

ANEXO

DOCUMENTOS DE TRABAJO

TÍTULO PRELIMINAR – JORGE A. ROJAS (AADP)

Está bien la descripción que se hace en el título preliminar, que considero conviene llamarlo a secas así, o bien principios y reglas porque existiría una superposición de denominaciones.

Lo que llama la atención es la extensión que tiene cada uno de los principios o reglas, que en mi caso los denomino sistemas, pero no quiero hacer una cuestión lingüística con esto, si para el proyecto son reglas déjenlo.

Sucede que los principios que son fundantes de un ordenamiento cualquiera, como en este caso procesal, provienen de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales, con lo cual la mera indicación de estos aspectos es suficiente para tenerlos en cuenta.

Esos principios se presentan en la realidad con una sola cara y desde luego no admiten una doble mirada. El principio de igualdad no tiene una contrapartida de desigualdad, el de congruencia no tiene uno de incongruencia, el de legalidad, el de autoridad, el de razonabilidad tienen idénticas características, con lo cual no puede existir confusión al respecto.

Para fundamentar adecuadamente esto te mando adjunto un trabajo mío en donde explico esto con detalle, porque hay otros principios que sirven como un apoyo hermenéutico que son principios universalmente aceptados, que pueden no estar contemplados en la letra de la Constitución o de la ley, pero son reconocidos igualmente.

Sirva como ejemplo el buen padre de familia, o el buen hombre de negocios, o el principio pro actione, todos universalmente aceptados y que ayudan a lograr una interpretación de una determinada situación, tal como lo prevén los dos primeros artículos del Código Civil y Comercial, pero a esos los llamo generales.

Esos principios son bajados a la realidad concreta de un ordenamiento, para efectivizarlos en la letra de la ley, a través de sistemas, que el proyecto siguiendo alguna línea iusfilosófica llamaron reglas.

Sucede que los sistemas tienen otro tipo de flexibilidad y apertura que permiten su adaptación a distintas circunstancias, mientras que las reglas son más duras por su rigidez.

Un sistema es un conjunto de partes que están interrelacionadas entre sí en pos de la consecución de un objetivo común. Para que lo puedas ver en el proceso, sería el procedimiento diseñado por el legislador para llegar a desarrollar un determinado trámite, o actuación procesal o proceso inclusive.

Si vos pones que un principio es (pto. VIII) el proceso oral, público y por audiencias, y explicas – casi al modo de los fundamentos del código- qué es no sé qué sentido tiene esa explicación si todo ello luego está regulado.

Lo mismo sucede con muchos que se llaman principios que se desdibujan como tal, no porque no lo sean sino porque forman parte del texto de la normativa respectiva, por el ejemplo el contradictorio (pto. XIII).

Fijate la confusión que genera tanta descripción. En el pto. XVI dice “preclusión procesal”. Y reza el precepto: Los actos procesales deben desarrollarse en los plazos legales, judiciales o convenidos por las partes. No cumplida la actividad en tiempo oportuno cesará la posibilidad de desarrollarla. Asimismo, una vez cumplido el acto procesal no podrá reeditarse retrotrayendo el proceso.

Eso lo puedes explicar en un manual, pero además eso no es la preclusión procesal. Couture la define claramente diciendo que “es la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal”.

Como verás si el proceso se rige por las cargas que se le imponen a las partes, nada tiene que ver la preclusión con los plazos sino con el cumplimiento de las facultades (cargas) con las que cuentan las partes.

Por ese motivo creo que es conveniente una revisión de todo esto a los fines de circunscribirse a los que son principios y en su caso si se quiere poner un sistema, como la preclusión, la definición es la que dije y eso se debería poner, no el fenecimiento de los plazos y toda la explicación que se brinda, porque lleva a confusión y revela el carácter acientífico de la elaboración.

Paso un modelo al solo efecto de que ver la idea de un lenguaje muy preciso concreto, parco, para que no se preste a la amplitud de interpretaciones que generan confusiones más que certezas.

Así como señalé que si quieren optar por el sistema de preclusión como se lo debe definir, paso algunos modelos

Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos observando los principios que hacen al debido proceso legal según las leyes que resulten aplicables conforme con la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales en los que la República sea parte.

Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras y sus fines de conformidad con la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales, y los principios y valores jurídicos, de modo coherente con *todo el ordenamiento*.

Jurisdicción. Los jueces no solo ejercerán su jurisdicción para intervenir en conflictos con carácter dirimente, sino inclusive con carácter preventivo y protectorio, ajustando sus decisiones

a las previsiones de este Código, las leyes que resulten aplicables conforme con la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales suscriptos por la República.

Flexibilidad de las formas. El principio de flexibilidad de las formas permitirá interpretar como cumplidos aquellos actos procesales que aun no habiéndolas observado alcancen su finalidad.

Disponibilidad de las formas. Las partes quedan habilitadas a disponer convencionalmente de las formas establecidas en este Código, en tanto ello no importe una desvirtuación del debido proceso legal.

Solo a modo ejemplificativo y para que se vea la idea que quiero transmitir.

TS. 1 A 23 - CÓRDOBA

ANÁLISIS DE LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN CONSENSUAL DE CONFLICTOS Y LAS MEDIDAS PREJUDICIALES EN EL ANTEPROYECTO CÓDIGO GENERAL DE PROCESOS DE LA PROVINCIA DE CHUBUT

Por la Comisión de Jóvenes Procesalista, Delegación Córdoba

María Constanza Colqui Acosta
Santiago Molina Sandoval
Valeria de las Mercedes Sola
María Montserrat Tejerina Funes

I. MECANISMOS DE SOLUCIÓN CONSENSUAL DE CONFLICTOS

A. REGLAS GENERALES

1) Énfasis en el aspecto consensual de los mecanismos de solución de conflictos

Según cada ordenamiento en particular, la denominación y las características que definen específicamente a cada modalidad de tratamiento y resolución de conflictos son diferentes. No obstante ello, todos apuntan hacia una noción más amplia de la justicia: mecanismos alternativos de solución de conflictos, medios alternativos de resolución de controversias, sistemas alternos de resolución de conflictos, resolución alternativa de conflictos, justicia informal o justicia comunitaria, entre otros.

El Anteproyecto de reforma del Código opta por utilizar la nomenclatura de “Mecanismos de solución consensual de conflictos”, en alusión al común acuerdo que debe existir para optar por un mecanismo consensual de solución de controversias. La Comisión de reforma hace hincapié en el aspecto consensual, que es mencionado en reiteradas oportunidades a lo largo del articulado¹. El art. 1 nos habla de común acuerdo, a los fines de ejercer la opción por un mecanismo consensual de solución de controversias. El art. 2, por su parte, insiste en tal extremo al referir: “...*Las partes que someten su conflicto a un mecanismo de prevención y resolución pacífica y consensual lo hacen voluntariamente...*”

Es evidente la nota característica que se quiso incorporar en su articulado, como es el consenso. A partir del artículo 7, se le da la posibilidad a las partes (con acuerdo de la tercera persona) de determinar libremente el procedimiento aplicable al proceso que han seleccionado. Las reglas, atinentes a los diferentes medios alternativos, son sólo “directrices orientativas”, pudiendo ser modificadas o adecuadas de la forma más conveniente para la gestión y composición del conflicto. La eventual norma coloca pocos límites a esta libertad y consenso para garantizar como condición de validez y legitimidad, por un lado, la posibilidad de postular, probar y contradecir; y, por el otro y efectuando una interpretación sistemática del Anteproyecto, el respeto y defensa de los derechos humanos y reglas de orden público (art. 2).

Es importante destacar que el Anteproyecto no utiliza el término “alternativo”. Entendemos que ello pudo darse debido a que se ha venido cuestionando el uso de este término en su denominación, principalmente porque el modo más primitivo de resolver los conflictos no fue el judicial, por lo que, en todo caso, el sistema judicial se constituyó en “alternativo” a los primeros métodos de resolución. Además, se ha concebido que estos modelos diferentes de resolver los conflictos no son excluyentes del sistema judicial, sino que complementan al mismo².

Por nuestra parte, consideramos que tanto el término “consensual” como “alternativos”, con los que se denomina usualmente a éstos mecanismos, guardan coherencia con el objetivo y las características de no confrontación, de autogestión y de protagonismo ciudadano en el tratamiento de la conflictividad social, que definen principalmente su aplicación. Coincidimos, entonces, con el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos en cuanto a que la mención de “alternativo” no puede entenderse como la pretensión y la búsqueda de una cierta privatización de la justicia o como la sola y exclusiva intención de apartarlo de la institucionalidad de la Administración de Justicia³.

¹ Por ejemplo, arts. 1, 2 y 10.

² Cfr. CASAL, Jesús M.- ZERPA MORLOY, Mariana, *Tendencias actuales del derecho procesal: constitución y proceso*, Universidad Autónoma Andrés Bello Caracas, 2007, p. 317, en <https://books.google.com.ar/books?isbn=9802444391>, consultado el 31/07/2019.

³ CONSEJO PERMANENTE DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, “Métodos alternativos de resolución de conflictos en los sistemas de justicia de los países Americanos”, <https://www.oas.org/consejo/sp/CAJP/docs/cp09044s04.doc>, consultado el 31/07/2018.

Creemos que la Comisión redactora tuvo en miras darle un mayor protagonismo a estos medios, al utilizar como denominación novedosa “mecanismos de solución consensual de conflictos” y al ubicarlos al inicio del articulado.

Existe un claro posicionamiento en torno a promover por todos los medios posibles la solución consensual de conflictos. De allí que se regulen multiplicidad de mecanismos, que su nominación sea enunciativa y no taxativa y que su articulación esté pensada de forma flexible y dinámica.

La lógica que inspira el Anteproyecto del Código General de Procesos de la provincia de Chubut no es la imposición obligatoria de la mediación u otras alternativas, sino la construcción de incentivos para su utilización y el deber de considerar racionalmente su uso (art. 1). De allí que al momento de postular las partes deban mencionar el mecanismo consensual de conflictos al que se hubiese sometido el caso, sus resultados y los elementos útiles para la causa que se hubieren aportado y no estén alcanzados por el deber de confidencialidad (art. 259, inc. f).

La relación entre mecanismos procura potenciar el encuentro, la negociación y discusión libre, igualitaria e informada, el contradictorio efectivo y la búsqueda de soluciones adecuadas.

2) Inclusión de los mecanismos de solución consensual de conflictos en el código procesal

El Anteproyecto de reforma del Código procesal contempla estos medios al comenzar el articulado, a diferencia de otros códigos procesales tradicionales donde los medios alternativos de resolución de conflictos no tienen un capítulo autónomo destinado a ellos⁴.

Es evidente que la Comisión de reforma quiso plasmar en el articulado los principios emergentes de los aires de reforma procesal, al mencionarlos en forma previa al proceso judicial. Es un cambio significativo respecto de la forma en que se pretende que sean solucionados los conflictos.

Al estudiar el “Primer Diagnóstico Nacional Prospectivo sobre la Mediación Comunitaria”, informe elaborado con la Universidad de Buenos Aires, se ofrece una evaluación sobre la mirada de los usuarios en los centros de mediación comunitaria que pertenecen a la Red Federal. Del informe se desprende que más de la mitad de los casos alcanzaron un acuerdo, y que el 67% de las mediaciones celebradas son relacionadas a temas vecinales. Por otro lado, casi el 90% de los usuarios indicó que resolver un conflicto mediante este método es mejor que hacerlo a través de un juicio⁵. Es posible que estas razones hayan motivado a la Comisión de reforma a

⁴ Tal es el caso del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba.

⁵ <https://www.justicia2020.gob.ar/noticias/dialogo-fortalecimiento-la-mediacion-comunitaria/>, consultado el 31/07/2019.

fomentar los mecanismos de solución de conflictos, plasmando los nuevos postulados procesales de justicia informal al iniciar el Anteproyecto de Código.

3) Legislación sobre reglas generales a los distintos mecanismos de solución consensual de conflictos

Podríamos hablar de un nuevo paradigma, en donde los postulados procesales modernos plasman, a partir de sus principios inspiradores y su regulación normativa, la flexibilidad en el procedimiento y la informalidad en las actuaciones.

El Anteproyecto de reforma del Código procesal de Chubut, con buen criterio legislativo, comienza el tratamiento de los mecanismos alternativos de solución de conflictos con una serie de reglas generales que resultan aplicables a los diversos medios alternativos.

De esta manera, se evitan lagunas e incertidumbres en cuanto al alcance e interpretación de las normas. Se establece así, de un modo preciso y categórico, qué disposiciones son comunes para los diferentes mecanismos de solución consensual de conflictos.

Esta técnica legislativa respeta los lineamientos de la reforma local⁶ y de las reformas procesales impulsadas a nivel nacional desde el Ministerio de Justicia, mediante el Programa Justicia 2020⁷, cuyos estándares se reflejan como bases de aquélla.

Sin lugar a dudas, el legislador se vio motivado por las nuevas tendencias de reforma, receptando los principios de celeridad, transparencia, y oralidad que hacen a la justicia 2020.

4) Inclusión de “Reglas generales” de los mecanismos de solución consensual de conflictos

a) Promover a los mecanismos consensuales de solución de conflictos

Es evidente el objetivo de la reforma de promover por todos los medios posibles la solución consensual de conflictos. Es deber del juez, para promover su uso, derivar a mediación a las partes valorando, a tal fin, las particularidades del caso. La eventual norma regula las consecuencias de quienes no concurren sin causa justificada con el desistimiento del proceso o la imposición de costas.

La lógica que inspira la reforma no es la imposición obligatoria de la mediación u otras alternativas, sino la construcción de incentivos para su utilización y el deber de considerar

⁶Cfr. https://www.juschubut.gov.ar/images/sec-planificacion/crpc/Objetivos_y_Lineamientos_CRPC.pdf, consultado el 15/07/2019.

⁷Cfr. <https://www.juschubut.gov.ar/index.php/documentacion-de-base>, consultado el 15/07/2019.

racionalmente su uso (art. 1)⁸. De allí que al momento de postular las partes deban mencionar el mecanismo consensual de conflictos al que se hubiese sometido el caso, sus resultados y los elementos útiles para la causa que se hubieren aportado y no estén alcanzados por el deber de confidencialidad (art. 259, inc. f).

El Anteproyecto considera como *deber* de las partes, ante una posible disputa, considerar a estos medios alternativos de solución de conflictos, antes de remitir su conflicto en los Tribunales.

Es requisito fundamental contar con consenso de ambas partes, lo se encuentra expresamente mencionado en el art 1, 2 y 7 del Anteproyecto.

Asimismo, el Código admite la posibilidad de utilizar otro sistema que consideren apropiado, aunque ello no se encuentre estipulado en el articulado.

b) Los mecanismos mencionados son meramente enunciativos

El Anteproyecto reconoce que los principales mecanismos de solución consensual de conflictos son la negociación libre e informada entre las partes, la mediación, conciliación y arbitraje.

Sin embargo, dicha enumeración no es taxativa, sino meramente enunciativa, de conformidad al art. 1, 2º párr., que estipula: “...*Las partes o interesados también pueden recurrir a cualquier otro sistema que consideren apropiado y conveniente, se base o no en los mencionado...*”.

c) Caracterización de los mecanismos

El Anteproyecto en su art. 2 menciona las principales características de estos mecanismos alternativos de solución de conflictos, las que pueden resumirse en forma sucinta como:

- A. Voluntariedad.
- B. Buena fe.
- C. Transparencia.
- D. Respeto y defensa de los derechos humanos y reglas de orden público.
- E. Consenso.
- F. Cooperación.

Renglón aparte merecen algunas consideraciones relativas al principio de cooperación. Es que la razón de ser que tuvo en miras por la Comisión redactora fue crear un “Código

⁸ SUCUNZA, Matías A., en CEJA- Comisión Interpoderes, “Anteproyecto de Código General de Procesos para Chubut (Argentina): un modelo integral e integrador”, disertación en el IV Congreso Internacional de Mujeres, Brasilia, 2019.

Responsable”, diseñando con base en (des)incentivos y controles adecuados para que todos los sujetos que intervienen durante el conflicto realicen sus deberes y colaboren de modo responsable⁹. En lo atinente a estos mecanismos, podemos citar como ejemplo en la conciliación, particularmente, el deber de las partes de prestar especial cooperación, valorándose su conducta como indicio grave al momento de decidir y también como fundamento para la imposición de costas (arts. 19, 20, 21 y concs.)

d) *La tercera persona*

El Anteproyecto enumera ciertas condiciones que son comunes a la tercera persona o institución designada que intervenga en los diferentes mecanismos de solución de conflictos. Entre ellos las cualidades que menciona son:

- A. Diligente
- B. Proactivo
- C. Imparcial

Tal es la relevancia que se le atribuye a este último carácter que la reforma prescribe que cuando su imparcialidad u objetividad se hallase comprometida o afectada por cualquier razón debidamente fundada deberá abstenerse de intervenir e informar dicha cuestión inmediatamente a las partes y, en caso de mediación previa o derivada, al Servicio Público de Mediación o al tribunal remitente.

e) *Principios rectores*

El Anteproyecto menciona, expresamente, los principios aplicables a todos los mecanismos de solución de conflictos.

- A- Independencia.
- B- Imparcialidad.
- C- Autonomía de la voluntad.
- D- Informalidad y flexibilidad.
- E- Confidencialidad.
- F- Oralidad.
- G- Decisión informada.

Destacamos que en cuanto a la autonomía de la voluntad que el principio se menciona a lo largo del Título y hace a una de las condiciones esenciales para poder recurrir a estos mecanismos. La decisión de optar por estos mecanismos es voluntaria. El Anteproyecto no

⁹ Cfr. Loc. cit.

impone estos medios, sino que las partes pueden disponer de ellos según les resulte conveniente. Ello lo pueden hacer antes, durante y luego de tramitado el proceso.

Con relación a la informalidad y a la flexibilidad, se advierte que los mecanismos son menos formales y rígidos que el proceso judicial tradicional, identificado por sus excesivos formalismos y trámites burocráticos. Este distinto grado de informalidad que los caracteriza de manera general se aprecia en una mayor flexibilidad en los procedimientos que los regulan.

Con la información y la flexibilidad se perfila que las reglas atinentes a los diferentes medios alternativos son sólo “directrices orientativas”, pudiendo ser modificadas o adecuadas de la forma más conveniente para la gestión y composición del conflicto. Como hemos señalado, los límites están impuestos por el deber de garantizar, como condición de validez y legitimidad, la posibilidad de postular, probar y contradecir; y el respeto y defensa de los derechos humanos y reglas de orden público (art. 2).

La confidencialidad ocupa un lugar relevante en Anteproyecto, ya que no sólo lo menciona entre los principios comunes a estos mecanismos de solución consensual de conflictos, sino que le dedica un artículo exclusivamente (art. 6). La norma está destinada a las partes, tercera persona y asistentes.

Conforme a tal principio, “*No podrán ser obligados a declarar o presentar un documento preparado u obtenido como parte de las mutuas negociaciones*”, salvo excepciones, ellas son:

- Decisión fundada del magistrado, por hallarse comprometida la vida, seguridad o integridad de una persona
- Su divulgación sea necesaria para que la tercera persona pueda defenderse contra un reclamo de mala conducta profesional.
- Las manifestaciones vertidas en la negociación libre e informada entre las partes, lo que expresamente se acuerde en cualquier mecanismo consensual, o lo que prevean disposiciones especiales al efecto.

f) La elección de un mecanismo de resolución consensual no implica renunciar a la vía judicial

Esta regla se encuentra contemplada de manera expresa el art. 8. Ello es propio de la intención tenida en la reforma de disponer los mecanismos de solución consensual de conflictos y la instancia judicial como sistemas complementarios, no como excluyentes.

g) Efectos comunes

Los acuerdos arribados en mediación, conciliatorios o los laudos arbitrales, sean parciales o totales, tienen el carácter de título ejecutorio para todos los efectos legales.

B. MECANISMOS DE SOLUCIÓN CONSENSUAL DE CONFLICTOS EN PARTICULAR

1) NEGOCIACIÓN

La negociación se hace directamente entre las partes, sin ayuda ni facilitación de terceros. Es un proceso voluntario, predominantemente informal, no estructurado, que las partes utilizan para llegar a un acuerdo mutuamente aceptable¹⁰.

Este medio de solución de conflicto se encuentra contemplado en el art. 14 del Anteproyecto, proponiendo una negociación libre e informada.

En línea con la voluntariedad que caracteriza a los mecanismos de solución consensual de conflictos que propone la reforma, se establece la posibilidad de que las partes, sus representantes y asesores promuevan las negociaciones.

Tal posibilidad se da a fin de evitar el proceso o para concluirlo anticipadamente, como se advierte de las oportunidades que establece el Anteproyecto para ello: *“con antelación al proceso judicial o durante su curso”*.

No obstante, coloca al juez y abogados en el deber de fomentar e incentivar el uso de la negociación. Se advierte, en este punto, que la Comisión de reforma sigue las pautas planteadas tanto en la reforma local¹¹ como nacional¹², que promueven el uso de los medios de solución de conflictos de manera consensual.

Se refuerza esta última idea con la calificación que el Anteproyecto de reforma realiza respecto de las conductas obstructivas, al señalar las faltas disciplinarias graves.

2) MEDIACIÓN

El procedimiento no adversarial de la mediación se encuentra regulado en el Anteproyecto en forma autónoma, en el Título III (arts. 15 al 18). Siguiendo las posturas tradicionales¹³, se caracteriza por la presencia de un tercero imparcial y neutral (mediador) que, sin tener poder sobre las partes, ayuda a que éstas, en forma cooperativa, encuentren el punto de armonía en el conflicto. De tal modo, el mediador induce a las partes a identificar los puntos de la controversia, a acomodar sus intereses a los de la contraria, a explorar fórmulas de arreglo que trasciendan el nivel de la disputa.

¹⁰ HIGHTON, Elena I., ALVAREZ, Gladys S. *Mediación para resolver conflictos*, Ad Hoc, 1995 p. 119.

¹¹ Cfr. https://www.juschubut.gov.ar/images/sec-planificacion/crpc/Objetivos_y_Lineamientos_CRPC.pdf, consultado el 15/07/2019

¹² Cfr. <https://www.juschubut.gov.ar/index.php/documentacion-de-base>, consultado el 15/07/2019.

¹³ FALCÓN, Enrique M., "Sistemas Alternativos de Resolver Conflictos Jurídicos— Negociación, Mediación, Conciliación", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012, p. 145.

Sin perjuicio de los principios generales referidos a los medios de solución de conflictos, que hemos identificado anteriormente, cabe mencionar una serie de elementos que son relevantes para delinear la mediación en el Anteproyecto:

a. La mediación es opcional

A diferencia de la mayoría de los Códigos procesales, en donde la mediación es una instancia prejudicial obligatoria¹⁴, en la reforma que se propone en la provincia de Chubut aquella es facultativa de las partes.

b. Deber de información:

Antes de iniciar el proceso de mediación, el mediador informará a las partes sobre la función y deberes de un mediador y determinará con ellas las reglas aplicables y la duración del proceso de mediación.

Resulta enriquecedor establecer a la información del mediador como un deber, ya que si bien ella es propia de la tarea de acercamiento de las partes y –por ende- ontológica a la labor de todo mediador, refuerza su realización.

c. Deber de colaboración. Sanciones

Sin perjuicio del carácter voluntario de la mediación, el Anteproyecto menciona el deber de colaboración de manera específica en este título (art. 17). En tal sentido, establece el deber de las partes de comprometerse a asistir a todas las reuniones a las que sean convocadas por el mediador.

Tal es la relevancia que se le da a la asistencia a dichas reuniones que coloca al mediador en la obligación de informar si las partes no han cumplido con el mencionado deber.

d. Mediación judicial

Los particulares pueden someterse voluntariamente a mediación en centros públicos o privados, o ante mediadores habilitados en todo tipo de controversias, considerándose el método como un recurso eficaz de autogestión de los conflictos. Se prevé la mediación extrajudicial voluntaria existiendo acuerdo entre las partes.

El Anteproyecto regula de manera específica la “mediación judicial” en el art. 18. Una vez abierta la instancia judicial el juez interviniente, se encuentra obligado a remitir la causa a mediación en cualquier etapa del proceso, cuando las partes hayan manifestado su voluntad de someterse a dicho mecanismo.

Entre los aspectos procesales centrales, que caracterizan al proceso de mediación, podemos señalar:

¹⁴ Tal es el caso de provincia de Córdoba, a partir del 1 de noviembre de 2018, mediante Ley 10.543 introdujo la e Mediación Previa y Obligatoria. Asimismo, a nivel nacional, desde el año 1995 introdujo la Mediación y Conciliación prejudicial obligatoria por la ley 24.573 (reformada por la ley 26.589).

i. Fomento judicial de la mediación

La eventual norma establece el fomento del juez a que las partes sometan el conflicto a la mediación como un deber.

Nuevamente, el Anteproyecto establece el deber de fomentar el uso de la mediación, en línea con los estándares de la reforma local¹⁵ y nacional¹⁶, que promueven el uso de los medios de solución de conflictos de manera consensual.

ii. Asistencia personal y representación

La participación directa de las partes es un factor relevante a fin de lograr la autocomposición del conflicto.

No obstante, tal como se encuentra redactada la eventual norma, ésta habilita la concurrencia de representante, posibilitando que la parte preste su consentimiento al acuerdo arribado por aquel. A tal fin, el art. 17 dispone que se requiere asegurar que las personas que tienen la autoridad para lograr un acuerdo estén presentes o que se las pueda contactar con tiempo suficiente para expresar su consentimiento.

iii. Mediación judicial. Suspensión del proceso

El órgano jurisdiccional, con consentimiento de las partes, tiene la potestad de derivar el pleito a alguno de los centros o programas acreditados ante el Poder Judicial.

En dicho caso, se suspenderá el procedimiento judicial. La suspensión del proceso podrá extenderse hasta treinta (30) días corridos contados a partir de la notificación al mediador. Vencido dicho plazo, el proceso se reanudará automáticamente desde la etapa procesal en que éste fue suspendido.

Este plazo puede ser prorrogado por acuerdo expreso de las partes o a solicitud fundada del mediador.

Nos parece acertada la solución propuesta por la reforma de regular la reanudación automática del proceso, concluida la mediación. Es que ello propicia la celeridad del proceso, en orden a lograr una justicia más eficiente, rápida y cercana, conforme las metas de las reformas impulsadas a nivel provincial como nacional, ya citadas.

iv. Control judicial de los acuerdos. Homologación

La reforma adopta una metodología clarificadora de las distintas soluciones que se deberán adoptar según la casuística.

Así, dispone que si las partes llegan a un acuerdo total, se pondrá término al proceso judicial. Si se trata de acuerdos parciales, continuará el proceso en todo aquello en que persistan diferencias entre las partes, incluyendo luego la jueza o el juez el contenido de estos acuerdos en la decisión final del caso.

En ambos supuestos, los acuerdos celebrados una vez instado el proceso, serán homologados por el juez interviniente.

¹⁵Cfr. https://www.juschubut.gov.ar/images/sec-planificacion/crpc/Objetivos_y_Lineamientos_CRPC.pdf, consultado el 15/07/2019

¹⁶Cfr. <https://www.juschubut.gov.ar/index.php/documentacion-de-base>, consultado el 15/07/2019.

Entendemos atinada la técnica legislativa adoptada, armónica con los principios de simplicidad que busca la reforma, por cuanto enerva o reduce los eventuales incidentes que podría generar el silencio de la norma.

3) CONCILIACIÓN

El medio de solución de conflictos denominado “Conciliación judicial” se encuentra regulado en el Título IV del Anteproyecto.

La reforma propone regular este mecanismo de solución de conflictos de manera explícita y autónoma, a diferencia del Código procesal actual¹⁷, en el que no delimita ni sienta las bases de este mecanismo, sino que sólo dedica un artículo destinado a los efectos.

Es claro el contraste existente con el Código vigente no sólo por su regulación explícita, sino por los deberes que se ponen en cabeza del juez y las partes, así como del alcance y razón de ser dentro de un proceso organizado para obtener información de calidad oportuna para la toma de decisiones¹⁸.

En definitiva, la conciliación en el Anteproyecto está dirigida a la facilitación de un acuerdo presidido por un juez.

En tal sentido, la conciliación está regulada para permitir que el juez convoque a las partes en litigio a fin de intentar que llegue a avenimiento.

La Comisión de reforma delimita el objeto de la conciliación judicial a la solución del conflicto con la colaboración de la jueza o del juez de la causa, el equipo interdisciplinario y/o sus auxiliares (art. 19).

Cabe destacar distintos aspectos de la conciliación propuestos en el Anteproyecto:

a. Deber judicial de promover la conciliación. Razonabilidad

El tribunal deberá alentar a las partes a tener en cuenta la posibilidad de brindar soluciones consensuadas al asunto sometido a su consideración, a través de la conciliación y en cualquier etapa del proceso. Si en ocasión del cumplimiento del acuerdo o sentencia surgen diferencias entre las partes, también podrán conciliarse.

Cabe destacar que la reforma establece pautas a tener en cuenta por el juez al momento de recomendar la conciliación, tales como considerar el tipo de conflicto, los sujetos involucrados, la experiencia del propio tribunal, los costos e intereses comprometidos y los precedentes existentes.

Inclusive, puede hacer una estimación presuntiva sobre los riesgos involucrados para las partes en la litigación, en cuanto a la viabilidad de obtener o no una sentencia favorable, advirtiendo a las partes que sus evaluaciones apriorísticas podrán variar fundamentalmente como producto del conocimiento detallado de la prueba que adquirirá en las etapas posteriores del caso

¹⁷ Art. 7 de la Ley XIII de la provincia de Chubut.

¹⁸ SUCUNZA, Matías A., *ibidem*.

y sin que ninguna de sus opiniones emitidas en el ejercicio de esta función conciliadora impliquen prejuzgamiento.

Esta estimación, indudablemente, impacta positivamente en la probabilidad de avenimiento, ya que las partes son informadas de cuáles pueden ser las consecuencias desfavorables de transitar un proceso. La norma regula específicamente que la estimación no implicará prejuzgamiento y a partir de ello atempera la actividad conciliadora del juez al darle mayores herramientas.

El Anteproyecto continúa con la idea de fomentar el uso de los mecanismos de solución consensual de conflictos, impulsada por las reformas local¹⁹ y nacional²⁰, y lo hace de una manera razonable, en virtud de las pautas que debe ponderar el juez al momento de promover la conciliación.

b. Deber de cooperación. Sanción

Para la convocatoria a la conciliación, durante su desarrollo y para la realización de sus fines, el órgano jurisdiccional, el equipo interdisciplinario y demás auxiliares podrán utilizar las facultades ordenatorias, instructorias y sancionatorias que el ordenamiento le atribuye. Las partes deberán prestar especial cooperación, valorándose su conducta como indicio grave al momento de decidir y también como fundamento para la imposición de costas.

c. Asistir personal. Sanciones

Las partes deberán asistir personalmente a la audiencia en que se promueva la conciliación, aun cuando hayan delegado a sus mandatarios la facultad de transigir. Tratándose de personas jurídicas, a la audiencia de conciliación deberá comparecer un representante que tenga conocimiento de los hechos del caso y tenga facultades suficientes para transigir. Ambas circunstancias serán ponderadas por la jueza o el juez para decidir sobre el fondo y las costas del proceso.

La relevancia que la reforma otorga a la legitimación para acordar en la conciliación demuestra su compromiso con la verdad jurídico objetiva, alcanzada con un acuerdo que satisfaga los intereses de las verdaderas partes del proceso.

d. Acuerdos. Homologación

La jueza o el juez podrán aprobar acuerdos conciliatorios provisionales, sujetos a ratificación y/o acuerdos parciales que versen sólo sobre algunas cuestiones del asunto debatido.

La Comisión de reforma ha determinado así el efecto del acuerdo arribado en la conciliación y el procedimiento necesario a fin de lograr su ejecutoriedad.

¹⁹Cfr. https://www.juschubut.gov.ar/images/sec-planificacion/crpc/Objetivos_y_Lineamientos_CRPC.pdf, consultado el 15/07/2019.

²⁰Cfr. <https://www.juschubut.gov.ar/index.php/documentacion-de-base>, consultado el 15/07/2019.

Consideramos acertada tal disposición por cuanto, propende la reducción de incidentes relativos al valor del acuerdo, los cuales lejos de favorecer un procedimiento expedito, simple y eficaz, generan un desgaste jurisdiccional innecesario.

ARBITRAJE – ARTS. 24 A 33 – JORGE A. ROJAS (AADP)

De la lectura del proyecto, surge una especie de confusión conceptual con relación a lo que es el arbitraje que me parece que conviene despejar.

Sucede que el proyecto considera que no es necesario regular el proceso arbitral porque remitirían a la regulación que existe en el nuevo Código Civil y Comercial. Sin embargo, lo importante a distinguir es que no solo es necesaria la regulación, sino que el propio CCCN, señala que la normativa en materia de contratos es supletoria de la voluntad de las partes (art. 962), y además, el orden de prelación normativa de aplicación a esa interpretación surge en idéntica forma (art. 963).

Es una confusión muy común que sucede en nuestro Tribunal por la cual muchas veces siendo Secretario recibía consultas, y ello se debe a que lamentablemente pretendieron introducir como un contrato al arbitraje cuando –como decía Carrió- los institutos jurídicos son lo que son, y esta indefectiblemente condenado al fracaso el jurista que busca afanosamente su “naturaleza jurídica”, para vincular un instituto a los moldes tradicionales que tiene preconcebidos, cuando cada uno tiene particularidades propias que lo distinguen.

Para eso tengan en cuenta que el arbitraje tiene como principio liminar en concordancia con el art. 962, la autonomía de la voluntad, con lo cual podemos contratar y decidir no someter nuestro eventual conflicto a las normas del CCCN, sino al Código Procesal, al procedimiento que establece el Colegio de Escribanos, o al de la Bolsa de Comercio de Bs. As., o a la de Rosario, o al tribunal que el proyecta quiera, con lo cual como podrán advertir es necesaria la regulación del arbitraje en el Código Procesal.

Además tengan en cuenta que existe un arbitraje que no es voluntario sino que es obligatorio, porque surge de la letra de la ley, como lo contemplan los arts. 6 de la ley 11.723 de propiedad intelectual, o el art. 5 de la ley de seguros, o el propio CCCN en el art. 1157 cuya lectura me releva de todo otro comentario.

Si nos remitimos al derecho comparado y tienen en cuenta el Código Civil francés y el Código Procesal de ese país, se van a encontrar que allí (en el civil), existen solo tres artículos bajo el título de “compromiso”, que son los que aluden al llamado aquí “contrato de arbitraje”, que traducido es la cláusula compromisoria a través de la cual las partes se someten a arbitraje para sus eventuales conflictos.

Eso puede coincidir –mutatis mutandi- con los tres primeros artículos del CCCN que aluden a la cláusula compromisoria, pero si se ve el resto del articulado de ese código, son todas normas de

neto contenido procesal que es necesario completar, porque operan a modo de molde para que las partes –convencionalmente- las asuman como reguladoras, si ese es su interés, porque pueden decidir someterse a otro régimen.

Sirva como ejemplo el texto del art. 1656 alude a los “arbitrajes que se ajustan a la letra de este código”, quiere decir entonces que hay otros que pueden no estarlo.

Y completo la referencia al Código Procesal francés. Allí el arbitraje tanto doméstico como internacional está contemplado dentro del Código Procesal.

En consecuencia, sugiero un texto que permita la regulación de este instituto, porque no me parece bien corregir lo que se proyectó, ya que partimos de presupuestos distintos para su concepción y regulación.

Desde ya dejo de lado el arbitraje internacional que ya fue regulado por la ley 27.449, que desde luego también tengo en cuenta para esta propuesta.

En este sentido voy a seguir algunos antecedentes que reflejan el Código Procesal de Río Negro, para el cuál Roland Arazi estuvo trabajando en su reforma y me consultó este tema y lo ayude en ese sentido, con algunos agregados que tienen que ver con la actualización de aquella concepción porque eso data del 2010/2011, y que vienen puestos por la Ley internacional de arbitraje que aprobó nuestro país hace poco, y desde luego evitando interferencias con el CCCN.

Este proyecto de regulación es sobre el que se trabajó en Justicia 2020 y fue incorporado al proyecto de código con alguna corrección menor de alguna palabra.

La numeración la pongo al solo efecto de ordenar el texto.

PROCESO ARBITRAL

ART 1.- OBJETO DEL JUICIO. Toda cuestión entre partes, excepto las mencionadas en el artículo 2 podrá ser sometida a la decisión de jueces árbitros, antes o después de deducida en juicio y cualquiera fuere el estado de éste.

La sujeción a juicio arbitral puede ser convenida en un contrato o en un acto posterior.

ART. 2.- CUESTIONES EXCLUIDAS. No podrán comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción.

Siempre que exista materia arbitrable, si de ello deviene la ponderación o evaluación de normas de orden público para dictar el laudo, ello no impedirá el sometimiento de la controversia a arbitraje.

ART. 3.- CAPACIDAD. Las personas que no pueden transigir no podrán comprometer en árbitros.

Cuando la ley exija autorización judicial para realizar actos de disposición, también aquella será necesaria para celebrar el compromiso.

ART. 4.- FORMA DEL ACUERDO. NULIDAD. Las partes podrán someter la solución de todas o algunas de las cuestiones que hayan surgido o puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, a la decisión de uno o más árbitros. Tal acuerdo deberá formalizarse por escrito, en un documento suscripto por las partes sea como cláusula incorporada a un contrato principal o independiente del mismo. Puede resultar de intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje. La declaración de invalidez de un contrato no importará la del acuerdo arbitral, salvo que ésta fuera consecuencia inescindible de aquélla.

El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito, se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta.

La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

ART. 5.- CLAUSULAS FACULTATIVAS. Se podrá convenir, asimismo, en el acuerdo arbitral:

1. El procedimiento aplicable y la sede o lugar en que los árbitros hayan de conocer y fallar. Si no se indicare el lugar, será el de otorgamiento del compromiso o acuerdo arbitral.
2. El plazo en que los árbitros deben pronunciar el laudo.
3. La designación de un secretario, ante quien se desarrollarán las actuaciones.
4. Una multa que deberá pagar la parte que recurra del laudo.
5. La renuncia del recurso de apelación.

ART. 6.- DEMANDA. Podrá demandarse la constitución del tribunal arbitral, cuando una o más cuestiones deban ser decididas por árbitros, o bien cuando este indefinida la nominación o la integración del tribunal arbitral y no exista acuerdo de partes.

Presentada la demanda, ante el juez que hubiese sido competente para conocer en la causa, se conferirá traslado al demandado por diez días y se designará audiencia para intentar avenir a las partes.

Si hubiese resistencia infundada, el juez decidirá la integración, o bien la nominación del tribunal que resulte indefinido.

Si la oposición a la constitución del tribunal arbitral fuese fundada, el juez así lo declarará, con costas, previa sustanciación por el trámite de los incidentes, si fuere necesario.

ART. 7.- NOMBRAMIENTO. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros. Es nula la cláusula que confiere a una parte una situación privilegiada en cuanto a la designación de los árbitros.

Las partes podrán determinar libremente el número de árbitros. A falta de tal acuerdo, los árbitros serán tres. Esos árbitros serán nombrados por las partes, pudiendo el tercero ser designado por ellas mismas de común acuerdo, o por los mismos árbitros, si estuviesen facultados. Si no hubiere acuerdo, el nombramiento será hecho por el juez competente.

La designación sólo podrá recaer en personas mayores de edad y que estén en el pleno ejercicio de los derechos civiles.

ART. 8.- ACEPTACION DEL CARGO. Otorgado el compromiso o acuerdo arbitral en sede judicial, se hará saber a los árbitros para la aceptación del cargo ante el secretario del juzgado, con juramento o promesa de fiel desempeño.

Si alguno de los árbitros renunciare, se incapacitare, o falleciere, se lo reemplazará en la forma acordada en el compromiso. Si nada se hubiese previsto, y no existiere acuerdo de partes, lo designará el juez.

ART. 9.- DESIGNACION DE LOS ARBITROS. Salvo estipulación en contrario, quien pretenda ingresar a un juicio arbitral lo hará saber a su contraparte por medio fehaciente, comunicándole en ese acto el árbitro que designa y la propuesta del árbitro tercero. La contraria, en el plazo de diez (10) días podrá designar a su árbitro y acordar con el tercero propuesto o proponer otro haciéndolo saber dentro de ese plazo a la contraria, quien deberá expedirse en el mismo plazo.

El silencio importará la conformidad con el propuesto. La falta de designación de árbitro propio o la no conformidad con el tercero propuesto, habilitará a la parte contraria a solicitar las designaciones al tribunal judicial. En los supuestos de imposibilidad de cumplimiento de su función por alguno de los árbitros designados cualquiera fuere la causa, se procederá en la misma forma. Hasta que se solucione tal cuestión se suspenderá el trámite del juicio arbitral. Salvo estipulación en contrario, la incorporación de un nuevo árbitro no retrogradará el procedimiento.

ART. 10.- DEBER DE REVELACION. Los árbitros están obligados a revelar cualquier tipo de circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia para intervenir en el caso.

El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas.

Las partes quedan facultadas para aceptar su eventual excusación o bien convalidar su actuación.

ART. 11.- ARBITRAJE INSTITUCIONAL. Si el acuerdo arbitral atribuye competencia a árbitros institucionales, las normas de este Código serán supletorias de las que establece el

estatuto respectivo, en tanto las partes así lo hayan acordado, o en caso contrario serán supletorias las del Código Civil y Comercial de la Nación.

ART. 12.- RECUSACION. Los árbitros designados por el juez podrán ser recusados por las mismas causas que los Jueces. No podrán ser recusados sin expresión de causa. Los nombrados por común acuerdo de las partes sólo lo serán por causas sobrevinientes a su designación. La recusación deberá deducirse dentro del quinto día de conocida la designación o la circunstancia sobreviniente. Salvo estipulación en contrario, las recusaciones serán resueltas por el tribunal judicial correspondiente.

ART. 13.- SECRETARIO. En caso de estipularlo las partes, la sustanciación del juicio arbitral se podrá hacer ante un secretario, quién deberá ser persona capaz, en el pleno ejercicio de sus derechos civiles e idónea para el desempeño del cargo.

Será nombrado por las partes o por el juez, en su caso, a menos que en el compromiso se hubiese encomendado su designación a los árbitros.

Prestará juramento o promesa de desempeñar fielmente el cargo ante el tribunal arbitral.

ART. 14.- COMPETENCIA. El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre la existencia o la validez del acuerdo arbitral.

A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato.

La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria.

ART. 15.- EXCEPCION. La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse en el momento de presentar la contestación de demanda.

Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación.

Si, como cuestión previa, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro de los diez días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar la revisión de lo decidido al tribunal judicial que resulte competente.

Mientras esté pendiente dicha revisión, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones.

ART. 16.- PROCEDIMIENTO. Si en la cláusula compromisoria, o en un acto posterior de las partes no se hubiese fijado el procedimiento, los árbitros observarán el del proceso de conocimiento por audiencias previsto en este ordenamiento, teniendo en cuenta la naturaleza e importancia económica de la causa. Esta resolución será irrecurrible.

ART. 17.- MEDIDAS CAUTELARES. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares, circunstancia que no será incompatible con el acuerdo arbitral celebrado por las partes.

ART. 18.- CONDICIONES. Por “medida cautelar” se entenderá toda medida temporal, otorgada en forma provisional, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que:

- a) Mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se dirima la controversia;
- b) Adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral;
- c) Proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente;
o
- d) Preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

A tal fin se deberá acreditar la verosimilitud del derecho que se invoque, el peligro en la demora, y en su caso el Tribunal podrá fijar una contracautela para garantizar los eventuales daños y perjuicios que la medida pudiera ocasionar al afectado.

ART. 19.- MEDIDAS DE EJECUCION. Los árbitros no podrán decretar medidas compulsorias, ni de ejecución. Deberán requerirlas al juez y éste deberá prestar el auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral.

ART. 20.- CONTENIDO DEL LAUDO. Los árbitros pronunciarán su fallo sobre todas las pretensiones sometidas a su decisión, dentro del plazo fijado en el acuerdo arbitral, con las prórrogas convenidas por los interesados, en su caso.

El laudo será motivado y se entenderá que han quedado también comprometidas las cuestiones meramente accesorias y aquéllas cuya sustanciación ante los árbitros hubiese quedado consentida.

ART. 21.- PLAZO. Si las partes no hubieren establecido el plazo dentro del cual debe pronunciarse el laudo lo fijará el juez atendiendo a las circunstancias del caso.

El plazo para laudar será continuo y solo se interrumpirá cuando deba procederse a sustituir árbitros.

A petición de los árbitros, y si no hubiere conformidad de partes, el juez podrá prorrogar el plazo, si la demora no les fuese imputable.

ART. 22.- RESPONSABILIDAD DE LOS ARBITROS. Los árbitros que, sin causa justificada, no pronunciaren el laudo dentro del plazo, carecerán de derecho a honorarios. Serán asimismo responsables por los daños y perjuicios.

ART. 23.- MAYORIA. Será válido el laudo firmado por la mayoría si alguno de los árbitros se hubiese resistido a reunirse para deliberar o para pronunciarlo.

Si no pudiese formarse mayoría porque las opiniones o votos contuviesen soluciones inconciliables en la totalidad de los puntos comprometidos, se nombrará otro árbitro para que dirima la cuestión.

Si hubiese mayoría respecto de algunas de las cuestiones se laudará sobre ellas. Las partes o el juez en su caso, designarán un nuevo integrante del tribunal para que dirima sobre las demás y fijarán el plazo para que se pronuncie.

ART. 24.- RECURSOS. Contra la sentencia arbitral podrán interponerse los recursos admisibles respecto de las sentencias de los jueces, si no hubiesen sido renunciados en el compromiso arbitral.

ART. 25.- INTERPOSICION. Los recursos deberán deducirse ante el tribunal arbitral, dentro de los diez días, por escrito fundado.

ART. 26.- RENUNCIA DE RECURSOS. ACLARATORIA. NULIDAD. Si los recursos hubiesen sido renunciados, se denegarán sin sustanciación alguna.

La renuncia de los recursos no obstará sin embargo, a la admisibilidad del de aclaratoria y de nulidad fundado en falta esencial del procedimiento, en haber fallado los árbitros fuera del plazo, o sobre puntos no comprometidos. En este último caso la nulidad será parcial si el pronunciamiento fuere divisible.

También será nulo el laudo que contuviere en la parte dispositiva decisiones incompatibles entre sí.

ART. 27.- PAGO DE LA MULTA. Si se hubiese estipulado la multa indicada en el artículo ... no se admitirá recurso alguno, si quien lo interpone no hubiese satisfecho su importe.

Si el recurso deducido fuese el de nulidad por las causales expresadas en el artículo 23, el importe de la multa será depositado hasta la decisión del recurso. Si se declarase la nulidad, será devuelto al recurrente. En caso contrario, se entregará a la otra parte.

ART. 28.- CONOCIMIENTO RECURSOS. Conocerá de los recursos al Tribunal jerárquicamente superior el juez a quién habría correspondido conocer si la cuestión no se hubiere sometido a árbitros, salvo que el acuerdo arbitral estableciera la competencia de otros árbitros para entender en dichos recursos.

ART. 29.- JUECES Y FUNCIONARIOS. A los jueces y funcionarios del Poder Judicial les está prohibido, bajo pena de nulidad, aceptar el nombramiento de árbitro o de amigables componedores.

JUICIO DE AMIGABLES COMPONEDORES

ART. 30.- OBJETO. CLASE DE ARBITRAJE. Podrán someterse a la decisión de arbitradores o amigables componedores, las cuestiones que pueden ser objeto del juicio de árbitros.

Si nada se hubiese estipulado en el compromiso acerca de si el arbitraje ha de ser de derecho o de amigables componedores, se entenderá que el arbitraje se desarrollará como arbitraje de derecho.

ART. 31.- NORMAS COMUNES. Se aplicará al juicio de amigables componedores lo prescripto para los árbitros respecto de:

1. La capacidad de los contrayentes;
2. El contenido y forma del compromiso o acuerdo arbitral;
3. La calidad que deban tener los arbitradores y forma de nombramiento;
4. La aceptación del cargo y responsabilidad de los arbitradores;
5. El modo de reemplazarlos;
6. La forma de acordar y pronunciar el laudo.

ART. 32.- RECUSACIONES. Los amigables componedores podrán ser recusados únicamente por causas posteriores al nombramiento.

Sólo serán causas legales de recusación las mismas que atañen a los jueces.

ART. 33.- PROCEDIMIENTO. CARACTER DE LA ACTUACION. Salvo estipulación contraria de las partes, los amigables componedores procederán sin sujeción a formas legales, limitándose a recibir los antecedentes o documentos que las partes les presentasen, a pedirles las explicaciones que creyesen convenientes, y a dictar sentencia según su leal saber y entender.

ART. 34.- PLAZO. Si las partes no hubiesen fijado plazo, los amigables componedores deberán pronunciar el laudo dentro de los sesenta días de que la causa quede en condiciones de dictarse el laudo.

ART. 35.- NULIDAD. El laudo de los amigables componedores no será recurrible, pero si se hubiese pronunciado fuera de plazo o sobre puntos no comprometidos, las partes podrán demandar su nulidad dentro de diez días de notificado ante el juez de primera instancia que hubiera resultado competente en el caso.

Presentada la demanda, el juez dará traslado a la otra parte por diez días. Vencido este plazo, contestado o no el traslado, el juez resolverá acerca de la validez o nulidad del laudo, sin recurso alguno.

ART. 36.- COSTAS. HONORARIOS. Los árbitros y amigables componedores se pronunciarán acerca de la imposición de las costas en la forma prescripta en los artículos 68 y siguientes (sería el art. que alude al principio objetivo de la derrota).

Los honorarios de los árbitros, secretario del tribunal, abogados, procuradores y demás profesionales, serán acordados con las partes y, en caso de divergencia, serán regulados por el juez que resulte competente.

Los árbitros podrán solicitar al juez que ordene el depósito o embargo de la suma que pudiere corresponderles por honorarios, si los bienes objeto del juicio no constituyesen garantía suficiente.

PERICIA ARBITRAL

ART. 37.- REGIMEN. La pericia arbitral procederá cuando las leyes establezcan ese procedimiento con el nombre de juicio de árbitros, arbitradores, peritos o peritos árbitros, para que resuelvan cuestiones de hecho concretadas expresamente.

Son de aplicación las reglas del juicio de amigables componedores, debiendo tener los árbitros peritos especialidad en la materia.

Bastará que el compromiso o acuerdo exprese la fecha, los nombres de los otorgantes y del o de los árbitros, así como los hechos sobre los que han de laudar; pero será innecesario cuando la materia del pronunciamiento y la individualización de las partes resulten determinados por la resolución judicial que disponga el arbitraje pericial o determinables por los antecedentes que lo han provocado. Si no hubiere fijado el plazo, deberán pronunciarse dentro de los treinta días a partir de la última aceptación. Si no mediare acuerdo de las partes, el juez determinará la imposición de costas y regulará los honorarios.

La decisión judicial que, en su caso, deba pronunciarse en todo juicio relacionado con las cuestiones de hecho laudadas, se ajustará a lo establecido en la pericia arbitral.

ART. 34 – MOSMMAN (SALTA)

ANTEPROYECTO DE CODIGO GENERAL DEL PROCESO

DE LA PROVINCIA DE CHUBUT

PROCESO COMUNITARIO: **Comentario artículo 34**

María Victoria Mosmann

Art. 34. Regla. Alcance y excepciones. El Estado provincial reconoce el derecho de los pueblos originarios, la legitimidad de sus autoridades y su sistema de administración de justicia. Los conflictos entre los integrantes de la comunidad originaria, podrán ser sometidos a su propio sistema de administración de justicia. Cuando los integrantes de la comunidad no quieran someter su conflicto a la justicia comunitaria, ésta no haya podido resolver el conflicto planteado o cuando involucre a personas de la comunidad originaria y terceros, sean particulares o poderes públicos, se dirimirá por los mecanismos de resolución de conflictos ordinarios previstos en este Código.

1) Introducción: La norma en comentario cuenta con dos ejes principales, una primera parte donde reconoce derechos a los pueblos originarios y, luego, una segunda parte donde regula –o reconoce– dos esferas de administración de justicia, esto es la ordinaria y la comunitaria.

Esta última subdivisión, determina qué o cuales conflictos se someterán a un sistema de administración de justicia propio de los pueblos originarios (proceso comunitario), y cuáles serán los casos en los que los conflictos se debatirán por los mecanismos ordinarios que regula este mismo Anteproyecto.

2) Reconocimiento de Derechos: En primer lugar este artículo comienza por reconocer “el derecho de los pueblos originarios”, sus autoridades y su sistema de administración de justicia. Este reconocimiento de derechos no hace más que reforzar -o reiterar- en el ámbito de una norma procesal, lo ya dicho en normas de jerarquía superior en nuestro país.

Los derechos de los pueblos originarios cuentan en nuestro país con la protección normativa que surge de la ley 24.071 que aprobó en el año 1992 el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Luego, en 1994 con la reforma constitucional, en el artículo 75 inciso 17 se reconoció expresamente la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas²¹ argentinos, y se garantizó el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconociendo la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; obligándose a regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; asegurando su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten.

El mismo artículo 75, en su inciso 22 incorpora al texto constitucional los tratados de derechos humanos que allí enumera, agregando el inciso 23 que corresponde al Congreso “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.”

En 1994 la provincia de Chubut en su Constitución Provincial incorporó el artículo 34 en el que

²¹ Conforme la denominación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

dice “La Provincia reivindica la existencia de los pueblos indígenas en su territorio, garantizando el respeto a su identidad. Promueve medidas adecuadas para preservar y facilitar el desarrollo y la práctica de sus lenguas, asegurando el derecho a una educación bilingüe e intercultural. Se reconoce a las comunidades indígenas existentes en la Provincia: 1. La posesión y propiedad comunitaria sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. El Estado puede regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano. Ninguna de ellas es enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargo. 2. La propiedad intelectual y el producido económico sobre los conocimientos teóricos y prácticos provenientes de sus tradiciones cuando son utilizados con fines de lucro. 3. Su personería jurídica. 4. Conforme a la ley, su participación en la gestión referida a los recursos naturales que se encuentran dentro de las tierras que ocupan y a los demás intereses que los afectan.”

Podemos interpretar entonces que este artículo, en su primera parte, destaca la preeminencia de estos derechos reconocidos a los pueblos originarios en Argentina, los que en el ámbito de vigencia del derecho procesal deberán ser aplicados, interpretando la normas procesales desde un punto de vista instrumental en relación al derecho de fondo protegido, y a las personas que los componen²².

3) Dos esferas de administración de justicia: tal como lo hemos dicho con anterioridad ²³ los conflictos de los pueblos originarios, y los de las personas que los conforman, pueden ser estructurados como intracomunitarios y extracomunitarios, dependiendo que sean conflictos internos suscitados entre los miembros de las comunidades, o conflictos con personas no miembros de los pueblos originarios (tanto particulares como organismos públicos).

El Anteproyecto reconoce estas dos esferas de administración de justicia y les da la posibilidad a los integrantes de las comunidades de elegir someterse a su propio sistema de justicia o no, y también admite esta última opción cuando el conflicto, aun siendo interno de una comunidad originaria, no pudo ser resuelto por la justicia comunitaria. Aparece así una característica de este sistema de justicia comunitario que es su sometimiento voluntario, ya que se permite a sus destinatarios seleccionar la opción sin ningún otro recaudo que su libre decisión. La ubicación de la norma en análisis también define esta característica, ya que se encuentra en el Libro Primero: Disposiciones generales, Sección I “Mecanismos de solución consensual de conflictos”.

En el supuesto en que un miembro de una comunidad originaria escoja o sea sometido a la justicia ordinaria, no podemos dejar de poner el eje de análisis de estos conflictos en su faz subjetiva, en razón de la vulnerabilidad de la persona miembro un pueblo originario, la que requerirá especial atención en razón de las limitantes que esa condición le irroga en el contexto de un proceso judicial ordinario²⁴.

²² Recuérdese que el artículo 2° del Código Civil y Comercial dispone que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

²³ MOSMANN, María Victoria, Tutela Judicial efectiva de los Pueblos e individuos indígenas, Revista de Derecho Público, Los derechos económicos, sociales y culturales II, 2017-2, pag.313 y sgtes.

²⁴ MOSMANN, María Victoria, Instrumentalidad subjetiva del proceso, Revista de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, Año VIII, N° 10, agosto de 2014, pág. 197; Processo e sujeitos vulneraveis. Instrumentalidade procesual de equiparacao subjetiva, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal RIDP, Año 1.2. 2015, pág. 119, https://www.academia.edu/13114038/Proceso_y_sujetos_en_situacion_de_vulnerabilidad; Ejecución de Sentencia y

La vulnerabilidad procesal es la situación del litigante que le impide practicar los actos procesales en razón de una limitación personal involuntaria ocasionada por factores de salud y/o de orden económico, de información técnica, u organizacional, de carácter permanente o provisorio²⁵. La Corte IDH señaló en el caso “Fernández Ortega y otros vs. México” que: ... la población indígena se encuentra en una situación de vulnerabilidad, reflejada en diferentes ámbitos, como la administración de justicia y los servicios de salud, particularmente, por no hablar español y no contar con intérpretes, por la falta de recursos económicos para acceder a un abogado, trasladarse a centros de salud o a los órganos judiciales y también por ser víctimas de prácticas abusivas o violatorias del debido proceso”²⁶.

Se torna necesario problematizar la igualdad, mostrando que el proceso entendido en términos de igualdad formal, es una forma más de afectación a los desaventajados provocando su revulnerabilización.

Esta circunstancia nos lleva a una serie de interrogantes respecto a la efectividad de la tutela judicial del sistema de justicia ordinario respecto de estos conflictos, planteándonos si para garantizarla ¿es necesaria una expresa adaptación del proceso?, y en su caso si ¿es suficiente con una adaptación genérica?

Este Anteproyecto en el Título Preliminar “Principios y Reglas fundamentales”²⁷, contiene una regla genérica que regula el principio de igualdad diciendo que “El tribunal deberá mantener la igualdad no sólo formal sino material de las partes, en tanto presupuesto del efectivo contradictorio. Es su deber que los procedimientos judiciales garanticen de forma razonable las oportunidades procesales necesarias para que éstas puedan presentar de forma efectiva sus antecedentes, argumentos y medios probatorios. En el caso de sujetos o bienes de tutela constitucional y convencional preferente, la jueza o el juez tiene un deber calificado de garantizar condiciones de accesibilidad, adecuación, especialidad y seguridad en la participación igualitaria. La administración de las reglas debe hacerse con perspectiva de derechos humanos y de género”. Así, ese texto manda a interpretar la ley procesal de modo tal que permita dar efectividad a las garantías del debido proceso, en particular a una igualdad real en consideración al contexto sociocultural de las partes, los que se particularizan respecto a la pertenencia de la persona a un pueblo originario.

4) Líneas esenciales de la regulación propuesta: Podemos entonces extraer las siguientes líneas esenciales de la regulación que se propone en este Anteproyecto.

a) Se reconoce el derecho de los pueblos originarios a acudir a su propio sistema de resolución de conflictos, al que denomina proceso comunitario.

Plazo Razonable. Ejecución Anticipada de Sentencia. Revista de Derecho Procesal 2013/2 Rubinzal Culzoni; Requerimientos que llegan a la justicia civil. Los procesos judiciales a casi 20 años de la última reforma constitucional. Revista Voces en el Fénix Año 4 N°30, noviembre de 2013. Ediciones Especiales de Pagina 12 a cargo del Plan Fénix y coordinada por la Dra. Ángela Ledesma; Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Eduardo J. Couture publicada en 2017 en Uruguay por Editorial La Ley Uruguay, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y la Asociación Uruguaya de Derecho Procesal "Eduardo J. Couture".(Tomo I).I.S.B.N. 978-9974-731-73-8 (Obra completa); Instrumentalidad Subjetiva del Proceso. Argentina y el Contexto de América Latina. Libro publicado en Brasil Motivacao no CPC/2015 e Mais Alem ISBN 978-85-519-0424-4.

²⁵Tartuce, Igualdade e vulnerabilidade no Processo Civil, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2012, pág. 184.

²⁶Corte IDH, 2010, párr. 78

²⁷<https://www.juschubut.gov.ar/images/sec-planificacion/crpc/Proyecto-de-Codigo-General-del-Proceso-V1.1.pdf>

- b) Es optativo para los miembros de las comunidades someterse al sistema de justicia comunitario o al ordinario.
- c) En caso que el conflicto se someta al sistema de justicia ordinario, deben adoptarse los ajustes del proceso que garanticen la igualdad de las partes en sentido material.

