1997, pág. 44.

independiente; el núcleo central es que el justiciable obtiene de inmediato la satisfacción de su pretensión y sin que ello dependa de actividades ulteriores²¹.

Para su correcta identificación deben señalarse las diferencias que se aprecian entre la cautelar clásica y la medida autosatisfactiva. Así la primera requiere para su despacho verosimilitud del derecho, apariencia de buen derecho, el clásico *fumus bonus juris*; la medida autosatisfactiva en cambio necesita de la acreditación de una fuerte probabilidad de que el derecho exista. El peligro en la demora es requerido para ambas, pero en el caso de la autosatisfactiva se acentúa y gráficamente se ha expresado que se requiere un “plus” referido a la urgencia²². En síntesis constituye un requerimiento de carácter “urgente” que se formula al juez y que se caracteriza porque se agota con su despacho por lo que no es necesaria la iniciación posterior de un juicio principal para evitar la caducidad o decaimiento de la orden. No se trata entonces de una medida cautelar aunque se asemeje a ella.

En relación a este tipo de procedimientos se ha señalado que el grado de afectación de la garantía constitucional de la defensa en juicio frente a decisiones judiciales que anticipan la satisfacción de la pretensión de mérito, es un tema que ha dividido a un importante sector de la doctrina nacional²³. Ello es así ya que quienes se oponen a este tipo de pronunciamientos esgrimen que tales decisiones pueden ser prematuras y vulnerar el debido proceso legal y la defensa en juicio. Los que propician su instrumentación juristas que militan en el denominado activismo judicial señalan que también debe tenerse en cuenta en esta cuestión otros ingredientes de trascendencia como el valor eficacia y se asientan además en un indudable principio de justicia y equidad.

5.2.- La Tutela Anticipatoria

Otro fenómeno procesal complejo, es la delimitación de la llamada tutela anticipatoria impuesta por la necesidad cada vez más apremiante, de asegurar la eficacia en concreto de la prestación jurisdiccional. Su fundamento está dado por la creciente morosidad de la justicia por lo que se busca de mecanismos sustitutivos del juicio de cognición.

²¹ Peyrano Jorge. “Sentencia Anticipada”; “Los nuevos ejes de la reforma civil. Rubinzal Culzoni. Santa Fe, año 2000.,pág. 18.

²² Peyrano, Jorge – Ob. Cit., pág 19.

²³ Herrero Luis R. El Debido Proceso y la prueba. “El derecho de ser oído en materia procesal. Rubinzal Culzoni Editores-Santa Fe 2003, pág. 108

La providencia anticipatoria constituye una declaración interina de mérito, esto es una decisión anticipada sobre el fondo, que involucra a la relación sustancial y que está destinada a durar hasta el momento en que esta regulación provisoria se sustituya por el dictado de una sentencia definitiva²⁴.

Este tipo de tutela procura neutralizar el daño que puede ocasionarse cuando el juez advierte que la demora de la sentencia puede impedir o disminuir la satisfacción del derecho subjetivo. Así se ordena frente a situaciones en que previa la comprobación de la verosimilitud del derecho y del peligro en la demora; se concreta por la concesión anticipada de parte de la pretensión de fondo que es objeto del reclamo; su fundamento está dado por la satisfacción de para satisfacer una necesidad provisoria como por ejemplo la provisión de fondos para hacer frente a una intervención quirúrgica de carácter urgente y cuya no realización causaría daños de carácter irreparables. Ante la falta de previsión legislativa se ordenan utilizando las disposiciones legales que los códigos procesales contienen para las medidas cautelares clásicas, generalmente con el auxilio y marco que otorgan las medidas innominadas, funcionalmente reconvertidas²⁵. Generalmente su ordenamiento se realiza luego de la traba de litis, y el juez luego de la comprobación de los requisitos de fundabilidad (fuerte probabilidad de la existencia del derecho y escuchar a la contraparte o vencimiento del plazo concedido para formular oposición) dicta una resolución que implica un anticipo total o parcial de la cosa que va a ser objeto de la sentencia²⁶.

Este trámite ha sido adoptado en el C.P.N. (art. 680 y 684) para el caso de juicio de desalojo por causa de intrusión, falta de pago o vencimiento de contrato y ha sido denominado como “Desalojo inmediato” es un trámite que opera en vía provisoria y anticipada los efectos de la sentencia final, los que diferidos podrían resultar ineficaces²⁷.

5.3.- El proceso Monitorio

²⁴ Berizonce Roberto. Ob. cit. págs 54 y 55.