ARTS. 35 A 48 - CÓRDOBA

ANÁLISIS DE LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN CONSENSUAL DE CONFLICTOS Y LAS MEDIDAS PREJUDICIALES EN EL ANTEPROYECTO CÓDIGO GENERAL DE PROCESOS DE LA PROVINCIA DE CHUBUT

Por la Comisión de Jóvenes Procesalistas, Delegación Córdoba

María Constanza Colqui Acosta
Santiago Molina Sandoval
Valeria de las Mercedes Sola
María Montserrat Tejerina Funes

II. MEDIDAS PREJUDICIALES

A. REGLAS GENERALES Y MEDIDAS PREJUDICIALES PREPARATORIAS

1) Innovación positiva al tratar diferenciadamente las medidas prejudiciales

El tratamiento conjunto de las medidas prejudiciales genera en su aplicación serias complicaciones, principalmente, la incertidumbre sobre si las normas son aplicables indistintamente o si habiendo sido establecidas específicamente para una de ellas es posible su aplicación analógica a la otra.

Los distintos caracteres²⁸ que cada una de ellas poseen resultan evidentes y motivan los mentados trastornos prácticos que la sistemática conjunta genera y la crítica por parte de calificada doctrina²⁹.

Pese a ello el tratamiento conjunto de las diligencias preliminares ha sido la metodología empleada por los códigos de procedimientos tanto nacional como de las distintas provincias³⁰.

²⁸ V. gr. la finalidad de las medidas preparatorias consistente en posibilitar la correcta presentación de la demanda o su contestación, ante el fundamento de evitar la desaparición de una prueba; la interpretación restrictiva de las pruebas anticipadas, frente al criterio amplio de las diligencias preparatorias.

²⁹ Cfr. ARAZI, Roland, "Diligencias preliminares. Requisitos para su procedencia", *LA LEY*1994-D, 450, R/DOC/13859/2001; CARLI, Carlo, *La demanda Civil*, Lex, Buenos Aires, 1973, p. 54, citado por aquel.

Es por ello que entendemos afortunada la técnica legislativa empleada por el Anteproyecto de Código General de Procesos de Chubut, ya que el tratamiento de dichos institutos prejudiciales disímiles –en este caso– en títulos posibilita determinar, de manera precisa y categórica, qué disposiciones se aplican en particular a cada una de ellas y cuáles no, erradicando toda incertidumbre al respecto.

Sin duda, la solución propuesta condice con los estándares de modernidad, simplificación y eficiencia del proceso, uno de los objetivos y lineamientos de la reforma provincial³¹ y de las reformas procesales impulsadas a nivel nacional desde el Ministerio de Justicia, mediante el Programa Justicia 2020³², cuyos estándares se encuentran como uno de los documentos bases de aquella.

2) Innovación positiva al incluir las medidas cautelares anticipadas como medida prejudicial

Sostenemos que la inclusión de las medidas cautelares anticipadas en la Sección que regula las medidas prejudiciales resulta pertinente. Ello simplifica la búsqueda del instituto en el ordenamiento adjetivo, en virtud de su correspondencia temporal, al participar de la naturaleza prejudicial, es decir, anticipadamente a todo conflicto o demanda judicial.

A la vez resulta favorable que respecto de las medidas cautelares anticipadas se haya seguido la misma solución regulándola, aunque en la misma Sección, de manera separada, como se señaló en el acápite precedente respecto de las medidas prejudiciales preparatorias y las medidas prejudiciales probatorias. La diferencia entre sendos institutos resulta evidente con las medidas preparatorias, pero también lo son con relación a las probatorias, por cuanto: 1) la prueba producida, aun antes de la etapa pertinente, se adquiere definitivamente para el proceso, mientras que las medidas cautelares son provisionales y mutables; 2) las pruebas deben producirse siempre con el control de la parte contraria o del defensor oficial³³ y las medidas cautelares se ordenan sin audiencia de aquélla³⁴.

3) Innovación positiva al regular de manera independiente del tipo de proceso

³⁰ V. gr. el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, Ley 8465; y Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, Ley N° 5531; entre otros.

³¹ Cfr. https://www.juschubut.gov.ar/images/sec-planificacion/crpc/Objetivos_y_Lineamientos_CRPC.pdf, consultado el 15/07/2019.

³² Cfr. <https://www.juschubut.gov.ar/index.php/documentacion-de-base>, consultado el 15/07/2019.

³³ Como prescriben la mayoría de los códigos adjetivos. V. gr. el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (art. 327); y el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, Ley 8465, (art. 487); entre otros.

³⁴ En igual sentido: ARAZI, Roland, *ibidem*.

La metodología clásica de la regulación de las diligencias preliminares ha sido siempre su inclusión en el acápite de los procesos de conocimientos o declarativos³⁵. Si bien ésta ha sido la tradición adjetiva de nuestro país, dicha técnica legislativa no responde, en realidad, a la lógica del sistema. El criterio amplio de las medidas preparatorias debe advertirse también en el tipo de procesos en el que pueden solicitarse. Entendemos que dichas diligencias deben posibilitarse, cuando se cumplan los requisitos para su admisión, en cualquier tipo de proceso.

De allí que creemos más que plausible que el Anteproyecto del Código General de Procesos de Chubut haya regulado las medidas prejudiciales en el Libro Primero de la Parte Primera: “Disposiciones Generales”, y no al reglar los procesos de conocimientos como se ha venido haciendo en dicha jurisdicción³⁶.

Esta postura es la seguida por la doctrina especializada, la cual señala que la admisión amplia de las diligencias preparatorias es aconsejable para evitar una mayor actividad jurisdiccional innecesaria, y tal amplitud comprende todos los órdenes, en lo que se incluye el tipo de proceso, puesto que las diligencias preparatorias persiguen que un futuro proceso se constituya con el máximo de regularidad y eficacia, iniciando correctamente la demanda y evitando así un dispendio jurisdiccional y gastos innecesarios³⁷.

4) Innovación positiva al establecer las “Reglas generales” de las medidas prejudiciales

Ni el Código procesal de Chubut vigente ni, por lo general, los códigos procesales civiles y comerciales del país incorporan reglas generales en materia de diligencias preliminares (medidas preparatorias y la prueba anticipada). Su inclusión por el Anteproyecto del Código General de Procesos de Chubut implica una innovación en materia de regulación de medidas prejudiciales.

Entendemos que dicha innovación es más que positiva. Es habitual la regulación poco clara de las diligencias preliminares en los códigos de procesales civiles y comerciales, consecuencia de su tratamiento conjunto, antes mencionado. Por lo general, se comienza regulando ambos institutos de manera independiente, determinando los supuestos que contiene, y se termina entremezclándoselos³⁸. Ello genera la confusión de si determinadas disposiciones establecidas en particular para uno son aplicables por analogía al otro. Las reglas generales

³⁵ V. gr. el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación las incluye en el Libro Segundo de la Parte Especial: “Procesos de Conocimiento”; el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, Ley 8465, las incorpora en el Título I del Libro Segundo: “Procesos Declarativos”; y Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, Ley N° 5531, las ubica en el Título I del Libro Tercero: “Juicios Ordinarios”; entre otros.

³⁶ En la actualidad, en la provincia de Chubut, las Diligencias Preliminares se legislan en el Capítulo II, del Título I “Disposiciones Generales”, del Libro II “Procesos de Conocimiento”, en los arts. del 326 al 332.

³⁷ Cfr. ARAZI, Roland, *ibídem*

³⁸ V. gr. el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, Ley 8465; y Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, Ley N° 5531; entre otros.

erradican muchas de las incertidumbres que dicha técnica legislativa crea. Se establece así, de manera precisa y categórica, qué disposiciones son comunes para las medidas prejudiciales preparatorias, las medidas prejudiciales probatorias y las medidas cautelares anticipadas.

Esta metodología condice con la simplificación y eficiencia del proceso, uno de los objetivos y lineamientos de la reforma provincial³⁹ y de las reformas procesales impulsada a nivel nacional desde el Ministerio de Justicia, mediante el Programa Justicia 2020⁴⁰, cuyos estándares se encuentra como uno los documentos bases de aquella. Es que también entre las “Reglas generales” se recoge la casuística imperante en esta etapa procesal, como se advierte en el art. 38, respecto a la competencia, y en el art. 39, con relación a las impugnaciones. Se logra así reducir o erradicar la demora judicial que conlleva la inadmisibilidad de las postulaciones erróneas o las impugnaciones improcedentes, originada en la falta de reglas claras al respecto.

A la vez, la regulación de las reglas generales resulta acorde con el estándar de modernidad que propone el Programa de Justicia 2020, ya que su reglamentación no resulta excesiva, sino se limita a lo necesario para la celeridad y eficiencia de esta etapa prejudicial. Remarcamos lo dicho pues creemos que de lo contrario, es decir, un dispositivo que reglamente minuciosamente todas las vicisitudes que en la etapa prejudicial se pueden generar, llegaría a un *iuspositivismo* a ultranza, lo que está muy alejado a la justicia moderna, eficaz, flexible y simple que la reforma propende, como deja entrever en sus bases⁴¹.

5) Omisiones y sobreabundancias en la “Amplitud de criterio y carácter enunciativo”

No obstante el título del art. 35 “Amplitud de criterio y carácter enunciativo”, el contenido de la norma se limita enunciar las medidas contenidas en la Sección II Medidas prejudiciales (medidas prejudiciales preparatorias, medidas prejudiciales probatorias y medidas cautelares anticipadas), pero no refiere al criterio ni al carácter interpretativo como introduce el título.

Entendemos sobreabundante la mención de las medidas prejudiciales que contiene la Sección II, ya que la técnica legislativa empleada en los tres títulos siguientes, tratando en cada uno de ellos y de manera separada las medidas prejudiciales (Título I: “Medidas prejudiciales preparatorias”, Título II: “Medidas prejudiciales probatorias”, y Título III: “Medidas cautelares anticipadas”), resulta más que suficiente para el fácil entendimiento tanto de los operadores judiciales como a los ciudadanos⁴².

³⁹Cfr. https://www.juschubut.gov.ar/images/sec-planificacion/crpc/Objetivos_y_Lineamientos_CRPC.pdf, consultado el 15/07/2019

⁴⁰ Cfr. <https://www.juschubut.gov.ar/index.php/documentacion-de-base>, consultado el 15/07/2019.

⁴¹ Cfr. https://www.juschubut.gov.ar/images/sec-planificacion/crpc/Objetivos_y_Lineamientos_CRPC.pdf y <https://www.juschubut.gov.ar/index.php/documentacion-de-base>, consultados: 15/07/2019.

⁴² Esto último a fin de conseguir una justicia cercana.

En su lugar, creemos que hubiese sido enriquecedora la regulación en cuanto al criterio interpretativo a adoptar para los casos no contenidos⁴³ en los supuestos legales de las medidas prejudiciales. La práctica judicial ha demostrado la necesidad de tal regulación, pues son asiduas las postulaciones que no engastan, tanto parcial como totalmente, en los supuestos que presenta la norma y la falta de unicidad en las resoluciones dictadas en consecuencia.

En cuanto a las medidas prejudiciales preparatorias, la doctrina se inclina por su criterio enunciativo⁴⁴ e incluso en el Anteproyecto adopta tal solución en el Título II, art. 40, inc. e. Respecto de las medidas prejudiciales probatorias, los códigos procesales civiles y comerciales actuales se han inclinado por su carácter restrictivo⁴⁵. En cuanto a las cautelares anticipadas, el Anteproyecto bajo análisis establece un criterio amplio con relación a las cautelares que regula (art. 48).

Creemos que la norma que regula los supuestos de las medidas preparatorias, debe ser enunciativa y no taxativa, pues admitir las medidas preparatorias de la demanda y de la contestación como las medidas probatorias anticipadas condicen con el auténtico acceso a la justicia, conllevan un verdadero ejercicio del derecho de defensa y –a la postre-, una tutela judicial efectiva, en virtud de la trascendencia jurídica de las postulaciones introductorias⁴⁶ y de los elementos de prueba⁴⁷.

En consecuencia, entendemos que tal solución condice con tutela judicial efectiva individual y colectiva, de raigambre constitucional, convencional y receptada por el Anteproyecto en el punto VI del “Título Preliminar: Principios y reglas fundamentales”⁴⁸.

Aplicando el principio de razonabilidad que debe regir en todo ordenamiento procesal, el límite del instituto está en su desnaturalización, habilitando medidas de investigación que sean carga de las partes y éstas pudieran satisfacer⁴⁹. En otras palabras, que el dato que se solicita sea

⁴³ o que reúnen características de más de una medida prejudicial, es decir, que no luce claramente si se trata de una medida preparatoria o una prueba anticipada. V. gr. un contrato que cuenta con datos precisos para demandar pero a la vez constituye un documento que puede desaparecer en el devenir del proceso.

⁴⁴ Cfr. ARAZI, Roland, *ibidem*; GOZAÍNI, Osvaldo A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado*, La Ley, Buenos Aires, 2009, comentario al art. 323, p. 417; MARTÍNEZ CRESPO, Mario-MAINA, Nicolás, *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Ley 8465*, Advocatus, Córdoba, 2011, comentario al art. 485, p. 659.

Cabe destacar que el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, Ley N° 5531, proscribió la posibilidad de efectuar medidas preparatorias diferentes a la enunciadas por la norma (art. 393).

⁴⁵ Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, art. 488.

⁴⁶ Al establecer la traba de la litis.

⁴⁷ La prueba posibilita la determinación, el sentido y la calificación de los hechos, estos últimos los que en verdad gobiernan la solución jurídica del caso en concreto. La derivación razonada del derecho vigente está referida, ineludiblemente, a las circunstancias comprobadas de la causa. De allí la importancia de la prueba. (en igual sentido: MORELLO, Augusto Mario, *Prueba, incongruencia, defensa en juicio. (El respeto por los hechos)*, Abeledo- Perrot, Bs. As., 1977, p. 165; C. S. J. N., *in re* “Ontiveros, Stella Maris c. Prevención ART S.A. y otros s/ accidente - inc. y cas” 10/08/2017, cita Online AR/JUR/50672/2017).

⁴⁸ “VI. Tutela judicial efectiva individual y colectiva. Toda persona tiene derecho a la tutela judicial efectiva. Esta se realiza a través de la facilitación a su acceso, permanencia, tramitación y cumplimiento oportuno de la decisión.”

⁴⁹ En igual línea, GOZAÍNI, Osvaldo A., *ob. cit.*, comentario al art. 323, p. 417.

indispensable para la promoción de la demanda y que no pueda ser obtenido en forma extrajudicial⁵⁰.

6) Adecuación del trámite de las medidas prejudiciales al trámite por audiencias

La regulación de las medidas prejudiciales del Anteproyecto del Código General de Procesos de Chubut asume el desafío de una justicia más moderna propuesta por el Programa Justicia 2020, al adoptar como trámite el proceso por audiencias.

El art. 37 dispone que presentada la solicitud de una medida prejudicial, el tribunal notificará a la futura contraria e interesados en la celebración de la medida y citará a una *audiencia*, salvo que la solicitud sea rechazada por “improponible” (sic), inadmisibles o el proceso posterior no revistiera carácter contencioso.

Abandona así el sistema netamente escrito y se consolida normativamente la oralidad en los procesos civiles, comerciales, de familia, laboral y contencioso administrativo, para modificar las prácticas de gestión y avanzar así hacia una justicia cercana a la comunidad, moderna y transparente, propiciando eficazmente la intermediación entre el juez y los litigantes, y la concentración eficaz en la producción de los actos procesales, conforme con la reforma propuesta a nivel nacional⁵¹. Conforman el objetivo de generar una herramienta que permita la solución de los conflictos civiles y comerciales en forma rápida y confiable, garantizando la presencia real del juez ante las personas que están litigando.⁵²

A partir de una interpretación sistemática del Anteproyecto, se advierte su coherencia interna, al adecuar el procedimiento de las medidas prejudiciales al trámite por audiencias, en consonancia con lo dispuesto en el “Título Preliminar. Principios y Reglas fundamentales”, punto VII. “Proceso oral, público y por audiencias”, del dicho eventual cuerpo legal⁵³.

7) Regulación específica para medidas prejudiciales en procesos colectivos

El Anteproyecto del Código General de Procesos de Chubut tiene en cuenta las particularidades que implica un conflicto colectivo. De allí que posee normas particulares en materia de medidas prejudiciales para este tipo de procesos.

⁵⁰ Cfr. ARAZI, Roland, *ibidem*.

⁵¹ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN- CHAYER, Héctor M. (Coord.)- GARSCO Marisa Alejandra (Coord.), *Nuevos procesos civiles Justicia Civil en Justicia 2020*, Eudeba, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, p. 24.

⁵² MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN- CHAYER, Héctor M. (Coord.)- GARSCO Marisa Alejandra (Coord.), *Nuevos procesos civiles Justicia Civil en Justicia 2020*, ob. cit., p. 34.

⁵³ “VII. Proceso oral, público y por audiencias. La sustanciación de los procesos en todas las instancias se desarrollará en forma oral, pública y por audiencias, salvo las excepciones expresamente establecidas. Las excepciones son taxativas, de interpretación restrictiva y debidamente fundadas. Cuando la comparecencia personal sea imposible, se priorizará la realización de las audiencias mediante videoconferencia u otros medios análogos.”

Esto implica una innovación no sólo respecto del Código procesal de Chubut vigente sino frente a los códigos procesales civiles y comerciales de las diferentes provincias del país, que no contienen regulaciones específicas para las medidas prejudiciales requeridas en procesos colectivos.

Así en cuanto a la forma y presupuestos para las medidas prejudiciales se establece como regla general que si se está ante un proceso colectivo, la solicitud de medidas deberá, además de los requisitos establecidos para cualquier tipo de proceso, informar sumariamente los presupuestos de la acción colectiva (art. 36).

Con relación al procedimiento, establece que en caso de conflictos colectivos, se adoptará las medidas de publicidad y notificación adecuadas (art. 37). Se advierte la real trascendencia que le otorga a que el colectivo involucrado se anoticie efectivamente de lo que ocurre en el proceso, como adelanta en su “Título Preliminar. Principios y Reglas fundamentales”, al concebirlo como un *Derecho al debido proceso individual y colectivo*⁵⁴.

Conforme dispone en el art. 256 del Anteproyecto, en el que se regula la publicidad, citación del demandado y notificaciones en conflictos y procesos colectivos, es el juez quien determinará las modalidades de notificación y publicidad que estime adecuadas para informar a los miembros de grupo sobre la existencia y estado de tramitación del proceso colectivo, conforme a la pauta de razonabilidad según las circunstancias del caso, las particularidades de las pretensiones en discusión y las características del sector de la población a la cual se dirijan. Asimismo, dispone que se priorice el uso de las nuevas tecnologías; su inscripción en el Registro Provincial de Procesos Colectivos; y que la notificación deberá efectuarse en forma concisa, clara y en un lenguaje simple de entender para cualquier persona.

Un análisis sistemático del Anteproyecto, permite revelar su compromiso con alcanzar una justicia cercana a la gente, modernidad y eficaz, unas notas esenciales de la visión de Justicia 2020⁵⁵, posibilitando una adecuada canalización de las afectaciones de carácter colectivo. Se desarrolla así un marco normativo que ordena el tratamiento de las medidas prejudiciales de afectación masiva, a través de reglas que aporten a los justiciables accesibilidad, previsibilidad, coherencia en las decisiones y eficacia en el cumplimiento de los decisorios, conforme aconseja dicho Programa⁵⁶.

Aun así, creemos que hubiese sido más eficiente que la norma directamente dispusiera que la medida preparatoria en procesos colectivos debe ser notificada conforme al art. 256, es decir, que remitiese derechamente a la norma pertinente.

⁵⁴ “...d) Constituyen elementos particulares del debido proceso colectivo: (...) la instrumentación de un procedimiento adecuado de publicidad y notificación del proceso...”

⁵⁵ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN, CHAYER, Héctor M. (Coord.)- MARCET, Juan Pablo (Coord.)- GARSCO Marisa Alejandra (Coord.), *Justicia 2020: cercana, moderna, transparente e independiente*, Eudeba, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, p. 16.

⁵⁶ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN- CHAYER, Héctor M. (Coord.)- GARSCO Marisa Alejandra (Coord.), *Nuevos procesos civiles Justicia Civil en Justicia 2020*, ob. cit., p. 50.

Creemos que de esta última solución se adecuaría mejor a los cánones de simplificación y eficiencia que la reforma procesal busca alcanzar. Lo que resulta relevante por cuanto la propuesta de la reforma nacional a la que adhiere el Anteproyecto es simplificar al máximo las estructuras procesales por las cuales puedan tramitarse los reclamos civiles y comerciales⁵⁷. Hablar de justicia cercana, y por lo tanto inclusiva, es hablar de respuestas funcionales, eficientes y rápidas ante las necesidades de la comunidad.⁵⁸

8) Sustanciación de la solicitud de la medida preparatoria como regla

En la generalidad de los ordenamientos adjetivos, la admisibilidad de las medidas prejudiciales es decidida por el juez sin sustanciación y la bilateralidad se garantiza al momento de su producción⁵⁹, tal es el sistema vigente para el proceso civil y comercial de Chubut (art. 330).

El Anteproyecto que analizamos modifica dicho trámite, estableciendo como regla la sustanciación del pedido de medida prejudicial. Excepcionalmente, se otorgarán sin sustanciación cuando: a) La medida prejudicial no sea solicitada respecto de la contraria, sino en relación con un tercero público o privado para que expida información preparatoria y no probatoria; y b) La medida prejudicial sea urgente y se requiera para su adecuada efectividad que esta sea resuelta sin conocimiento previo de la contraria. Para estos últimos casos la norma dispone que efectivizada la medida, se notificará inmediatamente a quien será demandado (art. 37).

Creemos que la sustanciación de las medidas preparatorias no siempre resulta eficiente por cuanto, en la mayoría de los casos, nos encontramos en circunstancias límites o inminentes, como da cuenta su carácter excepcional.

Aun así en el Anteproyecto bajo análisis la cuestión queda salvada por cuanto la disposición prescribe que cuando por razones de urgencia resultare imposible emplazar a la contraria, se citará al Defensor Oficial. Tal solución resulta propicia para evitar la dilación perjudicial que en muchos casos puede generar la sustanciación de las medidas prejudiciales.

9) Desprotección del derecho de defensa cuando el pedido de la medida preparatoria no se sustancie y es probatoria

⁵⁷ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN- CHAYER, Héctor M. (Coord.)- GARSCO Marisa Alejandra (Coord.), *Nuevos procesos civiles Justicia Civil en Justicia 2020*, ob. cit., p. 23.

⁵⁸ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN, CHAYER, Héctor M. (Coord.)- MARCET, Juan Pablo (Coord.)- GARSCO Marisa Alejandra (Coord.), *Justicia 2020: cercana, moderna, transparente e independiente*, ob. cit., p. 16.

⁵⁹ V. gr. el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (art. 327); el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, Ley 8465, (art. 487); y el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, Ley N° 5531 (art. 394); entre otros.

Por nuestra parte, entendemos que el ordenamiento no resulta acorde al debido proceso si la medida prejudicial urgente y que requiera, para su adecuada efectividad, que sea resuelta sin conocimiento previo de la contraria (inc. b del art. 37), implica una medida preparatoria probatoria. En tal circunstancia, no se encuentra debidamente garantizado el derecho de defensa en juicio de la contraria, ya que se encuentra desprovista de la posibilidad de controlar la producción de la prueba que –aunque anticipada- revestirá de valor probatorio para la solución del caso. Así, la igualdad entre las partes, garantía constitucional⁶⁰ y convencional⁶¹, que debe reinar en todo proceso judicial de un Estado de Derecho queda desoída, tal como ha quedado redactada la eventual norma.

A fin de contrarrestar tal desbalanceo, entendemos pertinente que la eventual norma exija para tal caso la intervención defensor oficial, tal como el Anteproyecto dispone cuando por razones de urgencia resultare imposible emplazar a la contraria. La participación del defensor oficial en modo alguno perjudicaría la eficacia de la medida preparatoria en cuestión y garantizaría el respeto del contradictorio y la bilateralidad de la prueba.

Tampoco es posible inferir, a ciencia cierta, que tal intervención se encuentra garantizada por el primer párrafo del art. 37, pues aquella se refiere expresamente al supuesto antagónico, en el cual –conforme los términos empleados por la eventual norma- la intervención de la contraria resulta prescindible en su integridad.

Sostenemos que la intervención del defensor público no sería necesaria en el primer caso señalado por el Anteproyecto en los que se resolverá la solicitud de la medida prejudicial (inc. a del art. 37), por cuanto expresamente deja de lado los supuestos probatorios, es decir, refieren a datos netamente preparatorios de la demanda o de la contestación; ni en el segundo supuesto, cuando se refiera a mediadas prejudiciales preparatorias (inc. b del art. 37), por la misma razón.

Cabe precisar, en este punto, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana⁶², lo que no se garantiza si se proscribiera el derecho a controlar la producción de la prueba.

10) Inexistencia de la regulación de apercibimiento ante la no interposición de la demanda

⁶⁰ Arts. 16 y 18 de la CN.

⁶¹ Art. 8 de la CADH, entre otros tratados.

⁶² CIDH, en caso “Favela Nova Brasília vs. Brasil, Sentencia de 16 febrero de 2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

La mayoría de los ordenamientos procesales de nuestro país establecen un apercibimiento para las medidas preparatorias si la demanda no es interpuesta dentro de un determinado plazo⁶³.

El Anteproyecto del Código General de Procesos de Chubut, al regular en lo particular las medidas prejudiciales preparatorias (Título II), se apartó de tal modalidad, por cuanto no establece sanción ni apercibimiento alguno a la omisión o dilación en la interposición de la demanda.

Creemos que si bien dicho apercibimiento podría erradicar los abusos sobre las medidas prejudiciales preparatorias⁶⁴, en este punto, el Anteproyecto bajo análisis ha preferido simplificar el proceso, alejándose del viejo “procedimentalismo”.

B. MEDIDAS PREJUDICIALES PROBATORIAS

1) Innovación positiva al modificar el criterio de admisión

El instituto de las diligencias probatorias anticipadas tradicionalmente ha sido definido como medidas instructoras realizadas antes de la oportunidad legal, cuya función es procurar que las partes puedan obtener la conservación de pruebas de las que si se espera el momento de su producción legal, se corre el riesgo de que se pierdan por el transcurso del tiempo o alteración artificiosa de hecho o de las cosas⁶⁵.

Partiendo de tal definición, vemos entonces que las citadas medidas probatorias fueron instauradas con la finalidad de ser una medida “asegurativa”⁶⁶ de la prueba, pero con un criterio restrictivo en su admisión en la mayoría de los ordenamientos procesales locales.⁶⁷

Sin embargo, desde ya hace un tiempo una prestigiosa corriente doctrinaria⁶⁸ viene pregonando la importancia de que la admisión de la prueba anticipada sirva -además de ser conservatoria de la prueba- para favorecer acuerdos entre los sujetos involucrados en la cuestión.

⁶³ Es el caso del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (art. 323) y del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, Ley 8465, (art. 485), que establecen la imposibilidad de invocar la medida para el caso que la demanda no sea interpuesta dentro de los 30 días de la producción de aquella; se produce así su caducidad. Lo mismo dispone el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, Ley N° 5531, pero en su caso establece un plazo de 15 días (art. 394).

⁶⁴ Lo que es posible lograr mediante otras vías procesales, como ser costas, sanciones procesales, etc.

⁶⁵ Cfr. DI IORIO, Alfredo José, *Prueba Anticipada (art. 326 del Cód. Proc. Civil y Com. De la Nación)*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1970, p. 10.

⁶⁶ El anticipo de prueba se trata de un instrumento o medio para asegurar una parte fundamental del proceso: la prueba. (Cfr. PODETTI, Ramiro J., *Tratado de las medidas cautelares*, Ediar, Buenos Aires, 1956, p. 314).

⁶⁷ Esta es la metodología seguida por ejemplo en el Código Procesal Civil de Córdoba (art. 486 y ss)⁶⁷, y el cual exige, como requisito fundamental para el despacho favorable de una medida de prueba anticipada, acreditar el peligro en la demora. Cfr. VÉNICA, Oscar Hugo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba*, t. IV, Marcos Lerner, Córdoba, 2001, ps. 509/511.

⁶⁸ Augusto Morello; Jorge W. Peyrano; Roland Arazi; Mario Kaminker, entre otros.

Así, Morello⁶⁹ propuso eliminar el carácter excepcional que tiene la prueba anticipada, institucionalizando en su lugar un sistema que denomina “prueba temprana”, en la cual, sin violar el derecho de defensa, se facilite que el juez, mediante la prueba decisiva practicada con antelación a la promoción del proceso, esté ya suficientemente convencido, esto es que haya accedido a la verdad objetiva.

Esta es la línea se enrolaron los redactores del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación⁷⁰, quienes en las bases de tal reforma⁷¹ resaltaron la importancia de la medida de prueba anticipada cuando: a) exista el riesgo de que la fuente de prueba pueda perderse antes de llegar a la audiencia principal, y b) cuando alguna de las partes considere que puede resultar conveniente a los fines de lograr una conciliación.

Es por ello que consideramos que resulta afortunada la recepción de un criterio amplio en la admisión de las medidas prejudiciales probatorias adoptado por el Anteproyecto de Código General de Procesos de Chubut, pues se adecúa los lineamientos generales sentados en las bases de su reforma y a los objetivos de transformación de las instituciones del sistema judicial argentino que propone el Programa Justicia 2020⁷² para el logro de un justicia más rápida y eficiente.

2) Innovación en la nominación de la medida

La mayoría de los ordenamientos locales utilizan el término clásico de “prueba anticipada”⁷³ para nominarlas. Este es, también, el nombre dado en el vigente Código Procesal Civil y Comercial de Chubut (art. 329).

El Anteproyecto de Código General de Procesos de Chubut modifica la nominación, estableciendo el de “medidas prejudiciales probatorias”. Entendemos que la nueva nominación viene dada en razón de la ubicación que tiene la norma en el ordenamiento bajo análisis; esto es, dentro de la regulación de todas las medidas prejudiciales⁷⁴.

Sin embargo, consideramos que no resulta acertado signarlas como “medidas prejudiciales probatorias”, ya que dicho término puede generar confusión en la práctica, en torno a la “oportunidad” en que se pueda peticionar la medida. Ello en razón de que la locución “prejudicial”, da la connotación de que sólo pueda solicitarse la medida en forma previa al juicio y no una vez iniciado un proceso judicial, como posibilitaría la eventual normal.

⁶⁹ MORELLO, Augusto, “Producción de prueba temprana”, *LL*, 1996-C-1228.

⁷⁰ Cfr. <https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2019/07/Anteproyecto-Codigo-Procesal-Civil-y-Comercial-de-la-Naci%C3%B3n.pdf>, consultado el 20/7/2019.

⁷¹ Cfr. <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/files/original/20/1689/Bases-reforma-procesal-civil-comercial.2.pdf>, consultado el 20/7/2019.

⁷² Cfr. http://www.bibliotecadigital.gob.ar/files/original/22/2158/Eje_Civil_-_Justicia_2020.1.pdf, consultado el 20/7/2019.

⁷³ V. gr. el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (art. 326); y el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, Ley 8465, (art. 486); Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Chubut (art. 329), entre otros.

⁷⁴ Cfr. Anteproyecto de Código General de Procesos de Chubut. Sección II: Medidas prejudiciales. Título I: “Medidas prejudiciales preparatorias”, Título II: “Medidas prejudiciales probatorias”, y Título III: “Medidas cautelares anticipadas”.

Con ello, se pretende significar que la prueba es anticipada al periodo probatorio y no necesariamente a la promoción del proceso. Pensamos que resulta más adecuado preservar el nombre de “prueba anticipada” actualmente existente en el ordenamiento procesal de Chubut.

3) Innovación en la ubicación legislativa de las medidas prejudiciales probatorias

El Anteproyecto de Código General de Procesos de Chubut ha regulado dentro del Libro Primero, Disposiciones Generales, en la Sección I, los mecanismos de solución consensual de conflictos, y dentro de la Sección II, las Medidas Prejudiciales, ubicando específicamente en Título II las nominadas “Medidas prejudiciales probatorias”.

Entendemos que la metodológica empleada se justifica en la oportunidad procesal en la que puede ser solicitada, ésta es previamente a la interposición de la demanda.

Como señalamos con relación a su denominación, la posibilidad que la eventual norma deja abierta de petitionar la medida prejudicial probatoria durante el proceso, es decir, posteriormente a la demanda, torna perfectible su sistemática. Aun así, creemos acertada la ubicación dada al instituto, por cuanto facilita la búsqueda del instituto en el cuerpo legal como así la interpretación de los operadores jurídicos.

Del mismo modo, la técnica legislativa utilizada condice con los lineamientos establecidos en las bases de la reforma provincial⁷⁵, respecto de que las medidas de prueba anticipadas se presentan como una herramienta a disposición de las partes a los fines de que estas puedan lograr una conciliación.

4) Innovación en los supuestos de procedencia de la medida

Resulta muy atinado que el Anteproyecto del Código General de Chubut amplió los supuestos de procedencia de las medidas prejudiciales probatorias, asumiendo así el desafío plasmado en las bases de su reforma. Esto es, promover por todos los medios posibles la solución consensual de los conflictos, además de mantener el supuesto tradicional de conservación de la prueba⁷⁶.

Pero el instituto de las medidas prejudiciales de prueba es considerado ahora – esencialmente- una herramienta al alcance las partes, cuando lo consideren conveniente, a los fines de que éstas intenten arribar a una conciliación.

Este criterio amplio es el que sigue el Código procesal de Brasil⁷⁷, que permite la producción anticipada de la prueba en los siguientes casos: a) cuando haya temor fundado de que vaya a tornarse imposible o muy difícil de comprobar ciertos hechos durante el trámite del proceso; b) cuando la prueba a producirse sea susceptible de visualizar la autocomposición y

⁷⁵Cfr. https://www.juschubut.gov.ar/images/secplanificacion/crpc/Objetivos_y_Lineamientos_CRPC.pdf, consultado el 20/07/2019.

⁷⁶ https://www.juschubut.gov.ar/images/sec-planificacion/crpc/Objetivos_y_Lineamientos_CRPC.pdf, consultado el 20/07/2019.

⁷⁷ En las bases del Anteproyecto del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, se pregono la importancia de que la admisión de la prueba anticipada sirva para preservar la prueba que pueda perderse si se espera hasta la audiencia principal y/o cuando algunas de las partes la solicite al juez, porque estima que esa prueba será conveniente a los fines de poder lograr una conciliación con su contraparte.

otros medios adecuados de resolución de conflictos; c) cuando el conocimiento previo de los hechos permita justificar o impedir el enjuiciamiento del caso⁷⁸. Creemos de este modo, que la ampliación de supuestos en los que se pueda solicitar la medida resulta más que acertado.

Con relación a los requisitos de procedencia (art. 42, 1º párrafo), el Anteproyecto precisa que el peticionante de la medida prejudicial probatoria “*no debe acreditar finalidad alguna, aun cuando se la utilice para...*” mencionado a continuación todos los supuestos de prueba anticipada.

Respecto de este primer párrafo de la norma (art. 42), pensamos que resulta esencial efectuar algunas consideraciones:

1) La norma releva de la exigencia tradicional de “acreditación efectiva” de la finalidad que tendrá la prueba anticipada que se solicita.

2) Utiliza el adverbio “*aun*” para reforzar el amplio criterio de recepción en la materia.

3) Finalmente, menciona los supuestos de procedencia de la prueba anticipada: a) para conocer la fortaleza de su posición, b) conocer hechos que puedan justificar o evitar la proposición de la acción, c) diagramar su estrategia procesal, d) obtener información para componer el conflicto, e) o conservar la fuente de prueba.

De un análisis integral del artículo, pensamos que en relación al punto 1), la no acreditación de finalidad alguna respecto de la utilización que se hará de las medidas prejudiciales probatorias no implica que el solicitante no tenga que “expresar” los motivos que justifiquen su petición. Creemos que hubiera sido más eficiente una técnica legislativa que directamente disponga –en sentido afirmativo– que el solicitante de la medida deba “expresar” (no acreditar) los “fundamentos” o antecedentes que justifiquen la solicitud de la medida prejudicial (cfr. art. 36 inc. d).

Respecto del punto 2), estimamos que resultaría más conveniente eliminar el adverbio “*aun*” para evitar vaguedad en la norma.

Con relación al punto 3), sería importante mencionar que los supuestos de medidas prejudiciales preparatorias tienen carácter enunciativo y no taxativo.

Por último, con relación al supuesto de medida de prueba anticipada que señala que la prueba pueda tener como fin “diagramar su estrategia procesal” (art. 42, inc. c), estimamos que la regulación de este supuesto puede llevar a serios inconvenientes en la práctica, pues si todo aquel que pretenda ser parte de un proceso puede peticionar que “toda” su prueba se rinda en forma anticipada -a los fines de poder determinar qué estrategia procesal adoptara a posteriori en el proceso- se terminara desnaturalizando el instituto de la medida anticipada. De este modo, creemos que se tergiversaría el proceso y el objetivo, inspirado por el Ministerio de Justicia mediante el Programa 2020, de la búsqueda de una justicia más rápida y expedita.

5) Innovación en el trámite y en la aplicación de nuevas tecnologías

Uno de los objetivos delineados en el Programa Justicia 2020, es promover la oralidad civil para lograr inmediatez del juez, evitar la delegación de funciones, concentrar la actividad

⁷⁸ Art. 381 del Código Procesal Civil de Brasil.

procesal y evitar formalidades e irregularidades⁷⁹; desafío que es asumido por Anteproyecto del Código General de Procesos de Chubut al instituir la “audiencia de prueba” para el diligenciamiento de todas las medidas prejudiciales probatorias.

En consecuencia, la innovación del Anteproyecto se presenta más que positiva, pues la oralidad efectiva es una forma de resolución de la controversia mucho más dinámica y más simple⁸⁰. De esta forma, la implementación de la oralidad resulta ventajosa para que los conflictos se resuelvan antes de judicializarse. Si se detiene el conflicto antes de que este ingrese a los tribunales, se logra un resultado positivo y más conveniente⁸¹.

Por otro costado, y con relación a la “citación a la audiencia de prueba”, pensamos que al establecerse la citación a la contraparte y de todas las personas interesadas en la controversia puede generar en la práctica variados conflictos, pues en todos los casos el juez deberá analizar de manera exhaustiva quien deba ser citado, a los fines de que luego esa prueba no se pierda por haberse violado el contradictorio. Según nuestro punto de vista, resulta más eficiente limitar en esta etapa procesal el término empleado únicamente a “citar a la contraria”, habida cuenta la inminencia de la medida.

Asimismo, creemos que hubiese sido enriquecedora la regulación en cuanto a la posibilidad de producción de la medida nuevamente en la etapa de probatoria ordinaria con el fin de eliminar el problema interpretativo que puede suscitarse en el tema.

En esta línea, el Anteproyecto del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación impulsado por el Programa Justicia 2020, indica la posibilidad de producir la prueba nuevamente si fuera posible y que en tal caso, si el juez la admite las valore a ambas al momento de resolver⁸².

Al mismo tiempo, el Anteproyecto del Código General de Procesos de Chubut en consonancia con la nota de “modernidad” promovida por Justicia 2020 de incorporar nuevas tecnologías para modernizar los procesos antiguos y satisfacer las necesidades de la población en forma ágil y eficiente⁸³, acoge positivamente la registración electrónica de manera íntegra de la audiencia de prueba anticipada.

6) Facultades del juez

El programa impulsado por el Ministerio de Justicia, mediante el Programa Justicia 2020, fija como uno de sus objetivos el de lograr “una justicia temprana”. Se pretende promover

⁷⁹ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN- CHAYER, Héctor M. (Coord.)-LAVEDRA, Ricardo Gil (Coord.), *Mejoras prácticas judiciales y registrales. Gestión en Justicia 2020*, Eudeba, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, p. 17.

⁸⁰ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN- CHAYER, Héctor M. (Coord.)-LAVEDRA, Ricardo Gil (Coord.), *Mejoras prácticas judiciales y registrales. Gestión en Justicia 2020*, ob. cit., p. 18.

⁸¹ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN- CHAYER, Héctor M. (Coord.)-LAVEDRA, Ricardo Gil (Coord.), *Mejoras prácticas judiciales y registrales. Gestión en Justicia 2020*, ob. cit., p. 30.

⁸² Art. 203, última parte.

⁸³ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN- CHAYER, Héctor M. (Coord.)-GARSCO Marisa Alejandra (Coord.), *Nuevos procesos civiles Justicia Civil en Justicia 2020*, Eudeba, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, p. 17.

soluciones prejudiciales y judiciales tempranas y métodos participativos de resolución de conflictos, en vistas a lograr acuerdos contruidos por las partes que satisfagan las necesidades de los involucrados, ahorrando los recursos económicos y el tiempo que requiere una sentencia judicial tradicional⁸⁴. Igual objetivo surge de las bases del Anteproyecto del Código General de Chubut⁸⁵.

El art. 42, 2º. párrafo del Anteproyecto de Chubut, faculta al juez a denegar las medidas prejudiciales probatorias en determinados supuestos específicos: 1) cuando no se cumplan con la forma y los presupuestos establecidos en el art. 36 del citado anteproyecto; 2) cuando la información solicitada esté a disposición de quien la solicita; 3) cuando el costo del descubrimiento propuesto supere su beneficio probable.

Respecto de este último supuesto y a los fines de establecer su “beneficio probable”, se establecen una serie de pautas: las necesidades de caso; la relevancia social; monto en controversia; los recursos de las partes; la naturaleza del conflicto; y su posible influencia en la resolución de los problemas a los fines de que el juez pueda determinar si concede o no la medida solicitada.

Finalmente, la norma faculta al juez a disponer una medida distinta a la solicitada cuando se pueda obtener por otro medio o fuente más favorable o menos onerosa, debiendo para ello observarse las reglas dispuestas en este título y las previstas para el medio probatorio respectivo⁸⁶.

De un análisis integral del supuesto normativo mencionado, consideramos conveniente precisar:

Por un lado, se limitan las facultades del juez en cuanto a la posibilidad de rechazo de la medida en supuestos no previstos por la norma.

Por otro lado, resulta embarazoso determinar cuál será, en cada caso, el beneficio probable de cada medida de prueba anticipada, teniendo en cuenta todas las pautas brindadas por la norma.

En este punto, consideramos favorable que se utilice en la norma una técnica de redacción más clara que permita al juez admitir o rechazar la medida prejudicial probatoria cuando a su criterio sea “razonable” por las circunstancias del caso, por razones de economía procesal o ante la posibilidad de soluciones conciliatorias⁸⁷.

Luego, se faculta al juez a remplazar el medio de prueba solicitado cuando a su criterio sea más conveniente para el caso o más económica para las partes. Entendemos que sería valioso precisar que dicha facultad, bajo ningún concepto se debe permitirse que se supla o mejore la estrategia probatoria de la parte.

En consecuencia, pensamos que conceder al juez mayores facultades –no limitar- resulta esencial para un efectivo desarrollo de la audiencia de prueba anticipada, claro está siempre que

⁸⁴ Cfr. file:///D:/Usuario/Documents/REFORMA.%20PROYECTO%20CHUBUT/Justicia_2020.4.pdf, consultado el 20/07/2019.

⁸⁵ Cfr. https://www.juschubut.gov.ar/images/sec-planificacion/crpc/Objetivos_y_Lineamientos_CRPC.pdf, consultado el 20/07/2019.

⁸⁶ Sección IV, Régimen Probatorio (arts. 323 al 417).

⁸⁷ Esta es la sistemática utilizada por el Anteproyecto del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (art. 203).

en la utilización de aquellas se dé especial cuidado de los principios de bilateralidad y defensa en juicio.

7) Innovación al ampliar los medios de anticipo de prueba

Resulta de trascendental importancia la innovación respecto de la amplitud de “medios” para generar medidas prejudiciales probatorias. Ésta condice con uno de los documentos bases de aquél⁸⁸, que determina un criterio amplio de recepción de todos los medios de prueba en forma anticipada y a todo efecto.

Así, el anteproyecto mencionado regula como medios de prueba prejudicial: 1) la declaración de parte; 2) reconocimiento o declaración sobre documentos; 3) exhibición de documentos; 4) declaración de testigos; 5) pericias e inspección judicial.

Consideramos necesario hacer algunas apreciaciones en relación a dos de los mencionados medios de prueba prejudicial:

En cuanto a la declaración de parte, el Anteproyecto bajo análisis recepta como novedad el remplazo del sistema de “absolución de posiciones⁸⁹” por la “declaración de parte”, requerida a petición de quién pretenda demandar o considere fundadamente que será demandado y por una sola vez.

Entendemos que resulta muy positiva la innovación realizada, pues se admite el interrogatorio libre del declarante en la audiencia, lo cual favorece la eficacia de la prueba.

No obstante, pensamos que la norma no es técnicamente correcta al emplear el término “parte”, para el caso que la prueba sea solicitada antes de la demanda. Ello, sin perjuicio, que sí lo es en su contenido, al aclarar: “*Quien pretenda demandar o considere fundadamente que será demandado*”.

A *contrario sensu*, no existe confusión ni error de término para el caso que la prueba sea pedida “durante el proceso”, como posibilita la norma.

A su vez, podría cuestionarse de la reforma que la medida de declaración de parte pueda solicitarse antes de iniciarse el proceso judicial. Ello por cuanto se ha entendido⁹⁰ que el hecho de que pueda tener lugar, únicamente, en un proceso iniciado tiene como fin que el absolvente tenga conocimiento pleno de las consecuencias de su eventual confesión.

Por su parte, con relación a la declaración de testigo, el Anteproyecto innova en la posibilidad de la producción de testimonios mediante videograbación u otros medios, lo cual implica receptar nuevos sistemas tecnológicos, aun frente a la petición en forma anticipada de dicha prueba.

Pero advertimos que la redacción de la norma resulta demasiado amplia en varios aspectos y puede generar dificultades en la casuística. A saber:

⁸⁸ Cfr. https://www.juschubut.gov.ar/images/secplanificacion/crpc/Objetivos_y_Lineamientos_CRPC.pdf, consultado el 20/07/2019.

⁸⁹ Cfr. <file:///D:/Usuario/Documents/REFORMA.%20PROYECTO%20CHUBUT/Proyecto-de-Codigo-General-del-Proceso-Chubut.pdf>, consultado el 20/07/2019.

⁹⁰ ARAZI, Roland, *La prueba en el proceso civil*, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 124.

En primer lugar, establece un sistema de citación amplio pues instituye que puede efectuarse por cualquier medio expedito e idóneo. Por lo cual en la práctica quedará en cabeza del juez determinar, en cada caso, si la citación se hizo por el medio adecuado.

En segundo lugar, la norma dispone que cuando esté impedido de concurrir se le recibirá declaración donde se encuentre. Frente a ello es dable preguntarnos si: ¿esto implica que se tomará mediante algún medio como el de la videograbación o que el juez deberá apersonarse donde deba receptarse tal declaración?

Luego, de acuerdo a una lectura integral del Anteproyecto, ni del art. 46, ni de la parte pertinente de la prueba testimonial -aplicable por remisión del art. 42 también a la prueba anticipada- surge un tipo de limitación en relación al número de testigos. Sostenemos que esto puede generar en la práctica dilaciones innecesarias en el eventual proceso.

Por otro costado, el art. 369 del Anteproyecto establece la posibilidad de sustitución de la declaración personal por una declaración presentada con anterioridad, cuando se trate de un testigo que ha prestado declaración anticipada en razón de una medida prejudicial probatoria y ninguna de las partes requiriese su presencia a efectos de ampliar su testimonio en la pertinente etapa probatoria (inc. b). *A fortiori* y conforme los fundamentos supra reseñados, además de no establecerse límite al número de testigos, se otorga la posibilidad de volver a receptarles declaración testimonial a “todos” en la etapa ordinaria de prueba, siempre que las partes lo requieran.

Por todo ello, proponemos que la norma indique el número de testigos o, en su caso, se faculte al juez a determinarlo teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la posibilidad de lograr una conciliación o por razones de economía procesal.

C. LAS MEDIDAS CAUTELARES ANTICIPADAS

1) Cualquier clase de conflicto o proceso individual o colectivo

La norma se ubica dentro de las disposiciones generales del Libro Primero: Disposiciones Generales, por lo que podría resultar sobreabundante la leyenda “cualquier clase de conflicto o proceso individual o colectivo”. Se está haciendo hincapié varias veces en la generalidad de la pretensión cualquiera sea su trámite.

Sin embargo, entendemos que resulta razonable su regulación en base a que también las medidas cautelares anticipadas resultarían aplicables para los medios de solución consensuales de conflictos. A tal conclusión se arriba a partir de una interpretación sistemática del Anteproyecto, cuyo art. 8 se establece como excepción a la regla de la proscripción de acudir a la Justicia durante la tramitación del mecanismo seleccionado la necesidad de la preservación de los derechos. Las medidas cautelares anticipadas, entonces, pueden configurar una vía tendiente a la “preservación de sus derechos”, como refiere la posible norma.

2) Superposición con el art. 288 del CPCC

No surge clara la diferencia con el art. 288 del Anteproyecto del Código General de Procesos de la Provincia de Chubut en la medida que lo único que difiere es que el art. 48 regula la caducidad automática. La norma –medida cautelar anticipada– se encuentra replicada en dos artículos diferentes. Entendemos pertinente la eliminación de la primera parte del art. 288: “Previo a la interposición de cualquier pretensión o petición individual o colectiva” y colocaríamos una remisión al art. 48 para el caso de que la pretensión cautelar sea anticipada.

En nuestra opinión, la técnica legislativa señalada contradice las pautas de simplificación, eficiencia y modernidad del proceso, objetivos y lineamientos de la reforma provincial⁹¹ y de las reformas procesales impulsadas a nivel nacional desde el Ministerio de Justicia, mediante el Programa Justicia 2020⁹², bases también de aquélla.

3) Amplitud

Aquí se encuentra cierta novedad en relación a la amplitud del criterio. Es amplia la regulación de las medidas cautelares anticipadas en cuanto al objeto, el tipo de medida y las distintas especies que admite. Con relación al objeto, la norma incluye a los procesos individuales, ya sean de conocimiento o de ejecución, y a los procesos colectivos. En cuanto al tipo de medida cautelar, se admite que sean tanto asegurativas como anticipatorias. Y, por último, con referencia a las distintas especies, ya sea embargo, intervención judicial, anotación de litis, etcétera, se deja entrever –también– la remisión que el eventual artículo hace al régimen general de medidas cautelares del Anteproyecto.

En relación a las distintas especies, el Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba⁹³ ha tomado sólo al embargo preventivo como la única medida cautelar anticipada. La Nación, por su parte, ofrece una fórmula abierta⁹⁴ con la regulación específica del embargo preventivo⁹⁵.

El fundamento del marco estricto adoptado en Córdoba está puesto en no proporcionar de una medida gravosa al eventual actor cuando todavía no ha introducido una pretensión en un proceso judicial⁹⁶. Nótese que un embargo preventivo es cualitativamente disímil en importancia en relación a los efectos a, por ejemplo, una anotación de litis o una medida cautelar innominada.

Por ello, puede lucir insuficiente una mera petición anticipada para cualquier medida cautelar, máxime ante la verosimilitud en el derecho que se precisa. Si la pretensión no se encuentra introducida, la verosimilitud es prácticamente inexistente más allá de los elementos y argumentos de hecho, probatorios y jurídicos en que se funda.

⁹¹ Cfr. https://www.juschubut.gov.ar/images/sec-planificacion/crpc/Objetivos_y_Lineamientos_CRPC.pdf, consultado el 15/07/2019.

⁹² Cfr. <https://www.juschubut.gov.ar/index.php/documentacion-de-base>, consultado el 15/07/2019.

⁹³ “Art. 456.- Salvo el embargo preventivo y los supuestos contemplados en las leyes de fondo, las medidas cautelares pueden ser solicitadas conjuntamente con la demanda o después.”

⁹⁴ “Art. 195.- Las providencias cautelares podrán ser solicitadas antes o después de deducida la demanda, a menos que de la ley resultare que ésta debe entablarse previamente.”

⁹⁵ “Art. 209.- Podrá pedir embargo preventivo el acreedor de deuda en dinero o en especie que se hallare en alguna de las condiciones siguientes:...”

⁹⁶ García Allocco sostuvo que en el caso particular de Córdoba justificar la procedencia de otras medidas puede insumir, de ordinario, tanta tarea como la demanda misma (en VÉNICA, Oscar ob. cit., p. 326).

Sin embargo, consideramos positiva la reforma posibilitando otras cautelares, ya que se apunta a un proceso eficiente, en el que se asegure el cumplimiento de la eventual sentencia a favor. El proceso más eficiente hace a una tutela judicial efectiva y la evaluación sobre la verosimilitud del derecho, y su adecuación cualitativa con la medida peticionada, entendemos que se ve salvada con los requisitos de admisibilidad del art. 48: el derecho que se pretende asegurar, la medida que se pide, los elementos y argumentos de hecho, probatorios y jurídicos en que se funda y el cumplimiento de los requisitos pertinentes.

No obstante ello, debe agudizarse el control de admisibilidad del juez en virtud de la etapa procesal en la que se da, esto es, previo a la demanda. Asimismo, el juzgador deberá observar la conducta procesal –si resulta necesario– mediante sanciones de las partes a los fines de mantener la moralidad del debate y evitar medidas cautelares extorsivas.

4) Medida cautelar anticipatoria

El Anteproyecto del Código General de Procesos de la Provincia de Chubut brinda una regulación avanzada al desterrar un viejo axioma de que las medidas cautelares no pueden coincidir con el objeto mediato de la pretensión⁹⁷.

El anticipo de la sentencia ha sido regulado en el Anteproyecto como una medida cautelar, difiriendo de la metodología propuesta por el Código Procesal Civil de Brasil⁹⁸.

Se está ante una medida cautelar con un trámite muy específico –art. 321 y 322– en virtud de su especial naturaleza que impone al menos una revisión del juzgador de la pretensión del actor.

Ciertos argumentos pueden dirigirse a entender que resulta excesivo permitir una medida cautelar anticipatoria previa a interponer la demanda. Peyrano⁹⁹ refiere que sería más conveniente decretar la sentencia anticipatoria sólo después de contestada la demanda o de transcurrido el plazo para contestarla.

Se puede entender que estas medidas precisan de una verosimilitud mayor, por lo que es necesaria la introducción de la pretensión. Nótese que el apercibimiento que presenta la norma –la caducidad– en algunos casos puede no tener efectos –al menos automáticos–. Piénsese en el caso de medidas anticipatorias pecuniarias que han sido efectivizadas y luego declaradas caducas. La restitución en estos casos no será tan sencilla.

Ahora bien, para el caso en que se persista en la regulación, debería remitir su texto al trámite de los arts. 321 y 322 a los fines de facilitar la búsqueda e interpretación del operador.

Debemos insistir, para el caso de que se permita una medida cautelar anticipatoria antes de interponer la demanda, en el aspecto disciplinario de las partes en base al aseguramiento de un

⁹⁷ En este sentido: CARBONE, Carlos Alberto, “Revisión de los presupuestos de la teoría cautelar y su repercusión en el nuevo concepto de los procesos subcautelares e infra o minidiferenciados”, en PEYRANO, Jorge W. (dir.), *Medidas Cautelares*, t. I, Rubinzal – Culzoni, 2010, p. 143.

⁹⁸ Cfr. Peyrano, Jorge W., “Los nuevos ejes de la reforma procesal civil”, en *Sentencia anticipada*, Rubinzal – Culzoni, ps. 19/20.

⁹⁹ PEYRANO, Jorge W., “Los nuevos ejes de la reforma procesal civil”, ob. cit., p. 20.

obrar con apego a la lealtad y probidad como manifestaciones del deber genérico de la buena fe¹⁰⁰.

5) Regulación de medidas cautelares anticipadas en procesos colectivos

El Anteproyecto incluye, explícitamente, la posibilidad de solicitar medidas cautelares anticipadas en los procesos colectivos.

Dicha regulación resulta más que positiva y demuestra la coherencia interna de la eventual norma. Ello por cuanto, en su “Título Preliminar. Principios y Reglas fundamentales”, establece que los mecanismos de resolución tienen por objeto la composición y resolución oportuna, adecuada y efectiva de un conflicto jurídico no sólo individual, sino también colectivo; y que tienen por finalidad maximizar la protección de los derechos en juego en ambos procesos¹⁰¹. A tales fines, la prescripción expresa de las medidas cautelares anticipadas resulta un instituto posibilitador.

A su vez, en este punto, el Anteproyecto demuestra su compromiso con alcanzar una justicia cercana a la gente, modernidad y eficaz, unas notas esenciales de la visión de Justicia 2020¹⁰², como ya se refirió anteriormente. Es que con la regulación explícita de las medidas cautelares anticipadas para los procesos colectivos torna operativa la adecuada canalización de las afectaciones de carácter colectivo. Se desarrolla así un marco normativo concordante con las metas de otorgar a los justiciables accesibilidad, previsibilidad, coherencia en las decisiones y eficacia en el cumplimiento de los decisorios, conforme sugiere el mencionado Programa¹⁰³.

6) Mantenimiento de la caducidad de la medida por no interponer la demanda

Toda medida cautelar implica una restricción anticipada a un derecho sustantivo, por ser anterior al dictado de la sentencia. De allí sus requisitos de admisibilidad: acreditar el peligro en la demora, la verosimilitud del derecho y la contracautela.

La medida cautelar anticipada resulta aun más gravosa, por cuanto la verosimilitud del derecho que debería acreditarse por su naturaleza precautoria se ve minimizado ante la inexistencia de la demanda y –por ende– el desconocimiento de la pretensión.

En este marco, entendemos positivo que el Anteproyecto de reforma mantenga la caducidad de la medida cautelar, ya que –por un lado– limita en el tiempo la incertidumbre sobre la verosimilitud del derecho invocado para justificar la medida prejudicial; y –por el otro–

¹⁰⁰ Cfr. GOZAINI, Osvaldo Alfredo, *Temeridad y malicia en el proceso*, Rubinzal – Culzoni, 2010, p. 117.

¹⁰¹ Principio y reglas fundamental II. Conflictos individuales y colectivos.

¹⁰² MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN, CHAYER, Héctor M. (Coord.)- MARCET, Juan Pablo (Coord.)- GARSCO Marisa Alejandra (Coord.), *Justicia 2020: cercana, moderna, transparente e independiente*, ob. cit., p. 16.

¹⁰³ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN- CHAYER, Héctor M. (Coord.)- GARSCO Marisa Alejandra (Coord.), *Nuevos procesos civiles Justicia Civil en Justicia 2020*, ob. cit., p. 50.

erradica posibles casos de abuso del derecho, utilizando la medida cautelar anticipada como medio de presión para la contraria¹⁰⁴.

ART. 49 A 108 - CHACO

Delegación Chaco de la Comisión de Jóvenes Procesalistas- AADP

Comentario sobre Código Procesal para la provincia del Chubut

Equipo de colaboradores:

Aguirre, Rubens Ariel

Aguirre, María Verónica

Alegre, Javier Oscar

Brousser, Christian

Suarez, Valeria Elisabet

Petrzik, Lorena

Onocko, Sebastian

Vallejos Guerreño, Luz

En cuanto al apartado referido a la competencia de Jueces en el proyecto de Código Procesal para Chubut se puede apreciar que tal reforma sigue los modelos de gestión al hacer alusión al Colegio de Jueces aunque sin embargo se mantiene la potestad jurisdiccional de una manera individual o unipersonal, pudiendo aportar mayor claridad al decir que será la competencia atribuida por la ley, incorporando y por este código. Siguiendo esta línea de gestión de los casos, es necesario que el articulado esté armonizado y coherente de acuerdo a los términos utilizados, dejando de lado la organización de juzgados unipersonales, tradicionales del trámite escrito, para de esta manera pasar al trabajo en equipo enfocado en la “oficina judicial” que tiende a cumplir ciertos roles en

¹⁰⁴ Cfr. COLOMBO, Carlos J., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado y comentado*, t. 1, Abeledo - Perrot, Bs. As., p. 234; LÓPEZ CARUSILLO, Alberto I, en RAMACCIOTTI, Hugo, *Compendio de derecho procesal civil y comercial de Córdoba*, t. III, Depalma, Bs. As., 1981, p. 108; ambos citados GARCÍA ALLOCO, Carlos Francisco, en VÉNICA, Oscar Hugo, *Código procesal civil y comercial de la Provincia de Córdoba, Ley 8465*, t. IV, comentario al art. 465, Lerner, Córdoba, 2001, p. 376.

pos de la administración de justicia; además si bien se estipula que las funciones, atribuciones y cuestiones operativas de la oficina judicial sean reglamentadas por el Superior Tribunal de Justicia, será necesario que se promueva la incorporación de tales perspectivas en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por su parte el articulado en cuanto trata las funciones jurisdiccionales y administrativas, en referencia a estas últimas en poder de la Oficina Judicial da a entender que cada dependencia judicial tendrá una de ellas, es decir como órgano interno y no externo, lo cual podría ser una cuestión para poner luz a la redacción.

Además teniendo en cuenta el objetivo de la celeridad de los procesos, la introducción de la oralidad en el proceso civil exige dotar a los juzgados de una organización diferente, que trabaje con otros métodos, lo cual sin lugar a dudas debe ser profundizado en los deberes y facultades de Jueces y oficinas judiciales.

La cooperación judicial y el uso de nuevas tecnologías es clave para llevar adelante las herramientas de gestión y organización que deben acompañar a jueces en el quehacer judicial, por ello se deberá aportar mayor certeza al uso de videoconferencia, teleconferencia u otro medio de comunicación simultánea, esencialmente en lo relacionado con la conservación de lo tratado, mediante soportes que aporten a la función jurisdiccional y la gestión de los conflictos pues la redacción del Art. 59 se presenta vaga.

En relación a los Deberes de las juezas y jueces, se evidencian pautas positivas, algunas prácticas que ya se encuentran en otros códigos y se han vuelto necesarias para los procesos, pues es importante tener en cuenta que el funcionario deberá en todo momento movilizar el expediente, imponiendo el deber de “impedir su paralización” o “dilación” -art 61 a.-, al igual que al brindar los deberes especiales de gestión y de buen orden se impone el de impulsar de oficio el proceso - art 62 e-, en estos casos se evidencia la existencia de una tendencia ya desarrollada por la doctrina y jurisprudencia que busca la no paralización de los procesos para lograr una justicia rápida, brindando herramientas a jueces, más aún si se encuentran en juego derechos humanos o la participación de sujetos especialmente vulnerables.

Pero para la aplicación de estos parámetros debe ponerse especial cuidado en armonizarlos junto al *deber específico de impuso procesal*, o de impedir la paralización, puesto que esto estaría íntimamente relacionado con los *principios de igualdad entre las partes, y dispositivo*; con el objetivo de que la actuación de jueces en cumplimiento de un deber como tales no venga a suplir las negligencias de las partes, ya que brindar un rol más investigativo o realizar actividades que violen esa igualdad, podrían ir en favor de una u otra parte.

En relación al art 61 inc. f, al establecer como deber el orden de las causas de acuerdo a parámetros de tutela preferente, gravedad del conflicto y demás, debería ser una cuestión de ultima ratio, y para casos especiales, ya que lo que entendemos como igualdad real, y que como diría Couture para curar la desigualdad se recurre a otra desigualdad, lo que dejaría afuera algunos supuestos del proyecto, puesto que la “gravedad del conflicto” será algo interpretativo, que permitirá la posibilidad a jueces actuar con arbitrariedad, de igual forma la repercusión de un caso es algo que no debería presionar a los jueces a la hora de resolver, la justicia llega cuando el trabajo es metódico, exhaustivo, y cuando se le dedica tiempo a un causa, que exista trascendencia social, económica o política, deberían ser ajenos al actuar del juez, o cuanto menos no incidir en el orden de resolución, de esta manera la redacción debería reverse, para evitar presiones a jueces que podría darse en los casos de mayor trascendencia de lo decidido.

La redacción del art. 61 inc. g, que carga con el deber de asistir, gestionar y celebrar audiencias, podría hacerse referencia a la importancia en las audiencias, más no en todas las diligencias, asimismo, en la práctica vemos muchas veces que las normas que imponen incluso bajo pena de nulidad la concurrencia del juez a las audiencias no se cumple, en el proyecto como tal, imponer todos estos deberes, sería seguir un camino que ya existe y no siempre se cumple.

En lo que respecta a los deberes especiales de gestión y de buen orden, permitir a jueces el rechazo de cualquier solicitud, en la forma en que se redacta en el art. 62 a. sería muy amplio y en algunos casos podría dar lugar a denegación de justicia, y colisionar con principios constitucionales, máxime cuando se le impone también el deber de solicitar las aclaraciones o explicaciones necesarias que podría evitar el rechazo.

Además brindar herramientas a jueces (art 62 c) para facilitar las ejecuciones que muchas veces por formalismos se ven perjudicadas, cuando el fin es el cobro, y que dichas herramientas también sean aplicables a otros casos, aunque hay que tener en cuenta que la redacción cuando establece que “también hará uso de esa facultad”, porque estamos en un artículo que establece deberes, no facultades, por lo que este inciso, podría ser incluido en otro articulado respecto de las facultades del juez y no imponerlo como un deber.

Otro punto llamativo y que no debería estar en el listado de deberes, máxime cuando existen otros institutos aplicables al caso, es lo previsto en el inciso g) del Art. 62 al cargar con el deber de oficiar a los Ministerios Públicos ante la advertencia de demandas individuales repetitivas, pudiéndose hacer uso de otros recursos del proceso como ser la acumulación según el caso, pero bajo ningún punto de vista promover la proposición de la acción colectiva respectiva, puesto que se estaría lesionando derechos y principios, al redireccionar acciones que ya están entabladas por actores con sus respectivos letrados, que en caso de ser reemplazados por una acción colectiva se verán perjudicados en su desempeño o incluso desplazados. En todo caso, se debería facultar a los Ministerios Públicos a iniciar acciones colectivas, cuando se advierta la posibilidad de ello, pero como una cuestión previa.

Con respecto a los deberes disciplinarios, el art. 63 faculta a los jueces a sancionar con multas, lo que resulta difícil de conciliar, ya que la idea de sancionar la demora en la ejecución de tareas sin fijarse parámetros para decidir cuando la misma sería aplicable, cuando se entendería demorado y cuando no, incluso siendo de aplicación la sana crítica para interpretarlo, se debería dejar plasmado que pautas se tomarán en cuenta para sancionar por demora, o cuando se considera así, para dar seguridad jurídica a la persona a la cual se le ordenó una actividad, quien ante la arbitrariedad del juez de imponerse una sanción de multa por demora, no tendrá forma de defenderse.

De igual forma, la idea de una sanción de multa para representantes legales o empleadores, cuando “impidan” la comparecencia a despacho judicial, sin dar pautas sobre qué debe interpretarse con impedir y cómo se debe probar dicho impedimento, lo que debería ser facultativo y regulado en cuanto a la forma de comprobación de un accionar contrario a la ley, como sería no permitir que concurren al juzgado cuando fueran citados.

Asimismo, establecer un artículo especial sobre sujetos o bienes de tutela preferente, debería analizarse si es necesario fijarlo, cuando es algo que ya se entiende por las normas constitucionales y por los demás deberes asignados, asimismo el hecho de manifestar que los demás deberes en estos casos se “acentúan” y “amplifican” no permite interpretar correctamente a qué se hace referencia con esos verbos, puesto que si bien se infiere que la idea general es la de dar mayor cuidado a estos casos preferentes, “acentuar” no hace referencia a nada, y “amplificar” al no decir en qué sentido se amplificaría o si abarcaría otras facultades o deberes no lo especifica y por lo que debería ser redactado de otra forma.

De igual manera resulta innecesario el artículo 65, puesto que, si ya existe una sección respectiva, y a su vez como vemos cada artículo establece cuando es posible interponer un recurso y cual, esta redacción no aportaría nada trascendente.

Al hacer análisis de los auxiliares de justicia, por un lado no resulta necesario aclarar que ante un perjuicio irreparable exista la posibilidad de impugnar, debiendo limitarse a establecer que recurso será admitido, pero lo que me genera mayores dudas es respecto de la parte que establece que *“Cuando sea susceptible de reparación ulterior, carezca de fundamentos o aparezca como dilatorio, el juez podrá rechazarlo sin previa sustanciación e imponer las sanciones correctivas por su utilización abusiva o dilatoria. Esta última resolución no será impugnable”*, puesto que el juez en este caso tendría facultades que serían violatorias y perjudiciales para la parte que plantea el recurso, puesto que si alguien percibe que existe un perjuicio irreparable -lo que de por sí es difícil de interpretar cuando sería tal-, decide accionar porque la ley le brinda el recurso de revocatoria, deberá hacerlo pensando que el mismo artículo que le brinda la herramienta lo condiciona y la desalienta, puesto que ese recurso podrá ser considerado dilatorio por el juez o que no tiene suficientes fundamentos o bien que si es reparable (que como dijimos es difícil de interpretar) y por lo tanto ser rechazado con sanciones incluidas, y ante esto, la parte no podrá plantear recurso alguno, por lo que resulta arbitrario, no contiene parámetros claros a seguir ni por el juez ni por la parte, por lo que debería reevaluarse la redacción.

Finalmente, al hablar de los auxiliares de justicia ocasionales, establece el deber de que sean “idóneas”, “desinteresadas del resultado del proceso”, “experimentadas”, “responsables” y de “conducta intachable”, todos adjetivos que no deberían estar presentes, puesto que a la hora de seleccionar dichos adjetivos son apreciables de forma subjetiva, y podría perjudicar a algunos en favor de otros, pero en la práctica es difícil que aporte al proceso, debería especificarse los mismos en un artículo aparte, donde se impone como deber a estos auxiliares el de ser así bajo una penalidad en caso de incumplimiento que creo debería estar ligada a los honorarios sin perjuicio de otras, de modo que estos parámetros que busca el código se traduzcan en algo cierto y respetado, ya que en la forma en que se redacta, no se imponen como deberes de dichos auxiliares sino que aparecen como algo buscado, o preferible, pero no como algo cierto. Igualmente es difícil concebir cuando una conducta es “intachable”.

Continuando con la Sección II dedicada a partes, terceros y apoderados, en sentido técnico, aplicado por tanto únicamente al proceso jurisdiccional, se es tercero mientras no se tenga la calidad de parte, pues una vez adquirida, la condición para actuar se confunde con los supuestos de litisconsorcio. Vale decir, se pierde la condición de tercero para ser “parte” adherente a uno de los litigantes.

Cabe destacar que, la presencia del tercero en el proceso civil, solo resulta doctrinariamente posible a partir de la llamada, noción negativa de la condición de parte, es decir, resulta tercero quien no posee la investidura de parte, en razón de no ser demandante ni demandado. Se observa así que la noción más aproximada del concepto de tercero, sólo se logra residualmente o por reducción del concepto de parte, esto es, aquella persona que, sin ser parte, interviene en el proceso que se encuentra pendiente en defensa de un interés que le es personal y distinto del de aquellas.

Coincidimos en lo previsto sobre intervención *voluntaria*, cuando es el propio tercero el que determina su inserción en la causa, porque le resulta conveniente a sus intereses, sin que medie pedido de parte ni citación del Tribunal.

De acuerdo a l Inciso a) de art 85 del Proyecto sobre Intervención voluntaria adhesiva simple, en la cual el tercero no se encuentra legitimado para demandar o ser demandado, tiene sólo un interés conexo a los derechos que se discuten en el proceso al cual quiere acceder. El tercero tiene un interés propio, pero en función de un derecho ajeno, por eso algunos ordenamientos no le dan estricta participación, sino un rol subordinado al del litigante con el cual colabora (tesis de legitimación subordinada, art. 91 CPCN).

Quien desea intervenir en el proceso para colaborar con el actor o el demandado debe acreditar que la sentencia puede afectar su interés propio y ser actual. La actuación del adherente simple es la que causa los mayores problemas dentro del proceso ya que, no está legitimado para ser actor o demandado. Esta circunstancia justifica que no se le atribuya el carácter de parte principal de un litisconsorte, y sí se lo encuadre en una categoría más baja. Sin embargo, ROLAND ARAZI sostiene que debe considerarse un litisconsorte de la parte que ayuda, salvo en lo que hace a las

excepciones materiales o procesales de carácter personal, que no está facultado para oponer en el proceso, por ello el artículo 86 del Proyecto siguiendo los lineamientos del código de nación, establece que el tercero no puede alegar ni probar lo que estuviese prohibido a la parte a quien apoyare, lo que aparece como razonable. En lo demás, está autorizado a realizar todos aquellos actos que le está permitido a la parte a quien adhiere, siempre que ésta no lo hiciese, tales como oponer defensas y excepciones, peticionar la caducidad de la instancia, apelar la sentencia desfavorable y oponerse a los actos de disposición del proceso.

Con este alcance debe interpretarse la frase del Proyecto que dispone “*la actuación del interviniente será accesoria y subordinada a la de la parte a quien apoyare*”; de todos modos, sería conveniente suprimir esa frase dejando sólo la que indica que el tercero no puede alegar ni probar lo que estuviese prohibido a la parte a quien adhiere. Lo contrario sería hacer del tercero un “convidado de piedra” y su intervención se tornaría totalmente inútil, pues, precisamente, se introduce en el proceso para hacer aquello que la parte a la que adhiere, pudiendo, no hace.

Además sobre la Intervención voluntaria litisconsorcial, prevista en el Inciso b) de art 85 del Proyecto, llamada también adhesiva autónoma; aquí el tercero interviene en un proceso ajeno adhiriéndose al colegitimado activo o pasivo que demandó o fue demandado; se transforma así en parte, con las mismas facultades procesales que las partes principales; puede intervenir desde que ha sido admitida la demanda principal, aun cuando ella no haya sido contestada, hasta la terminación del proceso con el dictado de una sentencia firme. Cuando la sentencia ha pasado en autoridad de cosa juzgada, la intervención del tercero en el procedimiento de ejecución es inadmisibile, sin perjuicio de que pueda hacer valer sus derechos en la forma que considere oportuna si dicha sentencia lo afecta.

Los códigos procesales civiles de las Provincias del Chaco y Corrientes, emplean idéntica terminología en la temática. En tanto, el Anteproyecto del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación distingue y resuelve cada instituto por artículos separados, precisándolos:

ARTÍCULO 39.- Tercero coadyuvante. Quien tenga con una de las partes determinada relación sustancial a la cual no se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, pero que pueda resultar afectada, podrá intervenir en cualquier etapa del proceso como coadyuvante de una de ellas. El coadyuvante podrá efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, en cuanto no estén en oposición con los de ésta y no impliquen disponer del derecho en litigio. La solicitud de intervención deberá precisar los hechos y el derecho en que se apoya, ofreciendo las pruebas de que intente valerse.

ARTÍCULO 40.- Tercero litisconsorcial. Quien de conformidad con las normas del derecho sustancial hubiese estado legitimado para demandar o ser demandado en un proceso, podrá intervenir en calidad de tercero litisconsorcial.

De acuerdo al Art. 87¹⁰⁵, se conferirá traslado a las partes por el plazo de tres (3) días y en caso de oposición se resolverá en una audiencia única al efecto. En ningún caso la intervención del tercero retrotraerá el proceso ni suspenderá su curso.

En cuanto a lo previsto sobre Intervención provocada también denominada coactiva, forzosa u obligada, término utilizado en el artículo 94 CPCN; su denominación como intervención provocada resulta acertada, ya que el tercero no tiene “obligación” de intervenir cuando es citado a pedido de parte o de oficio por el juez; lo hará si quiere y piensa que lo que se debate en el proceso puede afectarlo. Intervenir en el proceso, en todo caso, sería una carga del tercero citado, pero nunca una obligación.

En el Anteproyecto del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se la ensaya como: ARTÍCULO 42.- Intervención por citación. El actor al demandar y el demandado al contestar podrán solicitar la citación de un tercero respecto del cual consideren que la controversia es común o pudiere afectarle la sentencia. El citado no podrá objetar la procedencia de la citación y tendrá los mismos derechos, deberes y cargas de las partes. En los casos en que la intervención del tercero supone la inserción de una nueva pretensión, se sustanciará con quien resulte el sujeto pasivo de aquélla.

De acuerdo al Art. 88 sobre Recursos y alcance de la sentencia-ejecución. Será inimpugnable la resolución que admita la intervención de terceros. La que la deniegue será impugnabile.

En todos los supuestos, después de la intervención del tercero o de su citación, en su caso, la sentencia dictada lo alcanzará como a los litigantes principales.

La resolución que se dicte será ejecutable contra el tercero, salvo que en oportunidad de formular el pedido de intervención o de contestar la citación, se hubiese alegado fundadamente la existencia de defensas y/o derechos que no puedan haber sido materia de debate y decisión en el proceso. La existencia de tal impedimento para la ejecución deberá ser tratada y resuelta por la jueza o el juez al dictar sentencia.

La posibilidad de ejecutar la sentencia contra el tercero no demandado ha originado opiniones discordantes tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, aun cuando la gran mayoría se pronunció en contra de esa ejecución. ROLAND ARAZI, sostiene que la sentencia no puede ejecutarse contra un tercero que no ha sido demandado, aquella debe contener la decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio. Si el actor no pidió expresamente la condena contra el tercero citado, el juez no puede condenarlo, pues si procediera de otra forma estaría fallando más de lo pedido. Además, la condena que no ha sido

¹⁰⁵ **Art. 87. Intervención provocada. Solicitud de intervención. Procedimiento.** Por regla, el pedido de intervención se formulará por escrito y cumpliendo con los requisitos de la demanda en lo que sea pertinente. Con el pedido se presentarán los documentos y se ofrecerán las demás pruebas de los hechos en los que se fundare la solicitud de intervenir como tercero.

requerida por el actor, quien tampoco la citó, altera el principio consagrado en el Código Procesal en materia de costas.

Otra crítica es la confusa redacción respecto a la salvedad para que el tercero no sea condenado, ya que no queda claro si es suficiente con alegar la existencia de defensas y/o derechos que no pudiesen ser materia de debate y decisión del juicio, o si debe acreditarse tal circunstancia: el adverbio “fundadamente” es insuficiente para despejar la duda.

El Anteproyecto del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no salva dicha redacción confusa: *ARTÍCULO 44.- Efectos. La presentación de un tercero no retrogradará el curso del proceso. La resolución que admite la intervención será inapelable. La que desestima el pedido será apelable, recurso que se concederá sin efecto suspensivo. El tercero litisconsorcial y el excluyente, una vez admitidos, serán alcanzados por la sentencia que se dicte. Esa decisión será ejecutable contra el tercero salvo que, en oportunidad de formular el pedido de intervención o de contestar la citación, según el caso, hubiese alegado, fundadamente, la existencia de defensas y/o derechos que no pudieran haber sido materia de debate y decisión en el juicio. La existencia de tal impedimento para la ejecución deberá ser tratada y resuelta por el juez al dictar sentencia.*

En relación a la Intervención subrogatoria¹⁰⁶, esta sustitución de personas en el proceso que se da cuando la pretensión la determina alguien distinto a quien debiera ser la parte originaria; y ello se debe no la iniciativa de esta, sino al gozar de la posibilidad autónoma de hacerlo por existir un interés conexo con el interés inmediatamente comprometido en la litis o en el negocio. La legitimación para obrar le corresponde por cuanto el interés que actúa es propio, aunque el derecho sea ajeno. No desplaza a la parte originaria, sino que la acompaña en la actuación procesal.

La acción subrogatoria es una acción dependiente de otras disposiciones voluntarias de quien es o debiera ser parte. Para que esta resuelva aceptar la sustitución, debe ser citada en su domicilio real por el plazo de diez días. Cumplido el término, el citado podrá: a) Formular oposición fundada en la litispendencia, debiendo denunciar la radicación de la causa y otros datos atendibles para su argumentación. En este caso, el acreedor podrá actuar como si fuera un litisconsorte activo simple (adhesivo) b) Sostener que no es deudor, oponiéndose al derecho que fundamente quien se dice acreedor; debiendo el juez resolver sumariamente, sin afectar alterar

¹⁰⁶ **Art. 89. Intervención subrogatoria.** El ejercicio de la acción subrogatoria que prevé el artículo 739 del Código Civil y Comercial de la Nación no requerirá autorización judicial previa. Interpuesta la pretensión, antes de conferirse traslado al demandado, se citará al deudor por el plazo de diez (10) días a fin de:

a) Formular oposición fundada en que ya ha interpuesto la demanda, o en la manifiesta improcedencia de la subrogación.

b) Interponer la demanda, en cuyo caso se lo considerará como actor y el juicio proseguirá con el demandado. En este caso, así como cuando el deudor hubiese ejercido la acción con anterioridad, el acreedor podrá continuar interviniendo en el proceso en la calidad de coadyuvante.

Si el deudor citado no formulare oposición o interpusiera demanda, igualmente podrá intervenir como litisconsorte.

En todos los casos, el deudor podrá ser llamado a declarar como parte y reconocer firmas y documentos.

La sentencia hará cosa juzgada en favor o en contra del deudor citado, haya o no comparecido.

con su decisión el derecho sustancial que las partes debaten; es decir, deberá fundarse en la apariencia del buen derecho que se argumente por uno u otro. c) Podrá interponer la demanda que el acreedor le reclama actúe, en cuyo caso desaparecen los motivos de la acción subrogatoria.

Art. 90. Tercerías. Oportunidad y recaudos. Las tercerías deberán fundarse en el dominio de los bienes embargados o en el derecho que el tercero tuviere a ser pagado con preferencia al embargante. La de dominio deberá deducirse antes de que se otorgue la posesión de los bienes. La de mejor derecho, antes de que se pague al acreedor.

Si el tercerista dedujere la demanda después de diez (10) días desde que tuvo o debió tener conocimiento del embargo o desde que se rechazó el levantamiento sin tercería, abonará las costas que originare su presentación extemporánea, aunque correspondiere imponer las del proceso a la otra parte por declararse procedente la tercería.

No se dará curso a la tercería si quien la deduce no probare, con instrumentos fehacientes o en forma sumaria, la verosimilitud del derecho en que se funda. Desestimada la tercería, no será admisible su reiteración si se fundare en título que hubiese poseído y conocido el tercerista al tiempo de entablar la primera.

La continuidad lineal del proceso ordinario tiene en las tercerías un desvío necesario que resuelve el problema que un tercero presenta estando absolutamente distante de la relación jurídica material que entre las partes se suscita. Las formas conocidas que motivan las pretensiones de tercería son las llamadas de dominio y de mejor derecho, según se funden en el dominio de los bienes embargados, o en el derecho que el tercero tuviere a ser pagado con preferencia al embargante (art. 97, CPCCN), respectivamente.

De inmediato se advierte que, en ambos casos, se abre un proceso distinto, independiente o incidental, donde la legitimación procesal de quien propicia la formación de la nueva causa, debe acreditarse por el interés y el derecho para hacerlo. La demanda de tercería queda sujeta a un requisito extrínseco de admisibilidad consistente en la acreditación de la “verosimilitud del derecho en que se funda” y más exactamente, de admisibilidad de la pretensión, que no debe confundirse con el de fundabilidad de la misma: el primero, alude a una suerte de *fumus bonis juris* del derecho que asiste al peticionante –como ocurre respecto de las medidas cautelares–, en tanto el segundo, supone la existencia plena y efectiva del derecho en cabeza de quien promueve la tercería. Este requisito de admisión lleva a que el juzgador formule un juicio de verosimilitud, es decir, un raciocinio fundado sobre ciertas normas que razonablemente acompañan la pretensión, la sustenta y le confieren a su vez una razonable apariencia de verdad.

Art. 91. Efectos de la tercería de dominio sobre el proceso principal. Si la tercería fuese de dominio, consentida o ejecutoriada la orden de venta de los bienes, se suspenderá el

procedimiento principal, a menos que se trate de bienes sujetos a desvalorización o desaparición o que irrogare excesivos gastos de conservación, en cuyo caso, el producto de la venta quedará afectado a las resultas de la tercería.

El tercerista podrá, en cualquier momento, obtener el levantamiento del embargo dando garantía suficiente de responder al crédito del embargante por capital, intereses y costas en caso de que no probare que los bienes embargados le pertenecen.

Mediante la tercería de dominio se deduce una pretensión por medio de la cual el tercero acciona, en un proceso en trámite, contra actor y demandado con el fin de obtener el levantamiento de un embargo trabado sobre bienes de su propiedad. En la tercería de dominio la pretensión del tercero no interfiere con la interpuesta por el actor originario, y viene a constituir el objeto de un proceso incidental con respecto a aquel en el cual se decretó el embargo. Por lo tanto, si bien el tercerista reviste el carácter de parte actora en el proceso de tercería, continúa siendo un tercero con relación al proceso principal, cuyo resultado es indiferente. Esta característica diferencia a las tercerías de la intervención de terceros por la cual el tercero se incorpora a un proceso pendiente a fin de interponer una pretensión incompatible con la que constituye el objeto de aquel y asume, por consiguiente, el carácter de parte en ese mismo proceso. De allí que la sentencia en este lo afecte en la misma medida que a las partes originarias. La tercería de dominio se fundamenta en la propiedad de los bienes embargados y su admisibilidad se halla condicionada a la existencia de un embargo. No basta que el embargo haya sido ordenado, es además necesario que haya sido efectivamente trabado.

Art. 92. Efectos de la tercería de mejor derecho sobre el principal. Si la tercería fuese de mejor derecho: previa citación del tercerista, la Jueza o Juez podrá disponer la venta de los bienes, suspendiendo el pago hasta que se decida sobre la preferencia, salvo si se otorgare fianza para responder a las resultas de la tercería. El tercerista será partícipe de las actuaciones relativas al remate de los bienes.

La tercería de mejor derecho tiene por objeto reclamar el pago de un crédito con preferencia al del ejecutante o actor, preferencia que puede resultar en primer término de la existencia de un privilegio especial, de un embargo, en cuanto este determina la prelación para el pago. Mediante la tercería de mejor derecho se deduce una pretensión por medio de la cual el tercero acciona para que se le reconozca el derecho a ser pagado con preferencia, con el producido de la venta del bien que ha sido objeto de dicha medida. La preferencia puede resultar de un privilegio especial o de un embargo, en cuanto este determina una prelación de pago con el producido de la subasta respecto de otro acreedor embargante. En esta tercería, el accionante debe acreditar, prima facie, el crédito que invoca, su titularidad, su monto y la existencia de un privilegio especial instituido a su favor.

Con estos recaudos cubiertos, la legitimación para obrar será acordada, y, por consiguiente, podrá formular la demanda contra quienes son partes principales del proceso donde sucede la afectación de sus intereses.

Art. 93. Sustanciación y resolución. Connivencia. Las tercerías deberán deducirse contra las partes del proceso principal y se sustanciará por el trámite que determine la Jueza o Juez atendiendo a las circunstancias, quien tendrá amplias facultades para gestionar de la forma más conveniente el conflicto.

Sustanciada la tercería, convocará a una audiencia donde resolverá en torno a la misma, debiendo procurar que se aporten todos los elementos de prueba necesarios para la fecha de su celebración. El allanamiento y los actos de admisión realizados por el embargado no podrán ser invocados en perjuicio del embargante.

Cuando resultare probada la connivencia del tercerista con el embargado, el Juez ordenará, sin más trámite, la remisión de los antecedentes a la justicia penal e impondrá al tercerista, al embargado y a los profesionales que los hayan asistido legalmente, las costas y una multa de entre veinte (20) y ochenta (80) Jus en forma solidaria, así como las sanciones disciplinarias que correspondan.

Entiendo que el Anteproyecto del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación trata estos institutos de manera simple, lo que viene a facilitar la lectura de estos de los mismos, en su:

ARTÍCULO 41.- Intervención excluyente. Podrá intervenir en un proceso en calidad de parte, cualquiera fuere la etapa o la instancia en que éste se encontrare, quien pretendiere, en todo o en parte, la cosa o el derecho objeto del juicio.

Art. 94. Levantamiento de embargo sin tercería. El tercero perjudicado por un embargo podrá pedir su levantamiento sin promover tercería, acompañando el título de dominio u ofreciendo sumaria información sobre su posesión, según la naturaleza de los bienes. Del pedido se dará traslado al embargante. La resolución será recurrible cuando haga lugar al desembargo. Si lo denegara, el interesado podrá deducir directamente la tercería, cumpliendo los requisitos exigidos.

Art. 95. Citación de evicción. Tanto el actor como el demandado podrán pedir la citación de evicción al interponer sus pretensiones. La resolución se dictará sin sustanciación previa. Sólo se hará lugar a la citación si fuere manifiestamente procedente. La denegatoria será inimpugnable. La citación solicitada no suspenderá el curso del proceso. Si el citado asumiera la defensa podrá obrar conjunta o separadamente con la parte que solicitó la citación, en el carácter de litisconsorte.

ROLAND ARAZI, señala como hipótesis de intervención provocada a la citación de evicción. Son aplicables entonces las consideraciones hechas al tratar esta clase de intervención de terceros.

Si un tercero demanda al adquirente en un proceso del que pueda resultar la evicción de la cosa, el garante citado a juicio debe comparecer en los términos de la ley de procedimientos. El adquirente puede seguir actuando en el proceso. La turbación puede caer tanto en un derecho real transmitido –dominio, usufructo, etcétera– como en uno creditorio o en un derecho intelectual; asimismo, puede originarse en la carencia total o parcial del derecho que se dijo transmitir. En consecuencia, o no fue transmitido, o lo fue de manera menos plena, en menor medida, con cargas, etcétera. Ante un reclamo judicial promovido por un tercero, titular del supuesto mejor derecho sobre la cosa transmitida, el comprador cita de evicción al vendedor y este debe salir en defensa del adquirente. Sin embargo, la citación de evicción no constituye una demanda, porque en realidad es simplemente un aviso que se formula al citado a fin de que si lo desea tome intervención en el proceso. La incomparecencia no autoriza a constituirlo en parte ni a declararlo en rebeldía, pero la citación basta para someterlo a las consecuencias de una eventual sentencia condenatoria. En caso de que el adquirente fuere derrotado en el juicio, la obligación de indemnizar se extiende al vendedor. El enajenante responde por la evicción que sufre el comprador sin condicionamiento a la buena o mala fe de aquel. Es decir que se trata de una responsabilidad de carácter objetivo.

Podemos decir que, dentro del análisis de la Sección II -Partes, terceros y apoderados- Título I- Capacidad y representación, más precisamente en el art. 73 consideramos oportuno y valioso incorporar en el comentario a dicha norma las pautas de control para el análisis de la representatividad de las organizaciones de protección o defensa respecto de la clase o grupo plural individualizado, en garantía del debido proceso (art. 18, Constitución Nacional; art. 8, Convención Americana de Derechos Humanos), se hace necesaria la existencia de mecanismos que aseguren que quien va a actuar gestionando y hasta disponiendo de intereses que no le pertenecen, quien represente sus intereses sin tener mandato explícito para ello, sea un adecuado gestor de la clase y lo haga apropiadamente; es decir marcar los lineamientos que deberán seguir las parte intervinientes como así también el Juez o Jueza a la hora de analizar su legitimación, todo ello siguiendo los lineamientos desarrollados en el Programa Justicia 2020 -Nuevos procesos civiles en la Justicia Civil.-

En relación a la Justificación de personería (Art. 76) creemos que la posibilidad de otorgar a la parte un plazo de hasta diez (10) días para acreditar la documentación que invoca y justifique su personería debería prever la posibilidad de prorrogar dicho plazo en razón de existir dificultad o imposibilidad de cumplimentar con el mismo, por única vez en el proceso y bajo debida justificación que amerite la prórroga.-

En referencia a la obligatoriedad de la asistencia letrada durante el proceso, la cual tiene como finalidad lograr una igualdad real de ambas partes del litigio y una adecuada defensa de sus derechos. El patrocinio jurídico gratuito se encuentra en concordancia con el proyecto de justicia a nivel nacional implementado con la creación de los Centros de Acceso a Justicia (CAJs) oficinas del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, distribuidas en todo el territorio nacional, que proveen servicios de atención legal, primaria e integral a poblaciones en situación de vulnerabilidad.

Estos Centros buscan reducir barreras para acceder a los servicios de justicia, ofreciendo servicios preventivos y tempranos, orientados a resolver problemas socio-legales de la vida cotidiana. Así mismo, también se visualiza una correlación entre el derecho a la asistencia letrada facilitada por el Estado y lo establecido en la Convención americana sobre Derechos Humanos. Para ello, nótese el art. 8 inciso d) del cuerpo legal mencionado que de una lectura desprevenida y errónea se podría conducir a la conclusión de que en su ámbito material y personal de aplicación, hace referencia únicamente a los procesos penales con exclusión de los demás fueros, siendo que en realidad tiene un ámbito de aplicación amplio, según lo expresado y confirmado en forma constante y reiterada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, manifestando que el artículo anteriormente mencionado es aplicable, en cuanto sea compatible, a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Por lo expuesto, el inciso d) y e) que refieren al derecho del particular de ser asistido personalmente o por un defensor proporcionado por el Estado, resultaría análogo con la legislación de forma que nos encontramos analizando. En lo referido al contenido del artículo 97 del cuerpo normativo analizado, encontramos una adecuación con lo prescripto en la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual en su artículo 12 reza que los Estado partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniendo en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. Con tal fin, se brindará al niño, la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de un representante u órgano apropiado.

Por otra parte, en lo que respecta al último párrafo del artículo precitado, que alude que las personas con capacidad restringida o incapaces deben intervenir en el proceso con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios propios, se encuentra íntimamente relacionado con el art. 13 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad el cual establece que las personas con discapacidad deben tener asegurado el acceso a la justicia en igualdad de condiciones que las demás, donde el Estado deberá velar por el efectivo cumplimiento de dicho derecho debiendo, en caso de ser necesario ajustar los procedimientos judiciales y capacitar a la administración de Justicia.

Los Códigos procesales modernos, como el de Uruguay, regulan sobre la necesidad de que las partes y sus abogados actúen durante el desarrollo del proceso de buena fe y presten colaboración

en el esclarecimiento de la verdad. En Alemania, por ejemplo, rigen principios de colaboración, respeto y buena fe, como regla. Las partes y sus letrados no pueden afirmar hechos falsos, pues incurrirían en fraude procesal y serían consecuentemente sancionados. El actual Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en su art. 45, faculta al juez a aplicar una sanción a la parte o a su letrado, o a ambos conjuntamente, cuando exista temeridad o malicia procesal. Sin embargo esta norma no tuvo, por varias razones, el efecto esperado, entre ellas, la falta de aplicación de la misma cuando se dan los presupuestos previstos por la norma para castigar tales inconductas. Sería en vano una reforma procesal en este sentido si todos los sujetos procesales no modifican su conducta, teniendo como norte el principio de moralidad.

Por su parte, las Bases para la reforma procesal civil y comercial elaboradas en el Ministerio de Justicia de la Nación enuncian los principios procesales de buena fe, de prevención y sanción procesal y el de colaboración. El proceso civil debe ser considerado como una obra en común cuyo resultado (la asignación adecuada de lo debatido) exige la colaboración de ambas partes y también, eventualmente, la de otros sujetos compelidos legalmente a prestar su asistencia para la consecución del mencionado logro.

Sobre los Ministerios Públicos¹⁰⁷, tienen como misión la defensa y protección de los derechos humanos, dentro del ámbito de su específica competencia. A tal fin garantizan, a través de la asistencia técnico jurídica, el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. De igual forma asume la defensa de las personas imputadas en causa penal, contravencional o de naturaleza sancionatoria, y de las que estuviesen detenidas y/o condenadas, en los casos y bajo los recaudos de las leyes. Ejerce sus funciones con arreglo a los principios de legalidad, imparcialidad, unidad de actuación y dependencia jerárquica, en tanto sean compatibles con la misión atribuida.

Se postula la colaboración procesal; el proceso civil debe ser considerado como una obra en común cuyo resultado (la asignación adecuada de lo debatido) exige la colaboración de ambas

¹⁰⁷ Título II

Ministerios públicos

Art. 106. Legitimación. El Ministerio de la Defensa Pública y el Ministerio Público Fiscal actuarán en la protección del orden jurídico, los derechos humanos, del régimen democrático y de los intereses y derechos colectivos e individuales indisponibles, con plena legitimación procesal extraordinaria. Ejercerá el derecho de acción de conformidad con sus atribuciones constitucionales y legales, a fin de realizar los mandatos y cometidos institucionales, políticos y sociales que las Leyes V No 90 y V No 94 le atribuyen.

Art. 107. Control y fiscalización. Los Ministerios Públicos serán citados para intervenir en resguardo del orden jurídico en las hipótesis previstas en la Constitución, leyes y en los procesos que impliquen:

- a) El interés público o social.
- b) Litigios colectivos estructurales.
- c) El interés de las personas con capacidad restringida.

En estos casos se les dará vista de lo actuado después de las partes, y deberán ser notificados de las audiencias, decisiones y recursos que se interpongan.

partes y también, eventualmente, la de otros sujetos compelidos legalmente a prestar su asistencia para la consecución del mencionado logro.

Título IV Amigos de Tribunal – ARTS. 109 a 117

Comentario sobre el anteproyecto de Código General del Proceso de Chubut

María Victoria Mosmann - Leandro A. Ardoy

Amicus

Como infinidad de cosas en el anteproyecto, lo primero que se debe destacar es la recepción, en forma expresa del instituto.

Los *amicus curiae*, no sólo permiten la intervención de la ciudadanía y de organizaciones es cuestiones que, por su relevancia, exceden el “simple” interés de las partes, sino que además, son herramientas de legitimación, de aproximación a formas deliberativas de la democracia. Al mismo tiempo, habilitan que, para la resolución de ciertos casos, se escuchen voces que pueden aportar otra perspectiva, otra visión del conflicto que pretende ser solucionado.

Por ello, al momento de la elevación del estándar en lo que hace al “*deber de motivación calificado*” (art. 432), en materia de procesos colectivos, es particularmente importante que se “obligue” al magistrado a tomar en consideración lo argumentado por quienes hayan intervenido en calidad de *amicus*. La referencia no es gratuita, ya que luego de la recepción del instituto mediante acordadas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁰⁸, procedió a su utilización, mas no a analizar y a aplicar, al menos en forma expresa, cuanto pudo llegar a extraer de los mismos. De esa forma, se utilizó el instituto en forma falaz.

Resulta interesante también su implementación en lo que hace a las transacciones en el marco de acciones colectivas (art. 523). El punto es de singular importancia, fundamentalmente si al mismo se llega en los primeros momentos del proceso, ya aquí el acuerdo constituye una suerte de “caja negra”, inaccesible para los particulares. Piénsese en el análisis a realizar, en el marco de una saludable audiencia pública, sobre la razonabilidad del acuerdo a la luz de las posibilidades de éxito de la pretensión, o sobre las dificultades probatorias del caso.

Por motivos similares, creemos que es muy importante la regulación de los *amicus* en el contexto de las acciones de inconstitucionalidad, prevista en los arts. 728 y ss. (específicamente,

¹⁰⁸ Acordadas N° 28/2004 y 7/2013. En el mismo sentido la Acordada N° 3/2012 de la Cámara Federal de Casación Penal y N° 85/2007 de la Cámara Nacional Electoral.

en el art. 730). En este caso, porque por su relación directa con el art. 175 puede significar la abrogación de la norma en cuestión, patentizando la tensión entre democracia y constitución¹⁰⁹.

Ha quedado fuera del anteproyecto, evidentemente, la cuestión relativa a la conveniencia (y regulación) de un registro de *amicus*, o qué requisitos deben satisfacer quienes pretendan presentarse en tal carácter en algún proceso.

Título V Jurados populares - ARTS 118 a 119

Comentario sobre el anteproyecto de Código General del Proceso de Chubut

Leandro A. Ardoy

Juicio por Jurados

En primer lugar, lo que ha de destacarse, es que se regule la utilización jurados para casos que no sean penales. Esta amplitud, ha sido reiteradamente incentivada por juristas como Roberto Gargarella, como una forma de permitir la intervención de la ciudadanía en la toma de decisiones (v. gr. <https://seminariogargarella.blogspot.com/2015/03/el-primer-veredicto.html>).

Los trabajos de María Inés Bergoglio (Subiendo al Estrado. Ed. Advocatus), desde la cátedra de Sociología Jurídica de la Universidad Nacional de Córdoba, o de Oscar Chase (Derecho, cultura y ritual. Ed. Marcia Pons), son claros en sus conclusiones para afirmar el enriquecimiento en términos de cultura cívica y republicana no sólo para los ciudadanos que participan de un juicio esta índole, sino también para sus seres cercanos¹¹⁰.

Ahora bien, lo que no queda en claro en el anteproyecto, es cuándo corresponde el juzgamiento previendo la intervención de jurados legos.

a) El primer inciso del art. n° 118 dice que procederá en casos de “*Conflictos colectivos referidos a cuestiones de relevancia social, económica o política*”, sin que al mismo tiempo brindar ninguna pauta relativa a cuándo estamos a un caso que satisfaga esos estándares de relevancia¹¹¹.

En el caso del recurso extraordinario por salto de instancia (arts. 257 bis y 257 ter), se ensaya algún tipo pauta, relacionándolo con el requisito de la denominada gravedad institucional.

¹⁰⁹ Algunos de estos puntos los exploramos en el trabajo titulado “Algunas cuestiones acerca del recurso de inaplicabilidad de la ley”. En Midón, Marcelo (coordinador), Libro homenaje a Adolfo Rivas. Tomo II. Rubinzal-Culzoni editores. 2013. Págs. 571-604.

¹¹⁰ En términos utilitarios, la conveniencia puede provenir tanto de la mano del reconocimiento de la dificultad de juzgar (“¡qué difícil es ser juez!), como del proceso de recuperación de legitimidad por parte del poder judicial en su conjunto.

¹¹¹ Pueden ser de provecho los aportes de Leandro Giannini, vertidos en su trabajo “El requisito de trascendencia en el recurso extraordinario”.

La preocupación, sin desconocer la textura abierta de las expresiones reseñadas (“gravedad institucional”, “trascendencia”, etc.) deriva de evitar, en la medida de lo posible, la discrecionalidad y la manipulación política en cuestiones que pueden repercutir hondamente en la vida pública.

b) El segundo inciso, establece que también lo será en casos que se discuta la “Constitucionalidad o convencionalidad de leyes, reglamentos o cualquier tipo de norma general, supuesto en el que será presidido por el Tribunal competente que corresponda”.

Indudablemente, la recepción abierta, expresa del control de convencionalidad, constituye, nuevamente, un avance sustancial. Al mismo tiempo que implica una advertencia para todos los magistrados en relación a que tengan en cuenta las pautas que de la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos se derivan.

Lo que no queda en claro si esta cláusula tiene como objeto las acciones de inconstitucionalidad previstas en el art. 179 inc. 1° de la carta magna local, o a toda otra cuestión de constitucionalidad que pueda plantearse en el marco de un proceso (por vía incidental, excepción, relativas a cuestiones de derecho de fondo -código civil y comercial, legislación laboral-, etc.).

Pareciera referirse a la primera posibilidad, cuyo proceso se encuentra regulado en los arts. 728 y siguientes. De ser así, sería conveniente que se lo establezca en forma expresa, en uno u otro apartado (o en ambos, a riesgo de resultar redundante).

c) Mientras que el tercer inciso, regula su utilización en casos de “Enjuiciamiento por responsabilidad civil o disciplinaria derivada del ejercicio de sus funciones, de magistrados y cualquier otro funcionario público de cualquier departamento de Estado”.

Creo que en este punto también debiera precisarse los alcances de la cláusula. Así por ejemplo, ¿la responsabilidad disciplinaria alcanza la faz administrativa, los procesos de destitución -enjuiciamientos políticos-?

Hasta el momento, no tenemos demasiado en claro cuándo un error judicial, por ejemplo, tiene tal magnitud que pueda dar lugar a una reclamación por parte de quien se siente damnificado por determinada decisión. Quizás la intervención de ciudadanos comunes pueda contribuir al efecto. Bienvenido sea.

ARTS. 120 A 154 - SALTA

Comentarios al Anteproyecto de Código General de Procesos de Chubut:

Libro Tercero: Actos procesales.

Sección I: Reglas generales.

Títulos I y II.

___ Título I “Actuación” –

___ Capítulo I “Disposiciones varias”. Artículos 120 a 131:

A.- Oralidad -art. 120-:

Partiendo de las bases del código modelo de Iberoamérica, bajo el subtítulo “El problema de lentitud de los procesos y sus soluciones”, se enumeró en el punto dos a la oralidad¹¹² como uno de los principales puntos para el desarrollo del proceso¹¹³.

La Oralidad está plasmada en las continuas y vigentes reformas procesales tanto a nivel internacional como nacional¹¹⁴, y ha sido la forma elegida como principio rector por la mayoría de los procesalistas iberoamericanos sin ninguna discrepancia¹¹⁵, bajo un sistema mixto con la escritura, la cual tiene sus beneficios y virtudes¹¹⁶.

Reconociendo el desarrollo de este principio, debemos afirmar que debe ser considerada como un punto clave para arrancar al proceso de su estancamiento y del tradicionalismo exagerado procurando encaminarlo hacia una ‘puesta al día’ con las necesidades actuales y las inmediatas que se avizoran¹¹⁷ y de la misma forma el medio de comunicación que mejor cristalice y salvaguarde los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad¹¹⁸.

¹¹² Debe procurarse la implantación del proceso oral como la solución más eficaz contra la excesiva duración del proceso penal, civil o laboral.

<http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4226/CodigoProcesalCivilparaIberoamerica.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹¹³ “Esta actuación, relativamente contemporánea, por la reunión de quienes protagonizan el proceso, permite el intercambio, la ratificación y la más fácil descripción (y comprensión) del pasado, que importa y es trascendente, con las narraciones, muchas veces complementarias a través de pedidos de aclaraciones), aun con las ineludibles contradicciones”. Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.

<http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4226/CodigoProcesalCivilparaIberoamerica.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹¹⁴ A nivel internacional podemos citar a las últimas reformas de México (Código del Distrito Federal) y de España de 1985 y 1984, Código Procesal de Uruguay, el Código Procesal de Chile, Código Procesal Brasileño del año 2015, la Nueva Ley de trabajo procesal de Perú, son algunos ejemplos de reforma. A nivel nacional el Código Procesal Penal es un gran ejemplo de oralidad en el sistema penal, en material Civil el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, como en de la Provincia de Córdoba.

¹¹⁵ Posee una amplia bibliografía, con un extenso y profundo análisis por los procesalistas. Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.

<http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4226/CodigoProcesalCivilparaIberoamerica.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹¹⁶ <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4226/CodigoProcesalCivilparaIberoamerica.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹¹⁷ Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.
<http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4226/CodigoProcesalCivilparaIberoamerica.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹¹⁸ En las Reglas de Brasilia, bajo el título Celebración de actos judiciales se describe de manera amplia el deber de información que se le debe brindar al justiciable, si bien el capítulo no habla específicamente de la oralidad, se entiende que la concertación y el suministro de la información debe ser mediante la oralidad, resaltándose la utilización de las nuevas tecnologías para posibilitar la adaptación a la concreta situación de vulnerabilidad.
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

Por ello, el artículo 120 que inicia este título, direccionando los actos procesales, de conformidad con los principios enunciados en el título preliminar y el espíritu en el que se da el presente proyecto con distintos tipos de audiencias y bajo un modelo despapelizado, actúa en consonancia con las legislaciones comparadas y con la actual doctrina procesalista¹¹⁹.

No obstante, agrega la norma del art. 120, que la actuación judicial, oral, deberá realizarse, comunicarse y relacionarse a través de medios digitales, electrónicos, telemáticos u otros por las nuevas tecnologías. La utilización de nuevas tecnologías siguen los lineamientos elaborados por la Justicia 2020, ya que si la disponibilidad de medios varía, es razonable que los procesos de trabajo también lo hagan¹²⁰.

B. Implementación de tecnología en la gestión del proceso.

El Anteproyecto de Código General de Procesos de la Provincia de Chubut consagra la implementación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación a los fines de la gestión del trámite del proceso, procurando la configuración de un verdadero proceso electrónico instrumentado un expediente digital.

La utilización de las nuevas tecnologías está orientada a lograr una mayor eficacia procesal, permitiendo de esta manera reducir la morosidad judicial para satisfacer las necesidades de la población en forma más ágil y eficiente¹²¹. Se busca “despapelizar” a la justicia, agilizar los trámites y facilitar el acceso remoto a las fuentes de información, lo cual a su vez permite ampliar el ámbito temporal del funcionamiento del servicio de justicia, poniéndolo a disposición del justiciable en el momento que lo necesita.

Se trata de una propuesta que viene siendo sostenida desde hace ya bastante tiempo. La implementación de las nuevas tecnologías desde la profesión comenzó a tomar impulso hace más de 10 años¹²², pero en la gestión del proceso se instrumentó a través de modificaciones parciales introducidas a instancia de los Superiores Tribunales de Justicia (tanto a nivel nacional como en las provincias).

¹¹⁹ Podemos afirmar también que la oralidad cristaliza la intermediación: la actividad procesal en el proceso de conocimiento se desarrollara mediante audiencias, en las que la participación del juez es un requisito ineludible y se registrarán en un soporte audiovisual, eliminando la necesidad de actas narradas escritas que tanto tiempo insumen para elaborarse” Bases para la Reforma. Nuevos procesos civiles. Justicia Civil en Justicia 2020. EUDEBA

¹²⁰ Nueva Gestión Judicial. Oralidad en los Procesos Civiles. Justicia 2020. EUDEBA. PAG 20.

¹²¹ ALAVILA, BENAVIDEZ, MOLINA, Dirección: MOSMANN, María Victoria “Expediente electrónico: propuesta de reforma parcial al Código Procesal Civil y comercial de la Salta para su efectiva implementación.” Revista Integración N° 6, noviembre de 2016, Salta, Pág. 47. “Partiendo, principalmente, del reconocimiento de que la morosidad judicial es uno de los puntos más críticos que debe analizarse a la hora de pensar en la mejora del sistema...”

¹²² Un altísimo porcentaje de usuarios del sistema de justicia han naturalizado su uso habiéndose modificado la forma de trabajo “Mercado jurídico argentino: predominan los microestudios y la tecnología es imprescindible para ejercer la profesión” Por ECHAZU, María Belén Encuesta para Thompson Reuters “el 99% de los estudios jurídicos considera que la tecnología “les ayuda a su profesión” y sólo un 10% “no se apoya en herramientas o tecnología para trabajar” http://images.engage.es-pt.thomsonreuters.com/Web/LALEYSAEIMPRESORA/%7B7f4eb3b0-d49d-47d1-87bf-dddd8dc90ae9%7D_Mercado_Jur%c3%addico_Argentino.pdf?utm_campaign=EMK_CM_AR_LegalTech_PosEven_to_Acao2_Artigo_18900&utm_medium=email&utm_source=Eloqua.

No obstante, tales iniciativas no siempre fueron acompañadas por reformas en la legislación procesal que regulen de manera sistemática la cuestión para aprovechar de una mejor manera las evidentes ventajas de un proceso electrónico en su conjunto.

En este sentido, la regulación propuesta por el Anteproyecto resulta positiva en cuanto consagra normas generales sobre actuaciones judiciales digitales. En efecto, el art. 120 estableció que “Toda actuación judicial deberá ser oral y realizarse, comunicarse y almacenarse a través de medios digitales, electrónicos, informáticos, telemáticos u otros producidos por la tecnología, en el registro electrónico del caso y organizados en los sistemas de gestión del caso judicial, salvo aquellas que expresa y excepcionalmente este Código disponga lo contrario. Las excepciones serán de interpretación restrictiva”.

De esta manera se pretende instrumentar el proceso en un expediente digital que el Anteproyecto denomina “registro electrónico del caso”. Según el art. 124 “Las actuaciones judiciales se realizan en formato digital, se sistematizan en unidades de información por caso denominadas registro electrónico del caso. El registro electrónico del caso es gestionado mediante sistemas de administración de trámites informatizados, estos aseguran la accesibilidad, consistencia, inalterabilidad, condiciones de validez y ciclo de vida de los datos, como así el secreto y/o la confidencialidad cuando corresponda”.

Asimismo, el citado art. 124 consagra como principio general que “Las constancias de la actividad procesal realizadas mediante el uso de los sistemas de gestión informatizada, se presumen válidas y su autoría es proporcionada mediante el uso de tecnologías de la información”, previsión que resulta sumamente adecuada a los fines de evitar planteos de nulidades que atenten contra el correcto funcionamiento del proceso electrónico propuesto.

Por otro lado, siguiendo la misma línea, el art. 121 se refiere a la documentación digitalizada, estableciendo que “A las peticiones y demás actos de impulso procesal que se realicen electrónicamente se acompañarán digitalizados los documentos de diversa procedencia, estructura y formatos, textos, sonido e imágenes”. Se advierte la amplitud que el Anteproyecto asigna al concepto de “documentación digital”.

A su vez, el mismo artículo aclara que “Aquellos cuya digitalización sea inviable por su gran volumen o por su ilegibilidad, deberán ser presentados físicamente en la Oficina Judicial durante el día siguiente al envío de la presentación electrónica”. De esta manera, junto al “registro electrónico del caso” se prevé la existencia de un “registro físico”, regulado en los artículos 155 y subsiguientes.

En cuanto al suministro de información, el art. 130 consagra nuevamente la amplitud de medios a utilizar, al disponer que “Para la expedición de documentos agregados que consten en formato papel, comunicaciones, envío o suministro de información digital del caso, se utilizarán todos los medios técnicos disponibles y existentes. Se preferirán aquellos electrónicos que sean más ágiles, idóneos y económicos para los sujetos que los requieran. Idéntico criterio se aplica cuando sean periodistas, abogados, investigadores, estudiantes o cualquier persona que no sea un

sujeto procesal interviniente en la causa la que solicite información judicial. Si el sujeto requirente acredita la necesidad de constancia escrita, la Oficina Judicial lo verificará y en su caso la entregará al solicitante. En supuesto de sujetos de tutela constitucional preferente o personas que litiguen en defensa de bienes de similar naturaleza, la expedición será gratuita”.

El Anteproyecto regula en el art. 128 sobre firma digital, estableciendo que “Los Magistrados, Funcionarios y Empleados judiciales deberán usar en todas sus actuaciones electrónicas firma digital, de conformidad con el reglamento que expida el Superior Tribunal de Justicia”, dejando expresamente aclarado que “La presente norma no excluye ni invalida la firma ológrafa”.

De esta manera se aprecia que el Anteproyecto se enrola en la línea seguida por los diversos procesos de reforma a la justicia civil que han fijado como objetivo la incorporación de las nuevas tecnologías en la gestión del proceso, con distinto grado de intensidad y bajo modalidades diferentes.

En nuestro país merece destacarse la experiencia de la Provincia de San Luis, que viene desarrollando diversas acciones para “despapelizar” el proceso, llegando a configurar un servicio de justicia sustentado en el expediente electrónico, firmado digitalmente y sin respaldo en papel¹²³.

En el mismo sentido, se advierte que el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que prevé la vigencia del expediente electrónico, imponiendo la digitalización de todas las presentaciones que realicen las partes, sus abogados y las actuaciones judiciales (art. 83).

Sin embargo, cabe señalar que la aplicación de la tecnología en las organizaciones judiciales no asegura de manera automática la eficiencia de la prestación del servicio de justicia. Las herramientas tecnológicas que permiten la digitalización de los actos procesales deben necesariamente complementarse con nuevas formas de gestión organizacional.

Se trata de reorganizar las oficinas judiciales y utilizar todas las herramientas que la tecnología nos brinda no para reflejar un proceso obsoleto en un formato digital, sino para modernizar, en beneficio de la sociedad, el servicio de justicia que brindamos¹²⁴.

En este punto el Anteproyecto elaborado para la Provincia de Chubut también contiene aspectos positivos, al encomendar las cuestiones operativas del registro electrónico del caso a la Oficina de Gestión Judicial, en forma conjunta con el área de informática, reservando a los jueces las funciones estrictamente jurisdiccionales (arts. 50, 51 y 124).

¹²³ BOIERO, Ana María, “Expediente digital e incorporación de tecnologías a la administración de justicia. El caso San Luis”, publicado en “Tecnología y oralidad civil. El caso de San Luis”, disponible en: www.saij.gob.ar

¹²⁴ UCCELLO DE MELINO, María Claudia, “De la justicia cosida a mano al expediente digital”, publicado en “Tecnología y oralidad civil. El caso de San Luis”, disponible en: www.saij.gob.ar.

Luego de haber mencionado los aspectos positivos del Anteproyecto, resulta oportuno señalar algunas cuestiones que podrían ser objeto de una eventual revisión, para dotar al sistema procesal propuesto de una mayor efectividad.

Al respecto, cabe decir que se aprecia una deficiente técnica legislativa que atenta contra la sistematicidad de la regulación propuesta.

En primer lugar, se advierte una reiteración de conceptos en distintas partes de su articulado. En efecto, el art. 124 pareciera reproducir el mismo principio consagrado por el art. 120. Por otro lado, el “registro electrónico del caso” (art. 124) posee una regulación específica en el Título III (arts. 155 y ss.), título que además regula sobre el “registro físico del caso”, que no es mencionado en el art. 121 cuando trata sobre la documentación cuya digitalización resulta inviable.

Finalmente, cabe señalar que el art. 120 establece que “toda actuación judicial deberá ser oral”, obligatoriedad que apunta a un principio orientador o una preferencia de forma, pero que no se condice con las normas que regulan implícitamente sobre actuaciones judiciales escritas a lo largo del articulado del Anteproyecto, en especial el art. 121 que se refiere a “las peticiones y demás actos de impulso procesal” y la documentación que se acompaña con las mismas.

De esta manera se omite regular de manera genérica sobre actos procesales instrumentados en forma escrita que resultan plenamente compatibles con la utilización de medios electrónicos.

En este sentido resulta pertinente señalar que el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial contiene una regulación sobre presentaciones escritas, exigiendo que las mismas sean electrónicas (art. 83 y ss.).

C. Lenguaje –Art.126 y 127-:

Se procede al análisis de estos dos artículos en forma diferenciada de los referidos al uso de tecnología, ya que se aborda un tema que atraviesa el proceso transversalmente como es el uso del lenguaje, pero que es independiente del punto anterior y por ello debiera de estar sistematizado en forma separada.

La normativa mencionada recepta una nueva tendencia en lo que respecta al lenguaje claro en el derecho, constituyéndose así en referente a nivel nacional¹²⁵ y, por qué no, a nivel regional, teniendo en cuenta que los países vecinos del Uruguay y Brasil no han regulado la temática en forma directa.

Actualmente existen diversas iniciativas, tanto nacionales como internacionales, orientadas al campo del “lenguaje fácil”, especialmente para el derecho¹²⁶. Es que,

¹²⁵ En argentina se observa una tenue recepción en el ámbito nacional y provincial, tanto desde el plano normativo como jurisprudencial.

¹²⁶ FALCON, Enrique “La comunicación Efectiva”, en “Revista de Derecho Procesal. La oralidad en el proceso. 2019-1” págs. 31-32. Ed. Rubinzal-Culzoni.

indudablemente, el lenguaje actúa como primera barrera para el acceso del ciudadano al sistema judicial. Es por eso que dichas iniciativas tienen como objetivo lograr la “refocalización” del lenguaje como elemento estructurante primordial del sistema de administración de justicia.¹²⁷

Se trata del reconocimiento de las partes como los principales destinatarios de las decisiones o comunicaciones judiciales y, en consecuencia, del derecho que les asiste a comprender las razones de las decisiones tomadas por el poder judicial. Sobre esta base, surge -cada vez con más fuerza- el derecho a comprender el lenguaje jurídico como un derecho fundamental autónomo, que se justifica a partir de otros derechos fundamentales (debido proceso legal, tutela judicial efectiva, acceso a la justicia).¹²⁸

Asimismo, del derecho a comprender el lenguaje se deriva el principio de adecuación o adaptabilidad del lenguaje judicial, lo que determina la obligatoriedad- para los operadores- de realizar las acciones y esfuerzos explicativos para garantizar la adaptación razonable de las comunicaciones y decisiones judiciales, de acuerdo a los destinatarios. Este deber de adaptación, se extrema cuando el conflicto a resolver involucra a sujetos en estado de vulnerabilidad o grupos desventajados (personas incapaces, con capacidad restringida, niños, niñas y adolescentes).¹²⁹

El programa de justicia 2020 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, por su parte, en las “Bases Para la Reforma Procesal Civil y Comercial”¹³⁰ sostiene que éstas están destinadas al conjunto de la sociedad civil y no exclusivamente a operadores jurídicos, por lo que se ha procurado utilizar un lenguaje que -dentro de lo técnico y especializado de la temática- pueda ser fácilmente comprendido; y que para ello se empleará una terminología accesible y se evitarán tecnicismos y referencias bibliográficas. Sin embargo, no incluye principios ni pautas específicas que reconozcan el derecho a comprender el lenguaje jurídico.¹³¹

Por otro lado, el “Anteproyecto del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”,¹³² al regular el “proceso de determinación de la capacidad jurídica” pone en cabeza del juez el deber de garantizar la accesibilidad y los ajustes de procedimiento que en cada situación se requiera para la comprensión de los actos en la audiencia.¹³³ Incluye además, en su art. 497, disposiciones

¹²⁷ TAU, Matías R. “Oralidad y Lenguaje Judicial Claro: Garantía elemental del debido proceso” en “Revista de Derecho Procesal. La oralidad en el proceso. 2019-1” pg. 57. Ed. Rubinzal-Culzoni.

¹²⁸ Ídem, pg. 64.

¹²⁹ Ídem, pg. 70.

¹³⁰ Publicado el 18-5-17.

¹³¹ TAU, Matías R. “Oralidad y Lenguaje Judicial Claro: Garantía elemental del debido proceso” en “Revista de Derecho Procesal. La oralidad en el proceso. 2019-1” pg. 74. Ed. Rubinzal-Culzoni.

¹³² Presentado el 1º de julio de 2019 al Ministro de Justicia y Derechos Humanos por la Comisión Redactora designada por RESik-2017-496-APN-MJ y RESOL-2017-829-APN-MJ.