²⁵ Berizonce, Roberto. Ob. cit. Pág. 53.

²⁶ La CSJN en la causa “Camacho Acosta” dictó una resolución de tutela anticipada aunque el alto Tribunal haya nominado a la medida como cautelar innovativa

²⁷ Graff Natalia. “El desalojo inmediato. Nuevas perspectivas”. Actualidad jurídica. Junio 2004, pág. 3560.

Otro instituto procesal idóneo para la obtención del valor eficacia es el proceso monitorio que toma como base el trámite del juicio ejecutivo y lo reelabora para darle verdadera expeditividad.

El esquema procesal actual parte de la base de que es el actor quien genera el litigio, quien irrumpe en la libertad jurídica de otro, y por eso debe cargar con el peso todo o gran parte del proceso; este punto de partida contiene un vicio inicial de consolidación intelectual. Ello es así porque en ciertos casos el cumplimiento de todas las etapas procesales, postulación y prueba y también la alternativa de incidentes y recursos resulta ineficaz frente a taxativas situaciones que requieren solución urgente. El proceso monitorio invierte este esquema procesal clásico y se asienta en la finalidad de vencer la inercia del deudor obligándolo a salir de su “coma jurídico” y correlativamente permite al acreedor que tiene un título ejecutivo obtener solución rápida y con el mínimo gasto a través de un procedimiento simple y expedito²⁸.

El proceso monitorio de uso frecuente en Europa (fundamentalmente en Italia y Alemania) es un trámite de ejecución inicialmente pura ya que la primera resolución del juez concede lo solicitado y se difiere el contradictorio²⁹.

Para acceder al proceso monitorio, el actor deberá exhibir un documento auténtico que es taxativamente nominado en la ley. Comienza con una solicitud de apertura del procedimiento, frente a la que el juez examinará cuidadosamente la petición y si el título cumple con los recaudos legales, y si en caso afirmativo su primera decisión será el dictado de la sentencia monitoria, mandando a llevar adelante la ejecución por el monto adeudado. Además simultáneamente intimará al ejecutado para que en el plazo de 5 días manifieste bienes y en el mandamiento se requerirá de pago y se procederá al embargo de bienes del deudor.

El demandado podrá articular oposición escrita, incumbiéndole la carga de la prueba de los hechos en que ella se fundamente; la oposición tramitará por el procedimiento de conocimiento más abreviado que prevea la legislación y, en su momento, se dictará sentencia.

²⁸ Kemelmajer de Carlucci, Aída. Ob. cit. Pág. 87.

²⁹ La forma en que se trata en el presente trabajo es la del Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Ciudad de Buenos Aires, de Morello, Eisner Arazí Kaminker. Rubinzal Culzoni. Santa Fe, año 1998, art. 509 y ssgtes.

En el proceso monitorio la estructura contradictoria normal se invierte, pues planteada la petición por el actor, el tribunal dicta en forma inmediata sentencia, es decir que admitida la demanda, el juez sin más trámite, es decir sin dar traslado a la parte contraria dicta sentencia admitiendo la pretensión del actor³⁰.

Así se ha expresado que el juicio monitorio comprende tres momentos 1) Una primera etapa sin contradictorio (demanda y resolución favorable). 2) una segunda fase en la que se intima al demandado a fin de que formule oposición y 3) la tercera fase depende de la actitud del demandado ya que si este no se opone a la pretensión del actor la sentencia dictada queda firme y consentida; en cambio si formula oposición se abre un juicio de conocimiento con todas sus etapas y cuya sentencia producirá el efecto de cosa juzgada material.

COLOFÓN

Hemos analizado problemas visibles de nuestro sistema judicial, algunos nuevos otros con cierta “antigüedad” pero reformulados con características actuales.

Hemos propuesto a modo de solución algunas medidas que nos parecen indispensables para corregir las distorsiones.

Ellas apuntan fundamentalmente a achicar la masa litigiosa, a la desarticulación de los índices de litigiosidad y al tratamiento de las causas según sus características por jueces “naturales” que puedan asegurar un debido proceso y una decisión oportuna en el ámbito cordobés. Complementariamente se propone la simplificación procesal en varias modalidades y además con la inclusión de una audiencia preliminar limitada inicialmente a un universo reducido de asuntos que luego de evaluado podrá ser ampliada. Por otra parte afirmamos como necesario dar cabida a los nuevos institutos de tutela jurisdiccional diferenciada para el logro del valor eficacia en el trámite judicial.

³⁰ Arazi, Roland. Medidas Cautelares. ASTREA. Bs. As., 1997, pág. 24.