¹³³ Art. 488.- Audiencia. *El juez convocará a una audiencia, a la que debe concurrir el Ministerio Público y la persona en cuyo beneficio se realiza el proceso, con asistencia letrada. Si carece de abogado, se le designará un defensor oficial. Si no puede trasladarse a la sede del juzgado, el juez y el Ministerio Público concurrirán al lugar donde la persona se encuentre, la que estará siempre asistida por su abogado. En todas las audiencias el juez garantizará la accesibilidad y los ajustes de procedimiento que en cada situación se requiera para la comprensión de los actos.*

relativas a la notificación de la sentencia que declare la incapacidad o la restrinja.¹³⁴ Más allá de estos casos, el anteproyecto nacional sólo regula el lenguaje claro de modo indirecto, y sin dar pautas específicas, haciendo referencia a la tutela judicial efectiva (art. 1), la adaptabilidad de las formas procesales (art. 9) y el derecho al acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva (art. 13).

Volviendo al proyecto de la Provincia de Chubut, el mismo resulta innovador, por cuanto incluye -entre sus principios y reglas fundamentales- la *máxima accesibilidad comunicacional*¹³⁵, receptando el derecho de las partes y la sociedad en general a comprender el lenguaje jurídico, como condición esencial para el ejercicio de sus derechos.

De este modo, el artículo 127, en sintonía con el principio referido, y a los fines de asegurar su vigencia, destaca la importancia de la claridad del lenguaje, tanto escrito como verbal. Es que la implementación de la oralidad basada en avances tecnológicos, un rediseño en la planificación y administración del juzgado no resulta suficiente a los fines de garantizar una máxima accesibilidad comunicacional.¹³⁶

Como puede verse, esta disposición no está destinada -únicamente- a las personas vulnerables, sino que también comprende a las partes en general y a los ciudadanos; instando además a los operadores jurídicos a contribuir, efectuando presentaciones “breves, simple y concisas”, más allá del deber de colaboración genérico que les compete.

Asimismo, el artículo mencionado -en su última parte- acentúa este deber en los conflictos en los que se encuentran involucrados sujetos de tutela preferente (personas discapacitadas, con capacidad restringida, o niños, niñas y adolescentes), sujetando la validez de las actuaciones al cumplimiento de lo prescripto en el primer párrafo.

Esta disposición se refuerza con el principio de igualdad, mencionado también entre los principios y reglas fundamentales del proyecto (Pto. IX), que prescribe, para el caso de sujetos o bienes de tutela constitucional y convencional preferente, un deber calificado del juez o jueza de garantizar condiciones de accesibilidad, adecuación, especialidad y seguridad en la participación igualitaria. A ello debe adicionarse que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,¹³⁷ con jerarquía constitucional en nuestro país, incluyó el lenguaje sencillo como una forma de accesibilidad.

¹³⁴ Art. 497.- Notificación de la sentencia. *Cuando la sentencia declare la incapacidad de la persona o la restrinja, será notificada por el abogado defensor en forma personal al interesado. A tal fin empleará un lenguaje que garantice la accesibilidad a la información. Podrá encomendarse esa notificación también a uno de los miembros del Equipo Interdisciplinario del juzgado. Se informará en esa ocasión de la posibilidad de su revisión o cese.*

¹³⁵ Pto. XVII del título preliminar.

¹³⁶ TAU, Matías R. “Oralidad y Lenguaje Judicial Claro: Garantía elemental del debido proceso” en “Revista de Derecho Procesal. La oralidad en el proceso. 2019-1”, Pg. 56. Ed. Rubinzal-Culzoni.

¹³⁷ Convención que fue ratificada por nuestro país en el año 2008, otorgándosele jerarquía constitucional en el año 2014.

No obstante, las virtudes de la normativa en análisis, sería conveniente incluir directivas concretas respecto de la claridad y simplicidad del lenguaje que debe imperar en las sentencias o - al menos- en una parte de ellas, que opere como una suerte de “traducción”-para el justiciable- de lo resuelto. Resultaría interesante, además, regular el deber de notificar las distintas resoluciones y disposiciones de modo tal que sea de fácil comprensión, teniendo siempre en cuenta al destinatario de dicha notificación. Ello contribuirá, sin duda, al acercamiento del ciudadano a la justicia.

La disposición analizada precedentemente se complementa con el art. 126. Este último regula, especialmente, la situación de las comunidades originarias, tomando como pautas al pluralismo y la accesibilidad. No sólo hace referencia a la necesidad de contar con un intérprete o persona conocedora de su lengua, sino también a la intervención en el proceso de los servidores judiciales que dominan las lenguas de esos pueblos.

Asimismo, al final del tercer párrafo, se regula el caso de las personas sordas o mudas, a quienes también debe nombrárseles un intérprete. Si bien no es objetable esta disposición, si merecería un párrafo independiente; ya que el tercer párrafo inicia con la expresión “en dicho caso”, en clara referencia a los conflictos que involucran personas pertenecientes a pueblos originarios. De este modo, la última oración-referida a las personas sordas o mudas- se encuentra allí relegada a un segundo plano.

Finalmente, pone en cabeza de la oficina judicial el deber de adecuación (la obligación de prever y adoptar todos los mecanismos, medios y formas alternativas de comunicación que permitan la inclusión de las personas mencionadas). Consideramos acertada esta expresión abierta, dándole la posibilidad- a la oficina judicial- de analizar, en el caso concreto, el medio adecuado para asegurar la accesibilidad y eliminar o reducir al máximo las barreras comunicacionales.

__ Capítulo II. “Domicilio”. Arts. 132 a 134:

La ubicación de las disposiciones sobre del domicilio en el articulado del código resulta correcta, ya que se inserta en la parte general que resulta común a todos los procedimientos regulados. Ello implica que se trata de una regla general cuyas excepciones deben contemplarse en la regulación específica para la que dicha excepción aplique.

El capítulo contiene tres artículos, de la lectura de ellos no se desprende una regulación metodológicamente ordenada del tema, resultando la misma confusa. Metodológicamente resultaría adecuado que el orden de las cuestiones tratadas por el artículo consistiera en: 1) el establecimiento de la obligación; 2) el contenido de dicha obligación); (tipos de domicilio exigidos); 3) los sujetos obligados; 4) efectos de la obligación y 5) sanción frente al incumplimiento de la obligación.

Cabe destacar que el domicilio electrónico se constituye en el domicilio procesal por excelencia, en detrimento del domicilio procesal postal, cuya constitución carece de efectos propios, ni siquiera conservando efectos residuales.

A. El Domicilio -Art. 132-: Deber de constitución. Denuncia de datos de contacto¹³⁸.

i) El artículo se titula “*Deber de constitución. Denuncia de datos de contacto*”, no obstante, lo cual no se encuentra regulada la obligación de constituir domicilio, el artículo aborda directamente la clasificación de los domicilios sin regular la obligación de constituirlo. Si bien esta obligación surge implícita de lo dispuesto en el apartado que establece la sanción para la falta de constitución de domicilio electrónico, resultaría adecuado que se *exija* la denuncia del domicilio real y la constitución de domicilio procesal postal y electrónico, *en la primera actividad procesal, ya sea presentación escrita o en audiencia*”¹³⁹.

ii) El artículo refiere a tres tipos de domicilios exigidos real; constituido y constituido electrónico.¹⁴⁰ Esta clasificación no resulta adecuada, en tanto: en primer lugar debería referirse al domicilio real o legal, según corresponda si se trata de una persona humana o de persona jurídica). Y, en segundo lugar, debería diferenciar a éste del domicilio constituido, éste último en sus dos variantes: postal o físico y electrónico.

iii) la definición del domicilio electrónico resulta correcta en tanto remite a la reglamentación del Tribunal Superior, aportando flexibilidad a la misma.

Si bien el domicilio electrónico es asignado por la Oficina Judicial, consideramos que adecuado para que el mismo tenga efectos de domicilio procesal, el mismo debe ser constituido como tal en

¹³⁸ Domicilio Art. 132. Deber de constitución. Denuncia de datos de contacto. Los domicilios que la ley procesal exige para la intervención en un proceso judicial son el real, el constituido y el constituido electrónico. El domicilio electrónico a los fines del ordenamiento procesal es el espacio digital interactivo suficiente y unívocamente identificado, proporcionado por el Sistema de Administración de Justicia, gestionado por la Oficina de Gestión Judicial y reglamentado por el Superior Tribunal de Justicia. Todo sujeto que intervenga en un proceso, además de lo dispuesto precedentemente en relación a los domicilios debe denunciar casilla de correo personal y número de teléfono fijo o celular. La Oficina Judicial podrá acordar con todos los sujetos intervinientes en el proceso otras formas de comunicación electrónica y podrá utilizar los datos de contactos suministrados para procurar una inmediata comunicación de toda cuestión administrativa que se suscite en relación a la gestión de la causa y que deba resolverse o efectivizarse a fin de garantizar la tutela judicial. La obligación de tener un domicilio electrónico constituido alcanza a todos los sujetos que intervengan en el proceso, en cualquier calidad o condición. Incumplir el deber de denunciar el domicilio real o desconocer el electrónico constituido asignado tendrá como consecuencia la notificación automática de las decisiones de los magistrados, de lo que quedará registro electrónico en el sistema de gestión de casos. Se diligenciarán en el domicilio electrónico todas las notificaciones, salvo las que excepcionalmente deban realizarse al domicilio real.

¹³⁹ La denuncia del domicilio real y la constitución del domicilio procesal constituye una carga procesal la parte debe expresar una conducta voluntaria a efectos de optar por cumplir o no con aquélla; en el caso de no manifestar una conducta positiva, deberá atenerse a las consecuencias normativamente contempladas para tal supuesto. La exigencia de cumplir con esta carga se encuentra presente en la gran mayoría de los ordenamientos procesales: art. 40 CPCC de la Provincia de Buenos Aires; Art. 21 CPCCT de Mendoza; art 30 del Ateproyecto de Reforma del CPCC de Nación.

¹⁴⁰ Ello coincide a con el art. 40 del CPCC de la Provincia de Buenos ere al domicilio que legal, siendo éste el postal procesalmente constituido, al domicilio real, y a la casilla de correo electrónico, asignada oficialmente al letrado donde se le cursarán las notificaciones por cédula que no requieran soporte papel. El CPCCT de Mendoza exige la denuncia del domicilio real y la constitución del domicilio procesal electrónico, pero no contempla la constitución procesal de un domicilio postal o físico.

el expediente concreto. En ese sentido, el artículo 134 del proyecto, en su última parte, hace referencia al “*domicilio electrónico constituido*”¹⁴¹.

iv) se introduce la obligación de denunciar otros datos de contacto, si bien no se establecen sanciones para el caso de que ello no sea cumplimentado. Asimismo, en el apartado siguiente se contempla la posibilidad de que existan comunicaciones entre la Oficina Judicial y los sujetos del juicio a través de estos canales denunciados. Ello puede resultar confuso, por lo que resultaría adecuado dejar claramente establecido que no se trata del domicilio electrónico, y que las notificaciones que se realicen a través del mismo carecerán de efectos procesales.

vi) establece que la obligación de constituir domicilio electrónico alcanza a todos los sujetos intervinientes¹⁴².

v) este apartado establece las sanciones frente al incumplimiento de la obligación de denunciar el domicilio real y *desconocer el electrónico constituido asignado*. Esto último resulta confuso en tanto abre la posibilidad de que se desconozca un domicilio cuya asignación es realizada por medio de la Oficina Judicial y que además se encuentra denunciado en el expediente. En ese sentido, reiteramos la postura de que no debería bastar la mera asignación del domicilio electrónico por la Oficina Judicial, debiendo exigirse que el domicilio electrónico asignado sea constituido como domicilio procesal en cada una de las actuaciones¹⁴³.

¹⁴¹ La exigencia de constitución de domicilio electrónico en los autos concretos se encuentra contemplada en el CCCT de Mendoza y también el CPCC de la Provincia de Buenos Aires. En ambas jurisdicciones el domicilio electrónico es otorgado por instituciones oficiales, sin perjuicio de lo cual debe ser constituido como domicilio procesal en las actuaciones concretas. En este sentido se ha expresado que “Sin embargo, formular una asimilación semejante entre el casillero electrónico de un profesional con el domicilio constituido electrónico, sería tanto como afirmar que sería posible vincular inescindiblemente el domicilio del letrado que obra registrado en el padrón de abogados elaborado por el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires (22), con el domicilio procesal físico que el litigante al que asiste debe constituir en el marco de cada expediente del que tome calidad de parte. Empero, como es sabido, no existe normativa o reglamento que autorice a los organismos jurisdiccionales a obtener de tal base de datos —o listado de inscripción forzosa— la información que permita tener por constituido de oficio el domicilio procesal físico de las partes, ni es posible admitir que un litigante notifique a la contraria un acto procesal en el domicilio físico registrado de su letrado, a menos de que este hubiera sido expresamente constituido en un proceso judicial. (Niezzo, Andrés; Biello, Andrés: “La constitución de oficio del domicilio electrónico y su ineficacia Procesal en el proceso civil bonaerense” <http://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/3871-constitucion-oficio-del-domicilio-electronico-y-su-ineficacia-procesal>).

¹⁴² En esa es la solución adoptada por el art. 21 del CPCCT de Mendoza en cuanto establece que Los litigantes y quienes los representen y patrocinen, tienen el deber de “...constituir domicilio procesal electrónico”. Ello a diferencia de lo que sucede en la provincia de Buenos Aires, donde si bien el código procesal no contiene la exigencia de constituir un único domicilio electrónico, dicha obligación fue impuesta con posterioridad mediante el Reglamento para la notificación por medios electrónicos” actualmente en vigencia —aprobado por ac. 3845/17 SCBA, que es claro al disponer en su art. 3º que “Las partes tendrán que constituir su único domicilio electrónico en el de un letrado...”. Respecto a ello, consideramos que si bien resulta útil la denuncia de domicilio electrónico por todos los sujetos, debería exigirse la constitución de único domicilio electrónico por parte. Podrá establecerse que se tendrá por constituido como domicilio electrónico para cada parte el primero que se denuncie por la misma, independientemente de los que se enuncien con posterioridad atento al múltiple asesoramiento que podría recibir dicha parte.

¹⁴³ Tal como sucede en los ordenamientos procedimentales de la provincia de Buenos Aires y de Mendoza.

En cuanto a la sanción prevista, la misma consiste en la notificación automática de las decisiones judiciales, equiparando en este efecto la falta de denuncia de domicilio real y domicilio electrónico¹⁴⁴.

(vii) se establece como efecto de la constitución de domicilio electrónico que en el mismo se notificarán todas las todas las notificaciones, salvo las que excepcionalmente deban realizarse al domicilio real, estableciéndolo como domicilio principal, otorgando efectos residuales al domicilio real. De ello surge asimismo que el domicilio procesal postal carece de efectos¹⁴⁵.

Refiriendo ahora al art 133¹⁴⁶ que prevé la intervención de múltiples asesoramientos, y establece que la notificación electrónica cumplirá efecto a partir del primero que se notifique, se remite a lo referido previamente, consideramos más adecuado que exista un único domicilio electrónico constituido por cada parte, surtiendo efecto procesal las notificaciones electrónicas que se cursen al mismo. Los mecanismos para la constitución de dicho domicilio único deben ser contemplados, por la norma, pudiendo tenerse como tal el primero que se denuncie por la misma, independientemente de los que se enuncien con posterioridad atento al múltiple asesoramiento que podría recibir dicha parte.

B. Subsistencia de domicilios –art. 134-¹⁴⁷.

La norma se refiere en su título a la subsistencia de los domicilios en forma genérica, pero de la lectura de la misma no surge el establecimiento de una regla general, sino que trata las distintas clases de domicilio por separado¹⁴⁸. Resultaría más apropiado establecer una regla general de subsistencia de todos los domicilios hasta su expresa modificación.

(i) el primer apartado se refiere a “domicilios físicos”, introduciendo un concepto que no se encuentra regulado con anterioridad, lo que resulta contradictorio con el mismo texto menciona que fueron referidos anteriormente. Que en consecuencia sugerimos que el artículo se refiera específicamente al domicilio real o legal y al domicilio procesal constituido, a los fines de una mayor claridad.

¹⁴⁴ A esta misma solución arriba el Anteproyecto de CPCC de Nación en su art. 30 y el art. 21 del CPCCT de Mendoza.

¹⁴⁵ Se aparta así de la técnica seguida por el CPCCT de Mendoza y del Anteproyecto de CPCC de Nación, ordenamientos que determinan expresamente cuáles son los actos procesales que deben notificarse electrónicamente en el art. 94 y art. 70 respectivamente). Cabe resaltar que en ambos cuerpos normativos este efecto se encuentra normado en el apartado relativo a las notificaciones, lo que consideramos metodológicamente adecuado.

¹⁴⁶ Art. 133. Intervención de múltiples asesoramientos. En los casos que a una misma parte la represente o asesore más de un profesional, la notificación electrónica surtirá plenos efectos con la primera que se efectivice.

¹⁴⁷ Art. 134. Subsistencia de domicilios. Los domicilios físicos a que se refieren los artículos anteriores subsistirán para los efectos legales hasta la conclusión del proceso o su archivo, mientras no se constituyan o denuncien otros. Todo cambio de domicilio deberá notificarse electrónicamente a la otra parte y, de corresponder a los restantes sujetos procesales intervinientes. Mientras esta diligencia no se hubiese cumplido, se tendrá por subsistente el anterior. Cuando deba excepcionalmente notificarse en el domicilio real y, según el informe del notificador, no existieren los edificios, se encontraren deshabitados, desapareciesen, se alterare o suprimiere su numeración y no se hubiese constituido o denunciado uno nuevo, se notificará al domicilio electrónico constituido con plenos efectos. Cuando la parte litigare por derecho propio, su asistente letrado podrá apartarse de su función y las responsabilidades inherentes, cumpliendo la carga de hacerle saber su voluntad de renunciar y que debe presentarse con un nuevo asistente letrado. Hasta que ello no ocurra se operará conforme lo determinan los artículos 79 inciso b y concordantes del presente Código, subsistiendo a esos efectos el domicilio electrónico oportunamente constituido.

¹⁴⁸ Tal como lo establecen los ordenamientos de la Provincia de Buenos Aires y Mendoza, y el Anteproyecto de Código Procesal de Nación.

(ii) en segundo lugar trata sobre el cambio de domicilio, el que surte efecto desde la notificación a la otra parte. Establece una regla general, válida para todo tipo de domicilio, incluido el domicilio electrónico. La determinación de los sujetos a notificar deberá realizarse por el juzgado, ya que la norma así lo dispone. El único sujeto cuya notificación viene legalmente impuesta es la dirigida a la otra parte.

(iii) la norma contempla el supuesto de que el domicilio real deje de existir. Consideramos adecuado que esta previsión se extienda a los otros domicilios postales que la norma regula, ya que todos ellos son pasibles de situaciones similares¹⁴⁹.

(iv) el último supuesto resulta metodológicamente fuera de lugar, ya que corresponde a la regulación de la cesación de la representación, debiendo insertarse en dicha sección. Sugerimos que en este capítulo el artículo se limite a establecer que en el caso de cesación de la representación prevista en los artículos 79 inciso b y concordantes del Código, subsistirá el domicilio electrónico oportunamente constituido hasta la constitución de uno nuevo¹⁵⁰.

__ Capítulo III. “Audiencias”. Arts. 135 a 145:

La incorporación de un capítulo de audiencias dentro del Libro de Actos Procesales, sección 1 reglas generales, Título I correspondiente a las actuaciones en general es de importancia por cuanto se aplicará lo aquí normado a las múltiples audiencias previstas en el código.

El Anteproyecto adopta un proceso con un modelo similar al utilizado en el programa nacional de oralidad efectiva¹⁵¹ el cual se plasma a través de la específica regulación de las audiencias.

Ello debiera permitir: 1) la facilidad y calidad en la comunicación ya que la palabra es la manifestación natural del pensamiento humano¹⁵²; 2) la garantía de la inmediación puesto que permite el contacto directo del magistrado con las partes y el material fáctico-probatorio del proceso, porque exige la intervención personal del juez en los actos esenciales del proceso, facilitando la concentración y permitiendo la acumulación de la mayoría de dichos actos en la menor cantidad de audiencias; 3) evita el exagerado formalismo de los actos procesales, lo que libera a las partes de tener que sujetarse a determinadas solemnidades en el momento de realizar dichos actos y acortando el plazo de duración de los procesos¹⁵³.

¹⁴⁹ Ello se encuentra legislado en forma similar por el art. 42 del CPCC de Buenos Aires.

¹⁵⁰ Tal como se encuentra legislado en el art. 21 inc. iii) del CPCCT de Mendoza.

¹⁵¹ La gestión de los procesos a través de la denominada “oralidad efectiva” se estructuraron en dos audiencias: una inicial o preliminar (orientada a conciliar, depurar prueba y organizar la actividad probatoria) y una audiencia de prueba concentrada videograbada. Programa “Oralidad efectiva” de Justicia 2020.

¹⁵² “La oralidad y lo que ella implica – inmediación, celeridad, concentración y continuidad-, son valores que merecen ser respetados, a través de los cuales se obtiene un mejor y más rápido servicio de justicia...” MAIER, Julio B. “Derecho Procesal Penal. Parte General. Actos Procesales” del Puerto Bs. As. 2011, pág. 28.

¹⁵³ FAM “Hablemos de justicia” 02/03/2018 publicado en: www.fam.org.ar/page/hablemos-de-justicia.la Federación Argentina de Magistrados ha manifestado la necesidad de modernizar los procesos judiciales con la oralidad como

Se verá a continuación si el anteproyecto traído a estudio, apunta a los fines referidos: Desde la previsión de los principios que inspiran este modelo procesal¹⁵⁴ y que se hayan expresados con claridad en el **título preliminar**¹⁵⁵ así como en las disposiciones especiales de este Título¹⁵⁶, la creación de una **oficina Judicial u oficina de gestión judicial**¹⁵⁷; pasando por las audiencias multipropósito, preliminar y audiencia de Juicio, hasta la regulación de la registración de las audiencias y el comportamiento de los sujetos en las audiencias; el Anteproyecto destaca por su minuciosa descripción de cómo deben llevarse a cabo los actos y manifiesta coherencia en la inclusión transversal de criterios uniformes aplicables a las distintas audiencias previstas.

Claramente esta reforma busca el cumplimiento de los tres objetivos referidos, se observará ahora de qué forma lo hace conforme las previsiones de este capítulo III:

1) Respecto a la presencia y la calidad de la comunicación de los sujetos:

A través de la intermediación del Juez con las partes, la cual se busca asertivamente y con sanciones específicas, se busca obtener la presencia efectiva de los sujetos, para una comunicación verbal y no verbal de percepción directa y completa¹⁵⁸; se advierte que previa información y autorización judicial se puede llevar adelante la participación de los sujetos a través de medios técnicos e incluso la celebración en lugar distinto a la sede del juzgado en casos excepcionales, lo cual refuerza esta búsqueda de presencia efectiva de sujetos -arts. 135 b) y 140 b)-.

modo de desenvolver los litigios en forma más eficaz y rápida, acrecentando la publicidad de las etapas de los procesos que permita a la ciudadanía tomar mayor conocimiento de las razones que sustentan las decisiones.

¹⁵⁴ Las “Bases para la Reforma de la justicia procesal civil y comercial”- “Justicia 2020”, pág. 16 prevén como principio “Oralidad e intermediación “en los siguientes términos: *“La actividad procesal en el proceso ordinario de conocimiento se desarrollará mediante audiencias, en las que la participación del juez es un requisito ineludible y cuya inobservancia determinará nulidades absolutas e insanables, con excepción de los casos en que debe celebrarse en un territorio distinto al de su competencia. La nulidad puede ser deducida en cualquier oportunidad procesal. Las audiencias se registrarán en soporte magnético o digital, o cualquier otro medio técnico idóneo.”* En mismo sentido el anteproyecto de Cód. Procesal Civil y Comercial para la Nación en su título preliminar prevé en su Art. 2.- *Inmediación, concentración y oralidad. Se garantizará la intermediación del juez con las partes, los sujetos intervinientes y el material de conocimiento. A esos fines se concentrará la actividad procesal, la que se desarrollará en forma preferentemente oral y en audiencias. Los jueces presenciarán las declaraciones de las partes y de los testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de su dictamen y cualquier otro acto de prueba que, conforme a lo dispuesto en este Código, deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente.*

¹⁵⁵ Título Preliminar- Punto VII. *Proceso oral, público y por audiencias. La sustanciación de los procesos en todas las instancias se desarrollará en forma oral, pública y por audiencias, salvo las excepciones expresamente establecidas. Las excepciones son taxativas, de interpretación restrictiva y debidamente fundadas. Cuando la comparecencia personal sea imposible, se priorizará la realización de las audiencias mediante videoconferencia u otros medios análogos.*

¹⁵⁶ Arts. 120, 123 y 126 de este anteproyecto, por ejemplo.

¹⁵⁷ La que tiene grandes responsabilidades en el marco de la previsión y ejecución de las audiencias: Arts: 135 a) y f), Art. 136, 142, e incluso responsabilidades vinculadas a la celeridad de las actuaciones arts. 149, 152, 154 y otros.

¹⁵⁸ “No habremos de olvidar en una audiencia de cualquier tipo, con la ventaja de la humanización del proceso por la presencia de los interesados y su real expresión ante los demás, de esta manera los litigantes y funcionarios son impulsados a una proyección social y humana, entablando un vínculo con su representado, con las contrapartes y con el Juez y viceversa”. BALANTA MEDINA, María Patricia, “Simbolización operativa de la oralidad en el proceso civil” Libro del XXXI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, 2010, Págs. 345/346.

Respecto de los sujetos en situación de vulnerabilidad, es una sana inclusión que su presencia no sea sólo formal, sino que puedan estar y participar en condiciones de igualdad, especialmente se regula que deberá ser garantizado a ellos un ambiente adecuado, accesible y seguro, y prevé la posibilidad de disponer la presencia de un profesional o cuerpo interdisciplinario si ello contribuye a garantizar los derechos del sujeto vulnerable (100 Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, año 2008).

Aquí se hace notar la falencia en la previsión del acompañamiento de los sujetos en situación de vulnerabilidad por persona de su confianza o, en su caso, de alguna persona de apoyo designada judicialmente, mas allá de los profesionales o intérpretes con que puedan contar.

Los sujetos intervinientes poseen derecho a participar efectivamente y todos habrán de comunicarse con respeto y en los tiempos dados. Se ha previsto la facultad –no obligación¹⁵⁹- de que las partes por sí o por requerimiento judicial intervengan personalmente, cuidando el defensor técnico la eficacia de la defensa a través de manifestaciones pertinentes- art. 135 e)-; a su vez se observa una introducción interesante que es la facultad de las partes de comunicarse libremente con su defensor técnico durante la audiencia, de modo que no perturbe el orden, pudiéndose así canalizar las inquietudes de la parte a través de su defensa en forma fluida -art. 139-.

El magistrado tiene deber de mantener el orden y eficacia del acto -art. 136-, debiendo los asistentes a las audiencias guardar respeto y adecuado comportamiento –art. 138-.

2) La garantía de Inmediación:

En línea con las Bases de Justicia 2020, las audiencias respetan la oralidad e intermediación, sancionando con nulidad la ausencia o retiro del juez. Ponderando que la presencia del magistrado es esencial al proceso, su ausencia o presencia discontinua, afecta la garantía de la intermediación¹⁶⁰.

La ausencia del Magistrado se sanciona con pena de nulidad, la que puede ser planteada en cualquier instancia, por cualquier sujeto, incluso por quien haya consentido el vicio– art. 135 b)-, este agregado final refiere a que esta nulidad no puede ser convalidada¹⁶¹. Se busca revertir la falta de intermediación imperante, por ello lo cierto es la mera enunciación de la búsqueda de intermediación sin que se prevean sanciones de gravedad es una mera evocación de deseos, si de verdad se erige la intermediación como una Garantía, esta deviene una cuestión de orden público, de allí que no pueda ser convalidada su violación. Aquí se pone de resalto que la redacción del

¹⁵⁹ El Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial para la Nación presentado recientemente dentro del Programa Justicia 2020, en su art. 236 incorpora una potestad judicial de interrogar directamente a las partes y estas tienen obligación de decir verdad, la incorporación del anteproyecto de Chubut nos parece mejor elaborada.

¹⁶⁰ “Para que la oralidad despliegue su máxima eficacia, las actuaciones procesales realizadas oralmente deben efectuarse ante el destinatario de las mismas, esto es, con la intermediación del Juez. El contacto directo de este con los sujetos intervinientes da seriedad al acto oral y, en cierta medida, hace que la justicia sea más cercana al justiciable ya que se permite a las partes “ver la cara al Juez”, en quien en definitiva han confiado la resolución de su conflicto”. PICÓ I JUNOY, Joan “El principio de oralidad en el proceso civil español” pág. 3. <https://www.uv.es/coloquio/coloquio/informes/ip25esp.pdf>.

¹⁶¹ El Anteproyecto de Cód. Proc. C y C nacional, en sus art. 427 y 428 expone que, la ausencia del magistrado produce una nulidad absoluta no convalidable.

Anteproyecto CPCC de la Nación es preferible, por ser claro respecto de tipo de nulidad: absoluta insubsanable.

En sentido de protección de la inmediación, concentración y celeridad, el establecer que las audiencias se llevarán a cabo a la hora fijada sin plazo de gracia implica un cambio de mentalidad importante que muy probablemente se verá resistido, esta decisión se ve complementada con la disposición de que, los que asistan después de iniciada la actuación asumirán en el estado que se encuentre el acto -art. 135 b)-.

Forma de compeler a los sujetos a la audiencia y sanciones por incumplimiento:

i) Deben comparecer personalmente las partes a las audiencias -art. 140-. Excepciones: en los casos justificados en que se permita anticipadamente la comparecencia por otro medio de comunicación.

ii) Representación: por apoderado con facultades para transigir, lo cual no impide la citación de la parte interesada por requerimiento del Juez o las partes. Para el representante de las personas jurídicas se prevé debe contar con facultades para componer o transigir debiendo instrumentar las medidas con antelación.

La omisión de estas previsiones faculta la aplicación de las consecuencias por su incumplimiento.

iii) Ausencia de letrados y apoderados, no impide se lleve adelante el acto, y constituye falta grave a los efectos disciplinarios, debiéndose e informar al Colegio Profesional respectivo-art. 135b)-.¹⁶²

iv) Inasistencia injustificada: para la actora la sanción es de Desistimiento del proceso. Para la demandada, se procede a continuar con la audiencia en su ausencia, perdiendo la parte la oportunidad procesal para el ejercicio de los derechos que a esa etapa correspondían.

Estas sanciones para las inasistencias injustificadas parecen razonables en un principio: Se encuentra que la sanción por incomparecencia de la demandada es acorde al debido proceso y al derecho de defensa, a diferencia de códigos que prevén sanciones que implican la admisión de hechos o prueba¹⁶³ o la notificación inmediata sin posibilidad de impugnación. Aquí la ausencia de las partes no implica el reconocimiento tácito y no obsta a que, si bien se notifican del pronunciamiento en el acto de la audiencia, comienza allí a correr el plazo para impugnarlo – art. 135 i)-.

¹⁶² En el mismo espíritu, pero aun avanzando en las inconductas profesionales el Código Procesal CCYT de Mendoza 2018, art. 34.8 establece que: “Si los abogados o procuradores hicieren fracasar de manera injustificada audiencias más de tres (3) veces en un mismo proceso, el Juez o Tribunal deberá remitir informe al Colegio de Abogados y Procuradores en el que el profesional estuviere matriculado”.

¹⁶³ Anteproyecto nacional referido, Art.425.- *Incomparecencia. Las partes que injustificadamente no comparecieron quedarán notificadas de todas las decisiones que el juez adopte en la audiencia y no podrán impugnarlas. Se les tendrán por reconocidos los hechos alegados por el contrario excepto que se vinculen a derechos indisponibles o sean desvirtuados por la prueba producida.*

En cuanto a la sanción a la parte actora por incomparecencia injustificada a la audiencia, que consiste en el desistimiento; se observa que en algunos casos esta sanción aparece severa¹⁶⁴, entendiéndose que debe de mantenerse dentro del articulado para lograr el cumplimiento de los fines del proceso, pero con la facultad del magistrado de restringirla atento puede no ser compatible con el acceso a la justicia de las personas vulnerables.

Resulta de análisis para casos de intervención de sujetos en situación de vulnerabilidad¹⁶⁵, que la asistencia en horario puede verse dificultada y por ello resultaría su demora justificada, no así de quienes deben representarlos que deben estar presentes para cumplir los actos procesales.

En caso de incomparecencia de sujetos vulnerables debemos tener presente que, muchas veces, no resulta posible para aquellos sujetos probar la causa o justificación por la que no pudieron comparecer en día y horario a la audiencia fijada, por ello el magistrado antes de aplicar la sanción que corresponda, y especialmente si el sujeto vulnerable es la parte Actora, antes de considerar el desistimiento deberá intentar una nueva comparecencia de la parte, o dictar las medidas en audiencia que resulten pertinentes a fin de resguardar la efectiva participación o posible representación del sujeto, siempre resguardando el contradictorio y garantizando la participación igualitaria –art. 136-.

v) Inasistencia del Juez: el capítulo refiere al deber del Juez de estar presente y de conducir la audiencia, pero no establece sanciones específicas para el incumplimiento de este deber. Aplicándose entonces los criterios generales del Código para el incumplimiento de deberes de los Magistrados (Deberes genéricos conforme Art. 61 puntos a) y g)). Debió preverse en este Capítulo concretamente algún tipo sanción disciplinaria que funcione como reaseguro o que exprese la grave falta disciplinaria que significa la ausencia injustificada del magistrado o su retiro del recinto (en coherencia con el propio art. 135 d) para la forma de conducción de la audiencia), ello en línea con el Anteproyecto de la Nación¹⁶⁶ o el Código Procesal Civil y Comercial de Mendoza¹⁶⁷ o el Código Procesal Civil y comercial de Río Negro¹⁶⁸.

¹⁶⁴ El Código Brasileño sanciona la inasistencia injustificada con multa (Art. 334) constituyendo un tipo de sanción menos severa.

¹⁶⁵ En consonancia con la totalidad de las Previsiones del Anteproyecto que muy especialmente ha tenido en cuenta la situación jurídica y procesal de sujetos considerados en condiciones de vulnerabilidad.

¹⁶⁶ Anteproyecto nacional referido, *Título Preliminar: XII. Inmediación. La intermediación supone el encuentro real y efectivo de la jueza o del juez con el conflicto, las partes y los elementos fácticos, probatorios y jurídicos. Es un deber de la jueza o del juez, un derecho garantía de las partes y un reaseguro democrático, que compone el debido proceso, realiza la tutela judicial continua y efectiva. El juzgador celebrará personalmente las audiencias y demás actos procesales que estructuran el proceso. La delegación está prohibida. Sólo podrá encomendar la realización de actos procesales cuando expresamente este Código se lo autorice. Las audiencias que no sean conducidas por la jueza o el juez serán nulas. La declaración de nulidad de dos audiencias en el año será considerada falta grave y causal objetiva de jury.*

¹⁶⁷ Art. 51- B) VI. - Toda audiencia será tomada por el Juez o Tribunal, funcionario o mediador, según corresponda, bajo sanción de nulidad y responsabilidad funcional, con las excepciones establecidas en el presente Código.

¹⁶⁸ Código de la Provincia de Río Negro (ley 2208, del 1 de diciembre de 1987) En su art. 353 dice que la "audiencia del artículo anterior, deberá ser tomada inexcusablemente por el juez, con la presencia de las partes salvo que se domicilien a más de 200 km. del asiento del juzgado en cuyo caso podrán hacerse representar por apoderado. El

Para los casos que su inasistencia si sea justificada se ha previsto el modo de actuación del juez reemplazante o subrogante. Con respecto al reemplazo del juez en audiencia de forma excepcional, aparece oportuno que esta circunstancia sea comunicada a las partes, pudiendo ellas recusar sólo con expresión de causa, en forma verbal y que sea resuelto el incidente en el momento. De acuerdo con el Art. 63 del Anteproyecto de CPCCN no se encuentra prevista la recusación sin causa, lo cual consideramos que resulta beneficioso a los fines de la celeridad. Pensando que la previsión de un Juez subrogante con más otro Juez en calidad de suplente, en los casos en que haya de remplazarse un magistrado, y previendo la posible admisión de la recusación con causa, sería válida a los fines de no dilatar la celebración de la audiencia.

En los casos que se hubiese diferido el pronunciamiento y se produzca la sustitución del Juez por causa de fallecimiento, o circunstancias psicofísicas o jurídicas que le imposibilite dar el pronunciamiento, el que tome intervención deberá convocar a una audiencia especial antes de dictar sentencia, de esta manera se prevé la real intermediación de quien decide con la causa y los sujetos en ella involucrados.

3) Búsqueda de celeridad, concentración y menores formalismos:

Es meritorio que el anteproyecto si observe (a diferencia del apartado anterior) como falta grave disciplinaria para el magistrado que no cumpla con la obligación concentrar y resolver contingencias de la audiencia, realizando las audiencias de forma continua y sin interrupciones. Por cuanto estas conductas atentan contra la intermediación, concentración¹⁶⁹ y la celeridad en los procesos –art. 135d)-. Haber dispuesto la concentración de actos únicamente como principio, sin prever una sanción hubiera conculcado a la realización del mismo.

En el inicio del capítulo, en su inciso a) se pone de resalto la importancia y gran responsabilidad de los funcionarios de la Oficina judicial, que cumple un rol principal en la programación, garantizar los medios apura ejecutar y continuar las audiencias, así como responsabilizarse por su registro. La escisión entre las responsabilidades administrativas de la Oficina Judicial y de la Jurisdiccional del Magistrado busca eficiente manejo de los casos para brindar celeridad al proceso, realizando una división de tareas más o menos clara. En forma permanente se busca la continuidad y concentración de los actos y se busca que las intervenciones sean breves y concisas (que no excedan los 15 minutos) –art. 135e)-. La comunicación entre el Juez y la Oficina Judicial será informal, expedita y oral, reduciendo los formalismos en pos de la eficiencia.

juez que ordene o consienta lo contrario, perderá su competencia para seguir conociendo en el proceso y se hará pasible de una multa de hasta el 5 % de su remuneración mensual debiendo el tribunal de alzada vigilar su cumplimiento...”.

¹⁶⁹ Se denomina principio de concentración "a aquel que pugna por aproximar los actos procesales unos a otros, concentrando en breve espacio de tiempo la realización de ellos" (COUTURE, Eduardo J.: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Depalma, 1993, pág. 199). Citado en "Audiencia Preliminar" Por Roberto G. LOUTAYF RANEA (Publicado en Morello, Augusto M.; Sosa, Gualberto L. y Berizonce, Roberto O.: "Códigos Procesales de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación", Bs. As. –Abeledo-Perrot-, La Plata –Librería Editora Platense., t. X-A (Actualización. Parte General), 2004, págs. 723 y ss.

Con respecto a la grabación de las audiencias como modo de registro y de la publicidad de las audiencias, se destaca el uso de tecnologías. Encontrándose también prevista un acta digital de audiencia que contendrá el nombre de los sujetos intervinientes, la relación de documentos presentados, y en su caso la parte resolutive de las decisiones recaídas. El acta se firma por el Juez y podría prever la inclusión de cualquier otra manifestación que el magistrado considere dejar asentado-. Se ha previsto en el art. 135 f) que si por alguna circunstancia excepcional fuese imposible registrar el acto conforme sistema y tecnología previstos, no se suspenderá la audiencia, debiendo disponer el juez el soporte alternativo; pero si está prohibida la transcripción de las grabaciones¹⁷⁰, ya que la grabación forma parte del Expte digital. Se observa que tener la posibilidad de que el juez pueda dejar constancia en acta digital, cuya constancia se entrega a los partícipes, de aquello que resulte de importancia y a fines específicos, puede ser una vía de protección de la información para el caso de una falla tecnológica en algún caso concreto.

4) Observaciones de forma: Técnica Legislativa: se observa que el art. 135, de gran importancia en el capítulo, es de gran extensión e inclusive dentro de cada uno de sus puntos se tratan varios temas, a los fines de su simplificación podría desdoblarse en varios artículos y reorganizarse el orden de los puntos para que su comprensión sea mejor (por ejemplo, poner en modo consecutivo aquellos que hacen referencia a las tareas y responsabilidades de la Oficina Judicial). En especial notamos la importancia del punto b) y e) del art. 135 que podrían tener su propia numeración.

Título II. “Plazo razonable”. Art. 145 a 154:

El Anteproyecto de Código General de Proceso de Chubut regula expresamente el “plazo razonable”, el cual es concebido como un componente necesario de la garantía del debido proceso (apartado V del Título Preliminar).

Liminarmente, cabe destacar que el plazo razonable es un concepto abstracto de creación pretoriana respecto del plazo legal. A los efectos de su regulación el Anteproyecto sigue los parámetros y lineamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual entendió que la falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales y estableció las pautas de análisis para determinar lo que debería considerarse un plazo razonable¹⁷¹:

- a) Complejidad del asunto: (Furlán y familiares Vs. Argentina, año 2012) Involucra la dificultad de la prueba (Genie Lacayo VS. Nicaragua 1997); pluralidad de sujetos procesales (Acosta Calderón Vs. Ecuador, año 2005; López Alvarez Vs. Honduras 2006); Kawas

¹⁷⁰ En similar sentido el Anteproyecto Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece que las audiencias deberán ser videograbadas y prohíbe su transcripción. El Código Procesal de Jujuy admite la realización de versión taquigráfica y el de Chaco regula que el Secretario dejará constancia escrita de lo que el tribunal decida consignar. El Código Civil de Proceso Brasileño regula que se dejará constancia de lo actuado en audiencia en acta -art. 360-.

¹⁷¹ Digesto Corte IDH www.corteidh.or.cr/cf/themis/digesto/

Fernandez Vs. Honduras, año 2009); tiempo transcurrido (Heliodoro Portugal Vs. Panamá, año 2008; Radilla Pacheco Vs. Mexico, año 2009); las características del recurso en la legislación interna (Salvador Chiriboga VS. Ecuador, año 2008); el contexto de los hechos (Valle Jaramillo y otros VS. Colombia, año 2008) y las circunstancias particulares (Luna López Vs.. Honduras año 2013; Quispialaya Vilcapoma Vs.. Perú, año 2015; López Mendoza Vs.. Venezuela, año 2011).

- b) Actividad procesal del interesado: La Corte IDH (Acevedo Buendia y otros “Asociación Cesantes y jubilados de la contraloría” Vs. Peru, año 2009) ha flexibilizado el criterio dispositivo del proceso civil en el que el juez por el principio de congruencia falla conforme las pautas delimitadas por las partes y en el que el Tribunal de alzada, por el principio de la prohibición de la *reformatio in peius* no puede modificar la sentencia si no se instó un recurso y ha establecido que también el comportamiento de la parte no debe incidir en una prolongación innecesaria de la actividad judicial (Cantos Vs. Argentina, año 2002).
- c) Conducta de las autoridades judiciales: Las instituciones estatales deben asegurar la pronta respuesta de los trámites y actuar con la debida diligencia y celeridad (Ricardo Canese Vs. Paraguay, año 2004) a los requerimientos. Comprende todo el sistema de justicia (recursos humanos, organización administrativa del poder judicial, modelos procesales –acordadas del Tribunal superior-) y al desempeño del juez per se (principalmente en el diligenciamiento de la prueba, evitando que el expediente incluya documentos irrelevantes para el proceso y dilaciones y entorpecimientos indebidos, extravío de documentos, o incluso del expediente que tenga que luego ser reconstruido por ej.). Una pasividad o inacción de las autoridades que no tiene justificación (Fornerón Vs. Argentina, año 2012), menoscaba el principio de la tutela judicial eficaz y eficiente¹⁷².
- d) La afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada. En este análisis importa la materia objeto de la controversia. Se pueden presentar cuestiones graves o complejas en las que el transcurso del tiempo pueden incidir perjudicando el derecho reclamado, por lo que el concepto de plazo razonable tiene un sentido de deber urgente (derecho indígena: la demora puede incidir en el estado de vida; en derecho de familia: la demora puede afectar el interés superior de los niños involucrados; en casos que involucren personas con discapacidad: la demora puede perjudicar la calidad de vida) Se tiene en cuenta la situación de la parte y el contexto del proceso, no admitiendo institutos que peligren la finalización en su tiempo oportuno, como ser la existencia de una instancia recursiva inadecuada (Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, año 1988; Valle Jaramillo Vs. Colombia, año 2009).
- e) Globalidad del proceso: respecto a la contabilización del plazo, supone interpretar la situación desde la etapa procesal en la que se encuentra la causa para advertir si se evidencia un desfase temporal analizando el proceso desde que se entabló la pretensión hasta el dictado de la sentencia definitiva (Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil, año 2018) abarcando los recursos que se hubieren interpuesto e incluso la ejecución (Andrade Salmón Vs. Bolivia, año 2016). Este análisis comprende también la instancia administrativa

¹⁷² BERIZONCE, Roberto O. Retardo de Justicia ¿Un mal que puede ser mitigado? AR/DOC/761/2019

donde se resuelven sanciones o cualquier situación disciplinaria. (CSJN “Losicer Jorge Alberto c/ BCRA” año 2012; “Bonder Aaron” año 2013).

La regulación del plazo razonable en el Anteproyecto:

Lo valorable del Anteproyecto es que la noción de “plazo razonable” no es incluida como una mera declamación, sino que todo el diseño procesal propuesto tiene como norte garantizar que efectivamente los conflictos sean resueltos y que la decisión sea, en su caso, ejecutada, dentro de un plazo razonable.

En este sentido los apartados II y V “c” del Título Preliminar establecen, respectivamente, que los mecanismos de resolución tienen por objeto la composición y resolución oportuna de los conflictos y que el derecho a un proceso de duración razonable no sólo supone la obtención de una solución oportuna, sino su realización adecuada e integral.

De este modo procura dar solución a una de las críticas más profundas al sistema judicial: su morosidad; buscando, así, dotar de mayor legitimación a la función jurisdiccional. En efecto, como se reconoce en las Bases para la reforma procesal civil y comercial (2017, p. 2), “el diagnóstico sobre las debilidades de la justicia civil y comercial para resolver en un tiempo razonablemente breve los conflictos tiene un amplio consenso”, por lo que es un problema que debe ser seriamente abordado y que requiere de radicales transformaciones.

En concreto, a partir de una lectura integral de su texto se advierte que las siguientes herramientas o instituciones tienden a garantizar la duración razonable de los procesos:

- Deber de los jueces y de la oficina judicial de gestionar el proceso (Apartado VIII del Título Preliminar, Art. 136, Art. 162-164).
- Deber de todos los sujetos del proceso de cooperar entre sí para que se obtenga una adecuada, justa y efectiva gestión del proceso y la resolución del conflicto (Apartado XV Título Preliminar, Art. 101).
- Impulso de oficio del proceso (Art 61 inc. a; 62 inc. e).
- Facultad de los jueces de rechazar in limine recursos que carezcan de fundamentos o aparezcan como dilatorios, imponiendo las sanciones correctivas por su utilización abusiva o dilatoria (Art. 68).
- En principio la decisión del conflicto debe ser pronunciada motivadamente en audiencia, salvo las excepciones legalmente previstas (Art. 421).
- Establecimiento del principio de instrumentalidad, proporcionalidad de las formas, concentración y de preclusión (Apartados XIV y XVI Título Preliminar, Art.125, 135 inc. d, 160).
- Previsión de mecanismos internos para homologar y uniformar criterios (Art 161).
- Deber de los jueces de instrumentar la modalidad de ejecución de la forma más conveniente para la realización de las decisiones (Art. 163 inc. i, Art 579 inc. c).

- Posibilidad de las partes de presentar la demanda y contestación en forma conjunta, proponer medidas de gestión, propiciar acuerdos procesales o protocolos de actuación para la postulación o procesamiento del conflicto (Art 165, 168 y 267).
- Instauración de la oficina judicial, encargada de mantener un control permanente de la ejecución de las actividades fijadas con el fin de evitar dilaciones o contratiempos en la causa (Art. 51).
- Deber de los jueces de subsanar los vicios que pueden afectar el procesamiento del conflicto y de declarar la nulidad de un acto viciado para encauzar el proceso (Art. 61 inc. d, Art. 180).
- Prohibición de recusación del juez sin expresión de causa (Art. 194).
- Implementación de tecnologías de la información y de comunicaciones (Art. 238).
- Comunicación de los actos procesales oralmente en las audiencias; por medios electrónicos, teniéndoselos por notificados al día siguiente de la publicación de los actos procesales; y solo por excepción personalmente o por cedula en soporte papel (Art. 239, 241).
- Modulación del proceso conforme a las características del conflicto, o sujetos intervinientes o del título en que se funden sus pretensiones (Art. 260, 531).
- Contralor judicial sobre la demanda (Art. 265).
- Deber de cooperación probatoria de los sujetos procesales o terceros; y facultad del juez de imponer sanciones, comunicar la conducta a efectos disciplinarios o penales, exigir la utilización de la fuerza pública o disponer de toda otra medida instructoria, ordenatoria y sancionatoria que posibilite la realización de la fuente, tipo o medio de prueba ofrecida (Art. 327).
- Rendición oral de la prueba (Art.330).
- Control estricto de la admisibilidad y producción de la prueba (Art. 331).
- Previsión de imposición de multas y de causas disciplinarias en casos de demora en pronunciar la sentencia (Art. 429).
- Todos los recursos tienen efecto no suspensivo salvo que la ley prevea expresamente lo contrario o los jueces lo dispongan fundadamente (Art. 452).
- Ejecución provisional de la sentencia (Art. 468, 583).
- Prohibición de suspender las audiencias (Art. 514).
- Implementación del procedimiento de pequeñas causas (Art 598).
- Registro electrónico del caso (Art. 155 – 159).

Pautas para el análisis del plazo razonable en el Anteproyecto:

Dentro de las pautas de análisis del plazo razonable del Art. 145 se destacan:

1) Urgencia de conflicto y condición, tutela preferente y afectación jurídica de la persona o bien involucrado en el proceso -incisos b) y e)-: La reforma del CCC impuso la necesidad de reformular los códigos de forma para que las garantías del debido proceso (que supone plazo razonable) se vean plasmadas en los derechos humanos amparados en la Constitución Nacional,

Tratados internacionales y todo el derecho privado¹⁷³. En todo su texto se observa la regla de garantizar su reconocimiento otorgándole al juez una función activa (arts. 10 in fine 32, 34, 35, 40, 43, 82 in fine, 83, 106, 111, 113, 330, 387, 414, 425, 438, 542, 642, 644, 657, 664, 709, 871 inc d, 887 inc b, 989, 1102, 1122, 1157, 1248, 1710, 1715, 1742, 1747, 1854 in fine, 1863 in fine, 1963, 1973, 2001, 2002, 2063, 2236, 2246, 2268, 2327, 2328, 2330, 2352, 2521, 2550, 2572, etc.) en la que resuelva por el procedimiento más breve previsto por la ley local (arts. 70, 224, 543, 554, 564, 642, 644, 887 inc. b, , 1006, 1134, 1438, 1679, 1863, 1875, 2069, 2246, etc.)¹⁷⁴. En este sentido el Anteproyecto avanza en la protección de estos sujetos cuando intervienen en un proceso judicial. Así, el Apartado IX del Título Preliminar establece que, en el caso de sujetos o bienes de tutela constitucional o convencional preferente, los jueces tienen un deber calificado de garantizar condiciones de accesibilidad, adecuación especialidad y seguridad en la participación igualitaria.

Esta protección se debe acentuar respecto de aquellos sujetos vulnerables. En ellos es necesario aplicar una “tutela diferenciada de atención preferente” (Roberto O. Berizonce) durante el transcurso del proceso que proteja sus intereses y se logre así la reparación reclamada de una manera a veces urgente. La Corte IDH (100 Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, año 2008) estableció que se debe orientar a su atención, resolución de los conflictos en los que sean parte y su ejecución de una forma flexible y rápida (CSJN “Goye Ornar y otros s/ administración pública, año 2017).

Los distintos casos de vulnerabilidad se deben mitigar con herramientas apropiadas: La económica, con el derecho a la gratuidad de la justicia; la probatoria, con la inversión del onus o la regla de la carga dinámica; la etaria de menores o ancianos, con mecanismos de aceleración de la duración del proceso, o los tribunales especializados; etc. La razonabilidad del plazo abarca todas estas situaciones y para la legitimación del tratamiento diferenciado debe existir una pertinencia lógica entre la distinción realizada y la fragilidad procesal a ser expurgada. Berizonce menciona como aplicables las técnicas de sumarización, las soluciones autocompositivas (extrajudiciales); la amplificación de los poderes-deberes de los jueces para la ordenación de las causas; la acentuación de los deberes de colaboración de las partes (carga dinámica e interactiva de la prueba); la flexibilización del principio preclusivo y de la congruencia; la prevención y sanción del abuso del proceso, entre otros¹⁷⁵. El Art. 64 del Anteproyecto establece expresamente que en todos aquellos conflictos en los que se encuentren involucrados bienes o sujetos de tutela preferente, los deberes de los jueces de gestión y buen orden del proceso se acentúan y amplifican; y que su ejercicio irregular o defectuoso constituye falta grave.

2) La conducta y desempeño de las autoridades judiciales y sus auxiliares: Al respecto, el Título Preliminar establece en su XX apartado que los órganos judiciales deben procurar que las solicitudes sean resueltas de forma eficiente, oportuna y satisfactoria. Se enfatiza en la idea de que los funcionarios judiciales y sus auxiliares prestan un servicio y que, como tal, están sujetos a

¹⁷³ Art. 2 CCC, Art. 18, 43, 75 inc 22 CN; Art. 8 CIDH entre otros.

¹⁷⁴ PEREA ASTRADA, Paula y LAFERRERE Lucia “La garantía del plazo razonable en el proceso. Revista Argumentos N° 2 junio 2016, págs. 21-33

¹⁷⁵ BERIZONCE, Roberto O. “Retardo de Justicia ¿Un mal que puede ser mitigado? “AR/DOC/761/2019.

evaluaciones y mediciones de desempeño. Se introduce como novedad en un código de procesos, la idea de evaluación de los funcionarios y del sistema judicial, conforme a parámetros de calidad, reconociéndose que la gestión judicial es una forma de gestión pública, y que la calidad de la gestión judicial puede y debe medirse¹⁷⁶.

En este sentido, el articulado propone una escisión entre las facultades jurisdiccionales y las administrativas: las primeras son ejercidas por el juez o tribunal, mientras que las segundas son confiadas a la oficina judicial (Art. 51).

Tal propuesta resulta loable, en la medida que tiende a articular estas dos funciones, incorporando en la gestión y trámite del proceso y del sistema en su conjunto, herramientas y recursos ajenos al mundo del Derecho, en pos de mejorar la calidad del servicio. Así, al incluirse en el diseño y diagramación del proceso miradas exógenas y funcionarios con formación en “gestión” se enriquece al sistema y se exige un compromiso en la prestación de un adecuado servicio de justicia en términos de eficacia y eficiencia.¹⁷⁷

Lo expuesto, lleva a colocar en cabeza de las autoridades judiciales el deber y responsabilidad de gestionar y administrar cada proceso y el flujo total, para obtener dentro de un plazo razonable decisiones de calidad.

La gestión del caso, en la medida que “supone para la jueza o el juez y la Oficina Judicial, la instrumentación de toda clase de medidas que faciliten, mejoren u optimicen el procesamiento del conflicto, su resolución y, en su caso, la realización efectiva de lo compuesto o decidido” (art.163); es una herramienta/deber que tiene relación directa con la duración razonable de los procesos.¹⁷⁸

En este marco, el art. 61 establece que uno de los deberes de los jueces es “gestionar personalmente el caso y el proceso de manera adecuada y expedita, adoptando y propiciando fórmulas para simplificar y disminuir las cuestiones litigiosas, concentrando en un mismo acto o audiencia todas las diligencias que sea necesario realizar, impidiendo su paralización, dilación, procurando la mayor economía procesal y adoptando todas las medidas que sean necesarias a tal fin.”. En idéntico sentido el art. 136 dispone que la dirección de la audiencia y la gestión de su celebración y de cometidos que surjan durante la misma y sean relevantes, son responsabilidad de los jueces interviniente.

Lo hasta aquí desarrollado, denota una clara ruptura con el modelo tradicional, en el que, si bien los jueces tenían normativamente facultades de dirección e instrucción, éstas eran

¹⁷⁶ CHAYER, Mario Héctor. “Nueva gestión judicial. Oralidad en los procesos civiles” Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Pág. 107.

¹⁷⁷ En efecto, *“Toda organización, pública o privada, es una particular disposición ordenada de elementos de acuerdo a reglas que los armonicen. Considerado desde el punto de vista de las actividades, organizar es el proceso de definirlos y agruparlos de modo que sean asignados de la manera más lógica y llevadas a cabo del modo más efectivo. Desde el punto de vista de los sujetos, es el proceso de determinación de las posiciones necesarias, disponiéndolas dentro de las mejores relaciones funcionales, definiendo claramente la autoridad, de forma que el esfuerzo de que son capaces pueda ser aplicado y coordinado de manera efectiva y sistemática”* (“La Gestión del Fuero Comercial. Análisis y propuestas.” Foro de Estudios sobre la administración de Justicia, CAMBELLOTI, Carlos Alejandro, Pág. 3).

¹⁷⁸ <https://jusnoticias.juschubut.gov.ar/index.php/inicio/actualidad/997-normas-iso-9001-la-justicia-de-chubut-implementa-un-sistema-para-certificar-su-calidad>

ejercitadas extraordinariamente, delegando exclusivamente en la actividad de las partes el impulso y desarrollo del proceso.

Al respecto, el Anteproyecto establece que el proceso debe ser impulsado de oficio (arts. 61 inc. “a” y 62, inc. “e”) y a los fines de garantizar que los deberes del juez sean efectivamente ejercitados, se prevén una serie de rigurosas sanciones en caso de incumplimiento. Sin perjuicio de ello, se advierte que la verdadera motivación de la transformación debe ser cultural.

3) La actividad procesal de las partes: Si bien conforme el punto que antecede, el Anteproyecto enfatiza en los deberes del juez la gestión y dirección del proceso, al mismo tiempo impone a las partes el deber de colaborar activamente en su gestión, previendo sanciones tales como multas o indemnización de daños en caso de configurarse una conducta temeraria, de mala fe en base a las presunciones establecidas (ej. dar información distorsionada). Tal obligación se encuentra regulada específicamente en los Arts. 101 -105.

En este aspecto se observa que el Anteproyecto sigue los lineamientos del Código General de Procesos de Brasil y de la doctrina brasileña (Art. 6). En efecto, Mitidiero sostiene que la colaboración es un modelo que busca dividir de manera equilibrada las posiciones jurídicas del juez y de las partes en el proceso civil, estructurándolo como una verdadera comunidad de trabajo en la que se privilegia el trabajo procesal en conjunto del juez y de las partes. Se trata de un modelo formado de presupuestos culturales –sociales, lógicos y éticos- y constituye una superación de los modelos isonómico y asimétrico¹⁷⁹.

Modernización y agilidad del sistema judicial:

En toda Latinoamérica paulatinamente se afianzó la concepción de la justicia civil como una manifestación de una de las funciones públicas esenciales del Estado y se busca la armonización transnacional en torno a los Códigos Modelo Iberoamericanos, de Proceso Civil y de Procesos Colectivos mediante una interpretación creativa y progresista del juez (activismo judicial). Tal es el caso del ordenamiento brasileño y uruguayo que constituyen un ejemplo de la permeabilidad del sistema insertando nuevos institutos que mejoren y agilicen el servicio de justicia (ej. juzgados especializados de pequeñas causas, microsistema de procesos colectivos, acción monitoria documental)¹⁸⁰.

A nivel local el volumen de trabajo no puede excusar la demora de las autoridades. A fines de mitigar esta situación el Anteproyecto flexibiliza el plazo referido a las actuaciones electrónicas, haciéndolo extensible hasta las 24 hs. del último día. Solo cuando se trate de presentaciones que deban hacerse en soporte papel, regirá la modalidad clásica con las 2 hs. de plazo de gracia -Art. 149-.

¹⁷⁹ MITIDIERO Daniel “Colaboracao no proceso civil” 3º Edición. Revista Dos Tribunais. Pág. 52. 53.

¹⁸⁰ BERIZONCE Roberto O. “El nuevo CPC brasileño, Hacia la efectivización de los derechos y garantías fundamentales” https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/48/190/ril_v48_n190_t2_p203.pdf

Siguiendo el modelo de Justicia 2020, el acuerdo plenario N°3940/11 (Rawson, año 2011) el Superior Tribunal de Justicia resolvió desarrollar y reglamentar los procedimientos de notificación digital en los distintos fueros.¹⁸¹

ooO0Ooo

Comentario General respecto de la Redacción: En varias partes del Título se observa la intención del legislador de incorporar la redacción “el juez o la jueza” o viceversa, pero en otras se ha omitido y se lee solamente “el juez”. Si bien no impide la comprensión de la norma, consideramos que, a los fines de dar coherencia, se debiera unificar la expresión. ◇

Autores:

Alávila Casermeiro, Luis;

Argoitía, Patricia;

Benavídez, Sofía;

Calleri Constanza;

Cornejo, Macarena;

Minetti, Matías;

Molina, María Pía;

Sulca Daniela.

(Miembros de la CJP y Miembros del Instituto de Derecho de Procesal del Colegio de Abogados de Salta- (Instituto asociado a la AADP.)

ARTS. 155 A 171 – PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Análisis y Comentarios al Anteproyecto del Código General de Procesos de la Provincia de Chubut

El Código de forma proyectado para la Provincia de Chubut es un cuerpo normativo en el cual confluyen ideas, previsiones y avances adoptados en la materia procesal, haciéndose cargo de los problemas estructurales y particulares existentes en el trámite de los procesos y proyectando un cuerpo que elimine o mitigue los mismos.

Para tal faena, pone acento en el acceso de la justicia, la igualdad real de las partes, en un proceso oral por audiencias, en la importancia de la actividad y el rol social del juez, en la intermediación,

¹⁸¹ <https://www.juschubut.gov.ar/images/home/anexo-acuerdo3940-11.pdf>

en la resolución de conflictos en un plazo razonable, en el desarrollo del proceso en el menor número de actos procesales posibles, en la flexibilidad de los carriles para procesar el conflicto dependiendo de la magnitud o complejidad del mismo, en la compatibilidad con el uso de las nuevas tecnologías para la registración y gestión del proceso, en la importancia de la colaboración y la cooperación procesal de las partes, en el aseguramiento del cumplimiento de las sentencias, en la protección de los sujetos de preferente tutela, en la tutela judicial efectiva, en la dimensión colectiva de los conflictos, entre otros puntos, siempre velando por el debido proceso legal, el derecho de defensa de las partes y asegurando el contradictorio.

Es así que tomando ideas de modelos normativos extranjeros (v.gr. Código de Proceso Civil Brasileño de 2015, Código Modelo del IIDP: 1998, etc.), algunas ideas de las “Bases” sentadas para las reformas del proceso civil (o no penal) en el marco del “Programa Justicia 2020” del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, todas acordes a los estudios regionales que se vienen realizando desde hace años en el CEJA, las Reglas de Basilea, así como de diversos proyectos reformistas truncos, o actualmente en proyección (CPCCN y CPCCyF Buenos Aires) y de la más calificada doctrina procesalista del país y del derecho comparado, incluso innovando en ciertas previsiones, se proyectó un cuerpo integral e integrador que se encuentra a la vanguardia no sólo de nuestro país sino en la región.

Asimismo, cabe destacar que el texto del código bajo análisis se encuentra totalmente en consonancia y estructurado no sólo con los mandatos constitucionales y convencionales vigentes, sino con la interpretación y aplicación que se ha realizado de los mismos.

Por otro lado, es dable destacar el título preliminar que prevé el código, en el cual no sólo se enuncian los principios y las reglas fundamentales que enmarcan, justifican y jalonan las normas previstas evidenciando el espíritu y finalidad de las mismas, sino que además establece una pauta de aplicación e interpretación (punto XXI) de insoslayable importancia a fin de resolver los conflictos. Así, en materia de procesos donde se encuentren en tensión o conflicto derechos de linaje laboral, a guisa de ejemplo no puede soslayarse la pauta prevista en el punto I de maximizar los derechos en juego, el derecho a un proceso de duración razonable contemplando la tutela preferente que pauta el punto V.c, la igualdad material de las partes establecidas en el punto IX, así como las pautas de aplicación e interpretación que estipula el punto XXI (progresividad, no regresividad, etcétera). Empero, la importancia de los mismos no sólo surge de su enunciado y en su aplicación interpretativa o integradora, sino en que los mismos subyacen y se ven materializados en gran parte del articulado.

Título III

Registro electrónico del caso

Destacamos que el Proyecto del Código Procesal en comentario, establece la importancia de la administración de los recursos del sistema judicial con criterios de eficiencia y eficacia, utilizando los medios tecnológicos digitales.

De esta manera, los avances de la tecnología son implementados como una forma de garantizar la tutela judicial efectiva. Sin lugar a dudas, es un claro avance organizacional que instalará mejores prácticas.

Según la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “la gestión judicial comprende toda la actividad organizacional administrativa, que sirve de apoyo a la labor jurisdiccional de los jueces cuya independencia está garantizada por la Constitución.” En el caso del proyecto del Código Procesal de Chubut, la Gestión Judicial adquiere la preponderancia necesaria y, uno de los ejemplos, es la gestión del proceso a través del Registro Electrónico del caso del que se responsabilizará la Oficina de Gestión Judicial y el área de informática.

Continuando con el análisis, el texto establece que las actuaciones judiciales se realizan en formato digital y se sistematizan en unidades de información por caso denominadas "registro electrónico del caso", gestionado mediante **sistemas de administración de trámites informatizados, estos aseguran la accesibilidad, consistencia, inalterabilidad, condiciones de validez y ciclo de vida de los datos, como así el secreto y/o la confidencialidad cuando corresponda.**

Consideramos que la implementación de las actuaciones judiciales -totalmente- digitales a cargo de una oficina en particular, tendrá grandes ventajas, principalmente por la profesionalidad que conlleva que el registro electrónico del caso sea administrado y gestionado por especialistas en la materia.

En el capítulo sobre "Formación y examen del registro", el Proyecto establece que: “De cada proceso en curso se formará un registro electrónico del caso, que estará conformado por los registros de todos los actos procesales. Las presentaciones y/o documentos que sean remitidos por medios tecnológicos, serán incorporados al registro electrónico **en las condiciones que establezca la reglamentación.**”

Sobre este último punto, sería conveniente que el texto del proyecto del Código lo reglamente directamente, sin requerir reglamentación al respecto. La experiencia nos indica que podría generar inconvenientes, dilatando la posibilidad de aplicación del registro electrónico del caso, provocando distintas interpretaciones entre reglamentaciones y modificando la misma en poco tiempo.

Por otro lado, en relación con el registro físico del caso, resultaría atinado que el mismo sea utilizado solo para documentos cuya digitalización sea inviable por su gran volumen o por su ilegibilidad. No así en el caso que "no se cuente con servicio digital o este sea inestable o inseguro" como establece el Proyecto del Código, ya que genera más dudas que certezas.

Consideramos inadecuado plantear la implementación del expediente totalmente digital estableciendo que el mismo propicia una mayor “accesibilidad, consistencia, inalterabilidad, condiciones de validez y ciclo de vida de los datos, como así el secreto y/o la confidencialidad

cuando corresponda” y luego, en otro artículo, establecer que se utilizará el registro físico en caso que el servicio digital sea inestable o inseguro.

En todo caso, si lo que se pretende es resguardar el acceso a la justicia para personas que no tengan acceso a internet, una posible mejor solución es que ante estos casos el Estado resguarde dicho derecho fundamental digitalizando las presentaciones que se realicen en formato papel en el acto de ser presentadas, sin necesidad de ser reservadas en formato físico.

Con respecto al archivo, lo consideramos apropiado ya que es una forma de gestionar los casos, permitiendo visualizar qué expedientes se encuentran en trámite y cuáles no.

En relación al "ciclo de vida del registro electrónico del caso", podría establecerse con una mayor claridad, reglamentando el mismo, ya que del texto no se puede deducir -por ejemplo- cuándo se procederá a su destrucción.

Resulta esencial que el proyecto le transmita a los justiciables la tranquilidad de que el registro electrónico del caso donde tramitará su causa es confiable y seguro. Esta confianza podría lograrse desde una redacción que garantice la seguridad del sistema sin frases que la impugnen.

En este sentido, el proyecto dispone correctamente que: "Los registros digitales deben estar protegidos por medio de sistemas de seguridad de acceso y almacenados en un medio que garantice la preservación e integridad de los datos."

Sobre esta línea de pensamiento, el Capítulo III sobre la reconstrucción de registros que pondera la posible pérdida del mismo, consideramos que podría eliminarse del proyecto, o en su caso, fundamentar -con más detalles- los motivos de su redacción.

Título IV

Gestión del caso y acuerdos procesales

- **Gestión del caso**

La recepción normativa en materia de gestión del caso presenta considerables ventajas para la resolución del conflicto en el proceso civil.

El Anteproyecto hace eco de esta figura normativa, de modo de prever su incorporación como un deber cooperativo del juez para con las partes y todo aquel que participe en él. De esta forma, su regulación se asienta sobre la idea de un modelo de proceso que opera en torno a la idea central del conflicto, y que según sus aristas –individual o colectivo- se diagrama en lo concerniente a la instrumentación de la gestión del caso que resulte lo más adecuada, justa y equitativa posible atendiendo satisfacer en un plazo razonable con las exigencias del debido proceso. Por todo ello, se procura comentar el modo en que resulta regulado a los efectos de servir de oportunidad para

el análisis crítico de sus institutos, y también en aras de repensar la dinámica del proceso bajo una adecuada, efectiva y oportuna gestión del caso.

I. Un cambio de paradigma impulsado por la reforma.

El Anteproyecto aquí analizado constituye por esencia un cambio de paradigma, frente a un sistema procesal eminentemente escriturario, formalista, y piramidal en su composición. Un modelo de proceso asimilado y utilizado, pero que sin embargo no permite dar cabal solución a los conflictos, al menos de la forma que se pretende.

Los problemas del sistema de justicia actual asientan sus críticas, enraizadas por su manifiesta lentitud en la resolución de los casos, y un excesivo rigor formal manifiesto en la tramitación del proceso, que en cierto punto se convierten en prácticas engorrosas y burocráticas, y sobretodo caracterizado por la lejanía del juez con el asunto que tramita, en concreto respecto al conflicto sometido a su jurisdicción y resolución.

La situación esbozada evidencia la necesidad de una reforma y su introducción efectiva no depende solamente de una adecuada consagración normativa, sino que más bien de las prácticas cotidianas que se implementen en la gestión del caso. Estas prácticas constituyen un cambio de paradigma que para su implementación y mejor funcionamiento deben ejecutarse bajo una concepción sistémica, lo cual requiere que los actos procesales que lo componen se vinculen entre si y respondan a los fines para los cuales fueron concebidos: la adecuada prestación del servicio de justicia.¹⁸²

Por lo tanto, la implementación de la oralidad en los procesos surge como una metodología para la toma de decisiones que genera la necesidad de modificar la estructura del proceso mismo. En ese orden, la introducción de la gestión del caso supone que desde la óptica de la gestión del conflicto se propugne la adopción de las prácticas del manejo del caso por parte del juez, ya no concebido solamente como director del proceso sino que también como su administrador. Por ello, resulta loable su implementación en el anteproyecto por cuanto representa un mecanismo eminentemente de eficiencia procesal. De este modo, se adopta un esquema de trabajo y gestión del caso de modo cooperativo, entre el juez y las partes a los efectos de dar debido tratamiento y resolución al conflicto.

A continuación, se analizará en particular la institucionalización de la gestión del caso a los efectos de servir de un comentario crítico de sus previsiones.

II. Análisis de la regulación normativa.

La gestión del caso viene regulada en el Título IV, juntamente con los acuerdos procesales. En ese orden, su funcionamiento opera en base a dos directrices a cuyo efecto hace remisión. Se trata

¹⁸² Soto A., *Nuevas tecnologías y gerenciamiento de la Oficina Judicial*, en *Oralidad en los Procesos Civiles: Nueva Gestión Judicial*, Programa Justicia 2020, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2018.

de lo preceptuado en el Título Preliminar, en concreto en los N° XIV y XV, que trata sobre los principios de “Instrumentalidad y proporcionalidad de las formas”, y del principio de “colaboración procesal”. Ambos principios se destacan como directrices para un adecuado funcionamiento de este instituto. Nos detendremos sobre este punto.

En primer término, porque destaca el principio de instrumentalidad de las formas, por cuanto descarta el ritualismo de formas sacramentales en la gestión del conflicto excepto cuando la ley expresamente lo exija. En esa línea, se considerarán válidos los que, realizados de otro modo, respeten los derechos fundamentales que con dicha formalidad se busca proteger y que cumplan con su finalidad esencial. Asimismo, sienta un requisito de flexibilidad y proporcionalidad de los actos procesales de modo que la gestión del caso no se aparte del conflicto en tratamiento procurando la mejor efectividad en tanto gestión del proceso y en cumplimiento a los estándares del debido proceso. Por ende, el mecanismo de gestión que se implemente debe ser proporcional al conflicto, y a los derechos que se encuentren vulnerados y/o comprometidos.

En segundo lugar, porque regula al principio de colaboración procesal como un deber de gestión del caso en cabeza de todos, es decir, del órgano jurisdiccional como así también de todos los sujetos intervinientes a fin de que se obtenga una activa, adecuada, justa y efectiva gestión del caso.

En definitiva, se configura un esquema de proceso que potencia los principios de adaptabilidad y proporcionalidad. Ello significa, que los actos procesales no dependen de una forma determinada mientras cumplan su finalidad, y que asimismo tales actos deben guardar un correlato razonable en términos de solución, costo, tiempo y beneficios.¹⁸³

De este modo, la gestión del caso se instrumenta como un mecanismo de trabajo que atienda mediante sus prácticas a “...facilitar, mejorar u optimizar el procesamiento del conflicto, su resolución, y en su caso, la realización efectiva de lo compuesto o decidido...”.¹⁸⁴ Esto significa que la gestión del caso resulta de instrumentación en toda clase de medidas que se adopten durante todo el curso del proceso.

En ese orden, es dable destacar la técnica legislativa empleada por cuanto señala una serie de medidas al solo título enunciativo, de modo que es la dinámica y particularidad propia del conflicto la cual guiará el más adecuado y proporcional mecanismo de trabajo a seguir. El foco se centra en la tramitación, procesamiento y resolución del conflicto como idea central de configuración y definición de mecanismos de trabajo de gestión.

Del análisis de la lista de las medidas de gestión receptadas por el artículo 163 se destaca la presencia de esquemas flexibles de gestión judicial, mediante la utilización de un criterio de proporcionalidad, concentración y economía procesal. En ese sentido, se pueden destacar: la adaptación del esquema de discusión en función de la complejidad o sencillez del conflicto; la

¹⁸³ CEJA – Comisión Interpoderes, *Anteproyecto de Código General de Procesos para Chubut (Argentina): un modelo integral e integrador, disertación en el IV Congreso Internacional de Mujeres, Brasilia, 2019.*

¹⁸⁴ Conf. Art. 163 Anteproyecto de Chubut.

disposición y/o concertación de agendas de trabajo, reuniones y protocolos de actuación para procesar adecuadamente el conflicto; la dilucidación del conflicto en la medida de lo posible en una fase temprana; la reducción o ampliación de plazos a fin de facilitar la producción de actuaciones judiciales; la concentración de los actos procesales; la promoción y fomento de soluciones auto compositivas sobre la totalidad o parte del litigio; la adopción de procedimientos especiales para gestionar acciones potencialmente difíciles o prolongadas, entre otras.

Merece la atención destacar que tales medidas que enumera el anteproyecto, pueden ser objeto de extensión en base a la posibilidad de generación de mecanismos internos y participativos para construir buenas prácticas en la gestión de casos. Nos referimos expresamente a lo previsto en el artículo 161 por cuanto se procura uniformar y consensuar un mecanismo uniforme de interpretación de mecanismos de gestión de casos mediante la implementación de una figura colegiada como lo son los Colegios de Jueces. Un nuevo actor colegiado, que mediante el consenso y el diálogo puede servir de influencia para la definición de las prácticas de gestión a implementar.

La gestión del caso se configura como un deber calificado en el caso particular de los conflictos colectivos según el artículo 164, y en el caso de los litigios estructurales aún más incluso. Existe un deber agravado de participación y de gestión activa, y el norte es el de mejorar la eficacia y eficiencia de las medidas. Esta previsión es acertada y aconsejable por cuanto resguarda la debida protección en el caso especial de los conflictos que por la naturaleza de los derechos en disputa, y por su extensión o alcance de los efectos de su resolución, exigen una práctica que resguarde un mayor grado de sensibilidad en la gestión del caso.

Las medidas de gestión se concentran tanto en los jueces como en la Oficina Judicial. Pero no se detiene allí, sino que en virtud del artículo 165 las partes por aplicación del principio de colaboración procesal, pueden proponer medidas de gestión en sus escritos postulatorios, o bien en cualquier oportunidad procesal que consideren propicia. Por ende, se garantiza la participación de las partes en la proposición de las medidas de gestión, así como en su control y seguimiento.

Por último, para asegurar un debido cumplimiento y desarrollo de las medidas de gestión decretadas y en proceso de cumplimiento durante el curso del proceso, el Anteproyecto prevé expresamente que es función propia de la Oficina Judicial la de mantener un control permanente de la ejecución de las actividades fijadas con el objetivo así de eliminar todo tipo de dilación o contratiempo. En caso que así los hubiere, el Código dota a dicha Oficina de amplias facultades para compulsar y concretar toda clase de gestiones administrativas que resulten necesarias para garantizar las decisiones del juez, así como en caso de incumplimientos a dicha manda asimismo genera un espacio de diálogo entre esta Oficina y el juez competente. Ello permite asegurar la efectividad de tales medidas al prever la imposición de sanciones por su eventual incumplimiento.

III. Reflexiones finales.

A manera de colofón, corresponde destacar que la institucionalización del régimen de gestión del caso provoca considerables efectos sobre la tramitación y procesamiento del conflicto. En efecto, los aportes son:

- Se institucionaliza la gestión del proceso como eje en el proceso del conflicto asumiendo como directrices la dirección, organización, economía y buen orden del proceso.
- Se reconfiguran roles dentro del proceso bajo un esquema de trabajo cooperativo entre el juez y las partes bajo el estándar de colaboración, economía y celeridad procesal, entre otros.
- Se prevén mecanismos de gestión caracterizados por su flexibilidad, adaptabilidad y proporcionalidad al conflicto que faciliten, mejoren u optimicen el procesamiento del conflicto, su resolución y, en su caso, la realización efectiva de lo compuesto o decidido.
- Se redefinen prácticas de gestión judicial del caso mediante la introducción de un actor colegiado, en concreto el Colegio de Jueces, y que a raíz de su actuación permite el surgimiento de buenas prácticas de gestión.
- Se considera en especial la índole del conflicto, que puede resultar individual o colectivo, para adaptar el esquema de discusión y en consecuencia adoptar las medidas de gestión del caso. En el caso de los procesos colectivos, ello configura un deber agravado para su correcta implementación.
- Se complementa con acierto al concepto del flujo de casos asegurando medidas que optimicen el procedimiento debido al accionar conjunto entre el Consejo de Jueces y la Oficina Judicial.
- El mecanismo prevé mecanismos de control y evaluación, lo que asegura la eficiencia procesal de las prácticas adoptadas.

Acuerdos Procesales

Aquí la idea principal gira en torno a que, en la resolución de conflictos, deben admitirse los acuerdos procesales, pues estos son el resultado de la libre manifestación de las partes, pero entendemos que no puede dejar de analizarse en relación con la seguridad jurídica.

Garantizar la seguridad jurídica es indispensable para que el hombre pueda autodeterminarse libremente en sus elecciones y, de ese modo, poder desarrollar su vida y negocios.

Hablamos de un aspecto de la libertad cuando se tiene en cuenta la prevalencia de la voluntad de las partes de la relación procesal, ya que existen situaciones en las que la voluntad de los litigantes puede servir para que el proceso transcurra tempestiva y racionalmente.

El proceso contemporáneo debe dar solución a la voluntad de los litigantes, siempre y cuando, con ello, no se menoscaben los valores que el Estado debe preservar. En esa línea, el proceso no puede esconder los valores del Estado — reflejados en la Constitución—, en la medida en que le compete al juez, al actuar y decidir, no solo manifestarlos, sino hacerlos realidad. En otras

palabras, esto significa que no hay ninguna contradicción entre un proceso preocupado con la libertad y un proceso preocupado con los objetivos del Estado, ni ningún problema en preservar valores del Estado en detrimento de la voluntad de las partes.

Conforme a lo estipulado en el artículo 168 del Proyecto, de común acuerdo, antes o luego de iniciado el proceso, las partes pueden concertar acuerdos procesales o protocolos de actuación generales o particulares a fin de fijar el procedimiento y el límite de tiempo para el descubrimiento y divulgación de elementos probatorios previos o posteriores al juicio.

En ese marco, el acuerdo sobre la **prueba** tiene sentido con relación a hechos cuyo esclarecimiento puede interesar a ambas partes.

Tomando como base el Código Procesal Brasileño del 2015, nos parece pertinente esbozar algunas aclaraciones.

Entendemos que el acuerdo para investigar los hechos mediante un determinado medio de prueba no admite que una de las partes renuncie después a dicha prueba, puesto que éstas estipularon libremente su uso para esclarecer el litigio. Mediante dicho acuerdo, las partes favorecen la adecuada formación de la convicción judicial.

Sería distinto si, por el contrario, las partes estipularan que los hechos solo podrían probarse mediante una determinada prueba pericial y rechazaran la práctica de cualquier otra. En ese caso, el juez no estaría obligado a observar el acuerdo procesal, en la medida en que las partes no pueden limitar la formación de su convicción.

Es decir, las partes pueden determinar la prueba cuando no limiten la formación de la convicción del juez pero establezcan la importancia de un determinado medio de prueba para que el juez pueda decidir con convicción.

Las partes pueden predefinir una prueba que juzguen esencial para dilucidar los hechos en caso de un posible desacuerdo. El pacto, por ende, se basa claramente en la idea de que todos los sujetos del proceso deben cooperar entre sí para que se pueda obtener, en un tiempo razonable, una resolución sobre el fondo justa y efectiva.

Este pacto no impide que una de las partes solicite la práctica de otra prueba, que en principio se presentará junto con la determinada en el acuerdo. No obstante, ninguna de las partes puede rechazar el pacto y, de ese modo, oponerse a la práctica de la prueba. Si bien, es evidente que, si surgiera alguna circunstancia nueva o que no se hubiera podido tener en cuenta en el momento en que se celebró el acuerdo y que ponga de manifiesto que la prueba no es pertinente o necesaria para probar los hechos, cualquiera de las partes podrá demostrar que, pese al pacto, la prueba ya no es pertinente o útil y, por lo tanto, no debe practicarse. Por otro lado, es obvio que el juez podrá inadmitirla si, por su relación con los hechos objeto de prueba, esta es impertinente para la solución del litigio o cuando no haya controversia con relación a los hechos que la justificaban.

No obstante, cuando los hechos sean relevantes para la solución del litigio, el juez no podrá inadmitirla con el fundamento de que existe otra prueba más adecuada.

También es válido, empero, el pacto en el que las partes acuerdan la imposibilidad de practicar una determinada prueba, siempre que se garantice la adecuada formación de la convicción judicial.

En este sentido, el acuerdo procesal sobre la prueba no puede impedir la realización de los fines del Estado — incluida la tutela de la libertad — que acogen las normas constitucionales y se reflejan en los derechos fundamentales.

Sección V

Proceso contencioso administrativo

I. Consideraciones generales

Cómo introducción a una lectura pormenorizada de las instituciones contenciosas incluidas en el proyecto, es necesario hacer una consideración general sistemática, pues las instituciones de su articulado se proyectan de manera directa sobre las normas que regulan el proceso administrativo.

Ante todo, es de celebrar que tenga lugar en una sección especial dentro de un código general, regulando con precisión sólo lo que tiene de particular, pues además de brindar reglas claras dentro de un ordenamiento sistémico, funciona como una garantía de seguridad jurídica evitando la dispersión normativa, escenario que suele ser común en la mayoría de las jurisdicciones¹⁸⁵.

1. Las tutelas procesales diferenciadas y el rol del juez

No podemos dejar de destacar que el proyecto hace aplicación directa de la doctrina de las tutelas procesales diferenciadas¹⁸⁶, exigiendo del juez un activismo expreso y la gestión del caso atendiendo al carácter sensible de los derechos en juego, poniendo sobre su orbe incluso hasta el dictado de medidas cautelares en sentido lato (e interinas) de oficio.

Es así que la norma del art. 616 *in fine* instauro como deber del juez (y facultad de las partes), proponer, administrar y adaptar las reglas comunes de modo adecuado y proporcional al tipo de conflicto, sujetos e intereses en disputa, conforme las facultades de gestión del caso.

¹⁸⁵ Vale como ejemplo el sistema normativo de la Provincia de Buenos Aires, donde la materia contenciosa surge de la conjunción de multiplicidad de normas, como la ley 12.008 de proceso contencioso administrativo, la ley 13.757 sobre ministerios (Asesoría General de Gobierno), la ley de Fiscalía de Estado 7.543, el Código Procesal, por sólo citar las principales.

¹⁸⁶ Por todos, véase José María Torres Traba “*Las tutelas procesales diferenciadas. Aspectos prácticos que justifican su sistematización*” trabajo presentado en el marco del XXV Congreso Nacional De Derecho Procesal celebrado en la Universidad Nacional de Buenos Aires los días 11, 12 y 13 de noviembre del 2009.

Esto es mucho más que el diálogo de fuentes que propone el Código Civil y Comercial, pues hace del magistrado o magistrada un verdadero custodio de las garantías convencionales, y no un simple oráculo de normas, reglas y principios. Esta característica coloca al proyecto en la vanguardia mundial en punto al rol protagónico de la judicatura como un verdadero poder político.

En este último punto, no es inocente el uso de las palabras. Consideramos que más allá del análisis estrictamente jurídico, el proyecto tiene un horizonte político sin límites, pues coloca a los jueces y juezas como gestores del conflicto social y garantes de la acreencia más sensible que un pueblo puede tener: el derecho a políticas públicas progresivas en materia de derechos humanos (económicos, sociales, ambientales, políticos y culturales).

Va de suyo que lo destacamos como algo positivo, sin perjuicio de subrayar, que tamaña responsabilidad, necesariamente debe ir de la mano con una ley que prevea mecanismos objetivos de selección de magistrados según el mérito demostrado de idoneidad. Un fuero verdaderamente protectorio de la ciudadanía, necesariamente debe estar integrado por funcionarios seleccionados sin intervención de la política partidaria. Tampoco se nos escapa que igual suerte debieran tener los procedimientos de enjuiciamiento y remoción de magistrados, con un diseño que evite el “adoctrinamiento” de los ingratos al poder de turno.

2. Procesos colectivos

Al analizar la materia contenciosa no hay que descuidar la regulación de los conflictos donde estén involucradas afectaciones a un colectivo de personas. Esta quizás sea la novedad más interesante del proyecto, pues se hace cargo de una regulación exhaustiva de los procesos colectivos, sistema que repercute de manera directa en los litigios en los que la administración es parte, puesto de que muchas veces va a ser la demandada principal.

Con la presente salvedad, podemos trazar las características de un proceso contencioso administrativo colectivo: oral, público y por audiencias, que expresamente prevé la gestión de litigios de reforma estructural, y la pretensión de implementación de políticas públicas. Ello siempre en el marco del *case management* y brindando al órgano estructuras flexibles que incluso contempla la participación de diversos protagonistas como el Defensor del Pueblo (art. 108), pueblos originarios (art. 34), *amicus curiae*.

Las *class actions* adquieren su punto de máxima vanguardia en la previsión de un proceso con jurados populares, atento a que por aplicación del art. 118 inc a), se prevé tal posibilidad para conflictos de relevancia social, económica o política, que en gran medida van a ser de tipo colectivo y contra el estado.

3. ¿Desaparición del amparo?

Por su parte, se hace ineludible destacar que en la lógica del proyecto ha desaparecido el amparo en su tradicional concepción, para reemplazarlo por mecanismos más ágiles como los procesos

monitorios y la tutela de evidencia, que muchas veces van a tener como legitimado pasivo al Estado.

De todos modos notamos que es nombrado en la regla del artículo 613 inc. i), de tal suerte que nos preguntamos si sobrevive o no a la reforma.

4. Régimen cautelar

Otra auspiciosa novedad, se trata de la ausencia de un régimen especial de medidas cautelares. Este tema, por demás polémico, ha sido terreno de interminables debates luego de sancionada de la ley de medidas cautelares contra el Estado Nacional, sólo aplacado por el paso del tiempo, pero que continúa en la *praxis* del foro.

La implementación de un sistema especial en lo federal ha desdibujado la esencia protectoria del fuero, con una grave afectación del principio de igualdad procesal, producto del dictado de normas que favorecen en forma desmedida la posición del Estado Nacional frente al justiciable. Celebramos entonces, que el propio proyecto en análisis consagre de manera expresa en el artículo preliminar IX la igualdad de las partes, y que no exceptúe de su aplicación al estado.

5. El juicio por jurados

La instauración de un juicio por jurados (no penal) para analizar la constitucionalidad de reglamentos y responsabilidad civil de funcionarios (art. 118 incs. b y c), colocan al proyecto a la vanguardia del constitucionalismo dialógico, haciendo uso de un moderno mecanismo de participación ciudadana, democratizando las decisiones y legitimando la labor jurisdiccional.

Las previsiones del Proyecto necesariamente deberían complementarse con la sanción de una ley de responsabilidad del Estado atento al (preocupante) vacío legal que el Código Civil y Comercial nos dejara a ese respecto.

6. El rol del estado y el principio de resolución consensuada

Finalmente, nos genera grandes expectativas la instauración del principio de solución consensuada de conflictos, y la aplicación que eventualmente haga de aquel el estado como litigante. El pasaje de la postura clásica en la materia: “el estado no negocia”, hacia un estado inteligente y negociador tendrá mucho que ver con el sistema de incentivos y desincentivos que por lo demás el propio proyecto contempla en varias de sus disposiciones.

II. De las causas contencioso administrativas

El art. 611 del proyecto describe a las causas contenciosas como todas aquellas en las que una autoridad administrativa con legitimación sea parte, indistintamente de que las pretensiones pertenezcan al ámbito del derecho público o privado.

La norma sigue una lógica idéntica a la del Código de la CABA, fijando la competencia material contenciosa toda vez que la administración sea actora o demandada. A este respecto, se separa del criterio que la otorga usando como eje el ejercicio de funciones administrativas, como lo hace, por ejemplo, la Provincia de Buenos Aires (Ley N° 12.008 art. 1).

Pensamos que la técnica legislativa bonaerense armoniza mejor con la prohibición de los fueros personales del art. 16 de la Constitución, en tanto lo que va a determinar la competencia es el tipo de unción y no la calidad (estatal) de la persona. En contrapartida, concentrar todas las causas donde intervenga el Estado en un solo fuero, tiene la desventaja de sustraer de sus estatutos específicos a litigios cuya esencia no es administrativa. Ello máxime, teniendo en cuenta que muchas regulaciones especializadas constituyen una variante de las tutelas procesales diferenciadas (orgánico funcionales). Nos referimos concretamente al fuero del trabajo, respecto del empleo público.

Algo similar podría decirse de los daños típicos del derecho privado, que también serían absorbidos por el contencioso, aun siendo una clásica pretensión del derecho civil. Por lo demás, el art. 613, aclara expresamente que el empleo público y la responsabilidad derivada de hechos lícitos o ilícitos es materia contenciosa.

La atribución por la calidad personal es tan amplia, que el propio legislador se vio obligado a aclarar que los conflictos de familia, capacidad, y salud mental donde una autoridad administrativa pudiese estar demandado o resultar responsable no son competencia del fuero contencioso (art. 614 inc. e).

Intuimos que el legislador ha seguido un criterio pragmático, donde privilegia la claridad de la norma para evitar conflictos de competencia. Tampoco es un detalle menor el hecho de que en la Provincia del Chubut en la actualidad no existe el fuero, y los litigios contra el estado son del resorte originario de la Corte local.

El art. 612 especifica el concepto de autoridad administrativa comprendiendo además de la administración pública centralizada y descentralizada, a los órganos legislativo y judicial, los Municipios que la componen y los entes públicos no estatales o privados en cuanto ejerzan potestades públicas. Aquí sigue una técnica similar al resto de los ordenamientos provinciales, pero genera algunas dudas acerca de la actuación de los colegios profesionales, ya que si bien podrían ser entendidas como entes públicos no estatales, no están incluidas en la casuística del art. 613.

III. Causas incluidas

Como adelantamos, el art. 613, al sólo efecto enunciativo, aclara expresamente que la competencia contencioso administrativa comprende diversas controversias.

A saber: las que tengan por objeto el cuestionamiento de actos administrativos de alcance general o individual (inc. a); las que se susciten entre prestadores de servicios públicos o concesionarios de obra pública y usuarios (inc. b); aquellas en las que sea parte una persona pública no estatal, (inc. c); las que versen sobre la responsabilidad contractual o extracontractual, generada por la actividad lícita o ilícita de la Provincia, los municipios y los entes públicos estatales (inc. d); las relacionadas con el cuestionamiento de actos determinativos de tributos (inc. e); las que versen sobre las limitaciones y restricciones a la propiedad privada en el interés público (inc. f); empleo público, (inc. g); y el amparo y mandato de ejecución o prohibición interpuesta contra la provincia, las municipalidades y los entes públicos no estatales (inc. i).

Insistimos en que hubiera sido una buena oportunidad para atribuir al fuero laboral el empleo público, y los casos de responsabilidad extracontractual al civil, no sólo por ser su ámbito natural de resolución sino por evitar que en la praxis el contencioso se transforme en un fuero personal protectorio del Estado.

La historia de los fueros personales muestra cómo, aun con su pretendida objetividad, el sólo hecho de concentrar todo en un solo tipo de órgano representa una ventaja en sí misma, máxime cuando también capta al amparo.

IV. Competencia territorial

El art. 611 *in fine* establece que la competencia contenciosa administrativa es improrrogable, salvo en lo referido la competencia territorial. En este sentido el art. 615 fija una *sub* regla especial: será competente el tribunal en lo contencioso administrativo correspondiente al domicilio del demandante o aquel de las personas cuya actuación dé lugar a la pretensión, a elección del actor.

El principio parece muy saludable cuando el accionante es el administrado, pero genera alguna disonancia cuando lo es el Estado, pues resulta muy lógico que este vaya a iniciar siempre sus reclamos en la capital provincial con evidente perjuicio de los ciudadanos que viven en localidades lejanas.

Otra disonancia, que en definitiva será resuelta por la casuística jurisprudencial, aparece cuando el artículo en comentario remite a las reglas generales de competencia de los artículos 55 y concordantes, pues dice que deberán armonizarse en cuanto fuera posible, de tal suerte que no se entiende bien en qué casos operan las reglas generales y cuando la especial (con sus excepciones) de la Sección V.

V. De la representación estatal y los terceros

El art. 617 ocupa de la representación de los órganos y entes estatales, siguiendo un esquema clásico. Adopta la figura del Fiscal de Estado para defender los intereses patrimoniales del Fisco

(inc. a), junto con el Asesor General de Gobierno cuando la demanda es la Provincia en materia de anulación de actos (inc. b). Los Municipios y demás entes provinciales o municipales que comparezcan como actores o demandados, serán representados por los abogados de sus respectivos servicios jurídicos (inc. c).

V. 1. El Defensor del Pueblo

El Defensor del Pueblo (art. 108) sólo tiene la atribución de cuestionar actos del gobierno local, dejando fuera la posibilidad de accionar contra el estado nacional.

En tanto es una facultad no delegada por las Provincias la de designar un legitimado para la defensa de sus intereses (individuales y colectivos), estimamos que la norma pudo prever una legitimación amplia comprensiva de lo federal, a semejanza del art. 55 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aries que otorga legitimación amplia siempre que se afecten intereses de los habitantes de la provincia.

V. 2. Legitimación de los terceros

El proyecto no prevé una norma especial para atribuir legitimación a terceros, no queda claro el alcance de su protección en punto a la tutela del interés simple. Entendemos que por aplicación del art. 85 inc. a, el proyecto legitima sólo a quienes tengan un interés directo y legítimo.

VI. Las pretensiones contenciosas

El art. 618 enumera un catálogo clásico de pretensiones que expresamente reivindica para el fueron contencioso, sin perjuicio de aclarar que la enunciación es meramente ejemplificativa.

A saber: a) La anulación total o parcial de actos administrativos de alcance particular o general; b) El restablecimiento o el reconocimiento de derechos e intereses tutelados; c) El resarcimiento de los daños y perjuicios; d) La declaración de certeza sobre situación jurídica regida por el derecho administrativo; e) La cesación de una vía de hecho administrativa; f) La realización de una determinada pretensión o el emplazamiento para el dictado de un acto administrativo, por parte de alguno de los entes previstos en el artículo 612.

Apuntamos que el último inciso pretende suplir al conocido “Amparo por mora”, pero es la única previsión en ese sentido, resultando a todas luces insuficiente. Ello teniendo en cuenta la progresividad y los principios procesales que el Código reivindica, dentro de la búsqueda de realizar de un proceso más justo y equitativo.

Además, por una cuestión de coherencia normativa y un análisis global de los principios procesales del presente, sería atinente también considerar dentro de los incisos del citado artículo

a la pretensión de implementación de políticas públicas y consecuentemente haber dedicado un capítulo a su articulación (demanda, contestación, etapa preliminar, etc.).

Máxime, considerando que no es una novedad la cuestión, dado que se encuentra previsto en el “*Código Modelo de Procesos Administrativos para Iberoamérica*”. Consideramos que en un código de avanzada, sería necesario fijar algunos criterios mínimos en punto a los recaudos de la postulación y procedencia.

VII. Acumulación de pretensiones. Remisión

Según el art. 619, rigen las reglas generales en torno a la acumulación de pretensiones y/o procesos. Sólo aclara que se podrá deducir pretensión de resarcimiento conjuntamente con la de anulación de actos, o bien deducirla luego, como reclamo autónomo.

La remisión a las normales generales se presta a confusión en cuanto a que el art. 209 -2da parte- establece que la acumulación de procesos podrá darse, siempre que la sentencia que se dicta en un proceso pueda producir efectos jurídicamente relevantes en otro.

La idea de lo “jurídicamente relevante” es un concepto indeterminado de difícil delimitación, pues depende mucho de consideraciones subjetivas. Como ejemplo, podríamos decir que no está claro si eventualmente podría acumularse un apremio con un crédito a favor del administrado, puesto que liberarse total o parcialmente, ciertamente es un efecto jurídico relevante para el ejecutado.

VIII. Agotamiento de la vía administrativa

El art. 620 contempla el agotamiento de la vía administrativa sólo respecto de la impugnación de actos administrativos, aclarando que no es necesario, salvo que una norma específicamente así lo establezca.

El artículo no termina de ser claro, podría interpretarse a contrario sensu que la regla general es agotar la vía administrativa, salvo en los supuestos de impugnación donde la regla se invierte.

También sería atinado agregar en este punto dos supuestos que no están previstos: 1) cuando el acto administrativo definitivo de alcance particular hubiera sido dictado por la autoridad jerárquica superior con competencia resolutoria final; y 2) el supuesto de denegatoria tácita. Sería interesante en este punto, brindar alguna precisión a semejanza de la ley Nacional 19.549 y el código de la CABA.

IX. El silencio administrativo

En cuanto al silencio administrativo, preceptúa el art. 621 que vencido el plazo legal que la autoridad administrativa tuviese para resolver una petición o recurso, y una vez transcurridos

treinta días hábiles administrativos de fenecido, se presumirá la existencia de una resolución denegatoria o adversa para el interesado y quedará habilitada la instancia judicial.

El artículo no prevé el caso de respuesta ambigua por parte de la administración, ni la posibilidad atribuirle al silencio, en casos excepcionales, un sentido positivo.

Se entiende que la intención del codificador es proteger al administrado en el sentido de fijar la denegatoria como agotamiento de la vía. para posteriormente poder iniciar la instancia judicial, pero no siempre es la solución más favorable. Sería prudente, en este punto, considerar algunas cuestiones -por vía de excepción desde ya- donde el silencio tenga sentido positivo. Y a su vez, incorporar también aquellas respuestas que pueden ser ambiguas las cuales tampoco satisfacen de manera adecuada el reclamo frente a la administración.

Estimamos que si bien representa una ventaja para el administrado no tener que iniciar un amparo por mora para configurar el silencio, consideramos que entre el término legal para resolver una petición y/o recurso, sumado a los 30 días hábiles que exige el código, se termina generando un plazo demasiado excesivamente amplio.

X. La reclamación previa para el ejercicio de las acciones

El art. 622 establece como regla la previa reclamación en sede administrativa para el ejercicio de las acciones fundadas en la responsabilidad, dirigidas contra una autoridad administrativa, mientras que en el art. 623 se fijan las excepciones, consignando múltiples supuestos. Veamos: a) Los cobros fundados en la ejecución de sentencias; b) El resarcimiento fundado en la inconstitucionalidad de leyes o decretos; c) La pretensión de daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad extracontractual; d) El cese de vías de hecho producidas por la autoridad administrativa; e) En los supuestos en que resulte exigible el agotamiento de la vía administrativa previa, la interposición de la demanda importará la interrupción de los plazos para la presentación de los recursos; f) Cuando mediare una clara conducta de la demandada que haga presumir la ineficiencia cierta de acudir a una vía administrativa o cuando, en atención a particulares circunstancias del caso exigirla resultare, para el interesado, una carga excesiva o inútil; g) Cuando una norma expresamente la excluya.

Sólo apuntaremos que las excepciones incluyen un abanico muy variado, y algunos (como el inc. f) de una tipicidad muy abierta, de tal suerte que la regla general se vea bastante desvirtuada, al punto que es difícil imaginar algún supuesto de operatividad. Por lo demás, no haber incluido este requisito le daría más coherencia al sistema en punto a la voluntariedad de los sistemas consensuados de resolución de conflictos. Tampoco resulta verosímil que el Estado vaya a pagar voluntariamente algún reclamo.

La reclamación deberá presentarse por escrito ante el Ministerio del ramo o ante el órgano superior del respectivo ente autárquico. Deberá identificarse la pretensión y precisarse sus elementos fácticos, probatorios y jurídicos (art. 624).

La reclamación deberá resolverse dentro de los treinta días de iniciada. De negarse el reclamo, o de transcurrir el plazo antes mencionado, quedará habilitada la instancia judicial (art. 624 *in fine*).

XI. Reglas especiales de tramitación

El Artículo 631 establece que, por regla, el Proceso Contencioso Administrativo tramitará por las normas del proceso amplio (el que, conforme al artículo 530 y concordantes del Anteproyecto, es el previsto para los conflictos de mayor complejidad, siendo un proceso de conocimiento amplio, bajo un sistema de doble audiencia: la preliminar y de juicio). Sin embargo, se prevé la posibilidad de excepciones al proceso amplio en dos supuestos:

1) Excepciones que la propia Sección contemple: En este punto, resulta importante destacar que, más allá de lo que establece este artículo, la sección no contempla de manera expresa ningún supuesto en el que el Proceso deba necesariamente tramitar por las normas del proceso simple.

Únicamente se hace referencia al trámite para la acción de lesividad, para la que se reitera una vez más el principio general, estableciéndose que “*podrá tramitar mediante un proceso de conocimiento amplio o simple, teniendo en consideración a tal fin las particularidades del caso...*” (art. 630).

Como otras excepciones, podrían encontrarse el proceso para el levantamiento de la suspensión de la ejecución del acto administrativo (art. 634) y el proceso para la ejecución de sentencia —el que tramitará por las normas del proceso ejecutorio, arbitrando las medidas y modalidades más convenientes al tipo de pretensión declarada— (art. 638).

2) Lo que resulte de la gestión del caso: Esto último resulta acertado si se tiene en cuenta que, como premisa general, el anteproyecto prevé que el conflicto debe ser procesado mediante el esquema de tramitación más adecuado a las características del conflicto, pudiendo tanto las partes como el juez o la jueza proponer y asignar el trámite que consideren más apropiado, proporcional y razonable, conforme a la complejidad o sencillez del conflicto de que se trate. Ello también es concordante con la remisión que realiza el art. 616, que prevé la aplicación analógica de las Reglas Generales al Proceso Contencioso Administrativo.

En general, la regulación referida a las reglas de tramitación del Proceso Contencioso Administrativo resulta ser novedosa, por estar enmarcada dentro de la impronta general del Anteproyecto, en el que el conflicto debe ser procesado mediante el esquema de tramitación más adecuado a las características del conflicto. Ello es concordante con los Principios Fundamentales de “Gestión del proceso” y de “Adaptabilidad, proporcionalidad e instrumentalidad de las formas procesales”, que se regulan en el Título Preliminar.

XII. Facultad de designar funcionario del área para asistir al representante del Estado en audiencia

Si bien el título del art. 632 refiere a la “facultad” de designar funcionario del área para asistir al representante del Estado en audiencia, se advierte que dicha actividad se impone como una

obligación, en tanto se expresa que *deberá* comparecer a las audiencias que se fijen, “*además de quien represente al Estado, un funcionario designado al efecto por el Ministro, Secretario o Autoridad máxima del organismo estatal correspondiente, a fin de participar en la defensa de los intereses públicos comprometidos*”.

Además, se agrega que deberán concurrir con facultades suficientes para propiciar la solución del conflicto en todas sus formas posibles, incluyendo particularmente la potestad de lograr soluciones consensuadas del mismo.

Esta imposición también resulta ser novedosa, yendo de la mano con la impronta general del Anteproyecto. Se ve como un mecanismo coherente con la premisa general que subyace en todo el Anteproyecto, relacionada con la necesidad de promover la participación de las partes en la gestión del conflicto y la solución consensual del mismo. Es conteste con el Principio de “*promoción y prioridad de la solución consensual de conflictos*”, incorporado en el Título Preliminar –en el que expresamente se incluye al Estado como sujeto pasivo del deber de promover métodos de solución consensual de conflictos individuales y colectivos-.

A la luz de dicha premisa, resulta lógico que, en el caso de que una de las partes en un conflicto sea el Estado, es imprescindible la comparecencia de funcionarios dotados de facultades para participar activamente, e incluso negociar e intentar llegar a soluciones consensuales. Se advierte que en la norma no se regula expresamente la forma de citación al Organismo Estatal correspondiente, es decir si se debe cursar notificación directamente al mismo, o la misma se realiza por intermedio de la Fiscalía de Estado.

Por último, restaría ver si el resto de la normativa provincial se encuentra compatibilizada o, en su caso, adaptar la misma, dejando establecido de qué manera corresponderá dotar a estos funcionarios -en sede administrativa- de las facultades requeridas para lograr soluciones consensuadas. Ello para que la actividad que desplieguen en el proceso resulte válida y eficaz a efectos de arribar a acuerdos transaccionales o conciliatorios válidos. Cabe destacar que, por ejemplo, en la Provincia de Buenos Aires se encuentra expresamente vedada la posibilidad de arribar a acuerdos transaccionales por el Fiscal de Estado (Decreto Ley N° 7543/69), salvo expresa autorización del Poder Ejecutivo. De igual modo, cabría destacar que todo acuerdo arribado en juicio deberá ser aprobado por acto administrativo.

XIII. Accesibilidad o remisión de actuaciones administrativas

El artículo 633 prevé la remisión de las actuaciones administrativas, de manera similar a la prevista en la Ley N° 12.008 (esto no se incluye expresamente en la Ley Nacional N° 19.549 ni la Ley N° 189/99 de CABA).

En el Anteproyecto no se establece una sanción por el incumplimiento. En la Ley N° 12.008 se establece que “*Si la autoridad requerida no remitiere los expedientes en el plazo correspondiente, el Juez proseguirá la causa (...) tomando como base la exposición de los*

hechos contenida en la demanda, sin perjuicio de la facultad de la demandada de ofrecer y producir toda la prueba que estime corresponder a su derecho”.

XIV. Cumplimiento de la sentencia ejecutoriada contra el Estado

El título VI se encarga de regular el cumplimiento de la sentencia ejecutoriada contra el Estado. En general, se establece una regulación similar a la de la ley N° 12.008 de la Provincia de Buenos Aires.

La redacción de las normas no es del todo clara. Sin embargo, se entiende que se diferencian diversos tipos de sentencias:

1. Si las mismas no son de dar sumas de dinero: El plazo para su cumplimiento debería ser el que establezca la sentencia. En caso de que la misma no se expida al respecto, se deberá entender que la autoridad administrativa dispone de 60 días computados desde la notificación de la sentencia.
2. Si las mismas son de dar sumas de dinero que no sean de naturaleza alimentaria -o que siendo de naturaleza alimentaria sobrepasan las tres remuneraciones del gobernador: Se entiende que se deberá cumplir con los requisitos de los artículos 640 y 641 (que regula la inclusión en el presupuesto).
3. Si las mismas son de dar sumas de dinero de naturaleza alimentaria cuyo importe total no sobrepase tres remuneraciones del gobernador: se les da prioridad, estableciéndose que están exentos de los requisitos de los artículos 640 y 641 –aunque no se fija el plazo para su cumplimiento, el que, se entiende, debería ser menor al fijado para las anteriores-.

La norma se enrola en el principio de “Tutela judicial efectiva”, intentando mecanismos para el cumplimiento oportuno de la decisión. Además, se entiende que la misma tiene una finalidad proteccionista hacia aquellos créditos de carácter alimentario (siempre y cuando no sobrepasen las tres remuneraciones del gobernador), buscando el cumplimiento de las sentencias que los determinan con mayor premura. Sin embargo, de la lectura del texto proyectado, no resultan del todo claras cuáles son las pautas que deberán aplicarse al cumplimiento de aquéllas sentencias, sugiriendo una relectura de su redacción.

Sección VI

Proceso laboral

Centrándonos en la regulación de los procesos laborales, en forma previa es dable advertir que el Código General de Procesos de Chubut está concebido como un cuerpo uniforme de regulación de todos los procesos no penales, siguiendo la lógica del Código Modelo del IIDP. En el mismo, a modo de columna vertebral se regula una matriz común aplicable a todos y regulaciones

mínimas en torno a aquellos aspectos que revisten especialidad en cada materia, entre los cuales encontramos el contencioso administrativo, de familia y laborales.

Claramente el texto chubutense se enrola en una regulación integral de los procesos civiles (rectius: no penales), lo cual incluso ya ha sido así previsto en otras legislaciones (v.gr. Tierra del Fuego); a diferencia de otras jurisdicciones provinciales que desde hace años mantienen tradicionalmente una norma procedimental separada de los códigos procesales civiles y comerciales (Así: Ley 18.345 en la Justicia Nacional de la CABA, la Ley 11.653 en Pcia. de Buenos Aires, etcétera) aunque sí disponiendo su remisión supletoria a las mismas, técnica legislativa que aún se mantiene en la Provincia de Buenos Aires a la luz de la “Ley de Procedimiento Laboral” Nro. 15.057 de 2018⁽¹⁸⁷⁾.

Sin perjuicio que se desconoce si la pertinente ley de aprobación del Código General derogará o dejará sin efecto la LEY XIV - N° 1 (Antes Ley 69) o si sancionará una ley que complementa el procedimiento laboral chubutense, lo cierto es que el citado código contempla una serie de normas respecto a los procesos laborales *a priori* de un modo completo, que atiende y amolda a las particularidades que afloran en los conflictos laborales e incluso se amalgaman y sintetizan a los principios y mandatos del Derecho del Trabajo y Seguridad Social celosamente reconocidos y protegidos por normas sustanciales, constitucionales y convencionales. El derecho procesal laboral no puede separarse de las bases teóricas del derecho sustantivo pues, al ser realidades inescindibles, el primero constituye instrumento para el cumplimiento del segundo (¹⁸⁸).

Claramente el diseño y estructura procesal establecida parecen acordes a dar debida respuesta en un plazo razonable (¹⁸⁹) a reclamos donde están en juego derechos sociales y créditos de carácter alimentario, habiéndose cargo de las dilaciones y demoras que habitualmente insumen el tránsito de un proceso judicial a fin de evitar que respuestas jurisdiccionales tardías acentúen la hiposuficiencia características del obrero que debe acudir a los estrados para defender sus derechos.

En efecto, de la fisonomía de los procesos establecidos en forma general, sus esquemas de tramitación (arts. 530, 531, 536, 536 inc. d, 538, 548 inc. b, entre otros del código proyectado), así como de los principios y reglas fundamentales orientadores y de aplicación (Título Preliminar), rol de los jueces, conducta de colaboración y cooperación de las partes, presupuestos de dictado de medidas cautelares (art. 308 inc. c), así como disposiciones diseminadas a lo largo del articulado del texto proyectado sobre otros institutos procesales, surge que los mismos van en consonancia y son compatibles con postulados acordes a una justicia de protección, al principio

¹⁸⁷ Sobre la evolución de la legislación procesal bonaerense véase y ampliase en: SOSA AUBONE, Ricardo Daniel, Ley de Procedimiento Laboral 11.653, Tomo I, pág. 6, L:E:P. 2004 y en los Fundamentos de la Ley 15.057, publicado en <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/f-15057.html>

¹⁸⁸ Sobre la relación entre las normas procesales y sustanciales, véase: MORELLO, Augusto M. y otros, “Lectura procesal de temas sustanciales”, LEP, 2000 y CAÑAL, Diana Regina (2011). Decisiones Judiciales. La relación entre normas de fondo y de forma. (1° ed.): Buenos Aires: Editorial Errepar

¹⁸⁹ El tiempo en el proceso no es oro, sino justicia (Véase: Eduardo Couture, Proyecto de C.P.C., Depalma, Bs. As., 1945, p. 37, citado por Devis Echandía, H. “Teoría General del Proceso”, Ed. Universidad, 1997 haciendo referencia a los recursos extraordinarios, pero aplicable a lo aquí expuesto.

protectorio, a la hiposuficiencia y con la calidad de sujeto de “preferente tutela constitucional” de los trabajadores (Conf. CSJN, 14/09/04, “Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA SA”; 21/09/04, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA”; 01/09/09, “Pérez, Aníbal c/ Disco SA”, 24/11/09; entre otros).

Particularidades

Habiendo esbozado en forma somera, rapsódica y genérica algunas generalidades del Código General proyectado y sus incidencias sobre los procesos laborales, pasamos a exponer brevemente algunas consideraciones o peculiaridades sobre su articulado, sobre la regulación de ciertos institutos o aspectos del proceso laboral, especialmente que conlleven alguna novedad u omisión respecto a las regulaciones ya conocidas y existentes.

Obviamente, lo aquí expuesto reviste una aproximación apriorística, si se permite teórica y en base a una comparación con regulaciones ya conocidas, sin perjuicio de las nuevas y mayores cavilaciones que surgirán una vez entrada en vigencia del texto sub examine.

I. Tipo y características del procedimiento.

Tradicional e históricamente las normas procesales provinciales que han regulado los procesos laborales se han clasificado en: a) Procedimiento *escrito y doble instancia* y b) Procedimiento *oral en instancia única, obviamente con la limitación y exactitud de toda clasificación, más aún cuando cada normativa tiene matices, particularidades y peculiaridades propias cuyo análisis exceden el presente*. Así, entre los procedimientos de escritura y doble instancia (a) encontramos: Nacional (Ley 18.345), Catamarca (Ley 4.799), Chaco (Ley 2383, Ley 7434 de 2014), Corrientes (Ley 3.540), Entre Ríos (Ley 5.315), La Pampa (Ley 986), Misiones (Ley 2.884), Neuquén (Ley 921), Salta (Ley 5.298), San Luis (Ley 2.642), San Juan (Ley 5.732), Santa Cruz (Ley 1.444), Santa Fe (Ley 7.945), Chubut (Ley 69) y Tierra del Fuego (Dto. 454). Por otro lado, encontramos entre los segundos (b) Buenos Aires (ley 11.653) (aunque esta tradición se ha modificado con la ley 15.057 de 2.018¹⁹⁰), Tucumán (Ley 6.204), Córdoba (Ley 7.987) Formosa (Ley 639) La Rioja (Ley 3.372) Jujuy (Ley 1.938) Mendoza (Ley 2.144) Rio Negro (Ley 1.504) Santiago del Estero (Ley 3.603). Tradicionalmente la oralidad estaba ligada a la instancia única, garantizada generalmente por la organización de un Tribunal colegiado, de manera que sus pronunciamientos se manifiestan como la obra colectiva de varios jueces. El texto chubutense proyectado emplea procesos “orales” mediante el esquema de “procesos por audiencias”, siendo escriturarios los actos postulatorios e instancias recursivas, con una “doble instancia” de decisión de los pronunciamientos por un órgano jurisdiccional superior, lo cual a nuestra opinión abastece en debida forma el “debido proceso” ya que en términos de la propia CIDH incluye las garantías mínimas previstas para el proceso penal también respecto de las demás materias (¹⁹¹).

II. Esquema y trámite de los procesos. Procesos monitorios.

(¹⁹⁰) Sobre la misma véase GRILLO CIOCHINI, Pablo A. Título: “La nueva Ley de Procedimiento Laboral bonaerense. Un cambio posible y eficaz”, LA LEY 02/11/2018, 02/11/2018, 1, Cita Online: AR/DOC/2340/2018.-

(¹⁹¹) Ver SOSA, Toribio E., "Doble instancia vs. Doble conforme", ED 11-5-2016, p. 1.

Como se advierte el Código General tiene prevé una reducción de tipos procesales tradicionalmente conocidos, dando flexibilidad al esquema de tramitación de los procesos contemplando las características del conflicto (conf. arts. 163 inc. a, 164, 530 y ccdtes. del CPG). Amén de ello, establece entre los procesos de conocimiento o declarativos los procesos amplios (arts. 530 a 535) con doble audiencia, una preliminar y otra de juicio y los procesos simples con una sola audiencia multipropósito (arts. 536 a 538). Para ambos tipos de esquemas menciona – enunciativamente- los conflictos pasibles de dichos trámites, mencionando como “proceso simple” (art. 536 inc. d) las controversias originadas en el despido intempestivo de mujeres embarazadas o en periodo de lactancia, de dirigentes sindicales o supuestos de discriminación.

Acorde a las características de los créditos y controversias del derecho del trabajo, las cuales giran en rededor de derechos sociales y de características alimentarias, el Código prevé (art. 645) como regla –amen de la ya cita flexibilidad y excepciones previstas en el propio código- pare el trámite del procedimiento jurisdiccional de los conflictos individuales y colectivos las normas del “proceso simple”.

A su vez, prevé el deber de atención prioritario y pronto despacho de las resoluciones, ello en virtud del carácter alimentario ya apuntalado (art. 647).

Por otro lado, entre los procesos que no requieren mayor ámbito de cognición, para pretensiones que contengan una obligación líquida o fácilmente liquidable, cierta, exigible y no condicionada recepta los llamados “procesos monitorios” (arts. 648 y sgtes.), entre los cuales prevé “Haberes adeudados; indemnización por despido directo sin expresión de causa; por muerte del trabajador o empleador, fuerza mayor o económicas, indemnización agravada contemplada en el artículo 80 de la LCT¹⁹²; o restitución de cuota sindical”)(art. 648 inc. b). Asimismo, el texto en consideración prevé entre los supuestos de trámite por proceso monitorio el proceso de exclusión de tutela sindical (art. 650), reinstalación o modificación de condiciones de trabajo (art. 651), reclamo de pago de sumas de dinero que se sustente en instrumento público o privado que traiga aparejada ejecución, el reclamo de pago de sumas de dinero líquida o fácilmente liquidable que no requiera debate causal o de derecho en cuanto a su existencia, la de restitución de cuota sindical, la consignación de documento o del pago de créditos laborales (art. 652), en estos últimos supuestos sin perjuicio de la facultad del juez o jueza de indicar un procedimiento más adecuado.

III. Complementariedad y supletoriedad.

Conforme surge del art. 642 proyectado, lo que no se encuentre dispuesto en el título del proceso laboral se aplicará las disposiciones del Código, primando las específicamente previstas en el título a las que genéricamente se establezcan para todos los tipos de procesos.

¹⁹² No resulta buena técnica legislativa de una norma procesal consignar el numero de un artículo de una ley fondal, ello a los efectos de evitar desactualizaciones ante reformas de las leyes sustanciales.

IV. Principios del sistema protectorio del trabajador. Facultad judicial de decidir *ultra petita*.

En el artículo 643 expresamente se establece no sólo que para la aplicación de las normas procesales de esta sección y en el ámbito de la justicia del trabajo debe interpretarse a la luz de las reglas y principios del proceso laboral, del derecho laboral sustancial y el conjunto de principios que configuran el sistema protectorio de los trabajadores, sino también se prevé entre las mismas “...*la facultad del juez o jueza de decidir ultra petita...*”

Así en el artículo 648 recepta esta posibilidad de pronunciarse en más de lo pedido en supuesto cuando los hechos que originen el reclamo de pago de sumas, salarios, prestaciones o indemnizaciones sugieren montos distintos a los reclamados; así como cuando se condene el pago de diferencias salariales o de sumas abonadas sin recibos, o créditos nacidos de relaciones laborales no registradas o que lo estén de modo deficiente también podrá condenar la integración de aportes y contribuciones de la seguridad social.

De este modo se recepta la flexibilidad del principio de congruencia¹⁹³, otorgando un preponderante rol y función al juez interviniente en procura de la justicia del caso, la verdad jurídica objetiva y ponderando los derechos en juego y el sistema protectorio de los trabajadores haciéndose cargo de su hiposuficiencia. Obviamente esta facultad judicial se reconoce en el texto proyectado resguardando debidamente el debido proceso, el derecho de defensa de la parte demandada, la igualdad de las partes y asegurando el contradictorio. Así, para ello establece los supuestos donde la citada facultad puede emplearse.

V. Medidas cautelares y autosatisfactiva.

Amén de las disposiciones generales contenidas en el Código General respecto a las medidas cautelares, las cuales son de aplicación a los procesos laborales (v.gr. art. 308 inc. 3 y art. 550 respecto a procesos monitorios) y de las medidas cautelares “anticipadas” del art. 48, se advierte la ausencia de una norma específica en el proceso laboral que aseguren de modo urgente –y si se quiere de modo autosatisfactiva- de prestaciones de tipo asistencial como podrán ser las debidas por un infortunio laboral. Este tipo de normas se observan en el art. 18 Ley 11.653 y arts. 21 y 22 de la novísima ley 15.057, ambas bonaerenses.

VI. Carga de la prueba.

¹⁹³ Sobre el punto: DE LOS SANTOS, Mabel – Los valores en el proceso civil actual y las consecuentes necesidad de reformular los principios procesales – Revista Jurisprudencia Argentina – 2001 págs. 752 y sigs, PODETTI, J. Ramiro – Tratado del proceso...op.cit. Tomo I, pág. 324, entre otros.

El artículo 649 del Código elaborado establece una carga probatoria especial en los procesos donde se controvierta el monto por cobro de salario, sueldo u otras formas de remuneración en dinero o en especie, imponiéndole el *onus probandi* de contrariar el reclamo a cargo del empleador. Dicha manda que impone una inversión a la regla tradicional de “quien alega debe probar” resulta acorde no sólo con la hiposuficiencia de todo trabajador frente a su empleador, a la calidad alimentaria de los créditos del mismo, sino que además va en consonancia con la aplicación de la carga dinámica de la prueba¹⁹⁴ a la hora de establecer las obligaciones de las partes del proceso en atención a quien está en mejores condiciones probatorias. Así en el supuesto estipulado en dicha norma, sin dudas es la parte demandada quien –a priori- se encuentra en mejores condiciones de acreditar o refutar los elementos necesarios para una justa solución de la controversia.

VII. Impulso.

Maguer que entre las facultades del órgano jurisdiccional se encuentran facultades y deberes que traslucen el impulso de los procesos, así como que en el punto VIII del Título preliminar se establece como gestión de los mismos su impulso, sería adecuado su expresa previsión y acentuación en el marco de las disposiciones del proceso laboral tanto de su magistratura como de las partes y el Ministerio público. Una norma de tales características sería acorde a normas existentes en otros ordenamientos provinciales, en normas proyectadas (vgr. Art.5 Anteproyecto CPCyC de la Nación de 2019). En este sentido la Ley 15.057 de 2018 de la Pcia. Buenos Aires en su artículo 11 así lo recepta, ubicándose dentro de las legislaciones que otorgan pleno impulso de oficio al órgano jurisdiccional (v. Art. 15 Ley 7.987 Córdoba, Art. 36 Decreto 1.079/10 – T.O. Ley 7.945 – C.P.L. Santa Fe, Art. 19 Ley 2.144 Mendoza, Arts. 12 y 13 Ley 3.540 Corrientes, Art. 4 L.P.L. La Pampa, Art. 41 Ley 7.434 de Chaco, Art. 30 Ley 1.444 Santa Cruz, Art. 10 Ley 5.298 Salta, Art. 46 Ley 18.345 C.A.B.A., Art. 38 Ley 4.799 Catamarca, Art. 4 Ley 5.764 La Rioja, Art. 7 Ley 5.315 Entre Ríos, Arts. 18 y 19 L.P.L. Chubut, Art. 28 Ley 921 de Neuquén, Art. 11 Ley 7.049 Santiago del Estero, Art. 39 Ley XIII Nº 2 Misiones).

VIII. Gratuidad laboral – Pluspetición.

El principio de gratuidad se encuentra consagrado en el Art. 646 del proyecto remitido. La Corte Suprema ha determinado en forma específica que los trabajadores gozan del beneficio de gratuidad en todas las etapas de cualquier reclamo administrativo o judicial derivado de una relación de trabajo¹⁹⁵.

En tal sentido, la frase incluida en la manda en cuestión, que establece que la *gratuidad comprende todos los gastos que se exijan realizar para la tramitación del proceso*, debería, a nuestro entender, rezar lo siguiente: “Esta gratuidad comprende todos los gastos que se exijan realizar para la tramitación de todas las etapas de cualquier reclamo administrativo y/o judicial”.

¹⁹⁴ Sobre la carga probatoria en materia laboral, véase: MAZA, Miguel A., Ley de Organización y Procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo, dir. por Amadeo Allocatti y coord. por Miguel Ángel Pirolo, 2ª ed., t. 2, p. 142.

¹⁹⁵ CSJN 4/2012 (48-K) Kuray, David Lionel s/ recurso extraordinario.

Ello toma aún más fuerza en las aclaraciones efectuadas por el máximo tribunal en el referido precedente en que se indica que la gratuidad abarca aun reclamos que se apoyen en normativa que no sea propiamente laboral o que tramiten por procedimientos judiciales distintos a los que se aplican comúnmente a los juicios laborales.

Respecto a la pluspetición, sin perjuicio de las disposiciones generales contenidas, resultaría encomiable la inclusión de una norma que sancione la evidente pluspetición en los reclamos laborales. Ello en virtud que la protección que legalmente se le da a los trabajadores no puede amparar el uso abusivo de sus derechos, muchas veces efectuándose reclamos signados por la pluspetición en su afán de obtener un mayor poder negocial.

IX. Sistema recursivo respecto a Ley 27.348 complementaria de la ley sobre Riesgos del Trabajo.

Sin perjuicio que a la fecha la Provincia de Chubut no adhirió a la Ley 27.348, sería loable que el Código Proyectoado establezca expresamente el procedimiento de revisión de las resoluciones dictadas por las autoridades administrativas en el marco del sistema de Riesgos del Trabajo como lo hace el art. Art. 2 inc j. de la Ley 15.057 bonaerense, aunque sólo respecto a su competencia.

X. Procedimiento de exclusión de tutela sindical.

El texto ideado, en su artículo 650 estipula que la pretensión de exclusión de la garantía de tutela sindical tramitará por el proceso monitorio, con el requisito específico de anunciar cuál será la sanción que introducirá en el proceso posterior. En realidad, si bien la misma va en sintonía con un trámite compatible con los derechos en juego, lo previsto por la legislación fondal –art. 52, ley 23.551- y lo resuelto por la CSJN en autos F.477.XLVII, “Fate S.A.I.C.I. c/ Ottoboni, Víctor Octavio s/ exclusión tutela sindical (sumarísimo)”, lo cual valió el cambio de la doctrina legal de la SCBA in re L. 114.451, “Fate S.A.I.C.I. contra Ottoboni, Víctor Octavio. Exclusión de tutela sindical”, 20/12/2017, hubiere sido adecuado que todo se sustancie y resuelva en un solo proceso, ello no sólo en debido respeto de la libertad sindical sino además en celeridad y economía procesal.

Comisión de Jóvenes Procesalistas - Delegación Buenos Aires

Acosta, Marina Isabel

Aban Burgos, Guillermo

Cazaux, Diego (Coordinador)

Coroli, Antonela

Gisvert, María Victoria (Coordinadora)

González, Rocío

Morquecho, Lara

Pelle Delgadillo, Leticia

Rivera, Agustín

Rivera, Andrés

Salvatierra, Juan Cruz

ARTS. 172 A 287 – SANTIAGO DEL ESTERO

TITULO V: INCIDENTES

CAPITULO I: DISPOSICIONES GENERALES

Art. 172 a 178

El tratamiento de los Incidentes en el Código General de Procesos de Chubut es más acotado en su extensión, pero no por ello más simple ni menos completo, que el de la Nación -de igual texto que el de nuestra provincia-.

Se prevé el trámite de los incidentes con carácter supletorio, para aquellas cuestiones que no tuvieren un trámite específico regulado, estableciendo como novedad que las incidencias que se generen en una audiencia deberán agotarse en ella.

Aquí cabe distinguir la diferencia entre Incidente e Incidencia. Mientras que el primero es toda cuestión vinculada al objeto principal del proceso, que surge una vez trabada la litis, y que puede suspender o no el proceso principal según la naturaleza de aquel; la Incidencia *'es una controversia surgida en el curso de un incidente, por ejemplo, oposición a formular determinada posición o pregunta en el curso de la audiencia'*¹⁹⁶

Si bien las incidencias ya se encontraban reguladas -Art. 184 CPCCN- nada se decía sobre su tratamiento y la forma de sustanciación, sino solo que serían resueltas en la sentencia

¹⁹⁶ Carlos Eduardo Fenochietto. Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Comentado, Anotado y Concordado. Legislación Complementaria. 7a edición actualizada y ampliada. Editorial Astrea.

interlocutoria que resolviera el incidente. El nuevo Código General de Procesos en su Art. 172 establece que las incidencias que se susciten en audiencia, se sustanciarán y resolverán en ella.

Esto último, surge razonable y a tono con el preeminente carácter de oralidad que el Proyecto impregna al proceso civil. Puede notarse en los artículos siguientes que al sustanciar un incidente predomina la oralidad por sobre la escrituración. Además, el Proceso Oral, Público y por Audiencias es uno de los Principios y Reglas contemplados en el Título Preliminar del Proyecto de Código General de Procesos.

Si bien continúa estableciendo como obvio requisito de la interposición de un incidente la expresión de los hechos, argumentos y pruebas de las que el incidentista se vale, elimina los requisitos escriturales de formación del incidente. Ya no hace alusión a la necesidad de presentar copia del escrito de interposición, ni copia de las resoluciones y demás piezas procesales que motiven el incidente.

Se omite la presentación de las copias para traslado de momento que se establece en su Art. 155 el registro electrónico del caso y, en el Art. 175, la notificación electrónica a la contraparte, entendiéndose que ésta será a cargo del Juzgado. La regulación de la sustanciación electrónica del incidente se debe a la paulatina incorporación del Derecho Procesal Electrónico en nuestros sistemas locales, que incorpora las tecnologías de la información y comunicación (TICs).

El Proyecto además acorta el plazo de traslado del incidente, de 5 días previsto en el CPCCN, a 3 días.

De la misma manera que se oraliza el proceso civil en general, también lo hace con los incidentes, determinando que en la Audiencia Preliminar, de Juicio o Multipropósito, el juez se pronunciará sobre la admisibilidad de las pruebas ofrecidas por las partes al plantear y contestar el incidente. Para ello, el Art. 176 del Proyecto establece que se aplicarán las reglas generales sobre prueba, remitiéndose así a los Arts. 323 y ss. sobre disposiciones generales del régimen probatorio y, especialmente la última parte del Art. 329 sobre la oportunidad para agregar prueba documental.

Asimismo prevé los incidentes que pudieran sustanciarse con posterioridad a la celebración de la audiencia preliminar, para los cuales deberá fijarse otra audiencia al efecto.

Además, aclara que el Juez resolverá el incidente con los medios probatorios admitidos y producidos al día de la audiencia fijada, considerándose perdida los no producidos.

De ésta forma, el Proyecto parecería dejar abierta la posibilidad de que los incidentes sean interpuestos tanto de forma escrita como oral. Si bien no hace alusión a la interposición mediante escrito, consideramos que su intención no fue eliminarla, dado que en el resto del articulado del Proyecto refiere a los escritos y a su forma de digitalización.

Además, el Punto XIV del Título Preliminar sobre Reglas y Principios Fundamentales sobre Adaptabilidad, Proporcionalidad e Instrumentalidad de las formas procesales establece que *Los*

actos y registros procesales no dependen de una forma determinada, salvo cuando la ley expresamente lo exija, lo que brinda la posibilidad de la interposición tanto oral como escrita de los incidentes.

El Proyecto no contempla la posibilidad de prorrogar o suspender la audiencia de prueba que sí contiene el CPCCN. Consideramos que esto es acorde con lo establecido en Pto XIV del Título Preliminar que determina: *'El proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales. La jueza o el juez en todo momento debe privilegiar resolver sobre el fondo de la cuestión, sea principal o incidental, buscando subsanar inmediatamente los vicios que puedan afectar el proceso, respetando el contradictorio previo'*.

Además, las amplias facultades que las nuevas corrientes procesales otorgan a los jueces, que no deben convertirse en una tentación de arbitrariedad ni de dirección del proceso inclinada hacia determinada parte, sino que debe ser la base de la diligente pero prudente actuación judicial.

Como principio general, los incidentes no suspenden el proceso principal, lo que refrenda la intención de celeridad procesal, salvo que el Código así lo disponga, como ocurre con las excepciones de previo y especial pronunciamiento del Art. 283 del Proyecto, o que el Juez así lo disponga por la naturaleza de la cuestión planteada en el incidente.

CAPITULO II: NULIDADES PROCESALES

Art. 179 a 186

La regulación sobre nulidades comienza con un artículo más claro, a nuestro juicio, que el Art. 169 del CPCCN, en cuanto al carácter restrictivo que presentan las nulidades de los actos procesales, a diferencia de las nulidades de los actos jurídicos, siendo las primeras consideradas relativas y, por ello, convalidables, expresa o tácitamente.

El primer artículo establece que ninguna formalidad de las previstas en el Código para el cumplimiento de un acto procesal es de carácter imperativo, entendiéndose por forma el *'elemento necesario por medio del cual se exteriorizan y comunican las manifestaciones, diligencias y peticiones de las partes, así como las declaraciones del juez, sus auxiliares o terceros'*¹⁹⁷. Se prescinde de las formalidades cuando el acto ha cumplido la finalidad prevista y respetado los derechos fundamentales protegidos.

Redacción similar contiene en el Pto. XIV de las Reglas y Principios Fundamentales contenidas en el Título Preliminar al establecer: *'Adaptabilidad, proporcionalidad e instrumentalidad de las formas procesales. Los actos y registros procesales no dependen de una forma determinada, salvo cuando la ley expresamente lo exija. Aun en este caso se considerarán válidos los que, realizados de otro modo, respeten los derechos fundamentales que con dicha formalidad se*

¹⁹⁷ Idem.

busca proteger y cumpla con su finalidad esencial. La adaptabilidad de las formas implica favorecer la flexibilidad y proporcionalidad de las reglas en función de la mejor gestión del conflicto y del proceso, siempre que no vulnere los estándares del debido proceso individual o colectivo. El mecanismo de gestión que la jueza o el juez utilice para adaptar el procesamiento del caso a su complejidad o a las características del conflicto debe ser proporcional. El proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales. La jueza o el juez en todo momento debe privilegiar resolver sobre el fondo de la cuestión, sea principal o incidental, buscando subsanar inmediatamente los vicios que puedan afectar el proceso, respetando el contradictorio previo’.

No obstante la flexibilidad de formas establecida como principios, el Proyecto prevé taxativamente casos de nulidad de actos procesales cuando éste no ha contado con un requisito expresamente exigido. Ejemplo de excepción al principio de flexibilidad es la sanción de nulidad de una audiencia cuando no ha sido presidida por el Juez o Jueza, a fin de asegurar la intermediación, contemplada en el Pto. XII del Título Preliminar.

Tanto la flexibilidad de formas, como su excepcionalidad e interpretación restrictiva, y la posibilidad de convalidación tácita, tienen a la celeridad procesal, a un proceso impulsado con la menor cantidad de actos procesales posibles, siempre que estos cumplan su finalidad y no violenten derechos fundamentales.

En aras de éstos principios, el Proyecto prevé expresamente deberes de dirección a cargo del Juez o Jueza en relación a vicios que pudieran afectar un acto procesal, permitiéndoles encausar el proceso evitando una posterior declaración de nulidad, declarar de oficio la nulidad de un acto, o incluso dar trámite a un acto procesal no obstante adolecer de un vicio cuando no afecte derechos y haya cumplido su finalidad.

Si bien éstas ya se encontraban previstas como deberes y facultades ordenatorias e instructorias en el Art. 172 y Art. 36 del CPCCN, en el Proyecto es contemplado con el imperativo *‘tienen el deber’*. Con igual énfasis, son tratados como deberes, y no como facultades, en los Arts. 61 y 62 del Proyecto. No obstante, nada se dice a cerca de las sanciones de las que serán pasibles en caso de incumplimiento de los deberes de los artículos citados.

La impronta de oralidad impresa al proceso civil también es patente en éste capítulo, cuando se entiende convalidado tácitamente un acto procesal viciado, celebrado en audiencia, para aquella parte que no ha comparecido a ella estando debidamente citada.

En cuanto a los efectos del acto procesal declarado nulo, solo afecta a los actos sucesivos que dependan del nulo, los que siguen la suerte del acto viciado.

Virginia Sofia Pavetti

CONTINGENCIAS PROCESALES

CAPITULO I: CUESTIONES DE COMPETENCIA

Si bien existen pautas preestablecidas con relación a la competencia de los jueces, puede suscitarse, que alguna de las partes u otra jueza u otro juez, entiendan que no corresponde ante quien se interpuso la demanda, la facultad de conocer en determinado proceso, este conflicto es lo se llama una cuestión de competencia. El conflicto surge porque para las partes existen dos jueces con facultad para conocer en la causa.

En consecuencia, se regulan dos vías procesales para plantear esta disputa, por intermedio de LA DECLINATORIA y/o LA INHIBITORIA.

Requisito esencial para poder interponerlas, es NO HABER CONSENTIDO la competencia que se reclama o cuestiona. Asimismo es importante no olvidar que ambas vías son excluyentes, siendo necesario elegir una o la otra.

LA DECLINATORIA, consiste en la petición de la parte demandada, quien se presenta ante la jueza o juez que lo citó a comparecer y le pide que se declare incompetente y remita la causa a la magistrada o magistrado que por ley deba intervenir. Debe existir ante este pedido un pronunciamiento negativo acerca de su competencia. Esta vía funciona cuando el conflicto de competencia se suscita entre jueces de la misma circunscripción territorial.

LA INHIBITORIA, es aquella que la parte demandada presenta ante la jueza o juez que se cree con competencia para entender en el asunto. El accionado le pide que se declare competente y remita un oficio inhibitorio a la jueza o juez que está conociendo en la causa a fin de que se le remita las actuaciones. A diferencia de la declinatoria, esta vía procede cuando la disputa tiene que ver con la competencia de jueces del mismo territorio o no.

El procedimiento para ambas vías es distinto. Primero haremos referencia a la declinatoria y posteriormente a la inhibitoria.

La declinatoria se sustancia como una excepción. Ello implica, plantearla como una excepción de incompetencia, en el proceso ordinario dentro del plazo de 10 días que se conceden para contestar la demanda o reconvenirla y en el proceso sumario en los 5 días junto con la contestación y/o reconvenición de la misma.

Se presenta la declinatoria ante la jueza o el juez que haya empezado a conocer en la causa, pidiéndole que se separe del conocimiento de ella, acompañando la prueba documental y ofreciendo la restante. La jueza o el juez analiza la admisibilidad de la misma a los fines de determinar si sustanciara o no. Admitida la declinatoria, corresponde conferir traslado a la parte actora, quien deberá contestarlo en el término de 5 días. Contestado o habiendo vencido el termino de ley, el juez o la jueza estimara si es necesario abrir a prueba o resolver sin más

tramite. La resolución que recaiga es apelable en relación, salvo en el caso de que el juez, al pronunciarse sobre la excepción de falta de legitimación para obrar, resuelva que ésta no es manifiesta. En tal supuesto esa resolución es irrecurrible, sin perjuicio de que, dicha excepción sea considerada en la sentencia definitiva.

El recurso se concede al solo efecto devolutivo cuando únicamente se ha opuesto la excepción de incompetencia por el carácter civil o comercial de asunto y ésta se rechaza. Si la resolución de la cámara fuese revocatoria, los trámites cumplidos son válidos en la otra jurisdicción, la pueden argüir en lo sucesivo ni tampoco puede ser declarada de oficio. Una vez firme la resolución que declare procedente las excepciones previas, se procederá a remitir el expediente al tribunal considerado competente, si perteneciere a la jurisdicción nacional. En caso contrario, se archivará.

La inhibitoria, se interpone por medio de un escrito ante la jueza o el juez que como parte entendemos competente, el mismo debe estar fundado y acompañar la documental pertinente a los fines de justificar su competencia. Si el juez o la jueza se consideran competentes, debe librar oficio con copias de resolución y el planteamiento de la parte, solicitando la remisión del expediente. Recibido el oficio la jueza o juez que estaba entendiendo la causa debe expedirse sobre su acepta o no la inhibitoria. Si acepta la resolución puede ser recurrida y una vez firme se remite la causa a quien la requirió. Pero si rechaza la inhibitoria, deberá remitir al tribunal para que resuelva el conflicto de competencia con sus actuaciones y requerir al otro juez o jueza que remita las suyas. EL tribunal resolverá sin sustanciación, devolviendo las actuaciones a quien considere competente y comunicando al otro la decisión.

Contienda negativa y conocimiento simultaneo.- Estos conflictos surgen cuando habiéndose declarado incompetente un juez o jueza y/o un tribunal, dicha resoluciones deben remitirse al superior jerárquico común para que resuelva el problema. También puede ocurrir que dos o mas jueces se encuentren conociendo simultáneamente en un mismo proceso, en aquel caso cualquiera puede plantear la de oficio.

CAPITULO II. IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES

Cuando los y las litigantes, y hasta magistrados, consideren que la imparcialidad del juez o jueza se ve comprometida y en consideración a ellos manifiesten supuesto que podrían poner en duda este principio, pueden recurrir a la recusación y excusación.

La recusación tiene lugar cuando las partes peticionan su apartamiento, considerando que existe un supuesto que pueda tornar parcial la resolución del magistrado y/o magistrada. La excusación existe cuando concurriendo alguna circunstancia, el juez se inhibe espontáneamente de conocer en el juicio.

En el marco de este nuevo paradigma de cambios en el proceso civil y comercial, teniendo en cuenta como base del mismo la intermediación, la oralidad y celeridad, es acertado dejar de lado la figura de LA RECUSACION SIN CAUSA.

Esta facultad implicaba, recusar a los jueces sin expresarse causa alguna para ello, consagrando que de tal manera si bien puede afectar en cierta medida la celeridad de los juicios, existía porque muchas veces era una verdadera garantía para el litigante, cuando mediando causa se le torna imposible la prueba de la misma.

Las juezas y jueces no siempre pueden velar por el control si corresponde o no la facultad utilizada por las y los litigantes, generando un espacio que da lugar a un abuso del derecho procesal y por ende un perjuicio al principio de celeridad y economía procesal.

Morello, Sosa y Berizonce, señalan que la institución de la recusación sin causa ha sido proscripta casi con carácter absoluto en el derecho continental europea (cfr. Morello, Sosa, Berizonce, Codigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Pcia. de Buenos Aires y de La Nación, TIIa- pag. 413) por el disfavor y la controversia que presenta la figura en la doctrina mayoritaria; por lo que no puede considerarse una garantía de orden público (Cfr. Colombo, Código de procedimiento civil y comercial, 1964, p.650) ni tampoco considerarse que pueda reputarse una garantía o requisito de rango constitucional (Cfr. CSJN, Fallos: 264 : 31; 234:637).

Si bien el instituto de la recusación tiene por finalidad asegurar la garantía de imparcialidad, inherente al ejercicio de la función jurisdiccional, pero con un alcance tal que no perturbe el adecuado funcionamiento de la organización judicial. Por ello, para apreciar la procedencia del planteamiento corresponde atender tanto al interés particular, cuanto al general, que se puede ver afectado por un uso inadecuado de este medio de desplazamiento de los jueces que deben entender en el proceso (cfr. Cámara nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, causa "Maizoro SA de CV C", 3/05/2005).

Es más, el fundamento del instituto basado –en principio- en asegurar la imparcialidad del magistrado, pierde entidad en aquéllos regímenes como el nuestro en que el particular tiene acceso a la doble instancia (ver Enrique M. Falcón, Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo I Parte General Demanda, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, 2005, pág. 250/251).

La recusación CON CAUSA se mantiene vigente pero en sus principios es fundamental dejar claro que la enumeración de causa es enunciativa. Es decir todas aquellas circunstancias que habilitan a plantearla. Asimismo es importante destacar que puede plantearla cualquiera de las partes y/o terceros. Deduciendo la misma por escrito u oralmente en su primera presentación en el proceso. Sumamente importante, en base a los mismos fundamentos, el impedimento de que actúen abogados o procuradores cuya intervención seria causal de que el juez se excusare o pudiese ser recusado una vez que ya comenzó a entender en el litigio, no es explícitamente un prohibición, correspondería ser flexible este impedimento con la debida justificación basada en prueba, porque sino vulneraria otros principios y garantías de quien accede a la justicia, y el debido proceso.

Encontrándose implementada la figura del Colegio de jueces, son quienes resolverán respectivamente la recusación. Se deduce por escrito y tendrá el trámite de un incidente. Las

causa de recusación se interpretará restrictivamente a los fines de evitar el ejercicio abusivo del instituto.

La excusación, permite que toda jueza o juez que se encuentre comprendido en alguna de las causales de la recusación, de oficio se abstenga de conocer en el juicio, remitiendo las actuaciones a la jueza o juez de turno. Si rechaza por considerar que no corresponde se tramita el mismo por incidente separado, y se remitirá al tribunal jerárquico a fines de que tome una decisión. Incurrirá en la causal de "mal desempeño", el juez, y/o jueza, a quien se probare que estaban impedidos de entender en el asunto y haya dictado en él resolución que no sea de mero trámite. Asimismo se salvaguarda la obligación del Ministerio Público de la Defensa en ejercer sus funciones salvo legítimo motivo de excusación que deberán manifestar frente al tribunal para ser separados de la causa. Pero los mismos no pueden ser recusados.

BIBLIOGRAFIA:

Código de Procedimiento Civil y Comercial de La Nación.-

Manual de Derecho Procesal Civil de Lino Enrique Palacios – Ed. Lexis Nexis Abeledo Perrot Decimoseptima Edición Actualizada – 2003

Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación - Augusto M. Morello

Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial - Enrique M. Falcón - Tomo I, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores - 2005

Mercedes Ocaranza.-

Análisis del Proyecto del Código General de Procesos de la Provincia de Chubut.-

Título VI Capítulo III: Acumulación de Procesos

El proceso acumulativo, o por acumulación, es aquel que sirve para la satisfacción de dos o más pretensiones. La justificación del proceso acumulativo reside en dos tipos de fundamentos: uno atiende a la reducción de tiempo, esfuerzo y gastos que comporta el tratamiento conjunto de dos o más pretensiones; el otro tiene en mira la necesidad de evitar la eventualidad de pronunciamientos contradictorios a que puede conducir la sustanciación de pretensiones conexas en procesos distintos. (Palacio. Lino Enrique Manual de derecho procesal civil. Aires: Abeledo Perrot, 2003, Pag. 113-114)

La acumulación de procesos está consagrada desde el Art. 209 al Art. 219 del Proyecto de Código General de Procesos (en adelante CGP). En general el instituto que se trata, no presente

grandes diferencias con lo estipulado tanto en el Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación (en adelante CPCyC), como así también en lo que respecta al de la Provincia, pero con algunas particularidades que se detallaran a continuación:

- Con respecto a la procedencia, el Código General de Procesos, en su Art. 209, establece que la acumulación de procesos procederá cuando hubiere sido admisible la acumulación subjetiva de pretensiones (idéntica redacción tiene el CPCyC de la Nación Art. 198 y el CPCyC de Santiago del Estero Art. 188) y siempre que la sentencia que haya de dictarse en uno de ellos pudiere producir *efectos jurídicamente relevantes*. En este último caso, la redacción del CGP de Chubut, difiere de lo establecido por los dos códigos mencionados ut-supra, ya que ambos artículos (198 y 188) reza: "...y siempre que la sentencia que haya de dictarse en uno de ellos pudiere producir *efectos de cosa juzgada...*". La duda que surge al respecto del análisis de este artículo en particular es poder determinar a qué se refiere el Código General de Procesos con el término "efectos jurídicamente relevantes", ¿hay alguno otro efecto jurídicamente relevante distinto a la de la cosa juzgada?.-
- Siguiendo en el análisis del mismo artículo (Art. 209 del CGP) en su inc. b, establece que para que proceda la acumulación de procesos, se requerirá también que la jueza o juez a quien corresponda entender en los procesos acumulados sea competente por razón de la materia, tal como lo establecen el CPCyC de la Nación y de Santiago del Estero, pero el Proyecto agrega "*...o por disposición legal.*". Este agregado no lo tienen los códigos antes mencionados. En este sentido considero que Chubut da un paso más en pos del principio de celeridad que rige en materia procesal.-
- Siguiendo con la aplicación del principio de celeridad, el Código General de Procesos de Chubut, incluye un artículo, que los códigos procesales de la Nación y de Santiago del Estero no tienen, que establece que la jueza o juez y las partes deberán utilizar y promover medidas de gestión del caso o acuerdos procesales, a fin de facilitar el orden, procesamiento y discusión de las pretensiones y procesos acumulados (Art. 210). La incorporación de este artículo es de suma importancia ya que no solo interpele al juez o jueza sino también a las partes a que insten y favorezcan al orden, procesamiento y discusión de las pretensiones y procesos acumulados, no solo en pos de la celeridad sino también del orden procesal.-
- Otra de las novedades que incorpora el Proyecto del Código General de Procesos de Chubut, es la inscripción de los procesos colectivos en el Registro Provincial de Procesos Colectivos, siendo esta oficina inexistente en nuestra provincia. Esto permite un mayor control y un mejor seguimiento de los efectos que pudiere tener el proceso colectivo sobre otros procesos individuales o colectivos que versen sobre la misma cuestión.-
- Otras de las novedades que introduce el Proyecto de Código General de Procesos de Chubut, la encontramos en su Art. 215 en donde establece expresamente que "... por regla la acumulación será resuelta en la audiencia preliminar o multipropósito, salvo que ya se hubiesen realizado o ello resulte inconveniente para la tramitación del proceso o

procesos...”. En este sentido, una vez más el Proyecto sigue la línea de los ejes plantados por Justicia 2020, es decir, la incorporación de la oralidad en los procesos civiles, para obtener una mayor celeridad en los mismos.-

- Por último, en el Art. 218 del Proyecto del Código General de Procesos establece que el curso de los procesos NO se suspenderá mientras tramita el pedido de acumulación, salvo el dictado de la sentencia de mérito. En cambio el CPCyC de la Nación como el de la Provincia de Santiago del Estero, en sus Art. 193 y 203 respectivamente, establecen que “el curso de todos los procesos se suspenderá si tramitasen ante un mismo juez, desde que se promoviere la cuestión, y si tramitasen ante jueces distintos desde que se comunicare el pedido de acumulación al juez respectivo...” No sé si debe a un error de tipeo, o si evidentemente el espíritu del Proyecto es la no suspensión de los procesos. Considero que es necesario la suspensión de los procesos, a los efectos de evitar un dispendio judicial innecesario, en pos del principio de economía procesal.-

Capítulo IV: Exenciones Legales y Beneficio de Litigar Sin Gastos

Existen personas que carecen de los recursos indispensables para afrontar los gastos de un proceso. A tal necesidad obedece la institución del beneficio de justicia gratuita o beneficio de litigar sin gastos (en adelante BLSG), el que por un lado se fundamenta en la garantía constitucional de la defensa en juicio (CN, art. 18. También acuerda fundamento al beneficio analizado el principio de igualdad de las partes, el cual supone que éstas se encuentren en una sustancial coincidencia de condiciones o circunstancias entre las que no cabe excluir las de tipo económico, de modo que se impone la necesidad de neutralizar las ventajas que en ese orden pueden favorecer a uno de los litigantes en desmedro del otro. (Palacio. Lino Enrique Manual de derecho procesal civil. Aires: Abeledo Perrot, 2003, Pag 252).-

En los dos primeros artículos del capítulo VI, el Proyecto del Código General de Procesos de Chubut, introduce una innovación en materia de derecho civil, las Exenciones Legales. Tanto en el artículo 220 como en el 221 del Proyecto de CGP, se establece que toda persona que se encuentre en situación de vulnerabilidad social, desventaja o desigualdad estructural y las organizaciones o entidades de cualquier tipo que representen o defiendan los intereses de dichas personas o bienes, los trabajadores y los gremios, van a estar EXENTOS de cualquier IMPOSICION ECONOMICA, tanto en reclamos individuales como colectivos. Estos deberán manifestar por qué y cómo se encuentran alcanzados por la exención, como así también el juez o jueza podrá pedir a las partes que aporten la información que consideren necesaria. Esto conlleva al deber del Estado de eliminar los obstáculos que dificulten, entorpezcan o restrinjan el acceso a la justicia. Por último el proyecto aclara que la exención comprende toda TASA DE JUSTICIA, COSTAS, o cualquier otro tipo de IMPOSICION ECONOMICA.-

Este instituto es totalmente novedoso, ya que el Código Procesal Civil y Comercial NO lo tiene, y el de la Provincia de Santiago del Estero tampoco; salvo en materia laboral pero no está regulado

de esta manera. Cabe aclarar al respecto que el CPCyC de Santiago del Estero utiliza la palabra EXENCION en dos artículos, pero, según lo que surge de la interpretación de los mismos, la utiliza como sinónimo del Beneficio de Litigar sin Gastos.-

Luego el Proyecto del CGP de Chubut continua con la regulación del Beneficio de Litigar sin Gastos, el cual no difiere en grandes rasgos de lo establecido por los CPCyC tanto de la Nación como de Santiago del Estero, salvo por lo siguiente:

- En el Art. 223 el Proyecto establece los requisitos de la solicitud, entendiéndose que la misma tiene forma de declaración jurada y que se presenta en la Oficina Judicial (en adelante OF) (Art. 50. Oficina Judicial. Organización: El Poder Judicial se estructura en su organización administrativa en oficinas judiciales de gestión y trámite para el cumplimiento eficaz y eficiente de sus funciones. La estructura y organización de la Oficina Judicial, sus funciones, atribuciones y cuestiones operativas, serán las reglamentadas por el Superior Tribunal de Justicia.). En el caso de Nación y de Santiago del Estero NO se hace mención a una Oficina Judicial, sino que se presenta la misma en el Juzgado que corresponda.-
- El Art. 224 estipula que luego de que la Oficina Judicial corre vista por 5 días a la Oficina de Tasa de Justicia en donde se analizara la capacidad económica y financiera del actor y su relación con la causa del proceso, en su segunda parte establece que luego de contestada la vista será la OF quien conceda o deniegue total o parcialmente el BLSG.-
- El proyecto de CGP continua en su articulado, detallando el procedimiento el cual no difiere de lo establecido por el CPCyC de la Nación y el de Santiago del Estero, para la cual remitimos a la lectura del articulado de los mismos.-

Pero, de lo analizado me surgen algunas dudas en lo referido a los institutos tratados:

1. ¿Cómo funcionarían en la práctica tanto la Exención Legal como el BLSG? Es decir ¿Son excluyentes? ¿Ante la denegatoria de uno puedo presentar el otro? ¿Cuál debería solicitar primero?.-
2. Cuando se refiere a la exención nombra tres conceptos: Vulnerabilidad Social, Desventaja o Desigualdad estructural, ¿Quién deberá interpretar el alcance de estos conceptos? ¿La interpretación será amplia o restrictiva a cada caso concreto?.-
3. Con respecto al BLSG y la redacción del Art. 224 del Proyecto del CGP, la presentación del mismo, ¿es un mero trámite administrativo? Ya que solo interviene el juez, cuando se tiene que recusar la resolución que deniega el beneficio. Esto (el trámite administrativo para la concesión o no del beneficio) implica un gran avance en lo que respecta la celeridad, porque en muchas ocasiones, y en particular, en la realidad practica de mi provincia, quedo demostrado como los BLSG implican un gran dispendio de esfuerzos, ya que es un trámite que demora mucho más de lo que está estipulado en nuestro código, lo que nos llevaría a concluir que no se respetan ni el principio de economía procesal ni el de celeridad.-

4. Por último, cuando el Art. 221 utiliza el término "... o cualquier otro tipo de imposición económica..." me surge el interrogante siguiente: ¿Qué entra dentro del concepto "imposición económica"? ¿Se refiere, por ejemplo, a los gastos de la producción de la prueba pericial? ¿O queda a criterio de la interpretación que se haga atendiendo a las particularidades del solicitante del beneficio como del caso concreto?.-

Capítulo V: Rebeldía

La rebeldía procesal es aquella situación en la que se encuentra la parte que no comparece al proceso dentro del plazo de la citación, o que lo abandona después de haber comparecido. Implica, por lo tanto, la "ausencia total" de cualquiera de las partes en un proceso en el cual les corresponde intervenir, y no debe confundirse con la omisión del cumplimiento de actos procesales particulares, pues esa circunstancia sólo determina, como regla general, el decaimiento de la facultad procesal que se dejó de ejercitar y no genera, como la rebeldía, efectos dentro de la estructura total del proceso. (Palacio. Lino Enrique Manual de derecho procesal civil. Aires: Abeledo Perrot, 2003, Pag. 256).-

En el Proyecto CGP regula este instituto del Art. 230 al 237. Una de las primeras innovaciones que incluye el proyecto, es la notificación de la resolución mediante la cual sea declarada rebelde la parte a través de "... cualquier medio electrónico o digital de amplio alcance, según el caso, que garantice el conocimiento fehaciente del declarado rebelde..." (Art. 230). El CPCyC de Nación y de Santiago del Estero solo se refieren a la notificación por cedula o por edictos durante dos días, de la resolución mencionada ut-supra.-

Durante la lectura del articulado del proyecto referido a este instituto no se observan grandes diferencias con lo establecido en los CPCyC de la Nación y en el de Santiago del Estero. Pero, se pueden realizar el siguiente examen:

Tanto el CPCyC de la Nación como el de la Provincia de Santiago del Estero cuentan con un Art. (66 y 69 respectivamente) que se refieren a la prueba en segunda instancia. Relatan ambos artículos que si el rebelde comparece con posterioridad a la oportunidad para ofrecer prueba, y apela la sentencia, se recibirá la causa en segunda instancia, cuando se alegare un hecho nuevo posterior a la contestación de la demanda o reconvenición; si como consecuencia de la prueba producida en segunda instancia la otra parte resultare vencida, para la distribución de las costas se tendrá en cuenta la situación creada por el rebelde. El proyecto de CGP no cuenta con este artículo, por lo tanto me surge la siguiente duda: el rebelde que comparece con posterioridad a la oportunidad del ofrecimiento de la prueba, ¿podrá apelar la sentencia? Al no estar regulado esto en el proyecto, ¿no se estaría violentando el derecho a recurrir que tienen las partes?, ¿La negativa al derecho a recurrir del rebelde, podría ser interpretado como una especie de "sanción" por haber incurrido en rebeldía?.-

Con respecto al Art. 237 del Proyecto, el mismo establece que la sentencia dictada en rebeldía solo será impugnable por cosa juzgada irrita o compromiso al orden publico derivado de la violación al derecho de defensa. Tanto el Art. 70 del CPCyC de Santiago del Estero como el Art. 67 del CPCyC de la Nación, directamente establecen que no se admitirá recurso alguno contra la sentencia ejecutoriada pronunciada en rebeldía; y no contiene ninguna excepción a esa regla. Si bien, es necesario que los procesos lleguen a su instancia final, evitando que los debates entre las partes se renueven indefinidamente, considero novedosa la implementación de la excepción a la regla, ya que el instituto de la cosa juzgada írrita viene a atenuar los efectos de la cosa juzgada material cuando ella es obtenida de modo malicioso o ilícito y, como cualquier acto jurídico, es pasible de anulación si se muestra que el autor del mismo (órgano jurisdiccional) lo dictó con su consentimiento viciado (sea por error, dolo, violencia o en desmedro de su buena fe), circunstancia que debe ser conocida con posterioridad al dictado de la resolución, puesto que si ello aconteciera antes "el mismo proceso provee a la parte las herramientas para su saneamiento, en el marco de su desarrollo preclusivo", como así también considero apropiado la excepción contenida en el artículo del proyecto, que se refiere a la violación del derecho de defensa, ya que el mismo está consagrado en nuestra Carta Magna y por lo tanto merece el máximo respeto, protección y efectivo cumplimiento.-

Constanza Hernandez.-

Título VII Comunicación y conocimiento de los actos procesales

Capítulo I Disposiciones generales

“La incorporación de las Tecnologías de la Comunicación como herramientas en el proceso: lo normado por el Anteproyecto de Código General de Procesos de Chubut”.-

Introducción.-

A modo de introducción, se puede decir que la incorporación de la Tecnología como herramienta en el proceso data de hace más de 20 años, con orígenes en países como Holanda, Finlandia o Singapur. En Latinoamérica durante fines del siglo pasado y principios de éste, los países iniciaron proyectos de tramitación electrónica, aunque aislados y dependientes de reformas mayores, como nuevos códigos y leyes sobre procedimientos especiales. Por ejemplo: Colombia, que tiene un nuevo Código General del Proceso, estableció su vigencia a principios de 2016; o, incluso, Chile, que se encuentra tramitando la Reforma de la Justicia Civil hace ya un par de años, o la reciente Ley N° 20.886, con la puesta en funcionamiento de todos sus procedimientos en una carpeta digital.¹⁹⁸-

¹⁹⁸ TRAMITACIÓN ELECTRÓNICA DE LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES: CHILE, LATINOAMÉRICA Y EL MUNDO. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. JAVIER ARTURO

El uso de las Tecnologías de la Comunicación en el Anteproyecto de Código General de Procesos de Chubut.-

En cuanto al Anteproyecto de Código General de Procesos de Chubut, en un claro seguimiento a los preceptos establecidos por las Bases Para la Reforma Procesal Civil y Comercial¹⁹⁹, se puede observar en el primer capítulo del Título VII, un vocabulario jurídico despojado de tecnicismos, sencillo y comprensible para el público en general. Así mismo, se resalta la aplicación de las Tics como herramientas en el proceso ante los requerimientos de una Justicia Moderna²⁰⁰ que tiene por objetivo brindar respuestas en los tiempos y formas que la ciudadanía exige, permitiendo una intermediación entre las partes y el órgano jurisdiccional.-

Así, de forma expresa, el Art. 238 se titula “ uso de las Tecnologías de la información y de las comunicaciones” y establece como regla la Notificación Electrónica para todas las comunicaciones de providencias, resoluciones y sentencias que no deban notificarse Personalmente o Físicamente, dejándole al STJ la facultad reglamentaria.-

En el mismo sentido, el Art 239 establece como regla la comunicación y toma de conocimiento de los actos procesales **oralmente en las audiencias** (a quienes están presentes o quienes tenían la carga de comparecer) **y por los medios electrónicos..en los demás casos .. y sólo excepcionalmente** en modo personal o por cedula en soporte papel, estableciendo una presunción de conocimiento de los mismos cuando estos surjan de las constancias del registro digital del caso.-

Sin embargo, en otras normativas provinciales en revisión como el Código Procesal Civil y Comercial de Chaco²⁰¹ y el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación²⁰², se mantienen los días de nota y el principio de notificación ministerio legis: Chaco tiene como regla general en su art 152 la **notificación automática** de las resoluciones judiciales que “se entenderán conocidas en todas las instancias los días Martes y Viernes”. Y el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en su Artículo n° 93.- precisa: “Principio general. **Notificación automática**. Las resoluciones judiciales dictadas en primera instancia quedarán notificadas automáticamente los días martes y viernes.”-

Retomando el análisis del presente Título del Anteproyecto de Código General de Procesos de Chubut , la aplicación de las nuevas tecnologías y de los medios masivos de comunicación como herramientas del proceso se encuentra presente en todo el articulado del capítulo 1º, y en especial en el Art 240 que establece la posibilidad para toda persona que intervenga en el proceso, **según**

BRITO DONOSO. Santiago, Chile 2017. UNIVERSIDAD DE CHILE FACULTAD DE DERECHO DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL.

¹⁹⁹ <https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2017/06/Bases-para-la-Reforma-de-la-Justicia-Civil-y-Comercial.pdf>

²⁰⁰ <https://www.justicia2020.gob.ar/justicia-moderna>

²⁰¹ Código Procesal Civil y Comercial de Chaco, LEY 2559-M

²⁰² Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación presentado el 1º de Julio de 2019 al Ministro de Justicia y Derechos Humanos Germán C. Garavano por la Comisión Redactora designada por RESOL-2017-496-APN-MJ y RESOL-2017-829-APN-MJ

la gravedad del caso, de gestionar **cualquier medio técnico u electrónico de comunicación** con la oficina judicial, - órgano creado a tal efecto, - quien no sólo tiene facultades de tramitación sino de gestión judicial propiamente dicha (personal o recursos materiales) y de gestión del caso y flujo de casos en tanto apoyo a la labor jurisdiccional.-

Esta referencia a “*cualquier medio técnico u electrónico de comunicación*” permite inferir, debido a su amplitud, que se podría solicitar la notificación por Whatsapp o mail, o por redes sociales como Facebook o Twitter, *siempre según la gravedad del caso*, aunque surgen algunos interrogantes: ¿en quien recae el análisis particular del caso concreto? ¿Quién define la gravedad del caso? ¿Queda a cargo de la oficina judicial o del juez/a?-

En el art 250 se establece también la posibilidad de notificar **por medios masivos, redes o edictos**, cuando se trate de personas inciertas, o en el supuesto de que se ignore el domicilio de la persona humana o jurídica a notificar.-

Para la elección del medio y modalidad **deberá considerarse**: el tipo de acto a comunicar, su importancia, el o los destinatarios y sus características, los intereses en juego y los principios de máxima accesibilidad, conocimiento, publicidad e idoneidad.-

En cuanto a la publicación de Edictos, la misma se hará en la página Web Oficial del Poder Judicial, dejándole al Superior Tribunal de Justicia la facultad reglamentaria en cuanto al servicio, la fijación del arancel y las excepciones, lo que implica en los hechos la eliminación de la publicación en el Boletín Oficial y en el Diario de mayor circulación del lugar.-

Se aclara también que el Superior Tribunal de Justicia tiene la facultad de reglamentar la utilización de los medios masivos o redes, brindando “criterios orientativos”.-

En el Art. 254 se establecen normas sobre las comunicaciones en medios masivos o edictos, las cuales deberán contener en forma sintética las mismas enunciaciones requeridas en las notificaciones por Cedula. Las publicaciones se mantendrán por el tiempo que dispongan las normas, la jueza, el juez o el tribunal y la notificación se tendrá por practicada el último día de la publicación, comenzando a computarse el plazo que corresponda, el día siguiente hábil.-

Merece especial comentario el Art. 250 citado anteriormente, en cuanto establece la posibilidad de notificar por “redes”, siendo que la Notificación por Redes Sociales no tiene precedentes en el Derecho Argentino ni en doctrina ni jurisprudencia, ni tampoco existe mención expresa hasta el momento en los articulados de los países vecinos latinoamericanos.-

Si bien, tanto los países europeos como los latinoamericanos comenzaron en mayor y en menor medida con proyectos de incorporación de la Tecnología como herramienta en el proceso para la tramitación electrónica de los mismos, la utilización de las redes sociales como herramienta para notificar no parece estar reglamentada hasta el momento en dichos países.-

Sin embargo, se han registrado ya casos de notificaciones por redes sociales en otras latitudes:

Es en Australia el primer caso donde se registra una notificación judicial realizada por medio de la red social Facebook: MKM²⁰³ (*MKM Capital Property Limited contra Corbo Carmela y Poyser Gordon*)²⁰⁴, con fecha de Diciembre de 2008. En aquella fecha, el Territorio Capital de Australia de la Corte Suprema aprobó el uso de Facebook, para notificar a una pareja de Camberra (Carmela Corbo y Gordon Poyser) con el aviso de que estaban perdiendo su casa después de la cesación de pago de un préstamo solicitado por ellos. El abogado del prestamista MKM Capital, solicitó el novedoso permiso de notificación después de varios intentos fallidos de contactar con los propietarios de la casa en su propio domicilio, por correo y por e-mail. Frente a la disminución de las opciones, encontró la página de la propietaria Carmela Corbo en Facebook usando la información personal que había prestado a la entidad crediticia, incluyendo su fecha de nacimiento y dirección de correo electrónico. El co-solicitante del préstamo y residente junto con Corbo, Gordon Poyser, estaba incluido dentro de la lista de amigos que estaba publicada en el perfil público de Carmela Corbo. Aunque el tribunal aceptó la petición solicitada por el abogado del prestamista, el juez insistió en que los documentos legales estén adjuntos a un e-mail privado enviado a través de Facebook y que no pueda ser visto por otros visitantes de las páginas. Además de ello, el perfil en Facebook de los demandados incluía datos como la fecha de nacimiento, e-mail, lo que le proporcionó a la Corte un buen indicio de la veracidad y la presencia de los demandados en Internet.-

Así, Australia fue el primer país en permitir la notificación a través de una red social, pero esto no ocurrió fácilmente. En efecto, los abogados buscando la autorización de la Corte debieron demostrar:

- La imposibilidad de notificar a los demandados mediante las formas tradicionales,
- y que la notificación por medio de Facebook ofrecía una razonable chance de éxito.-

Posteriormente en Nueva Zelanda se registró otro caso de similares características: *Ax Market Gardens contra Craig Hacha*²⁰⁵ el 16 de Marzo de 2009, la Corte Suprema de Nueva Zelanda entendió que una notificación alternativa podía ser realizada a un demandado extranjero vía Facebook, luego de que la demandante acreditara las dificultades para localizar y notificar al demandado por una deuda pecuniaria, de quien se sabía que estaba viviendo en el Reino Unido pero se desconocía su posición exacta.-

En Inglaterra, en Octubre del 2009 en el caso *Blaney v. Unknow Person*²⁰⁶ el tribunal inglés emitió una orden que permite el servicio alternativo de una orden judicial a través de la red social

²⁰³ Disponible en <https://attwoodmarshall.com.au/service-of-court-documents-via-social-networking-websites-by-alicia-bradford-attwood-marshall-lawyers/>

²⁰⁴ Corte Suprema del Territorio de Australia, *MKM Capital Ltd. v. Corbo, Carmela y Poyser Gordon*, Declaración Jurada de notificación Impracticable y autorización para notificar por medio de Facebook

²⁰⁵ Disponible en <http://www.telegraph.co.uk/news/newstopping/howaboutthat/5000839/Facebook-can-be-used-to-serve-legal-papers-rules-New-Zealand-judge.html>

²⁰⁶ Disponible en <https://hsfnotes.com/litigation/2009/11/30/service-permissible-twitter/>

Twitter. Esta es la primera decisión de este tipo en Inglaterra, y se produjo después de las dos decisiones ya citadas en Australia y Nueva Zelanda que permitieron el servicio a través de Facebook (*MKM Capital Property Limited contra Corbo y Poyser No. SC 608 de 2008* y *Ax Market Gardens contra Craig Hacha CIV: 2008-485-2676*).

En este caso, el Sr. Donal Blaney, un comentarista que dirige un blog de derecho llamado "Blaney's Blarney", fue personificado en Twitter por alguien que usaba el nombre de usuario "@BlaneyBlarney", junto con una fotografía del Sr. Blaney y un enlace a su blog. El Sr. Blaney solicitó una orden judicial contra el imitador exigiéndole que dejara de twittear (en violación de los derechos de propiedad intelectual), que conservara la cuenta y la contraseña y se identificara.

El Justice Lewison, que se encuentra en la División de la Cancillería, concedió la orden judicial solicitada y permitió el servicio alternativo a través de Twitter (bajo CPR 6.15) sobre la base de que había buenas razones para hacerlo: en particular, el acusado era anónimo y difícil de identificar; la página ofensiva de Twitter a través de la cual se realizaría el servicio aparentemente pertenecía y era visitada regularmente por el acusado; y era posible controlar en Twitter si el acusado había recibido la orden judicial.

El servicio a través de Twitter se realizó a través de un mensaje que se envió a la cuenta del demandado, que incluía un enlace al texto completo de la medida cautelar. El acusado recibiría este mensaje la próxima vez que se conectara. Después del servicio, el acusado aceptó cumplir con la orden, que ahora se conoce coloquialmente como "*Blaney's Blarney Order*".

En Latinoamérica se registra un caso²⁰⁷ en Chile, la Corte de Apelaciones de Valdivia en una decisión inédita resolvió notificar una resolución judicial a través de las redes sociales oficiales del Poder Judicial, resguardando el debido proceso y el derecho de las partes a ser oídas.

La resolución²⁰⁸ fue tomada por el tribunal de alzada²⁰⁹ tras constatar las dificultades para notificar a HRSC (Habit Ruth Santander Calcumir) del recurso interpuesto en su contra por una eventual vulneración de garantías constitucionales en la que habría incurrido, al haber publicado a través de Facebook, expresiones peyorativas en contra de la demandante.

²⁰⁷ Link : <http://www.derecho-chile.cl/por-primera-vez-el-poder-judicial-utiliza-facebook-para-entregar-notificacion/>

²⁰⁸ causa [Rol 846 – 2016 PRT](#), texto de la Resolución: Valdivia, seis de diciembre de dos mil dieciséis. Previo a la vista de la causa y siendo indispensable para asegurar el derecho de la recurrida a ser oída y de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 19 N° 3 de la Constitución Política de la República y [8.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos](#), sin perjuicio de lo resuelto el día dos de diciembre de dos mil dieciséis, se decreta que la recurrida deberá ser notificada de la presente acción constitucional por la vía más efectiva, en particular mediante la red social que dio origen al recurso, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo tercero inciso final del [Acta N° 94-2015 de la Excma. Corte Suprema](#), lo que deberá ser diligenciado por la unidad respectiva de esta Corte en coordinación con los organismos a cargo de las redes sociales del Poder Judicial. Suspéndase en el intertanto el decreto autos en relación.

²⁰⁹ La resolución fue tomada por la Primera Sala del tribunal de alzada integrada por los ministros Mario Julio Kompatzki, Darío Carreta y Marcia Undurraga

Tras ser acogido a trámite el recurso de protección, la Corte de Apelaciones de Valdivia ordenó a Carabineros – Policía Nacional de Chile - concurrir hasta el domicilio de HRSC, para notificarla; sin embargo, tras varios intentos, solo se logró entregar la notificación a parientes de HRSC.-

Recurrir a la red social para notificar, según el ministro vocero de la corte, “permite agilizar la tramitación de un proceso, para que, en el más corto plazo, se dicte una sentencia que venga a resolver la contienda que enfrenta a las partes”.-

Notificar por redes sociales no es una cuestión menor, atento a la masividad y el potencial de publicidad que significa este mecanismo. En todos los casos mencionados, los interesados en la notificación por tal medio, primeramente acreditaron la imposibilidad de notificar por los medios tradicionales. Es necesario adelantarse a las recomendaciones y hacer hincapié en la necesidad de que el juez ponderando las circunstancias del caso, utilizando una regla de equilibrio, determine razonablemente esta alternativa, de acuerdo con el interés de la persona que dispone la notificación, el del Estado para administrar justicia y respetando siempre la Garantía Constitucional de Debida Defensa en Juicio de la persona a notificar, así como también su Derecho a ser oído.-

Y reviste particular importancia el art 241° el cual se transcribe:

Art. 241. Notificación automática y tácita. Excepción “ **Es carga de los intervinientes acceder a los registros del caso diariamente**, con el objeto de tomar conocimiento del estado del trámite y de los actos procesales allí contenidos. Publicado el acto procesal y/o actuación en el sistema, **haya ingresado o no el interesado, se lo tiene por notificado, y los plazos correrán a partir del siguiente día hábil. No se habrá producido la notificación, y en consecuencia no se considera conocido el acto procesal, cuando no estuviera disponible el acceso al sistema que gestiona las comunicaciones o el registro electrónico del caso, circunstancia que deberá ser verificada a requerimiento de parte o de oficio.** De igual modo, si hallándose en la sede del tribunal, cualquiera de las partes o sujetos intervinientes no pudiere acceder al registro digital del caso, puede dejar constancia de ello ante el responsable del área correspondiente para su incorporación a las actuaciones. Todo retiro de escritos digitalizados o documentación física o electrónica, por la parte, su apoderado, su letrado o persona autorizada para acceder al registro del caso, implica el conocimiento de sus constancias.”

De su lectura, surge que, al imponer la notificación automática por medios electrónicos, y el inmediato comienzo del computo de los plazos procesales, a partir del siguiente día hábil, se traslada a los letrados la carga de contralor diario del registro digital de cada causa.-

Como consecuencia directa de esta imposición a los justiciables letrados y partes, el articulado prevé idéntico método de notificación a los Ministerios Públicos, Funcionarios Judiciales y demás Organismos del estado. Así, los artículos 243 y 244 establecen que los Ministerios Públicos, Funcionarios Judiciales y demás Organismos del estado, toman conocimiento del estado del trámite, de los actos procesales y de la documentación, **del mismo modo** como lo hacen las partes y sus letrados, es decir, mediante el acceso al registro electrónico del caso, a través de los

sitios de gestión de notificaciones, endilgándoles de este modo, la carga de contralor diario del registro digital que establece el art 241.-

Respecto a dicha carga, - sistema de notificación electrónica a las partes – y sus implicancias en tanto recargo de trabajo a los operadores judiciales, se rescata un planteo reciente, formulado en la Corte de Madrid España, donde un juez solicitó al Tribunal Constitucional que anule un artículo de la **Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)** sobre las notificaciones mediante el sistema telemático de Justicia (Lexnet) al entender que ha convertido a abogados y procuradores en "esclavos"²¹⁰.-

En concreto, el juez elevó una cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 162.2 de la LEC que, desde la reforma de 2015, da en general por realizadas las comunicaciones mediante Lexnet a los tres días, a todos los efectos, aunque el destinatario no haya accedido a su contenido, sistema muy similar al establecido por el Art 241 en comentario.-

El juez²¹¹ en cuestión, aprovechó el caso de una trabajadora que interpuso demanda contra un empresario para que se reconozca su relación laboral y la regularice, y a la que se le requirió que subsanara la demanda -para aclarar si reclamaba alguna cantidad de dinero- en un plazo de cuatro días a partir del 16 de enero de 2019. Un mes después el juez archivó la causa porque no se había subsanado el defecto, y la demandante recurrió explicando que no había visto a tiempo la notificación de Lexnet (su letrada no vio a tiempo la comunicación), por lo que el magistrado planteó a las partes la posible cuestión de inconstitucionalidad, a la que se opuso la Fiscalía.-

En su cuestionamiento de constitucionalidad sostiene que el sistema convierte a los abogados y procuradores en "esclavos de Lexnet": *"No tienen derecho a descanso, ni vacaciones, convirtiéndose en esclavos de su ordenador y de estar conectados en sus oficinas a ver si el órgano jurisdiccional le envía una notificación por Lexnet, puesto que de lo contrario, cuando vuelva de vacaciones, tendrá por notificada la resolución remitida por el juzgado si no se ha abierto en tres días".-*

El magistrado refleja en su auto diferente jurisprudencia y concluye que el artículo 162.2 de la LEC vulnera el artículo de la **Constitución** 24.1, al no garantizar una tutela judicial efectiva, así como los artículos 35, 40.2 y 43 por no garantizar el descanso necesario para la salud. En sus palabras, el precepto cuestionado *"vulnera los más mínimos principios de dignidad, de derecho a la salud y descanso de las personas".-*

Detalla que *"no se puede dar por notificada una resolución no recibida ni notificada al letrado por el mero hecho de solamente haberse enviado y no recibido"* y subraya asimismo que *"en la jurisdicción social no es preceptiva la intervención del abogado, y por lo tanto hay que ser muy escrupuloso a la hora de notificar, puesto que si no ha llegado la notificación al letrado se debería notificar al trabajador".-*

²¹⁰ Disponible en : <https://www.elmundo.es/espana/2019/07/06/5d20c01421efa0d7068b45c0.html>

²¹¹ Arturo Rodríguez Lobato, titular del Juzgado de lo Social 14 de Madrid

A modo de conclusión: la Vigencia del Debido Proceso.-

El régimen de notificaciones plasmado resulta novedoso y a tono con la masiva irrupción de herramientas tecnológicas en la vida real de los ciudadanos.-

Pero, a su vez tiene un valladar infranqueable: El objetivo del debido proceso es que las personas puedan proteger de manera efectiva y eficaz sus derechos.-

En otras palabras, el proceso tiene que ser idóneo para el ejercicio y goce de los derechos de los ciudadanos. La consecuencia de este propósito debe guiar cualquier interpretación que se pretenda de una norma procesal, ya que el cumplimiento de las formalidades no resulta un fin en sí mismo, sino un instrumento para garantizar el ejercicio de los derechos sustanciales, de expresa consagración constitucional, como así en tratados internacionales ratificados por nuestro país.-

Bibliografía/ Fuentes:

1. “Tramitación electrónica de los Procedimientos Judiciales: Chile, Latinoamérica y el mundo”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por Javier Arturo Brito Donoso. Santiago, Chile 2017. Universidad de Chile Facultad De Derecho, Departamento de Derecho Procesal, pag 7.
2. “Bases Para la Reforma Procesal Civil y Comercial” <https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2017/06/Bases-para-la-Reforma-de-la-Justicia-Civil-y-Comercial.pdf>
3. “Justicia Moderna” <https://www.justicia2020.gob.ar/justicia-moderna>
4. “Código Procesal Civil y Comercial de Chaco”, LEY 2559-M
5. “Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación” presentado el 1º de Julio de 2019 al Ministro de Justicia y Derechos Humanos Germán C. Garavano por la Comisión Redactora designada por RESOL-2017-496-APN-MJ y RESOL-2017-829-APN-MJ
6. “Service of Court Documents via Social Networking Websites” por Charles Lethbridge, 29 Marzo del 2011. <https://attwoodmarshall.com.au/service-of-court-documents-via-social-networking-websites-by-alica-bradford-attwood-marshall-lawyers/>
7. “Facebook can be used to serve legal papers, rules New Zealand judge” por Paul Chapman in Wellington, 16 de Marzo del 2009. <https://www.telegraph.co.uk/news/newsttopics/howaboutthat/5000839/Facebook-can-be-used-to-serve-legal-papers-rules-New-Zealand-judge.html>
8. “Service Permissible via Twitter” Herbert Smith Freehills, Litigations notes., 30 de Noviembre del 2009. <https://hsfnotes.com/litigation/2009/11/30/service-permissible-twitter/>
9. “Por primera vez el Poder Judicial utiliza Facebook para entregar notificación” Derecho Chile, 08 de Diciembre del 2016. <http://www.derecho-chile.cl/por-primera-vez-el-poder-judicial-utiliza-facebook-para-entregar-notificacion/>

10. “Un Juez lleva al Constitucional el sistema de notificaciones telemáticas de Justicia por convertir en esclavos a los abogados” El Mundo, Madrid, España, 6 de Julio del 2019. <https://www.elmundo.es/espana/2019/07/06/5d20c01421efa0d7068b45c0.html>

María Laura Cuevas.-

Verdad judicial. Nuevo paradigma. Facultades del Juez. Resoluciones en audiencia preliminar, conveniencias.-

Veronica Soldati.-

El documento *Bases para la reforma procesal civil y comercial (1)* centra buena parte de su propuesta en “lograr una ley procesal mas eficiente; que procure promover la inmediatez y la concentración como garantías de la transparencia de los procesos; que se adapte los nuevos paradigmas sociales y culturales, como así también al Código Civil y Comercial de la Nación; que privilegie la economía procesal, la oralidad efectiva y la celeridad” (2).-

En gran medida la oralidad se desplegara en la etapa probatoria; constituyendo la interposición de la demanda y su contestación, los elementos escritos del proceso.-

El proyecto de Código General de Procesos de Chubut, en su Título I POSTULACIONES, Capítulo I DEMANDA INDIVIDUAL Y COLECTIVA, artículo 259; enumera en forma taxativa lo que la demanda debe contener; ello, no se aleja demasiado de las consideraciones que - de modo caudaloso y pletórico - se ha documentado ya, por autorizada Doctrina y Jurisprudencia. Adecuando estos requisitos esenciales para la interposición de la acción, a las nuevas tecnologías aplicadas en la sistematización del expediente y notificaciones. Que de manera detallada y absolutamente vanguardista el proyecto analizado expone y norma en el capítulo pertinente.-

Concretamente, creemos que el inciso g) del artículo mencionado en el párrafo que precede “...la información necesaria sobre terceras personas que podrían estar involucrados en el conflicto o tener interés en el...”; innova de modo positivo en la constitución y desarrollo del proceso, conforme a los nuevos paradigmas que impregnan el concepto de justicia. Sin lugar a dudas, esta obligación que podría considerarse moral, en su nueva redacción constituiría o una obligación o una carga; que evidentemente, en caso de incumplimiento, debería acarrear alguna sanción.-

En ese orden de ideas, nos preguntamos en primer lugar, si la misma es una obligación o una carga.-

En lo que hace a su origen, la Doctrina procesal señala que el contenido del proceso - res judicata - se obtiene a partir de estímulos que surgen del interés privado o por imperativos surgidos del interés público (3).-

Ello, en su aplicación fáctica, en la puesta en práctica en el ámbito del proceso, debe y se encuentra reguladas por el Derecho Procesal. Es decir, de los estímulos de los distintos sujetos

procesales, se construye el proceso. Incluyendo, las partes, el juez y de otros sujetos llamados a entender.-

Evidentemente, quien decide no contestar una demanda, solo deriva perjuicio procesal en su contra. Ahora, quien decide interponer una acción, conociendo la existencia de terceros que podrían verse afectados o interesados en la sentencia, omite hacerlo; es decir, falta a la verdad, suprimiendo o excluyendo del conocimiento del juez la existencia de posibles terceros interesados; podría aparejar la existencia de una sentencia que aun firme, podría ser declarada irrita.-

Entonces, planteado así el interrogante, y en pos del análisis de tales cuestiones, podría decirse que éste integraría los deberes de colaboración entre las partes; o, de la búsqueda de la verdad en los juicios; o, de la agilización temporal de los procesos; o, y especialmente, de la eficacia de las sentencias. Dependiendo desde que sujeto procesal se postule la mirada.-

La relación entre las declaraciones efectuadas por las partes y la realidad de los hechos o circunstancias aseveradas por ellas, toman en esta nueva postulación, una perspectiva de obligatoriedad, a los efectos no solo del descubrimiento de la verdad, sino también del deber de las partes y sus representantes de actuar lealmente y con probidad; tal como lo dispone el art. 22 del código Procesal Civil, Comercial y Tributario de Mendoza “...*Los litigantes, sus representantes, abogados y peritos tienen el deber de actuar lealmente y con probidad, expresando al Tribunal los hechos verdaderos y absteniéndose de comportamientos dilatorios y maliciosos; puede ser objeto de sanciones si se apartaren de estos principios y pasibles de daños y perjuicios que su actitud maliciosa y desleal ocasionares*”(4).-

En la misma inteligencia, cabe citar lo que se expone en las Bases para la reforma procesal civil y comercial nacional: “...*colaboración procesal. Se trata de un principio que deriva en cargas y en deberes procesales que pesan, no solo sobre las partes, sino también sobre terceros que deben colaborar con la justicia...*” (5).-

Transitando el mundo jurídico, es de público, que dicho principio implica modificar criterios y practicas jurídicas que de modo manifiesto se han revelado inconvenientes en el sistema que se pretende abandonar.-

Considerando que las declaraciones de las partes, constituyen la fuente esencial de conocimiento para el Tribunal, la obligación que este proyecto incorpora en el inciso g), aparece como un instrumento irremplazable; es un modo de allegar las fuentes al proceso.-

Solo a los efectos de intentar eliminar dudas, generando hipótesis de situaciones que podrían suceder en los casos que esta obligación - carga - deber, sea incumplida. Primero, nos preguntamos respecto de la excepción de defecto legal; pues, creemos que la misma no sería aplicable; pues el defecto podría ser subsanable, conforme a las disposiciones normativas previas que el mismo Proyecto incorpora. Además, de la misma documental adjuntada y/o hechos vertidos, el Juez podría advertir la existencia de terceros que estarían incluidos en la disposición de este inciso. Para ello, creemos esencial, que los jueces logren entender que no estamos en presencia de una reforma más, sino frente a un cambio de paradigma; lo cual exige que sean ellos quienes primero y antes que nadie, entiendan la dinámica y ejerzan sus facultades en consonancia.-

Al efecto de ello, encontramos un límite propio, basado especialmente en el principio de congruencia; y citando al Dr. Alejandro C. Verdaguer “...*el Juez carece de potestad para condenar a una persona si no fue sujeto pasivo de la pretensión, ni tampoco podrá fundamentar el proceso en hechos distintos a los señalados en la demanda como su causa...*”. Pues, queda de modo concluyente y determinante, que estos terceros, ostentaran la calidad procesal que el actor o demandado indicaren en sus demandas.-

Creemos que las cuestiones que puedan derivar de lo expuesto, como fuente de conocimiento del Tribunal, y a los efectos de la eficiencia en el poder jurisdiccional, deberían ser resueltas previamente a la audiencia preliminar; por el contrario a lo normado por el Proyecto.-

El artículo 264° del Proyecto, deja a criterio del juzgador, el momento (audiencia preliminar, multipropósito, de gestión del caso o con antelación a las mismas, en audiencia especial fijada) para resolver tales cuestiones; sentando un principio esencial, de aplicación e interpretación exacta: “...*el juez y las partes deberán procurar la máxima utilidad jurisdiccional, respetando siempre la congruencia y el contradictorio...*”.-

Los jueces, adecuándose a las facultades otorgadas, desplegaría su jurisdicción, determinando o disponiendo su actividad al cambio de paradigma, entendiendo la dinámica, y conociendo acabadamente los estímulos.-

“...No se puede ni se debe en todos los casos ser juez “distribuidos de justicia”, debiendo el buen magistrado conformarse en algunos supuestos con ser juez “dador de paz social...” (6). Concluyendo, que nos encontraríamos, distinguiendo lo elogiabile del juzgador, en palabras del Dr. Peyrano “como el que corresponde ser en el caso.-

(1) www.saij.gob.ar, SAIJ, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017.-

(2) Ídem.-

(3) Claria Olmedo, Jorge, Derecho Procesal, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, t 1.-

(4) Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de Mendoza. Ley 9001, Fundación Copperadora, p 27.-

(5) Bases para la reforma procesal civil y comercial, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, SAIJ, 2017, pag. 21.-

(6) Peyrano Jorge W. “El Juez distribuidor de justicia vs. El juez dador de paz social”, en “Nuevas Técnicas procesales”, Rosario 2011, Ed. Nova Tesis, pag. 37 y sig.-

Legitimación, potestad y alcance del control judicial de la representación adecuada en la interposición y proposición de demandas colectivas del proyecto de reforma procesal civil de Chubut.

BARRIONUEVO, MAXIMILIANO ESTEBAN

Introducción

El presente trabajo, pretende realizar una somera revisión de aquellos artículos que en el marco del anteproyecto de nuevo código procesal civil y comercial abarcan la temática referida a los denominados procesos colectivos. En esta inteligencia, lo que se busca es analizar con cierto detenimiento cuestiones que nuestro juicio resultan esenciales, como aquellas que se vinculan con la admisibilidad de la demanda, su viabilidad, la legitimación que se les reconoce a los litigantes colectivos y por supuesto el papel que se le corresponde al juez del proceso en lo que atañe al control que debe ejercer con relación a la mencionada actuación procesal.

Es por ello que, para poder desarrollar con cierto orden dicha tarea, será menester detenerse sólo en las disposiciones normativas que con rigor se refieren a los conceptos referenciados, en una suerte de exégesis normativa, sostenida por el caudal teórico que es proporcionado por la doctrina procesal que ha tratado de los ya mentados procesos colectivos.

Desarrollo

El proyecto de reforma del código procesal civil de la provincia de Chubut, contempla los procesos colectivos en una serie de artículos que se extienden desde el **número 261 al 271**. En ellos, proporciona a los operadores jurídicos los lineamientos básicos para la confección e interposición de una demanda en la que se ventilen derechos de incidencia colectiva y en la que los litigantes actúen conjuntamente, como así también delimita cuáles serán las pautas y requisitos que el juzgador deberá tener en cuenta para efectuar un adecuado control de la viabilidad de la misma o su eventual rechazo por resultar aquélla manifiestamente improponible. Este trabajo, centrará brevemente su atención en las disposiciones de los artículos 261, 262, 263, 265 y 266 del mencionado código de rito a reformarse.

Es así como, en el **artículo 261** de la referida normativa procesal a reformarse, el legislador menciona que toda demanda en conflictos colectivos además de cumplir con los recaudos comunes de las demandas civiles en general, debe observar los que siguen:

- a) La pretensión colectiva debe fundarse en hechos que den al trámite de un proceso colectivo y debe hallarse limitada con exclusividad a resolver cuestiones comunes que fueren invocadas por el representante del grupo involucrado. Asimismo, menciona para los supuestos en el que existieren cuestiones heterogéneas entre los miembros del grupo, que éstas deberán ser planteadas individualmente, teniendo en cuenta el ejercicio o no del derecho de exclusión. También, debe mencionarse que en lo relativo a la pretensión colectiva, este primer inciso le concede al juez amplias facultades en lo que atañe a la administración del proceso pero teniendo como límite último la resolución adecuada de la controversia.
- b) El grupo involucrado, debe ser cualitativamente definido, descripto e identificado para poder establecer los límites subjetivos del proceso. De igual modo, resulta necesario establecer el número de personas que componen dicho grupo. Quedando, a cargo de la contraparte el deber de aportar toda la información que estuviere en su poder y que fuere necesaria para establecer con claridad el número de partícipes.

- c) Debe acreditarse también, la adecuada representatividad del legitimado cuando ésta no puede ser presumida conforme a la normativa del código procesal.
- d) También se requiere, el denunciar si los litigantes participan en otro u otros procesos cuyas pretensiones fueren similares a las esgrimidas, enunciando los datos necesarios para identificarlos y el estado en el que se encuentre su tramitación. Todo ello, con carácter de declaración jurada.
- e) Finalmente, impone la carga de explicitar con la mayor precisión posible el tipo y características de la decisión o remedio judicial que se pretende obtener con la demanda colectiva.

Los requisitos exigidos para la confección de una demanda de tipo colectivo introducidos por la reforma procesal de Chubut, no dejan de ser concordantes con lo establecido en las legislaciones de otros países que se han ocupado de estudiar y teorizar aquellas actuaciones en las cuales un grupo o grupos de personas afectadas por un perjuicio en común, reclaman ante las autoridades jurisdiccionales la resolución de un conflicto mediante el dictado de una sentencia que arribe a un resultado beneficioso para todos, evitando las dilaciones y limitaciones que generaría la presentación individual intentada por cada uno de los sujetos perjudicados separadamente.

Si tomamos el caso de los Estados Unidos, puede verse que las exigencias básicas para la configuración de una acción colectiva o de clase se halla contenida en la Regla 23 de Procedimiento Civil para los Tribunales Federales, norma que vino a sustituir lo estipulado por la antigua Regla Federal de la Equidad sancionada en el año 1842 que contemplaba las acciones de clase.²¹²

En efecto, la mencionada Regla 23 en su sección a) establece cuatro requisitos esenciales para que una demanda puede ser caracterizada como colectiva los cuales son: 1) que exista una clase tan numerosa que la actuación de ella en conjunto sea tan numerosa resultando impracticable; 2) que existan cuestiones de hecho o de derechos comunes a la mencionada clase; 3) que los reclamos o defensas esgrimidos por los representantes deben resultar típicas para los demás miembros de la clase; y 4) quiénes representen a la clase tienen que acreditar que ejercerán con la debida diligencia la representación de los miembros restantes.

Por su parte, la regulación efectuada por la legislación española resulta más restrictiva que la norteamericana en lo que se refiere a lo que entiende por demandas colectivas. Puesto que no sólo limita el ejercicio de dichas acciones de clase a operadores jurídicos determinados, sino que también, acota el ámbito de reclamos a la afectación de ciertos derechos en particular, careciendo de la amplitud y alcance de las tradicionales “*class actions*” del derecho anglosajón. En la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, las demandas colectivas se denominan acciones colectivas indemnizatorias y su ejercicio está reservado solamente para las asociaciones de usuarios y consumidores, grupos de personas afectadas o entidades constituidas legalmente para la defensa de los derechos de los usuarios y consumidores, a las que se les reconozca el derecho de

²¹²

Mena, V. (s.f.). "Procesos colectivos o grupales en Argentina". www.urbeetius.org, pag. 26.

peticionar por vía judicial una indemnización por aquél hecho dañoso del cual resulte la afectación a un mismo colectivo de sujetos.

En lo que hace al alcance de la demanda colectiva, y como ya se mencionara, el derecho español, es más limitativo puesto que circunscribe el reclamo al resarcimiento de los daños y perjuicios a una categoría particular de justiciables que son aquellas personas afectadas en sus derechos en el marco de las relaciones de consumo y uso de bienes y servicios. Asimismo, las acciones de clase mencionadas por la normativa española no pueden aplicarse en la reclamación de daños al medio ambiente aun cuando éstos afecten a un conjunto de ciudadanos.

Si bien es cierto, que las demandas colectivas en el derecho español no permiten reclamos de tipo ambiental, son de mayor amplitud que las norteamericanas en materia de derecho del consumo. Esto es así, porque la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, permite ejercer acciones de clase para resarcir al colectivo afectado no solo de los daños patrimoniales que se le produjera, sino también de los daños personales incluyendo en éstos últimos a los daños morales. Otra diferencia, que debe resaltarse en el tratamiento de una legislación y otra, es que mientras que las “*class actions*” del derecho norteamericano tiene limitado su ejercicio por el monto del reclamo a resarcir, en el derecho español no hay un límite cuantitativo ni superior ni inferior que impida el ejercicio de una demanda colectiva.²¹³

Si, se analiza el caso de un país próximo al nuestro como lo es Brasil también puede verse como su legislación ha puesto especial atención al momento de enunciar que derechos sustentan la interposición de una demanda colectiva. De hecho, el Código del Consumidor de Brasil en su artículo 81 resulta tan puntilloso que efectúa una clasificación tripartita de los derechos de grupo clasificándolos en “difusos”, “colectivos” e “individuales homogéneos”. Y a su vez, cada uno de éstos “derechos de grupo” en teoría tienen correspondencia con tres tipos de acciones colectivas, que a la vez, presentan diferencias en cuanto a su procedimiento y a la finalidad del juicio que persiguen.²¹⁴

De conformidad con el mencionado artículo 81 del Código del Consumidor de Brasil, los derechos difusos son aquellos que se caracterizan por ser transindividuales e indivisibles, que pertenecen a un grupo de personas indeterminadas que no se hallan previamente vinculadas, pero que si resultan ligadas entre sí por las circunstancias de hecho de una situación específica en la que están inmersas. En tanto que, los derechos colectivos si bien son también transindividuales e indivisibles son aquellos que pertenecen a un grupo más específico de sujetos que se vinculan entre sí o con la contraria en virtud de una relación jurídica. Finalmente, el Código del Consumidor de Brasil entiende que derechos individuales homogéneos son los derechos individuales que pueden ser susceptibles de división, ya que tienen un origen común.²¹⁵

Es importante señalar, que el ya referenciado artículo 81 tiene su correlato en el sistema de derecho civil en la Regla 23 inciso b de las denominadas Reglas Federales de Procedimiento Civil Norteamericanas. Al comparar ambas regulaciones, es posible detectar que entre los sistemas procesales de Brasil y de Estados Unidos hay una gran diferencia iusfilosófica. Esto es

²¹³ *Ibid*, pág 27.

²¹⁴ Gidi, Antonio; *Las acciones colectivas y la Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil*. Pág 50.

²¹⁵ *Ibid*, pág 52.

así, porque mientras los juristas del *common law* entienden la ley con las categorías de “tipos de acciones” o “tipos de hechos”, los juristas del *civil law* razonan con la categoría de “tipos de derechos sustantivos”. Pese a que la clasificación de las demandas colectivas no es idéntica en un sistema y en otro, si es posible detectar alguna que otra coincidencia. En ambas normativas procesales, los denominados derechos “difusos” y “colectivos” son aquellos que pertenecen al grupo como un todo, por ejemplo los que están resguardados por una orden de hacer y no hacer (*injunction*) o por daños que atentan contra el grupo globalmente. En cambio, por “derechos individuales homogéneos” se entienden aquellos que se originan con miras a la protección de derechos subjetivos individuales, que resultan particularmente de acciones colectivas fundadas en daños individuales (*class actions for individual damages*)²¹⁶

Esta somera referencia a lo establecido en el derecho comparado relativo a los requisitos mínimos que deben respetarse para la confección e interposición de una demanda de tipo colectivo, permite demostrar que los redactores del proyecto de reforma procesal civil de Chubut seguramente tuvieron en cuenta lo normado por aquellas legislaciones de los países que ya contaban con cierta experiencia en el tratamiento de las acciones colectivas o de clase. Es posible afirmar esto porque el **artículo 261** del código procesal civil provincial a reformar, cuando en su inciso a) se refiere a la pretensión colectiva implícitamente introduce dos de las tres categorías de derechos de grupos mencionados por la normativa procesal brasileña, ya que cuando enuncia que: “...la pretensión colectiva debe fundarse en los hechos que den al trámite de un proceso colectivo debe hallarse limitada con exclusividad a resolver cuestiones comunes que fueren invocadas por el representante del grupo involucrado....”; no hace otra cosa sino referirse a los derechos colectivos que se basan en hechos comunes, resultando transindividuales e indivisibles tanto para el representante del grupo involucrado cuanto para cada persona afectada porque el vínculo o ligazón de los mismos resulta de una relación jurídica y dada la amplitud de interpretación que último término deja al operador jurídico, se entiende que dicha relación de derecho puede darse en el ámbito del derecho del consumo, del medio ambiente y en general en todo aquél en el que los derechos de un conjunto de individuos tengan el mismo grado de afectación. Así también, cuando dicho artículo dice: “.... Asimismo, menciona para los supuestos en el que existieren cuestiones heterogéneas entre los miembros del grupo, que éstas deberán ser planteadas individualmente, teniendo en cuenta el ejercicio o no del derecho de exclusión....”; puede considerarse que se refiere a los derechos difusos que si bien resultan heterogéneos porque alcanzan a una multiplicidad de personas que presentan características particulares y que no están vinculadas entre sí con anterioridad, pueden ser objeto de protección con una demanda colectiva porque hay una situación específica que aunque difusa en sus alcances concretos permite ligar a los afectados.

Los incisos b y c del artículo 261, que respectivamente prescriben como debe ser identificado y descrito el grupo involucrado para poder establecer en favor de quiénes se interpondrá la demanda y el número de personas que serán representadas en la misma; y la exigencia de la adecuada representatividad del legitimado para ejercer la representación colectiva de la clase; no difieren demasiado de lo establecido en la Regla 23 inc. 1 y 4 de Procedimiento Civil de los

²¹⁶ *Ibid*, pág 52.

Tribunales Federales de los Estados Unidos. En tanto que, los incisos a in fine, d y e encuentran cierta correspondencia en lo prescripto por la misma Regla 23 de Procedimiento Civil Federal Norteamericano, pero en lo que atañe respectivamente al primer requisito de procedencia de la demanda colectiva inciso a) si existe riesgo de que la iniciación de acciones independientes pueda acarrear el dictado de sentencias contradictorias o diferentes con respecto a los miembros individuales de la clase; y al tercer requisito inciso b) el procedimiento de la acción de clase debe resultar el más idóneo o efectivo de las restantes vías para resolver la controversia.²¹⁷

Por último, es menester destacar, que las exigencias mínimas para la confección de una demanda colectiva establecidas por el artículo 261 del Proyecto de Reforma Procesal Civil de Chubut, presentan una marcada identidad con lo que prescriben los **artículos 3 y 4 del Anteproyecto de Ley de Procesos Colectivos**, cuando se refieren al alcance y admisibilidad de la pretensión colectiva determinados por la naturaleza de los hechos en los que la misma se fundamenta; cuando establece la manera en la que se deberán dirimir las cuestiones heterogéneas dentro de un mismo grupo según se ejerza o no el derecho de exclusión; cuando le concede al juez del proceso colectivo facultades amplias para administrar el proceso pero sólo para resolver adecuadamente la controversia sin vulnerar ni cercenar los derechos y garantías esenciales de las partes. Y también, cuando al describir el contenido de la demanda colectiva enuncian en cinco incisos cuáles son los recaudos básicos que se deben respetar al momento de redactarla.²¹⁸

Por su parte, el **artículo 262** del proyecto de reforma procesal civil de Chubut se ocupa de lo que entiende constituye una representación adecuada en el marco del ejercicio de una acción de clase. Y, prescribe cuanto sigue: “...el juez controlará y supervisará a lo largo de todo el proceso la adecuada representación de los intereses de los integrantes del grupo por parte del legitimado y de los abogados que asuman la dirección técnica del proceso como apoderados o asistentes..” “...las partes podrán formular fundadamente peticiones vinculadas con tal representatividad en cualquier etapa del proceso...” Acto seguido, la norma de referencia realiza una enumeración de algunas pautas que deben tenerse en cuenta a la hora de calificar una representación como adecuada o inadecuada. Continuando con dicho artículo: “...para el análisis de la representatividad adecuada, el juez deberá evaluar de forma no excluyente y meramente indicativa, los siguientes parámetros:

- a) *La credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado.*
- b) *Los antecedentes, que demuestren, en la protección judicial y extrajudicial, de los intereses o derechos de los miembros del grupo.*
- c) *Su conducta en otros procesos colectivos.*
- d) *La calidad de la actuación desarrollada en el pleito y el conocimiento demostrado a cerca de la materia sobre la que versa.*
- e) *La coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo y el objeto de la demanda.*
- f) *En su caso, el tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de ésta o de la persona física respecto del grupo. Los recaudos fijados para el control de la adecuada representatividad no son taxativos y deberán ser analizados en cada caso concreto.*

²¹⁷ Mena, V. *Ob. Cit.* Pág 26.

²¹⁸ Giannini, Leandro J., Salgado, José M., Verbic, Francisco *Anteproyecto de Ley de Procesos Colectivo. Art 3 y 4* pág 2.

Determinar con claridad, que se entiende por adecuada representatividad del sujeto legitimado dentro de un grupo de personas o un colectivo conlleva en primer lugar el preguntarse qué se entiende por legitimación. En otros términos, para poder establecer si la representación que ejerce el legitimado o legitimados en una acción de clase es o no apropiada, requiere definir qué características presenta la legitimación en el ámbito de un proceso colectivo.

Resulta que, las acciones de clase y las demandas colectivas en las que se sustentan presentan problemas de legitimación; particularmente cuando se trata de la capacidad procesal o legitimación *ad processum* que al decir de Arazi consiste en “... *La aptitud para poder realizar con eficacia actos procesales de parte...*”; capacidad procesal que, debe tener su correlato en la denominada capacidad de ejercicio propia del derecho privado que implica para el sujeto actuante la posibilidad para estar en juicio por sí o por interpósita persona.²¹⁹ Pues bien, resulta que en aquellos países como el nuestro, en los que rige el sistema del *civil law* (con anterioridad a la introducción de las nociones de procesos colectivos, acciones de clase, intereses supraindividuales, difusos, etc.) el solicitante para poder participar como accionante en el proceso debía acreditar inexcusablemente ser titular de un interés que le perteneciera con exclusividad, que fuese propio concluyendo el procedimiento con la emisión de una sentencia individual cuyos efectos sólo alcanzaban al particular afectado. Esta situación, fue mutando y hoy en día la concepción individualista de la legitimación procesal se ha enriquecido con el surgimiento de los llamados derechos de incidencia colectiva, cuya protección ya no se confiere a un solo sujeto si no a todas aquellas personas que la ley considera habilitadas para actuar en defensa de intereses de otros.²²⁰

El modelo de la ley civil, que origina un sistema en el que la preponderancia se coloca en los derechos subjetivos privados, estable como regla general de legitimación procesal de que “...*sólo el titular del derecho puede disponer del mismo...*” “..*Desde esta perspectiva, parece claro que el legislador no puede discrecionalmente legitimar a quién no afirme la titularidad del derecho subjetivo, porque ello equivale a permitir disponer del derecho a quién no es su titular...*”²²¹. Pero, toda regla general contempla excepciones las cuales constituyen la denominada legitimación extraordinaria, que debe fundarse en motivos razonables, proporcionados y objetivos, mismos que han ido trocando la manera de accionar procesalmente, pasando de hallarse ésta limitada a la protección de derechos privados a la tutela de derechos colectivos, de supuestos que otrora eran rechazados en sede judicial dada su poca trascendencia social a otras situaciones en las que está implicada un número considerable de personas.²²²

Este paso, que significa el reconocimiento del derecho a ciertos sujetos o conjunto de individuos para accionar en la defensa de derechos de incidencia colectiva tiene su principal antecedente en lo normado por la legislación norteamericana relativa a las *class actions* y reguladas en la Regla 23. Dicha norma, entiende que determinar los alcances de la legitimación procesal consiste en

²¹⁹ Manterola, Nicolás Ignacio. *Proceso Colectivo: concepto, elementos y procedimiento*. Revista El Derecho UCA N° 14.422, Buenos Aires, jueves 7 de junio de 2018.

²²⁰ Mena, V. *Ob. Cit.* Pág 47.

²²¹ Montero Aroca, Juan, *La legitimación colectiva de las entidades de gestión de la propiedad intelectual*, Granada, Comares, 1997, pp. 29/30.

²²² Meroi, Andrea A. *Procesos Colectivos y Garantismo*. pág. 9

establecer como los actores representan al grupo y si éste representar es adecuado, en si es o no necesario citar a todos los miembros del colectivo y en el problema que se presenta con la representación de aquellos miembros que si bien estuvieron ausentes durante el curso del proceso pudieran verse afectados con la sentencia.²²³

Esta lógica propia de las acciones de clase, ha influido ciertamente en la redacción de los artículos que en el proyecto de reforma procesal civil chubutense tratan de los procesos colectivos. Permitiendo a los operadores jurídicos cumplir con dos propósitos básicos: a) la reunión de todas las acciones que se originan en una misma controversia en un solo proceso, con la ventaja de evitar el dispendio jurisdiccional y el dictado de sentencias contradictorias, todo lo cual contribuye a un ahorro económico de parte del servicio de justicia; y b) permitir la concurrencia de aquellas pretensiones jurídicas que antes eran rechazadas por la marginalidad de los litigantes o por su reducido monto y que las mismas encuentren un cauce procesal en el supuesto de no contar con otra vía de acceso de justicia más idónea.²²⁴ De hecho, si se comparan **el artículo 262** del proyecto de código procesal a reformar con **el artículo 6 del Anteproyecto de ley de procesos colectivos**, es posible apreciar que el uno es casi una extrapolación literal del otro, puesto que la enunciación de los parámetros que ambas normativas brindan al juez para determinar una representación como adecuada son los mismos, tanto en el orden de enumeración de cada uno, como en las palabras que se emplean para designarlos.

Debe tenerse en cuenta, que toda normativa que abarque acciones colectivas no puede desconocer lo importante que es el determinar quién o quiénes pueden representar los intereses del grupo en el proceso. En este sentido, puede decirse que existe una variedad de indicadores útiles para determinar cuándo un representante es o no adecuado a los objetivos del colectivo. En algunos casos, la ley delega la representación en un sujeto en particular (que puede o no ser miembro del grupo), colocarla en cabeza del gobierno (mediante órganos o funcionarios públicos especializados, como el Defensor del Pueblo, el Defensor General, el Ministerio Público e incluso en un denunciante o fiscal privado) o bien, confiar la representación a asociaciones privadas que pueden o no hallarse previamente autorizadas por el juez, el gobierno o los miembros del grupo en la ya mentada actividad representativa. Estas diferentes categorías de representantes, no resultan excluyentes entre sí, puesto que cada opción presenta ventajas y desventajas, y parece claro que establecer con taxatividad que sólo uno de ellos resulta un representante adecuado es perjudicial para el sistema procesal de las acciones de clase, para los miembros ausentes y hasta para quiénes resultaren demandados. Lo mejor sería, lograr una combinación de las tres alternativas, en la inteligencia de que la capacitación de los particulares afectados y de las instituciones públicas y privadas en materia de legitimación colectiva, termina siendo más beneficioso que la actuación por separado y limitada a sólo uno de ellos.²²⁵

Como se puede apreciar, la representación adecuada de un colectivo de personas es un problema que ni la más pulcra y cuidadosa legislación procesal puede llegar a solucionar. Lo importante es, elegir acertadamente al sujeto legitimado ya que de dicha elección dependerá nada más y nada

²²³ Mena, V. Ob. Cit. Pág 47

²²⁴ Ibid, pág. 48.

²²⁵ Gidi, Antonio; *Las acciones colectivas y la tutela de los Derechos Difusos, Colectivos Individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil.* Pág 71.

menos que la garantía del derecho de defensa en juicio de todos y cada uno de los miembros de la clase o grupo involucrados.

Ahora bien, es posible mencionar que en cuanto a la acreditación de la representación adecuada existen dos sistemas diversos: a) por una parte, aquél que deja en manos del juez del caso concreto la comprobación y el contralor de la representación adecuada (este sistema es propio del derecho anglosajón caracterizado por las acciones de clase) ; y b) por la otra, un sistema en el que los representantes adecuados ya han sido predeterminados por las normas(es el que rige en la mayor parte de los países influidos por el derecho continental europeo, en el cual la legitimación y la consiguiente representatividad corresponde ciertas categorías de sujetos: ministerio público, defensor del pueblo, el “afectado”, asociaciones públicas o privadas, etc.)²²⁶

El proyecto de reforma procesal civil de Chubut, al enumerar en el artículo 262 los parámetros que deben ser tenidos en cuenta para calificar una representación como adecuada, no implica solo el reproducir (como ya se señalara anteriormente) lo establecido en el artículo sexto del Anteproyecto de Procesos Colectivos, sino también rescatar los estándares de representatividad enunciados en el Proyecto de Código Modelo para Iberoamérica cuando éste último destaca entre otros:

- a) La credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado.
- b) Sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase.
- c) Su conducta en otros procesos colectivos.
- d) La coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda.
- e) El tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de ésta o de la persona física respecto del grupo, categoría o clase.²²⁷

Resulta claro entonces, que la identidad de contenido entre los órdenes normativos mencionados y todos los parámetros para la determinación de una representación adecuada han sido introducidos fundamentalmente con el fin de superar los desequilibrios que en torno a la legitimación activa de ciertos sujetos se han ido verificando en los sistemas procesales del *civil law*. En este sentido, puede afirmarse que la finalidad perseguida por las mencionadas leyes procesales no es otra que el poder controlar en el caso concreto si la persona o personas que se presentan como legitimadas cuentan con el conjunto de condiciones profesionales, personales y financieras suficientes que permitan una defensa apropiada de los intereses del grupo o colectivo afectado.²²⁸

Lo que es decisivo, y en lo que son contestes tanto el artículo 261 del Proyecto de Reforma procesal de Chubut, el artículo 6 del Anteproyecto de Ley de Procesos Colectivos, cuanto el artículo 2º párrafo 2º del Proyecto de Código Modelo para Iberoamérica, es en lo que se refiere a las facultades del juez del proceso para apreciar el alcance de cierta representatividad y para calificarla como adecuada o inadecuada. En efecto, ninguna de dichas legislaciones deja el contralor a la discrecionalidad judicial, sino que abogan para que los estándares de representación

²²⁶ Meroi, Andrea A. Ob. Cit. Pág. 12.

²²⁷ Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. Art. 2º, par 2º.

²²⁸ Meroi, Andrea A. Ob. Cit. Pág 13.

estén previstos y enumerados en las normas. Y ello, por dos razones fundamentales: a) para que el sistema procesal sea lo más objetivo posible y b) para poner de manifiesto que criterios de representatividad han sido preferidos por el legislador como más relevantes y que en definitiva han justificado su incorporación al texto de la ley.²²⁹

Por otra parte, el diseño dado por la legislación brasileña en materia de legitimación colectiva resulta muy diferente al adoptado por el Anteproyecto de ley de Procesos Colectivos y por las disposiciones del proyecto de código procesal civil chubutense. Si, se analiza lo dispuesto por el artículo 82 del Código Brasileño del Consumidor es posible apreciar su carácter restrictivo en el otorgamiento de legitimación colectiva, puesto que la concede con carácter exclusivo y sólo a determinados sujetos entre los que se cuentan el Ministerio Público, la República Federal de Brasil, los estados, los municipios, el Distrito Federal, ciertos órganos de la administración y a organizaciones no gubernamentales. Sólo estos entes están autorizados para incoar una acción de clase, ya sea de manera independiente o conjunta.²³⁰ Sin embargo, los individuos pertenezcan o no al grupo afectado, no poseen legitimación para demandar en protección de los intereses de la clase, dejando a salvo la posibilidad del empleo de la acción popular siempre que su uso se halle justificado por la finalidad.²³¹

También debe mencionarse, que a diferencia de lo normado por sendos proyectos de reforma procesal civil, el Código brasileño del Consumidor no estipula un requisito formal específico para calificar una representación colectiva como adecuada. Esto, no quiere decir que la problemática de una representatividad correcta, o la obtención de una sentencia justa para los ausentes, no sea de importancia en Brasil. Sino que, la normativa procesal de dicho país no deja la determinación a la discreción de los jueces.²³² Es decir, las normas procesales colectivas brasileñas en lugar de enunciar una serie de estándares o parámetros que el juzgador debe tener en cuenta al momento de calificar la representación, lo que hacen es predeterminar un cierto tipo de demandantes, Sólo a ellos, se les reconoce la facultad de representar los intereses del grupo perjudicado con una representación adecuada y equitativa. Esta limitación, de la legitimación colectiva a entes y organizaciones oficiales permite reducir la necesidad de mayor actividad en el juzgador en el control de la adecuación del representante.²³³

Quizás, la razón por la cual la representación adecuada no se halla regulada en plenitud por la legislación procesal brasileña responda a la idea de que una sentencia perjudicial para los intereses de la clase no puede extender sus efectos a los derechos individuales de los integrantes del grupo. Esta idea, refleja una opinión mayoritaria en la doctrina jurídica de Brasil, según la cual lo fundamental para calificar una representación como adecuada es que el legitimado sea uno de los sujetos especialmente autorizados por las normas. Por ello, se considera que la falta de una adecuada representación de los intereses del colectivo en el procedimiento civil no es perjudicial para la cosa juzgada. De hecho, ciertos juristas brasileños abogan en contra de una

²²⁹ Giannini, Leandro J. *La representatividad adecuada en las pretensiones colectivas*, en Oteiza, Eduardo (Coordinador), *Procesos Colectivos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, pág. 200.

²³⁰ Gidi, Antonio. *Ob. Cit.* Pág. 72.

²³¹ *Ibid.* Pág 73.

²³² *Ibid.* Pág 74.

²³³ *Ibid.* Pág 75.

posición activista del juez, ya que entienden que éste tiene prohibido analizar si la representación esgrimida por los legitimados es o no adecuada. Y, en el caso de una sentencia colectiva desfavorable para la clase sólo admite que una vez aquélla éste firme y consentida sea anulada mediante un procedimiento restrictivo de revisión de sentencias conocido como acción rescisoria.²³⁴

Debe dejarse asentado que, a nuestro criterio, tanto la normativa estadounidense, la brasileña, como la propuesta por el proyecto de reforma procesal civil de Chubut, presentan puntos fuertes y débiles que de ninguna manera se excluyen sino que se complementan al momento de calificar la representatividad de los sujetos legitimados en las demandas colectivas. No basta con la mera enunciación de variables de representación que quedan libradas a la pura consideración judicial, ni tampoco una marcada limitación en cuanto a quién o quiénes pueden ser legitimados. Se cree, que la loable y bienintencionada finalidad legislativa, de dotar al juez del proceso colectivo de mayores facultades para controlar los alcances de una representación colectiva, no puede soslayar la importancia del respeto que debe guardarse a las garantías procesales y constitucionales que rigen todo proceso civil.

Se considera, que la labor del juez de controlar y supervisar durante el curso del proceso si la representación por parte de los legitimados resulta o no adecuada a los integrantes del grupo debe ser realizada con suma prudencia evitando que en pos de lograr el avance de la causa se ocasione un grave deterioro de principios procesales fundamentales como la garantía del debido proceso y la apropiada defensa en juicio.

El formato procesal de los parámetros de representatividad adecuada, ha sido objeto de análisis por la doctrina procesal, reconociendo el acierto en la precaución de la coincidencia entre los intereses de los integrantes de la clase y el objeto de la demanda, que no es otra cosa sino el reflejo del requisito de la “*typically*” o tipicidad del derecho de los Estados Unidos. Pero también los juristas, han marcado su disidencia respecto al sistema estandarizado de representación al objetar el no haber incluido en la normativa la exigencia de “capacidad financiera” del actor, que siendo un requisito establecido en el sistema de las “*class actions*” se halla ausente en las enumeraciones efectuadas por el proyecto de reforma procesal civil de Chubut y sus antecedentes en Iberoamérica.²³⁵

Lo dicho precedentemente, no significa que el modelo de la representación adecuada formulado en el proyecto debe ser absolutamente rechazado. Toda propuesta, es eso, un esquema, un bosquejo de una cierta selección normativa destinada a regir el curso de un procedimiento civil. Como ya se señalara anteriormente, la sola inclusión de estándares de representatividad no son suficientes para la determinación y el control judicial en la legitimación colectiva. Pero, el hecho de contar con una previsión normativa en dicha materia resulta una exigencia de la garantía procesal de la inviolabilidad de la defensa en juicio. En otras palabras, considerar que la calificación de un legitimado como representante adecuado de un colectivo de personas puede descansar sólo en el hecho de que los parámetros estén contenidos en una norma procesal dejando a la discrecionalidad del juez la asignación de representatividad del o los justiciables origina una

²³⁴ *Ibid.* Pág. 78.

²³⁵ *Meroi, Andrea A. Ob. Cit. Pág 13.*

visión sesgada de la finalidad procesal. Resulta indispensable, que el trabajo del juez al momento de calificar a un representante y de considerarlo tal para el ejercicio de la acción colectiva, tenga en cuenta con la selección que realice no puede vulnerar otros derechos y garantías más sustanciales. Esto es así, porque si no consideramos a la previsión de estándares de representatividad adecuada como una garantía de la defensa debida, más de una subsunción lógica, se estaría olvidando que “...en la medida en que las consecuencias del obrar legitimado extraordinario (activo o pasivo) sean capaces de repercutir favorable o desfavorablemente en la esfera de interés de múltiples sujetos, sin que éstos necesariamente hayan prestado su voluntad expresa o tácita, la salvaguarda de la garantía del debido proceso(art. 18 de la Constitución Nacional; art 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos)hace necesaria la existencia de mecanismos que aseguren que quién va actuar gestionando y hasta disponiendo de intereses que no le pertenecen, lo haga apropiadamente..”²³⁶

Para concluir este acápite, relativo a la representación adecuada de los legitimados en las acciones colectivas, se dirá que no se está en contra de la elaboración y proposición de parámetros de representatividad que el juez del proceso debe considerar para calificar a quiénes representan intereses de grupos de personas, sino que la normativa procesal del código debe lograr diagramar un sistema apropiado de controles y contrapesos debiendo éste reflejarse por ejemplo en el régimen de notificaciones de la demanda colectiva, la intervención de terceros ajenos a la clase, los efectos de la sentencia, los recursos que se les concede a quiénes siendo integrantes del grupo ven perjudicados sus derechos individuales, etc. Se considera, que sólo logrando una armonía entre aquella visión que justifica el otorgamiento de facultades de interpretación judicial amplias y la que hace descansar en los jueces la salvaguarda y protección de las garantías más esenciales de todo justiciable, puede resultar un código ritual útil en el servicio de administración de justicia.

Toca ahora, considerar lo dispuesto por el artículo 263 del referenciado proyecto de reforma procesal civil de Chubut en lo atinente a la designación y remoción de los abogados del grupo que participa en un proceso colectivo. Dicha norma, establece: “...*el juez se encuentra facultado para designar y remover a los abogados del grupo en base al cumplimiento de los requisitos de la adecuada representatividad establecidos en el artículo anterior, en el supuesto de desempeño negligente o bien en caso de encontrar acreditado un conflicto grave de interés entre los mismos y la legitimación colectiva..*” “...*También, podrá requerir la información que estime pertinente y formular precisiones sobre la forma en que deben proceder en el manejo del proceso...*”

Esta disposición normativa, incorporada como regla para designar y remover a los letrados que representan los intereses jurídicos de una clase, es coincidente en su contenido, enfoque y redacción con lo prescripto por el artículo 7 del Anteproyecto de Ley de Procesos Colectivos. Ambas normas, brindan al juez del proceso las instrucciones necesarias para ejercer sus facultades de dirección en orden a la selección de los abogados del grupo. De destacarse, que tanto la designación como la remoción depende del cumplimiento de los estándares de representatividad adecuada. En efecto, el juzgador solo puede designar o remover a un abogado solamente en los supuestos en los que éste haya incurrido en negligencia o cuando durante el

²³⁶ *Giannini, Leandro J. Ob. Cit pág 213.*

transcurso de la representación que ejerciere surgiera un conflicto grave entre él y el legitimado colectivo. Asimismo, las dos normas dejan abierta la posibilidad de que el juez para un mejor manejo del proceso solicite información o bien precise el curso de ciertas acciones a las partes, abogados y legitimados del conjunto de personas involucradas en un proceso colectivo.

Estas facultades conferidas a los jueces que deben resolver conflictos de clases, se justifican por la existencia de un problema que es estructural y común a todos los tipos de procesos colectivos: la pérdida del control sobre el litigio por parte de los individuos cuyos intereses se ventilan durante la tramitación de la causa. Esto es así, porque una gran parte de dichos procesos posibilitan a los abogados influir y controlar el avance del juicio, provocando en no pocas ocasiones afectación de los intereses de los representados. Ahora bien, esta pérdida de poder que experimentan los perjudicados principales e integrantes de una clase al otorgar a un letrado la gestión de sus intereses engendra en ellos el miedo a una representación inadecuada. Por esto, es que con el fin de enfrentar ese temor las normas que regulan el comportamiento de los representantes en un proceso colectivo brindan a los jueces ciertas herramientas para entre otras cosas, alentar a los abogados a perseguir los auténticos intereses de los principales. Pero en todos los casos, la actuación de quienes juzgan debe amoldarse a aquellas normas que prescriben neutralidad y limiten su margen de discrecionalidad.²³⁷

Los jueces que receptan una demanda colectiva, deben (respetando el principio de neutralidad judicial) garantizar a las partes y sujetos representados en el litigio el goce de una adecuada representación. Ya que, un defecto de representatividad puede dañar a quienes intervienen en un proceso colectivo sea en calidad de partes o de representados. Suele ocurrir, que como cada participante individual en la acción de clase sólo es acreedor a un porcentaje ínfimo del monto total a obtener con la sentencia, no tenga demasiado interés en controlar la manera en que los abogados conducen el proceso. Del mismo, puede pasar que los letrados por el hecho de que los participantes individuales sólo constituyen una pequeña parte del total del litigio, no tengan el suficiente incentivo para cuidar que éstos sean tratados con justicia. Otro problema, es la necesidad de los participantes de compartir el control de la representación que están llevando a cabo los abogados y este compartir, también implica dividir costos y beneficios lo que puede generar conflictos de intereses entre los integrantes de la clase afectada.²³⁸

Por ello es que, con el fin de evitar dicha conflictividad en la representación los legitimados y sus representantes suelen suscribir contratos detallando como quieren que se tramite el ejercicio de la acción colectiva. En aquellos casos, en los que no se cuente con un contrato firmado o cuando éste es deficiente, las normas procesales habilitan la adopción de medidas judiciales para una apropiada representación. Por ejemplo, la Regla 23 de Procedimiento Civil para los Tribunales Federales de Estados Unidos autoriza a los jueces la designación de abogados cuya representación sea competente, pudiendo fijar inclusive los términos y condiciones de sus honorarios profesionales al comienzo del pleito. De hecho, esta facultad conferida a los jueces para establecer los honorarios al inicio de la causa puede servir como un incentivo que tienda a

²³⁷ *Sánchez Cordero Jorge A, Verbié Francisco. Principios del Derecho de los Procesos Colectivos. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2004. Pág. 72.*

²³⁸ *Ibid.* Pág 74.

motivar en los abogados la provisión de una representación más cuidadosa de los intereses del grupo.²³⁹

Debe concluirse, entonces, que la introducción realizada por el artículo 263 del proyecto de reforma del código procesal civil chubutense de una prescripción concreta para los jueces de un proceso colectivo en orden al control del desempeño de los abogados representantes, responde a la necesidad de evitar que el control deficiente de su accionar por parte de los legitimados resulte a la postre perjudicial para éstos. Se está de acuerdo, con que los jueces deben contar con las facultades necesarias para asegurar que los individuos afectados por un daño común e integrantes de una clase estén adecuadamente representados. Sin embargo, dichas potestades judiciales no implican que los magistrados puedan apartarse de aquellos principios y garantías procesales que han sido establecidas para asegurar a los justiciables que aquéllos evaluarán, controlarán y conducirán el proceso del modo más neutral e imparcial posible. Un juez, debe contar con el poder necesario para lograr llevar a buen puerto la causa colectiva, pero no puede ejercer dicho poder abusivamente generando violaciones a los derechos sustanciales de las partes, ni tampoco vulnerar el derecho al honorario que le corresponde a todo letrado en ejercicio de su profesión. Los incentivos o desestímulos propuestos por los jueces a los abogados con el fin de que ejerzan su representación, no puede implicar una intromisión judicial excesiva en la labor del profesional, convirtiéndose los primeros en una suerte de “premios o castigos” que favorecerán a los letrados “más obedientes” con su señoría y perjudicará a “los más rebeldes”. Todo lo cual, podría repercutir negativamente en la percepción del honorario profesional, generando resquemor, desconfianza y sospecha en la labor judicial.

Por otro lado, el artículo 265 del Proyecto de Reforma Procesal Civil de Chubut, determina la actitud que deben adoptar los jueces al momento de controlar si la demanda colectiva interpuesta no reúne los requisitos básicos establecidos en la legislación. En este orden de ideas, el mencionado artículo dispone: “...presentada una demanda en condiciones que no se ajusten a las reglas establecidas, el juez, la jueza o el Tribunal:..”

- a) *Cuando se trate de omisiones que no inciden en el ejercicio del derecho de defensa o limiten la contestación de la demanda, ordenará su subsanación y correrá traslado de la presentación al demandado.*
- b) *Cuando sean omisiones que condicionen o limiten el derecho de defensa, ordenará la subsanación de los defectos en el plazo de cinco (5) días, bajo apercibimiento de tenerla por no presentada.*

La norma de referencia, distingue fundamentalmente dos tipos de omisiones de configuración en una demanda colectiva, las cuales llevarán al juez a adoptar soluciones bien diferenciadas. Pero, en ambos casos, el elemento gravitatorio de la decisión judicial dependerá de que la omisión cometida en la demanda vulnere o no el derecho de defensa en juicio.

El primer caso, está dado por aquellas omisiones cuya entidad es tan mínima que no implican una limitación para la contestación de la demanda o un cercenamiento del derecho de defensa; en cuyo caso, el juez del proceso debe ordenar que las mismas se subsanen corriendo traslado de la presentación al accionado. En cambio, cuando con dichas omisiones se limite o condicione el

²³⁹ Ibid. Pág 74.

derecho de defensa, el juez debe mandar a que se subsanen dichos defectos en un plazo perentorio, vencido el cual sin que los mismos hayan sido salvados se tendrá por no interpuesta la demanda.

Como se señalará anteriormente, en la redacción del artículo 265 de la norma procesal civil a reformar hay una expresa mención a la garantía procesal de la defensa en juicio. La inclusión de este principio procesal fundamental, significa no sólo la protección de los derechos individuales que pudieren verse lesionados como consecuencia de representación colectiva inadecuada, sino también una clara limitación a las facultades que los jueces pueden ejercer en orden a la tramitación de actos procesales esenciales (como lo son la demanda, su correspondiente traslado y contestación) y que en definitiva tienden a resguardar también otros principios como el contradictorio y la bilateralidad procesal.

Que una norma como la mencionada, contenga una remisión al derecho de defensa persigue establecer cauces concretos para el ejercicio de las acciones colectivas. En efecto, los supuestos en los que el juez habilita la interposición de una demanda colectiva no pueden implicar para éste ni el convertirse en representante de los derechos de la parte más débil ni tampoco señalar que el poderoso por el sólo hecho de serlo siempre es responsable por el hecho dañoso. Lo que el juez debe asegurar, durante el trámite de un proceso colectivo es la efectiva igualdad de las partes en pugna y no debe tomar partido por ninguna de ellas, ya que si lo hiciera todas las decisiones que adoptara serían tachadas de parciales y arbitrarias.²⁴⁰

Muchas veces, estas sospechas respecto a la labor judicial se originan en la creencia de que en los procesos colectivos existe siempre un desmesurado aumento de las potestades del juez. Pese a ello, si se quiere defender el accionar de los magistrados de un proceso de clase y sostener que su ejercicio jurisdiccional no es abusivo, es necesario realizar una doble distinción de las facultades que se les confieren. En efecto, deben diferenciarse las facultades materiales del juez de las denominadas facultades procesales de dirección. Por las primeras, se entiende fundamentalmente la disposición del objeto del litigio (ello se da al inicio del proceso colectivo) y, asimismo, el aporte de todos aquellos elementos procesales (claramente los hechos y las pruebas) que son conducentes para el dictado de la sentencia definitiva. Las segundas, por el contrario, se vinculan al control de los requisitos formales del proceso, al análisis de los presupuestos procesales y sobre todo al impulso procesal.²⁴¹

No debe olvidarse, que la implementación legislativa de reglas relativas a los procesos colectivos para la protección de intereses de incidencia general o conjunta no habilita al legislador el olvido de que en las acciones de clase (como en toda clase de acciones procesales) los jueces deben seguir siendo imparciales e impariales como un mecanismo que asegure el respeto al debido proceso. Es decir, se entiende la importancia de la introducción de normas específicas destinadas al resguardo de los derechos que corresponden a los principales integrantes de un grupo afectado. Estas normas, son necesarias, ya que dada la complejidad y multiplicidad de las relaciones humanas se ha producido una evolución en la manera de entender el proceso civil que ya no puede reducirse a la visión en la que solo intervienen dos partes singulares (actor y demandado).

²⁴⁰ *Meroi, Andrea A. Ob. Cit. Pág 17.*

²⁴¹ *Ibid. Pág 20.*

Pero, sea que se trate de un trámite en el que sólo haya un accionante y un accionado pugnando por un interés de tipo individual o bien que involucre a grupo o grupos de personas que buscan la reparación de derechos difusos, colectivos o transindividuales, es menester que la normativa procesal contenga expresas disposiciones que limiten el accionar de las partes y el de los jueces durante su tramitación. En este sentido, la norma del artículo 265 del Proyecto de Reforma Procesal Civil de Chubut prescribe prudentemente que en el ejercicio de una acción colectiva no debe desconocerse ni olvidarse la garantía de una apropiada defensa judicial.

Finalmente, en el artículo 266 del ya mentado proyecto de código a reformar se menciona el supuesto en el cual la demanda colectiva resulta improponible, estableciendo qué debe hacer el juez y qué recurso procesal se admite ante su rechazo. El texto de ésta norma expresa: “...si el tribunal estimare que la demanda es manifiestamente improponible, la rechazará sin más trámite, expresando los fundamentos de su decisión...” “...la resolución será susceptible del recurso de revocatoria...”

La disposición de referencia, no hace sino recoger la sana doctrina procesal que establece que los jueces cuando consideran que una demanda no puede ser propuesta por omisión de algún requisito esencial deben rechazarla liminarmente. Esto es, lo que el artículo quiere expresar cuando emplea el término “improponible”; que la demanda interpuesta no es útil a los fines de un proceso colectivo, porque adolece de los presupuestos más básicos de toda acción de clase. Sin embargo, y en resguardo del “*due process*”, el rechazo efectuado por el magistrado debe ser plenamente fundamentado para no incurrir en una decisión arbitraria y por ende inconstitucional. Por último, la norma resguarda el derecho al recurso de la parte afectada por la resolución judicial denegatoria con una indicación expresa del remedio revocatorio. Se considera, que la salida propuesta por normativa es apropiada por cuanto impide el dictado de resoluciones basadas en el voluntarismo judicial y resguarda el interés de los justiciables en el trámite del proceso colectivo.

Palabras Finales

Luego de haber expuesto y formulado las ideas propuestas por el código procesal civil de Chubut en vías de reforma, es posible admitir que el diseño normativo con el cual se estructura es adecuado a las exigencias previstas por otras legislaciones en torno a los procesos colectivos. En efecto, la distinción realizada que tiene en cuenta los tipos de derechos afectados (difusos, colectivos e individuales homogéneos) como uno de los requisitos preliminares para la interposición de una acción colectiva, es coherente con los establecidos en otros cuerpos normativos del “*civil law*” como el Código Brasileño del Consumidor o el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica.

De igual modo, que el proyecto de reforma procesal haya tenido en cuenta la introducción de previsiones específicas relativas al fenómeno de la representación adecuada, no es sino una

actitud que reconoce que uno de los presupuestos más relevantes para delimitar la procedencia de una acción de clase reposa en la calidad de la actuación ejercida por los representantes del legitimado y del grupo de individuos perjudicados. En este sentido, se considera que el establecimiento de estándares enunciativos de representatividad constituye un insumo que sirve al juez del proceso para la determinación como apropiada o inapropiada. Sin embargo, es conveniente señalar que el control judicial de la aptitud representativa de los litigantes, del contorno de la legitimación de los sujetos y de la labor de los abogados (representantes técnico-jurídicos) a los fines de la aceptación o rechazo de una propuesta de demanda colectiva, no puede ser arbitrario y alejado del necesario respeto a las garantías y principios constitucionales y convencionales del debido proceso, el libre contradictorio y la adecuada defensa en juicio.

Se considera que todo magistrado interviniente en un proceso colectivo, debe poseer las facultades de dirección y reordenamiento que le posibiliten el avance de la causa, lo que redundará en una reducción de los costos económicos que la tramitación de la causa supone y el dictado de una sentencia que satisfaga los intereses de los legitimados en un plazo razonable. Pero, entendiendo que las facultades asignadas al juzgador no lo habilitan a que en el afán de cumplir con el servicio de justicia, genera daños irreparables a los derechos más sustanciales de los justiciables.

Con la propuesta legislativa, debe lograrse armonizar la postura que sostiene que el juez para lograr una mayor celeridad y economía procesal se halla autorizado a intervenir analizando, controlando y filtrando aquellas acciones cuya interposición resulta inadecuada para la satisfacción de un interés colectivo, declarando su improponibilidad por ausencia de representatividad adecuada o rechazándola “*in limine*” por falta de auténtica legitimación procesal; con aquella otra que mira al juez como el último resguardo y garantía que tienen todos los ciudadanos involucrados en un proceso, que admiten participar en éste confiando en que el magistrado interviniente actuará no sólo con la mayor diligencia posible sino también siendo consciente de los límites que la Carta Magna y los Tratados Internacionales le marcan a la hora de administrar justicia.

BIBLIOGRAFIA:

ANTEPROYECTO DE CODIGO GENERAL DE PROCESOS, para el Proceso Civil y comercial, de familia, laboral y contencioso administrativo, Chubut. 2019.

CODIGO MODELO DE PROCESOS COLECTIVOS PARA IBEROAMERICA, Caracas, Venezuela, 2004.

GIANNINI, Leandro J., *La representatividad adecuada en las pretensiones colectivas*, en OTEIZA, Eduardo (Coordinador), *Procesos Colectivos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006.

GIANNINI, Leandro J.; SALGADO, José M.; VERBIC, Francisco, *Anteproyecto de Ley de Procesos Colectivos*, en revista de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017.

GIDI, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil (Un modelo para países del derecho civil)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

MANTEROLA, Nicolás Ignacio, *Proceso colectivo: concepto, elementos y procedimiento*, en revista *El Derecho*, UCA N° 14.422, Buenos Aires, 2018.

MENA, Valeria, *Procesos colectivos o grupales en la Argentina*, www.urbeetius.org, pp. 26 y ss.

MEROI, ANDREA A., *Procesos Colectivos y Garantismo*, en III° Congreso Internacional de Derecho Procesal, “Garantismo y crisis de la Justicia”, Cartagena de Indias, 2 al 4 de septiembre de 2010.

MONTERO AROCA, Juan, *La legitimación colectiva de las entidades de gestión de la propiedad intelectual*, Granada, Comares, 1997.

SANCHEZ CORDERO, Jorge A (Coordinador); VERBIC, Francisco (Traductor), *Principios del Derecho de los Procesos Colectivos*, Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004.

Capítulo I Normas comunes	288 a 304	JORGE A. ROJAS
Capítulo II Modalidades y tipos de medidas cautelares	305 a 318	JORGE A. ROJAS
Capítulo III Anticipos precautorios de la pretensión	319 a 322	JORGE A. ROJAS

ARTS. 323 A 344 – TUCUMÁN

COMENTARIO PROYECTO CODIGO PROCESAL CIVIL DE CHUBUT

Marcela Cabrera de la Rosa.-

SECCION IV. REGIMEN PROBATORIO. TITULO I. PRUEBAS. CAPITULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Art. 323. Necesidad y finalidad de la prueba. Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente aportadas al proceso. La prueba tiene por finalidad acreditar los hechos alegados a fin de esclarecer las circunstancias controvertidas y reportar elementos que permitan arribar al convencimiento de la jueza o juez. La posibilidad de acceder, ofrecer, obtener, producir y contradecir la prueba constituye un derecho y garantía fundamental de la tutela judicial efectiva y el debido proceso individual y colectivo.

Art. 324. Carga de la prueba. Libertad probatoria. Iniciativa probatoria de las partes. Excepción a la regla. Distribución de la carga. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de las reglas o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. El Derecho extranjero, en cuanto a su contenido y vigencia debe ser probado por quien lo invoque. Para demostrar los enunciados de hecho controvertidos las partes podrán utilizar cualquier fuente, tipo o medio de prueba. Cuando no se regule su forma de incorporación, se seguirán las reglas aplicables al medio de prueba más análogo o las medidas que la jueza o juez de oficio o a instancia de parte adopte y administre para facilitar su producción. Ambas partes tendrán el deber de colaborar en el esclarecimiento de los hechos controvertidos, debiendo discutir en torno a la atribución de la carga en el marco de este deber de colaboración, durante la audiencia preliminar o en un momento anterior si se hubiera gestionado el caso. No obstante, la jueza o juez podrá distribuir la carga de la prueba en la audiencia preliminar o multipropósito, previo escuchar a las partes, ponderando cuál de ellas se encuentra en mejor situación para producirla, mediante resolución debidamente fundada. Las pruebas se producirán a instancia de parte. Como excepción, en los conflictos que involucren sujetos o bienes de tutela constitucional preferente, el tribunal podrá acordar de oficio que se practiquen determinadas pruebas, garantizando el amplio y oportuno contradictorio.

Art. 325. Evaluación de la prueba. Deber de colaboración. Cargas probatorias en conflictos colectivos. En función del interés público comprometido en los conflictos colectivos, las partes tienen un deber agravado de colaboración probatoria. En torno a la regla de carga probatoria y de la anticipada distribución de la carga de la prueba que la modifique, se aplicará lo dispuesto en el artículo anterior y los concordantes. Cuando se trate de procesos colectivos que involucren control de convencionalidad o de constitucionalidad de reglamentaciones de derechos, o de omisiones estatales en materia de políticas públicas vinculadas con derechos fundamentales, el Estado estará obligado a suministrar en el plazo prudencial que el juez fije al efecto información detallada acerca de: a) La planificación y el estado actual de ejecución de la reglamentación o política pública a que se refiere la pretensión. b) Los recursos financieros previstos en el presupuesto para su implementación. c) La previsión de los recursos que serían necesarios para la implementación o corrección de la misma. d) En caso de insuficiencia de recursos, la posibilidad de transferir partidas de otros programas ya presupuestados, y el cronograma necesario para atender eventualmente el pedido.

Art. 326. Derecho de contradicción de la prueba. Rol activo. Las partes tienen derecho a conocer oportunamente las pruebas que se van a practicar, oponerse de manera fundada, controlar su producción y contradecirla a fin de demostrar su teoría del caso. Será ineficaz la prueba

producida sin que se haya dado efectiva oportunidad de contradecir. Durante la producción y contradicción probatoria las partes tendrán la carga de asumir un rol activo y podrán objetar las actuaciones contrarias al debido proceso, lealtad procesal o colaboración, especialmente los actos intimidatorios contra las propias partes, testigos, peritos o cualquiera de los sujetos intervinientes en el proceso.

Art. 327. Deber de cooperación probatoria de los sujetos procesales y terceros. De conformidad con lo establecido por el punto XV del Título Preliminar y concordantes, todos los sujetos procesales y terceros tienen el deber de cooperar en la incorporación y producción expedita, diligente y adecuada de los elementos de prueba. A tal fin, podrán imponer sanciones, comunicar la conducta a efectos disciplinarios o penales, exigir la utilización de la fuerza pública o disponer cualquier otra medida instructoria, ordenatoria o sancionatoria que posibilite la realización de la fuente, tipo o medio de prueba ofrecido, la participación de cualquier sujeto o el intercambio o incorporación al proceso de la información exigida.

Art. 328. Prueba directa e indirecta. Presunciones. Cualquier hecho controvertido es susceptible de ser demostrado mediante prueba directa o indirecta. Prueba indirecta es aquella que tiende a demostrar algunos de los enunciados del hecho en controversia probando otro distinto del cual pueda razonablemente inferirse la existencia del hecho controvertido, sea por sí misma o relacionada con otros hechos ya establecidos. Para dar por probado un hecho, la jueza o juez podrán recurrir a las presunciones judiciales que sean consecuencia de la prueba directa e indirecta agregada regular y oportunamente al proceso. Las presunciones establecidas por ley serán procedentes siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados. Las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hechos debidamente probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produzcan certeza y convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica.

Art. 329. Oportunidad. La prueba documental y todas aquellas con que cuenten las partes, deberán acompañarse con los escritos postulatorios, ofreciéndose además la totalidad de la prueba de la que intenten valerse en el proceso a fin de acreditar los hechos alegados. Idéntica regla se observará en cualquier incidente o contingencia procesal cuya petición requiera prueba.

Art. 330. Rendición oral de la prueba. La práctica de la prueba será oral en la audiencia de vista de causa o multipropósito. La jueza o juez dirigirá el debate probatorio con imparcialidad, promoviendo y garantizando el pleno y amplio contradictorio entre las partes.

Art. 331. Admisibilidad de la prueba. Pertinencia y conducencia. Prueba ilícita. Para ser admitida la prueba debe resultar conducente. A los fines de su admisibilidad, el tribunal apreciará la licitud, pertinencia y conducencia de la prueba para acreditar los hechos controvertidos. El tribunal rechazará por decisión fundada la prueba que sea inadmisibile, sea por resultar ilícita; o por no haber sido propuesta en la forma y modos legalmente establecidos; o por ser impertinente el medio probatorio ofrecido en relación al hecho invocado o no referirse directa o indirectamente

a las circunstancias controvertidas. También será impertinente, la prueba que resulte superflua e inútil, considerando tal la que según reglas y criterios razonables en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos. Serán inconducentes aquellas pruebas que no tengan aptitud para acreditar los hechos invocados. Se entenderá por prueba ilícita o prohibida la que haya sido obtenida con violación al debido proceso o garantías fundamentales, constitucional o convencionalmente reconocidas. También carece de valor la prueba obtenida mediante dolo o cualquier otro ardid que cercene la voluntad. Al considerar la admisibilidad de las pruebas propuestas la jueza o juez evaluará cómo se vinculan con la causa ponderando la potencial incidencia que tendrán en la solución del caso y que justifican su incorporación al proceso y las evaluará al tiempo de decidir.

Art. 332. Hechos que no requieren ser probados. No requieren ser probados: a) Los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la contraria. b) Aquellos hechos en que las partes lograsen consenso durante la audiencia preliminar salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes. c) Los hechos imposibles, notorios o públicamente evidentes. Se consideran hechos notorios, todos los indicadores económicos, sociales o de cualquier otro tipo, nacionales, provinciales o municipales.

Art. 333. Hechos nuevos. Prueba. Cuando con posterioridad a los actos postulatorios ocurriese o llegase a conocimiento de las partes algún hecho que tuviese relación con la cuestión que se ventila, aquél podrá alegarse dentro de los cinco (5) días de haber tomado conocimiento, siempre que sea con anterioridad a la realización de la audiencia de vista de causa o multipropósito. La petición y el ofrecimiento de prueba que se realice se sustanciará por escrito o en audiencia, según el caso, pudiendo la otra parte alegar otros hechos y pruebas en contraposición a los nuevos alegados. Se resolverá sobre su admisión y prueba en la audiencia preliminar, de vista de causa u otra fijada al efecto. El tribunal rechazará la invocación del hecho nuevo acaecido con posterioridad. También lo hará cuando apareciese injustificado que el hecho nuevo no pudo esgrimirse en los momentos procesales ordinariamente previstos.

Art. 334. Prueba nueva. Se podrá solicitar prueba no anunciada en la demanda, reconvencción y sus contestaciones, hasta la celebración a la audiencia de vista de causa, siempre que se acredite objetiva, fundada y fehacientemente que no fue de conocimiento de la parte a la que beneficia o que, habiéndose conocido, no pudo disponer de la misma. La solicitud se sustanciará y decidirá en audiencia.

Art. 335. Inmediación. Presencia de la Jueza o juez indelegable en las audiencias de prueba. Es deber inexcusable de la jueza o juez celebrar personalmente las audiencias de prueba. Si excepcionalmente no lo pudiere hacer por razones de distancia o causas análogas que justifiquen debidamente la imposibilidad, deberá hacerlo a través de videoconferencia, teleconferencia o de cualquier otro medio de comunicación que garantice la inmediación, concentración y contradicción.

Art. 336. Prueba en el extranjero. Justificación. En el escrito en que se ofrece su producción y durante la audiencia preliminar, las partes deberán indicar las pruebas que pretenden sean diligenciadas en el extranjero, expresando a qué hechos controvertidos se vinculan, precisando los demás elementos del proceso que permitan establecer si son esenciales y argumentando la relevancia de su producción para su teoría del caso y la resolución del conflicto. Para la práctica de las declaraciones de parte, testigos o expertos en el extranjero, se notificará a los funcionarios consulares del país en el lugar, para que las reciban a través de medios telemáticos. Tratándose de otros medios probatorios o de no existir funcionario consular, se podrá comunicar por el medio más expedito y adecuado con una de las autoridades judiciales del país en el que han de practicarse las diligencias a fin de solicitar su cooperación. Cuando sólo una de las partes hubiere ofrecido prueba a producir fuera de la República y no la ejecute oportunamente, serán a su cargo las costas originadas por ese pedido, incluidos los gastos en que haya incurrido la otra para hacerse representar donde debieran practicarse las diligencias.

Art. 337. Juicio oral. Pruebas en días y horas inhábiles. Cuando las partes lo soliciten de común acuerdo o la urgencia del caso así lo requiera, el tribunal, jueza o juez podrá practicar el juicio oral y la producción de pruebas en días y horas inhábiles, adoptando junto con la Oficina Judicial todas las medidas necesarias a tal fin.

Art. 338. Prueba trasladada y extraprocesal. Contradictorio en audiencia. Aun cuando las pruebas producidas válidamente en un proceso se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella, deberá garantizarse a las partes el derecho a contradecirlas en la audiencia del juicio oral del proceso en el cual se invocan. Cuando la prueba que se pretende trasladar no hubiese sido producida con intervención de ambas partes, necesariamente deberá promoverse el contradictorio. La misma regla se aplicará a las pruebas extraprocesales. La valoración de las pruebas trasladadas o extraprocesales y la ponderación de sus consecuencias jurídicas corresponderá a la jueza o juez ante quien se plantean y conforme a las reglas de la sana crítica.

Art. 339. Principio de adquisición de la prueba. Desistimiento de pruebas. Las pruebas rendidas se adquieren para el proceso, para la composición y resolución del conflicto individual o colectivo. Las partes sólo podrán desistir de las pruebas no producidas que hubieren ofrecido o solicitado.

Art. 340. Prescindencia de prueba no esencial. Si producidas todas las pruebas ordenadas quedare pendiente sólo alguna, total o parcialmente, y de la ya acumulada resultare que no es esencial, la jueza o juez escuchará a las partes y se pronunciará sobre su necesidad, pudiendo prescindir de ella por resolución fundada.

Art. 341. Impugnabilidad. Las resoluciones sobre admisión, diligencia y producción de pruebas, cualquiera sea el momento procesal en que se dicten, serán impugnables por vía del recurso de revocatoria según los requisitos y procedimientos regulados en el título correspondiente.

Art. 342. Normas jurídicas y precedentes. El derecho y precedentes nacionales y de organismos del sistema interamericano o universal de derechos humanos se reputan conocidos y no deben ser probados, bastando su mera invocación. No obstante, cuando se trate de reglamentos, circulares, opiniones consultivas o precedentes de dificultosa obtención, las partes o terceros deberán acompañarlos o indicar los datos de identificación a fin de facilitar su obtención. El derecho y precedentes extranjeros deberán ser probados en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse las partes y la jueza, juez o tribunal de todos aquellos medios de averiguación que estimen necesarios para su aplicación.

Art. 343. Costumbre. La invocación de una costumbre supone la carga de acreditar su existencia y aplicación en el caso. No será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido, y sus normas no afectasen al orden público.

Art. 344. Apreciación de la prueba. La jueza, juez o tribunal, al resolver, formarán su convicción de conformidad con las reglas de la sana crítica. No tendrán el deber de expresar en sus sentencias la valoración de todas las pruebas agregadas al proceso, sino únicamente de aquellas que estimen esenciales y decisivas para la resolución del caso.

Analizar los postulados establecidos en la normativa en reforma desde los principios generales en materia probatoria generan la necesidad de considerar no solo los institutos ya reconocidos en el marco del proceso civil con relación directa al principio dispositivo, sino que el análisis debería centrarse en la necesidad de mostrar al sistema de audiencias como una nueva metodología de trabajo y, esencialmente como el mejor sistema que asegurar los derechos de las partes como adoptar decisiones de calidad.

Así, la nueva normativa procesal imbuida desde la premisa de la garantía del derecho a la prueba se exterioriza como una consecuencia directa del acceso a la justicia, tutela judicial efectiva como el debido proceso individual como colectivo.

En materia probatoria se nos exige además determinar los valores que servirán como guía en el ámbito del proceso civil, siendo esencialmente la igualdad procesal, intermediación, oralidad como publicidad sus principios rectores.

Con igual norte el desarrollo de las reformas procesales en América Latina tanto en los procesos penales²⁴² como civiles²⁴³ exigió la determinación de nuevas pautas y reglas de juego de manera progresiva, siendo uno de los puntos que mayor claridad necesita es el relativo a la actividad probatoria.

²⁴² Inicio en Guatemala en el año 1992 a partir del camino a un sistema acusatorio/ adversarial

²⁴³ Código General del Proceso en Uruguay de 1989

Así, como afirma González Postigo²⁴⁴ el punto de partida debe ser el juez, la verdad y la prueba, donde en ocasiones ha sido el propio órgano jurisdiccional “quien ha utilizado esa noción para soslayar el litigio contradictorio entre las partes”.

En el ámbito del proceso penal el traspaso del sistema inquisitorial al acusatorio (con funciones de juzgamiento e investigación diferenciadas entre Ministerio Público Fiscal como órgano jurisdiccional, siendo el eje central el juicio oral y público) supone entender el ámbito de la verdad como un límite al poder punitivo del Estado.

Siguiendo a Binder podemos afirmar que en este sistema “debe ser tan fuerte el compromiso del juez con la verdad que jamás buscarla”²⁴⁵. Esto es, en realidad, debe exigirla al Ministerio Público Fiscal, el juez debe dejar de gestionar intereses y/o suplir negligencias de las partes.

Más aún afirma el autor “desde la dinámica adversarial se contribuye a la construcción de la verdad, se presenta el caso de un modo tal que no oculte la gestión de los intereses en juego. Esta presentación estratégica de la verdad (...) no es un menoscabo, sino una condición de fortalecimiento del sistema acusatorio y la existencia del principio acusatorio es que lo que nos permita que exista verdadera imparcialidad; vemos pues, se trata de las bases del sistema de garantías.”²⁴⁶

En el ámbito del proceso civil una de las mayores discusiones se centro en las facultades jurisdiccionales respecto a la prueba en relación al rol activo o pasivo en la producción de la prueba, entregando o no el protagonismo a los litigantes.

En este apartado y siguiendo a González Postigo creemos que cualquiera fuese la posición que adopte del juez frente a la actividad probatoria se elude una premisa primordial de los nuevos sistemas civiles orales : “los medios probatorios no hablan por si solos, pues son las partes quienes les darán un sentido en el marco de su estrategia o hipótesis fáctica y jurídica.(...)”

Estas ideas nos ayudan a encontrar un punto de equilibrio (o modelo integrado) en la labor del juez: activo en la dirección del proceso (por su naturaleza pública) y distante de las pruebas de las partes (en función del carácter privado del objeto del proceso que imponen los principios dispositivos y aportación de parte).

Desde estas ideas se torna imperioso en este cambio de paradigma el debate sobre las facultades probatorias de jueces/juezas, entre otras cuestiones, **respecto a la prueba de oficio**, el

²⁴⁴ Reglas de Evidencia en Puerto Rico . Un análisis legal y empírico sobre la aplicación en los procesos judiciales . CEJA- JSCA. P. 13 y sgtes. 2018

²⁴⁵ Binder, Alberto. La implementación de la nueva justicia penal adversarial. Ad hoc, Buenos Aires, 2012, pp222-223.

²⁴⁶ Binder, Alberto, Prólogo, en Moreno Holman, Leonardo, Teoría del Caso, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2013, p.15

orden del interrogatorio en el juicio si se trata de testigos o peritos, lo cual debe ser pensado desde las destrezas de litigación como prácticas de la oralidad. .

En ello debe empezar a pensarse que la decisión en audiencias no supone oralizar un expediente, la preparación de las partes como la responsabilidad de la información que traen al proceso, nos lleva a afirmar que la prueba “no habla por sí sola”, son los litigantes las que la producen acorde a su posición estratégica del caso que deberán definir al inicio del proceso y en su producción.

Desde el lado de la tarea del juez/jueza deben ejercer un control sobre la calidad de esa información sin suplir negligencia de los litigantes, debiendo repensarse herramientas para la conducción de audiencias por parte de los mismos (el establecimiento de manuales prácticos de audiencias consideramos de vital importancia).

Asimismo los valores en juego a los fines de que las partes pueden hacer valer sus pretensiones en un sistema de verdadero contradictorio, supone además afianzar la noción de búsqueda del conflicto con la verdadera vigencia de la oralidad, intermediación e igualdad procesal como publicidad.

Así, debemos considerar a la oralidad como un verdadero instrumento a favor de la intermediación, principio que permite un contacto directo del juez con el medio de prueba como las partes, generando entre otros beneficios: que se evita la delegación de funciones, ya que solo el juez debe conocer y entender sobre la prueba, le permite además presenciar directamente la fuente de información como controlar la forma en que se incorpora esa información suministrada.

Desde la igualdad procesal se debe permitir su producción oral, con la posibilidad por ejemplo de examinar como contrainterrogar a los testigos de la contraria, lo cual fortalece el contradictorio, apartándonos de una noción unilateral del juez. Así, quien debe manifestar algo relacionado con los hechos debatidos debe asistir a la sala de audiencias para contestar preguntas (eliminándose los pliegos) o sustentar además prueba documental.

La publicidad es un elemento central de legitimidad del sistema, máxime desde un sistema de audiencias donde las partes pueden ejercer un control directo en la discusión sobre los elementos de prueba.

La discusión de las partes también exige una postura de los litigantes fundadas en su teoría del caso, con posición estratégica frente al caso atento a los hechos, prueba en que la funda como sustento jurídicos de sus pretensiones o defensa, ello desde una preparación desde el primer momento y con la mirada en el dictado de una sentencia favorable a sus peticiones. De allí que el principio de adquisición de la prueba producida también se entenderá como integrante de un debido proceso.

La responsabilidad de las partes frente a la información que presentan a los fines de que el juzgador pueda considerar que los hechos ocurrieron de un determinado modo y que acoger nuestros pedidos, supone dictar una sentencia más justa como la necesidad de un cambio necesario en la formación de los litigantes, quienes se presentarán frente al conflicto con una mirada estratégica.

Desde la admisibilidad de la prueba el proyecto prevé estrictez en su admisibilidad y pertinencia con la debida fundamentación de la aceptación de los medios ofrecidos, ello unido al principio de libertad probatoria con la respectiva iniciativa en cabeza de los litigantes a partir de la carga respectiva, aceptándose además la posibilidad de ser requerida a quien se encuentre en mejores condiciones de producirla, siempre que ello se justifique adecuadamente.

La valoración de la prueba se presenta desde la vigencia principio de la sana crítica racional donde la ciencia, lógica y máximas de experiencia cobran vital importancia.

Tampoco puede dejar de mencionarse que en el marco de un efectivo contradictorio en un sistema de audiencias, la premisa no solo parte del cambio normativo sino del entendimiento que el verdadero cambio de paradigma reconoce fundamentos además en lo organizacional (Oficina Judicial con funciones administrativas con el claro deslinde de funciones jurisdiccionales a partir de la gestión de las audiencias o control de producción de prueba, etc) como plano de capacitación de los operadores en destrezas de litigación para justificar su posición frente al conflicto.

Los cambios propugnados en el marco tradicional del ofrecimiento, producción como valoración de los medios de prueba no fundados en la lógica del trámite y de un sistema escrito, también nos plantean la necesidad de pensar cual serían los debates pendientes en la búsqueda de una mirada de objetivación como especificidad de la actividad probatoria.

Reconocer esos tópicos supone una discusión verdadera sobre determinadas áreas fundamentales de esa actividad, las que siguiendo a González Postigo podemos especificar en cinco: ofrecimiento y carga de la prueba (descubrimiento), admisibilidad y exclusión probatoria, producción y control, valoración de la prueba (estándares objetivos de análisis probatorios) y fundamentación o motivación (explicitación del razonamiento), pautas cuya claridad con reglas específicas deberían orientar a los jueces y partes en sus procesos de trabajo.

Esto es:

a- En lo referido al nivel de descubrimiento, la que afirma el autor es esencial a los fines de asegurar el contradictorio, es una etapa que no se ha extendido en los países latinoamericanos. Por el contrario, el sistema anglosajón la etapa de descubrimiento o discovery

presenta una función ordenadora, ya que permite que una audiencia inicial del proceso se “muestren las cartas” de manera inicial y se pesen los casos de los litigantes.²⁴⁷

b- En el ámbito de la exclusión o invalorabilidad de la prueba, se mezclan dos visiones tradicionales que limitan la regulación legal del tema. Así la teoría benthamiana plantea que la prueba debe ser lo fundamentalmente libre y que cualquier interferencia del derecho procesal en ella debería ser limitada o eliminada²⁴⁸, ello desde una posición incluso reactiva de la idea de las exclusiones probatorias (de mayo injerencia en el ámbito del proceso penal desde la legalidad de la información incorporada).

Por otro lado, se presenta las denominadas teorías de corriente limitativa de la prueba que propugna la existencia de filtros para el ingreso al juicio de prueba de baja calidad (posición conteste con el derecho anglosajón en las denominadas reglas de evidencia que rigen para todos los procesos).²⁴⁹ En este apartado las reformas procesales tanto civiles como penales se ajustaron a la tradición de la libertad probatoria

c- Respecto a la presentación y control de la prueba en la audiencia de juicio oral, si bien se toma la oralidad como principio para resolver los conflictos en audiencia, el rol del juez frente a la actividad de las partes, con un verdadero examen y contraexamen desde la debida verificación de la información en la cual cada una sustentada su teoría del caso, supone un planteamiento necesario de tender a una capacitación en destrezas de litigación de los operadores con un claro objetivo orientado al trabajo del caso, atento a los hechos y prueba con la que cuentan.

d- Referido a la valoración de la prueba y fundamentación de la sentencia : Esto supone otro gran debate pendiente, ello a los fines no solo centrarnos en la fundamentación desde la exposición racional del hecho, sino además en la racionalidad de esa construcción (valoración). Ello torna imperioso repensar las reglas o limites de carácter genérico en las que basa la las reglas de la sana crítica racional (ciencias, lógica y máximas de experiencia), no solo desde la legitimación de una sentencia fundada, sino además desde la explicación como exteriorización del camino recorrido para esa decisión.

De todo lo expuesto surge necesariamente la premisa de trabajar la actividad probatoria desde la conducta de las partes como jueces como una rama independiente de las asignaturas generales de procesos civiles o penales, ello unido a la toma de decisiones de calidad en audiencias, fortaleciendo el contradictorio en vistas de resolver el conflicto.

²⁴⁷ En el sistema de justicia de Canadá , la sesión de descubrimiento se realiza en un espacio neutral y con presencia de un secretario o reportero del Tribunal quien toma nota o graba lo producido. A ella asisten las partes quienes examinan y contraexaminan. Se confecciona un acta de lo discutido, al cual se admite directo en juicio. Estas declaraciones se pueden usar para evidenciar una contradicción durante las declaraciones en juicios, ello con el descongestionamiento que ello supone en esa filtración de casos.

²⁴⁸ Ferrer Beltrán, Jordi: La prueba es libertad, pero no tanto. Una teoría de la prueba cuasi – benthamiana, en Accatino, Daniela: Formación y valoración de la prueba en el proceso penal , Abeledo Perrot, Santiago , Chile, 2010, p.3

²⁴⁹ Reglas de evidencia en Puerto Rico

Allí el rol del juez para la solución del mismo, nos presenta un magistrado con una posición activa como proactiva en el ámbito de la audiencia preliminar o de gestión de caso, mientras que en audiencia de juicio con una postura pasiva, analizando la comprobación de las teorías de casos presentadas.

En definitiva, debe buscarse un criterio de valoración probatoria que no suponga un sistema cerrado, limitando la discrecionalidad como además establecer nuevos conceptos a esta nueva actividad probatoria desde la mirada de los procesos de reforma.

ARTS. 345 A 380 - TUCUMÁN

La declaración de testigos y de parte en el Anteproyecto

de Código General de Procesos para Chubut.

Por Pablo R. Toledo²⁵⁰

Sumario: I) Algunas nociones introductorias y aclaratorias. II.- Prueba de declaración de testigos: a) Concepto amplio de testigo; b) Ofrecimiento de la declaración de testigos: Oportunidad y modalidad; c) Admisibilidad de la prueba de declaración de testigos; d) Citación del testigo. Efectos de su inasistencia; e) Declaración personal. Juramento; f) Examen directo. Forma de interrogar; g) Contraexamen; h) Re-examen directo y re-contraexamen; i) Objeciones a las preguntas; j) Rol del juez en los interrogatorios. III) Prueba de declaración de parte: a) De la absolución de posiciones a la declaración de parte; b) Ofrecimiento de la prueba de declaración de partes y su alcance; c) Admisibilidad de la prueba de declaración de partes; d) Modulaciones frente a la ausencia del declarante; e) Forma del interrogatorio. Características especiales; f) El rol de la jueza o juez en los interrogatorios. IV.- Reflexiones finales.

I) Algunas nociones introductorias y aclaratorias.

El Anteproyecto de Código General de Procesos para Chubut (en adelante, “Anteproyecto”) presenta notas y características realmente novedosas. En lo que al presente análisis respecta, debemos destacar especialmente su afiliación al modelo adversarial que impulsa el prestigioso

²⁵⁰ Abogado. Doctor en Derecho. Magíster en Derecho Procesal. Docente en las Cátedras de Derecho Procesal II “B” y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la UNT, docente en carreras de postgrado y Relator de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán.

Centro de Estudio de Justicia de las Américas (CEJA)²⁵¹. Ese modelo presenta como uno de sus principales ejes a las técnicas de litigación oral²⁵², las que implican una serie de herramientas (teoría del caso, examen directo, contraexamen y alegatos de apertura y clausura) que atraviesan al proceso judicial en general y a la prueba personal en particular, fortaleciendo la oralidad desde distintas dimensiones.

Lo cierto es que en ese esquema adversarial, la producción de la prueba queda en el señorío exclusivo de las partes, en la lógica de que la producción de información a impulso de la jueza o juez puede afectar la teoría del caso de las partes. Por ello, el Anteproyecto fija la iniciativa probatoria en cabeza de las partes, en la interpretación que son ellas quienes mejor conocen el conflicto y las teorías del caso a partir de las cuales estructuraron sus pretensiones. En función de ello, limita las facultades instructorias de las juezas y jueces en la audiencia de juicio²⁵³.

Justamente desde esa perspectiva, el Anteproyecto distingue claramente el rol del juez en las distintas fases del proceso judicial. En ese sentido, puede advertirse que en la organización del contradictorio, la gestión del caso, su posible composición y la preparación del debate, la jueza o juez tiene un rol activo y comprometido con el caso, mientras que en la audiencia del juicio (donde se produce la prueba personal) se proyecta una jueza o juez más pasivo, sin perjuicio de su deber de promover el contradictorio y ordenar la discusión.

Estas aclaraciones son relevantes para comprender la regulación del Anteproyecto respecto de la prueba de declaración de testigos y de parte, a la vez que permite señalar ciertas distinciones que pueden observarse con relación a aquellos modelos de reforma procesal que impulsan una jueza o juez activo durante todo el proceso judicial. Sin embargo, también debemos resaltar que el Anteproyecto inserta una relevante modulación en su art. 324, señalando que si bien “Las pruebas se producirán a instancia de parte. Como excepción, en los conflictos que involucren sujetos o bienes de tutela constitucional preferente, el tribunal podrá acordar de oficio que se practiquen determinadas pruebas, garantizando el amplio y oportuno contradictorio”.

²⁵¹ Vid. LORENZO, Leticia, *Manual de Litigación Civil*, Centro de Estudio de Justicia de las Américas (CEJA), Santiago, 2017, publicado en la web: <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5594/14327%20-%20web%20Ceja%207%20Manual%20de%20Litigacion%20civil.pdf?sequence=1&isAllowed=y>; MARÍN, Felipe, *Manual de litigación de audiencias orales en la nueva justicia civil de Costa Rica*, Centro de Estudio de Justicia de las Américas (CEJA), Santiago, 2018, publicado en la web: <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5616/Manual%20de%20Litigaci%C3%B3n%20de%20Audiencias%20-%20VF%20para%20WEB.pdf?sequence=1&isAllowed=y>; *Justicia Civil: Perspectivas para una reforma en América Latina*, Centro de Estudio de Justicia de las Américas (CEJA), Santiago, 2008, publicado en la web: [file:///D:/Documentos/Descargas/Justiciacivil2008_ceja%20\(2\).pdf](file:///D:/Documentos/Descargas/Justiciacivil2008_ceja%20(2).pdf); entre otros.

²⁵² Esto constituye una verdadera novedad, lo que incluso lo diferencia del “Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación” (presentado el 1° de julio de 2019 al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos), el que no contiene una regulación que recepte las técnicas de litigación oral (ver arts. 260 y 261 de ese anteproyecto).

²⁵³ Conf. SUCUNZA, Matías A., “Anteproyecto de Código General de Procesos para Chubut (Argentina): un modelo integral e integrador”, CEJA - Comisión Interpoderes, disertación en el IV° Congreso Internacional de Mujeres, Brasilia, 2019.

Como se observa, el Anteproyecto construye una “categoría” de procesos judiciales con reglas modificadas cuando “involucren sujetos o bienes de tutela constitucional preferente”, lo que, a nuestro criterio, además de ser un acierto, proyecta distintas connotaciones, incluso -como veremos- en la producción de las pruebas de declaración de testigos y de parte.

Realizadas estas aclaraciones nos proponemos resaltar algunos aspectos neurálgicos que contempla el Anteproyecto respecto de las prueba de declaración de testigos y de parte, iniciando por la declaración de testigos por ser la que contempla una regulación más integral, en tanto la prueba de declaración de parte -a pesar de estar regulada previamente- remite a aquella en ciertos aspectos.

II.- Prueba de declaración de testigos.

a) Concepto amplio de testigo.

El Anteproyecto contempla una noción amplia de testigo hábil, señalando en su art. 357 que “Toda persona es apta para ser testigo y tendrá el deber de comparecer y declarar. No existen tachas ni testigos inhábiles”. En efecto, interpreta que no existen prohibiciones absolutas para declarar²⁵⁴.

La incorporación de ese concepto amplio de testigo hábil es interesante y novedosa²⁵⁵, en tanto permite la declaración de personas que tradicionalmente estaban excluidas (*v.gr.*: menores de 14 años, ciertos familiares de las partes, etc.), en la lógica de que el valor de la información que pueden incorporar al proceso deberá ser valorado en el juicio y no aplicar una exclusión automática²⁵⁶, en especial, cuando esa valoración pasará por el tamiz del contradictorio. No obstante ello, el Anteproyecto aclara que no estará obligado a declarar el que de hacerlo podría auto incriminarse penalmente o hacerlo respecto de sus consanguíneos hasta el segundo grado (conf. art. 364, *in fine*). En el mismo sentido, Arazi señala que la ley debe proteger a parientes tan próximos a fin de no someterlos a la eventual violencia de comprometer con su declaración a esos parientes o incurrir en falso testimonio²⁵⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, el Anteproyecto se ocupa de aclarar que “Cuando deban prestar declaración niñas, niños y adolescentes; o personas de tutela constitucional o convencional

²⁵⁴ Conf. LORENZO, Leticia, *Manual de Litigación Civil*, cit., p. 121.

²⁵⁵ Cabe aclarar que el “Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación” (2019) señala que, en principio, pueden ser testigos todas las personas mayores de 13 años, más luego agrega que “También podrán declarar personas menores de esa edad cuando tuvieren madurez suficiente y su aporte fuere necesario para la causa. En caso de negarse, no podrá ser compelido a declarar” (art. 249), a la vez que dispone que “Los consanguíneos o afines en línea directa de las partes, el cónyuge o conviviente, actual o anterior, podrán ser ofrecidos como testigos. A su pedido, podrán ser exceptuados de declarar” (art. 250).

²⁵⁶ Conf. ARAZI, Roland, “Declaración de testigos en el proceso oral”, *Revista de Derecho Procesal* 2019-1, *La oralidad en el proceso*, dirigida por Roland Arazi, 1ª ed. revisada, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2019, p. 258.

²⁵⁷ Conf. ARAZI, Roland, “Declaración de testigos en el proceso oral”, *Revista de Derecho Procesal* 2019-1, *La oralidad en el proceso*, cit., p. 258.

preferente; o que ignoren el idioma castellano o que requieren estructuras de sostén, la jueza o juez y la Oficina Judicial adoptarán las medidas necesarias para facilitar su adecuado testimonio y protección”. En ese marco, consideramos que el Anteproyecto delega en la jueza o juez el examen relativo a cuando las niñas, niños y adolescentes podrán declarar o negarse a declarar. En su decisión, la jueza o juez debe tener en cuenta la necesidad de conformidad previa de sus padres o tutores, la posibilidad de conducirlos por la fuerza pública (quizás sólo sea posible a través de una concurrencia voluntaria) y no exigirles prestar juramento²⁵⁸. La cuestión de la declaración de las niñas, niños y adolescentes es compleja, dado que, como señala Kielmanovich, la legislación procesal sobre la materia debe armonizarse con los estándares que sobre el tema surgen de la Convención sobre los Derechos del Niño y toda otra normativa internacional y nacional que fije pautas sobre el interés superior del niño²⁵⁹.

Por supuesto, vale la pena aclarar que el Anteproyecto también se ocupa de ratificar algunos valiosos conceptos tradicionales, en ese sentido señala que “Se considera testigo a toda persona que ha conocido hechos pertinentes y conducentes para resolver la controversia” (art. 356) y que “declararán sobre los hechos que hayan percibido o conocido a través de sus sentidos” (art. 373).

b) Ofrecimiento de la declaración de testigos: Oportunidad y modalidad.

Como en la mayoría de los procesos de reformas procesales civiles (vigentes y en proyecto), el Anteproyecto bajo análisis diseña un proceso por audiencias en donde se mantiene el modo escrito en los actos postulatorios. Es justamente en los escritos de demanda y su contestación donde las partes (actora y demandada respectivamente) deben ofrecer la prueba de declaración de testigos (conf. arts. 358, 259 y concordantes). Compartimos la elección de esa oportunidad para ofrecer la prueba, en tanto es la que mejor condice con el principio de buena fe y lealtad procesal²⁶⁰, dado que obliga a mostrar las “cartas” desde el inicio.

Cabe aclarar que para finalmente decidir qué testigos se ofrecerán en el juicio, es natural que los abogados de las partes deban reunirse con potenciales testigos, de manera de conocer la información con la que cuentan, incluso realizarles consultas para poder acceder a detalles sobre su eventual relato en la audiencia respectiva. Somos concientes que nuestra cultura tradicional puede ver con suspicacia esto último, por ello queremos ser claros, ese contacto no se vincula con “entrenar” al testigo o pretender influir en su declaración, persiguiendo que la modifiquen en alguna forma, por el contrario, reunirse con los potenciales testigos, sólo para conocer la información con la que disponen, es una manifestación de profesionalismo que evitará hacer

²⁵⁸ Vid. ARAZI, Roland, “La prueba en las Bases para la reforma procesal civil y comercial”, en ROJAS, Jorge A. (Coord.), *Análisis de las Bases para la reforma procesal civil y comercial*, 1ª ed., revisada, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2018, p. 410.

²⁵⁹ KIELMANOVICH, Jorge L., “Los parientes y allegados como testigos en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en ROJAS, Jorge A. (coord.), *La prueba*, 1ª ed. revisada, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2016, pp. 361 y ss.

²⁶⁰ LOUTAYF RANEA, Roberto G. - MOSMANN, María V., “La audiencia preliminar”, en ROJAS, Jorge A. (Coord.), *Análisis de las Bases para la reforma procesal civil y comercial*, cit., p. 439.

perder el tiempo al sistema de justicia con un testigo que no aporta información de calidad²⁶¹. En efecto, ese contacto previo no afecta la credibilidad del testigo²⁶².

A su vez, teniendo en cuenta que el ofrecimiento exige la identificación del testigo propuesto (conf. art. 358), el tiempo que transcurre hasta la audiencia preliminar, permitirá que las partes investiguen a los testigos propuestos por la contraria, a fin de poder incorporar en dicha audiencia información que permita cuestionar la admisibilidad de dicho medio de prueba. La obtención de información sobre los testigos de la contraria puede ser clave en esa instancia y en el contraexamen -a fin de atacar su credibilidad-.

Por su parte, si bien el Anteproyecto dispone que el ofrecimiento de la declaración de testigos se realice por escrito, la declaración será oral y se realizará en una audiencia (denominada “audiencia de juicio” en el proceso amplio y “audiencia multipropósito” en el proceso simple), en cuyo marco las partes podrán interrogar a los testigos. Surge del Anteproyecto que el interrogatorio a los testigos es libre, ello significa que en el ofrecimiento las partes no deben acompañar un pliego de las preguntas que realizará al testigo, sin embargo, a los efectos de examinar la pertinencia y conducencia (admisibilidad) de la prueba, la parte que propone un testigo deberá “precisar de forma clara y concreta qué se pretende probar con el testigo y cuál es la relevancia de su testimonio para el proceso” (art. 358). Ello también permitirá al tribunal cumplir más adecuadamente con la función de reajuste o fijación de los hechos y determinar las pruebas a producir²⁶³.

Compartimos absolutamente la decisión de garantizar el interrogatorio libre de las partes (en rigor, de sus letrados) a los testigos, dado que ello constituye un presupuesto elemental en un sistema que emplea la oralidad y el contradictorio como mecanismo para la obtención de información de calidad. Además, debemos resaltar que la vigencia y eficacia de las técnicas de litigación oral exige garantizar un interrogatorio libre a los testigos.

En otro orden, el Anteproyecto incorpora una novedad muy interesante respecto de la posibilidad de ofrecer prueba en la audiencia preliminar, en ese sentido dispone que si la jueza o juez distribuye la carga de la prueba de un modo especial en la audiencia preliminar, “la parte podrá contradecir y, en su caso, ampliar su ofrecimiento probatorio” (conf. art. 533), lo que también consideramos un acierto²⁶⁴, en tanto permite ajustar la prueba ofrecida en los casos en

²⁶¹ Conf. MARÍN, Felipe, *Manual de litigación de audiencias orales en la nueva justicia civil de Costa Rica*, cit., pp. 92-94; LORENZO, Leticia, *Manual de Litigación Civil*, cit., pp. 125-127.

²⁶² Conf. ARAZI, Roland, “Declaración de testigos en el proceso oral”, *Revista de Derecho Procesal* 2019-1, *La oralidad en el proceso*, cit., p. 257.

²⁶³ Conf. LOUTAYF RANEA, Roberto G. - MOSMANN, María V., “La audiencia preliminar”, en ROJAS, Jorge A. (Coord.), *Análisis de las Bases para la reforma procesal civil y comercial*, cit., p. 440.

²⁶⁴ De algún modo, ese fue el camino que adoptó la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, que en su art. 429 señala que “Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal,

que la jueza o juez dinamizó la carga de la prueba (permitiendo ofrecer la declaración de un testigo no ofrecido anteriormente), de ese modo se garantiza el derecho de defensa de la parte a quien se le fijó la carga de la prueba de un hecho controvertido recién en esa oportunidad.

c) Admisibilidad de la prueba de declaración de testigos.

El Anteproyecto imprime un especial énfasis respecto del control de admisibilidad de la prueba ofrecida, ello surge con claridad del art. 331, donde señala que “A los fines de su admisibilidad, el tribunal apreciará la licitud, pertinencia y conducencia de la prueba para acreditar los hechos controvertidos”, luego se ocupa de ampliar esos conceptos, destacando que será impertinente “la prueba que resulte superflua e inútil, considerando tal la que según reglas y criterios razonables en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos”, también dispone que serán inconducentes “aquellas pruebas que no tengan aptitud para acreditar los hechos invocados”, mientras que “Se entenderá por prueba ilícita o prohibida la que haya sido obtenida con violación al debido proceso o garantías fundamentales, constitucional o convencionalmente reconocidas”, finalmente la norma dispone que “Al considerar la admisibilidad de las pruebas propuestas la jueza o juez evaluará cómo se vinculan con la causa ponderando la potencial incidencia que tendrán en la solución del caso y que justifican su incorporación al proceso y las evaluará al tiempo de decidir”. Consideramos que el Anteproyecto precisa de muy buena forma el alcance de los conceptos que utiliza respecto de la admisibilidad de la prueba, ofreciendo un alto estándar de claridad en la materia.

El Anteproyecto también precisa que el control de admisibilidad de la prueba de declaración de testigos se realizará en la audiencia preliminar (juicio amplio) o audiencia multipropósito (juicio simple), con lo cual es esencial la presencia personal de la jueza o juez en las audiencias, sin que sea permitido ningún tipo de comisionamiento en el secretario u otros auxiliares²⁶⁵. Si bien es cierto que será la jueza o juez quien decida sobre la admisibilidad de la prueba ofrecida por las partes, en su decisión deberá analizar las razones que las partes hubiesen invocado para justificar la producción de la prueba de testigo, su pertinencia y conducencia (conf. art. 358).

En ese proceso de análisis sobre la admisibilidad de las pruebas ofrecidas, es clave que la jueza o juez fomente un “contradictorio activo” de modo de obtener información de calidad sobre la aptitud de la declaración de cada testigo en el juicio (conf. art. 533). Por ello, el Anteproyecto dispone que “Durante el control de admisibilidad, las partes podrán ampliar sus argumentos a fin de sostener o contradecir la pertinencia y conducencia de los testigos propuestos” (conf. art. 358). Como se observa, la jueza o juez debe fomentar el contradictorio entre las partes para obtener la mejor información sobre la admisibilidad de la prueba, dado que a todos atañe la información de

ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente. En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal”.

²⁶⁵ Conf. BERIZONCE, Roberto O., “La audiencia preliminar: Un acto esencial del proceso (a propósito del flamante ordenamiento procesal rionegrino)”, La Ley 1988-E, 754.

calidad, a las partes, porque son quienes deben producirla y, alternativamente, controlarla, y a la jueza o juez, porque será el insumo de sus decisiones²⁶⁶.

Ahora bien, en la lógica de depurar el proceso y garantizar que en la audiencia de juicio se genere información de calidad, el Anteproyecto enfatiza la necesidad de un riguroso control de admisibilidad. En ese sentido señala que “Es deber del juez ser riguroso en la determinación de admisibilidad a fin de evitar la producción de prueba superflua, innecesaria o inconducente al objeto controvertido” (conf. art. 533). En ese marco, el juez indagará a las partes respecto de la razón de ser de las pruebas, el por qué y para qué, pidiendo aclaraciones o explicaciones a las partes sobre cualquier cuestión a fin de evitar su incorporación superflua o innecesaria y advertir cuál y qué es información de calidad para la dilucidación del conflicto (conf. art. 533). Las funciones encomendadas a la jueza o juez exigen que tengan un conocimiento acabado del caso²⁶⁷.

Cabe destacar que el Anteproyecto delinea una jueza o juez activo y comprometido durante la audiencia preliminar (con fuerte incidencia en la organización del contradictorio, la gestión del caso, su posible composición y la preparación del debate), lo que compartimos, en tanto permite garantizar que el uso del proceso judicial (como recurso del Estado) sea racional.

d) Citación del testigo. Efectos de su inasistencia.

En la audiencia preliminar la jueza o juez debe fijar la fecha de la audiencia de juicio (conf. art. 533, in fine), a la vez que el Anteproyecto dispone que “La citación a los testigos es realizada por la Oficina Judicial por medio fehaciente, precisando su obligación de comparecer y las sanciones en caso de inasistencia. Las partes que hubiesen ofrecido al testigo tienen el deber de cooperar en su citación y asistencia. Podrán utilizar cualquier medio de comunicación que estime adecuado para recordar, compulsar o controlar su comparecencia...” (art. 360).

De la norma se observa que las partes que ofrecieron testigos tienen el deber de cooperar en la citación y asistencia de los testigos que ofrecen, por ello, el Anteproyecto dispone que la ausencia de uno o más testigos en la audiencia de juicio no será razón suficiente para la suspensión de la audiencia. En ese caso o en otros supuestos análogos, el juez de oficio o a requerimiento de parte deberá ejercer las facultades estatuidas para la declaración de negligencia del medio probatorio pertinente (conf. art. 535). Si la declaración del testigo no fuese producida en la audiencia de juicio, precluirá, salvo que la jueza o juez entienda, objetiva y fundadamente, necesaria su producción (conf. art. 535).

²⁶⁶ Conf. KESSLER, Miguel (dir.), “Destrezas para el litigio. Capacitación y herramientas para la litigación oral civil y penal”, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, 2017, p. 63, publicado en la web en: http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/destrezas-para-litigio_kessler.pdf; LORENZO, Leticia, *Manual de Litigación Civil*, cit., pp. 85-86.

²⁶⁷ Conf. COLERIO, Juan P. - ROJAS, Jorge A., “La ley de mediación obligatoria y las modificaciones al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, La Ley 1996-A, 1205.

Como en la generalidad de los códigos procesales, el Anteproyecto también se ocupa de destacar que pesa sobre los testigos el deber de comparecer, por ello, “Si el testigo legalmente citado no compareciere sin justa causa será conducido por la fuerza pública, pudiendo imponerse el pago de las costas provocadas por su inasistencia. Ello, sin perjuicio de las restantes medidas correctivas o sancionatorias que la jueza o juez pudiese disponer a fin de lograr su comparecencia o reprochar su inconducta” (art. 361).

El Anteproyecto también contempla el supuesto de que el testigo, por algún motivo grave, no pueda comparecer a declarar a la audiencia del juicio oral, en cuyo supuesto podrá hacerlo a través de videoconferencia o de cualquier otro medio tecnológico apto para su examen y control (conf. art. 362).

e) Declaración personal. Juramento.

Siendo consecuente con su impronta de fortalecimiento de la oralidad, el Anteproyecto dispone expresamente que los testigos deberán ser interrogados personalmente durante la audiencia de juicio oral o multipropósito (conf. art. 368). El interrogatorio será realizado por los abogados de las partes (conf. art. 535). Como consecuencia de aquella regla, en principio, la declaración personal del testigo no podrá ser sustituida por la lectura de los registros de anteriores declaraciones o de otros documentos (conf. art. 368)²⁶⁸. La solución parece correcta a los efectos de hacer funcionar las técnicas de litigación oral, fortalecer la oralidad y garantizar la inmediación como pilar del sistema de proceso por audiencias.

Por su parte, el Anteproyecto también dispone que todo testigo, antes de comenzar su declaración, deberá prestar juramento o promesa de decir verdad sobre lo que se le preguntare, sin ocultar nada de lo que pudiere conducir al esclarecimiento de los hechos. La jueza o juez instruirá al testigo acerca del sentido del juramento o promesa y de su obligación de ser veraz, así como de las sanciones que la ley penal contempla por el delito de falso testimonio (art. 371).

f) Examen directo. Forma de interrogar.

En la terminología de las técnicas de litigación oral (que también emplea el Anteproyecto), el interrogatorio que realiza el abogado de la parte que ofreció al testigo, se denomina examen directo y es así como se iniciará el interrogatorio de cada uno de los testigo (conf. art. 372). Debemos destacar que de los arts. 372 y 535 del Anteproyecto surge que los interrogatorios deben ser realizados directamente por los abogados de las partes (es decir, las preguntas deben poder ser formuladas directamente, no a través del juez ni de un pliego escrito), lo que también constituye un presupuesto esencial para el funcionamiento de las técnicas de litigación oral. Por

²⁶⁸ El principio anunciado presenta algunas justificadas excepciones (ver art. 369).

nuestra parte, consideramos que el interrogatorio directo de los abogados fortalece distintas dimensiones de la oralidad²⁶⁹.

Respecto de la forma de interrogar a los testigos, el Anteproyecto dispone que las preguntas se formularán oralmente en la audiencia o mediante el uso de medios tecnológicos disponibles que se utilice en los casos de imposibilidad de comparecencia, a lo que agrega que las preguntas deben ser claras y concretas (conf. art. 374). Sobre el examen directo, Marín señala que el primer paso sugerido es acreditar al testigo, es decir, demostrarle a la jueza o juez porqué es creíble su relato (v.gr.: porque es vecino y pudo ver el hecho, etc.)²⁷⁰. Luego de ello, y ya respecto de la información sobre los hechos, Falcón afirma que conviene comenzar con la técnica del relato (preguntas abiertas) y, en su caso, ir orientando el relato hacia los puntos que desean saberse con mayor precisión mediante preguntas conductoras (cerradas)²⁷¹.

El Anteproyecto también señala que “No se podrán hacer preguntas sugestivas al testigo durante el interrogatorio o repreguntas” (art. 374). La prohibición de realizar preguntas sugestivas (que son aquellas que sugieren al testigo la respuesta que busca la parte que lo interroga)²⁷² busca proteger la calidad de la información con la que la jueza o juez contará para tomar su decisión, de modo que la declaración de los testigos sea libre y espontánea, en otras palabras, asegurar que lo declarado por los testigos sea lo que ellos quieren decir y no lo que los abogados quieren que diga²⁷³. Esa prohibición es especialmente necesaria en el interrogatorio de testigos amigables, que sienten que forman un equipo con la parte que ofreció su declaración²⁷⁴.

Sin embargo, recogiendo las técnicas de litigación oral, el art. 374 del Anteproyecto incorpora -como novedad- algunas excepciones a la regla que impide formular preguntas sugestivas, en ese sentido, señala que el abogado podrá formular preguntas sugestivas cuando “Sea una pregunta introductoria o que recapitule información ya entregada por el testigo”, “Sea una pregunta para la que sea razonable esperar una respuesta negativa”, o bien, “Sea un testigo hostil hacia la parte y la jueza o juez así lo haya estimado”. Como dijimos, la posibilidad de habilitar en ciertos casos las preguntas sugestivas responde a la lógica de las técnicas de litigación oral que el Anteproyecto incorpora y que tienen especial impacto en esta materia, en tanto disponen de reglas y estándares propios para regular los interrogatorios.

²⁶⁹ Roland Arazi también señala que los abogados deben interrogar directamente a los testigos, ver: ARAZI, Roland, “Declaración de testigos en el proceso oral”, Revista de Derecho Procesal 2019-1, *La oralidad en el proceso*, cit., p. 254.

²⁷⁰ Conf. MARÍN, Felipe, *Manual de litigación de audiencias orales en la nueva justicia civil de Costa Rica*, cit., pp. 69-75.

²⁷¹ Conf. FALCÓN, Enrique M., “El interrogatorio y las preguntas”, en ROJAS, Jorge A. (Coord.), *La prueba*, cit., p. 356.

²⁷² Conf. FALCÓN, Enrique M., “El interrogatorio y las preguntas”, en ROJAS, Jorge A. (Coord.), *La prueba*, cit., p. 358.

²⁷³ Conf. MARÍN, Felipe, *Manual de litigación de audiencias orales en la nueva justicia civil de Costa Rica*, cit., p. 36.

²⁷⁴ Conf. MARÍN, Felipe, *Manual de litigación de audiencias orales en la nueva justicia civil de Costa Rica*, cit., p. 36; LORENZO, Leticia, *Manual de Litigación Civil*, cit., pp. 122-123.

En ese sentido, se destaca que el Anteproyecto incorpora el concepto de testigo “hostil” (conf. art. 374), habilitando las preguntas sugestivas en su interrogatorio, dado que por su situación ante las partes o el conflicto, es natural que el testigo desconfíe de las preguntas y sea evasivo en sus respuestas. Respecto del examen directo, el concepto de testigo hostil se vincula especialmente a las situaciones en que las partes deban ofrecer como testigos a personas amigables con los intereses de la parte contraria, con quienes no tiene afinidad, pero a su vez ellas tienen información relevantes para su teoría del caso (*v.gr.*: declaración de un empleado o familiar de la contraria), en esos casos, a pesar de tratarse de un examen directo (porque es esa parte la que ofrece al testigo), el abogado que realiza el interrogatorio se enfrenta a un “testigo hostil”, el que frente a preguntas abiertas (incluso cerradas), podrá evadir las respuestas a fin de no perjudicar la situación de la contraria, de allí la necesidad de habilitar la formulación de preguntas sugestivas²⁷⁵.

En ese mismo sentido, el Anteproyecto regula que si una parte presenta en la audiencia de juicio o multipropósito la declaración de un testigo que fuere la misma parte contraria, su cónyuge, parientes o dependientes, se presumirá su hostilidad. También se presumirá hostilidad si el testigo fuese propietario o dependiente de la contraria, si ella fuere una persona jurídica. A su vez, consideramos que aún fuera de esos supuestos objetivos, el Anteproyecto habilita a que la jueza o juez consideren que un testigo es hostil (por ser evasivo en sus respuestas por ejemplo), autorizando el uso de preguntas sugestivas (conf. art. 374).

Particularmente, la incorporación de la posibilidad de realizar preguntas sugestivas -a diferencia de lo que tradicionalmente se regula en materia procesal- en los supuestos previstos en el Anteproyecto, nos parece un acierto, dado que compartimos la necesidad de incorporar las técnicas de litigación oral como herramientas propias de la oralidad, sin perjuicio de ciertos reparos con algunos valores que acompañan a aquellas (en especial, el rol pasivo que debe tener la jueza o juez durante la producción de la prueba). Lo cierto es que el uso de las preguntas sugestivas es la única forma de garantizar el derecho de defensa de la parte que debe interrogar un testigo hostil, dado que, en ciertos supuestos, sólo mediante aquellas preguntas se podrá obtener la información que se necesita²⁷⁶.

Por su parte, debemos resaltar que el art. 374 del Anteproyecto dispone que “En ningún caso se admitirán preguntas engañosas; aquéllas destinadas a coaccionar moral e ilegítimamente al testigo ni las formuladas en términos oscuros, confusos o poco claros”. Esto último implica, *inter*

²⁷⁵ Conf. MARÍN, Felipe, *Manual de litigación de audiencias orales en la nueva justicia civil de Costa Rica*, cit., p. 85.

²⁷⁶ Conf. MARÍN, Felipe, *Manual de litigación de audiencias orales en la nueva justicia civil de Costa Rica*, cit., p. 38.

alia, que las preguntas que se le realizan al testigo deben formularse en lenguaje comprensible, teniendo en cuenta las condiciones personales del testigo, dado que no es mismo lenguaje comunicativo el de los adolescentes que el de personas mayores²⁷⁷. Las reglas que surgen del referido art. 374 del Anteproyecto son claves en el manejo de las objeciones a las preguntas (cuestión que analizaremos luego).

También debemos aclarar que más allá de que los testigos deben ser interrogados sobre hechos pertinentes y conducentes para resolver la controversia, el Anteproyecto autoriza que las partes puedan dirigir preguntas a los testigos para sostener o impugnar su credibilidad (conf. art. 376). Además, “Durante la declaración del testigo podrán usarse las declaraciones que éste haya emitido previamente con el objeto de actualizar su memoria o manifestar inconsistencias” (art. 378).

g) Contraexamen.

En la terminología de las técnicas de litigación oral (que emplea el Anteproyecto), el interrogatorio que realiza el abogado de la parte que no ofreció al testigo (es decir, el testigo propuesto por la contraria), se denomina contraexamen. El contraexamen será realizado a continuación del examen directo (conf. art. 372)²⁷⁸ y no estará limitado a las materias que hayan sido tratadas en el examen directo (conf. art. 372).

El contraexamen es la oportunidad procesal para desacreditar al testigo y/o su relato de los hechos, recordemos que en el Anteproyecto no existen tachas ni testigos inhábiles (conf. art. 357), por lo que será el contraexamen la oportunidad de que el abogado cuestione la credibilidad del testigo ofrecido por la contraria (conf. art. 376), eso puede ocurrir, por ejemplo, demostrando que los hechos declarados por el testigo -que perjudican a la parte que realiza el contraexamen- no son sinceros, que tienen otra interpretación o sentido, etc.²⁷⁹. Es que la mejor forma de depurar la información consiste en permitir que todas las versiones puedan ser objeto de un cuestionamiento severo (control de calidad) y que ese cuestionamiento severo esté principalmente a cargo de la parte a quien esa información perjudica²⁸⁰.

En ese sentido, el Anteproyecto permite que durante la declaración del testigo los abogados puedan usar las declaraciones que aquél haya emitido previamente, con el objeto de actualizar su

²⁷⁷ Conf. FALCÓN, Enrique M., “El interrogatorio y las preguntas”, en ROJAS, Jorge A. (Coord.), *La prueba*, cit., pp. 354 y ss.

²⁷⁸ En rigor, realizar o no el contraexamen constituye una decisión estratégica del abogado, es decir, no es obligatorio y no es recomendable realizarlo si el testigo es solvente y el letrado no cuenta con elementos que permitan desacreditar al testigo o su relato, dado que se corre el riesgo de que el contraexamen sirva, paradójicamente, para fortalecer la postura contraria.

²⁷⁹ Conf. ARAZI, Roland, “Declaración de testigos en el proceso oral”, *Revista de Derecho Procesal* 2019-1, *La oralidad en el proceso*, cit., pp. 259-260.

²⁸⁰ Conf. DUCE, Mauricio - MARÍN, Felipe - RIEGO, Cristián, “Reforma a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información”, en *Justicia Civil: Perspectivas para una reforma en América Latina*, cit., pp. 49-50.

memoria o manifestar inconsistencias (conf. art. 378), a la vez que dispone que los abogados podrán “confrontar al testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas durante la audiencia de juicio” (art. 376). Incluso, el Anteproyecto regula la posibilidad de que las partes puedan “incorporar prueba no anunciada con anterioridad”, aunque la limita señalando que ello será posible “exclusivamente cuando ella solo esté destinada a resolver una controversia relacionada con la veracidad del testimonio. Dicha prueba será admisible cuando previamente se hubiere dado al testigo la oportunidad de admitir, negar o explicar la inconsistencia, interés, parcialidad o cualquier razón de impugnación que se intenta acreditar. La contraparte podrá solicitar a la jueza o juez que la prueba no anunciada le sea exhibida de forma previa para ser examinada” (art. 376).

Respecto de la forma de interrogar a los testigos, al Anteproyecto no formula distinciones entre el examen directo y el contraexamen (incluso regula de forma unificada la cuestión en el art. 374), lo que torna aplicable en el contraexamen aquellas reglas que señalamos para el examen directo. No obstante ello, debemos resaltar que, en general, el testigo será hostil con el abogado que le realiza el contraexamen. Debemos recordar que se trata de testigos de la parte contraria, por lo que tienden a considerar que forman parte de un “equipo” con aquella, justamente por ello el testigo tenderá a ser evasivo, siendo difícil que brinde naturalmente la información que el abogado de la contraria le requiere. Por ello, las técnicas de litigación oral impulsan que, en el contraexamen, por la naturaleza de la relación entre el abogado y el testigo, se autorice el empleo de preguntas sugestivas²⁸¹. La distinción no afecta la igualdad de las partes, dado que, como dijimos, el testigo será naturalmente hostil en el contraexamen²⁸².

h) Re-examen directo y re-contraexamen.

El anteproyecto también contempla que la parte que realizó el examen directo (primer interrogatorio) podrá realizar un nuevo examen al testigo luego del contraexamen, limitándose a las materias tratadas en este último (a ese nuevo interrogatorio le llamaremos “re-examen directo”). En ese caso, la parte que realizó el segundo interrogatorio (contraexamen) podrá volver a repreguntar al testigo, limitándose a las materias tratadas en el nuevo reexamen -conf. art. 372- (a ese nuevo interrogatorio lo llamaremos “re-contraexamen”). Si fueren varios los sujetos que integran las partes demandantes o demandadas, se les dará sucesivamente la palabra (conf. art. 372).

Compartimos la idea, pero consideramos que la jueza o juez deben valorar rigurosamente el empleo de esta nueva instancia de interrogatorios, debido a que el manejo del tiempo es especialmente relevante en un proceso por audiencias, dado que se trata de un recurso clave y limitado.

²⁸¹ Conf. MARÍN, Felipe, *Manual de litigación de audiencias orales en la nueva justicia civil de Costa Rica*, cit., pp. 34-38.

²⁸² Conf. ARAZI, Roland, “Declaración de testigos en el proceso oral”, *Revista de Derecho Procesal* 2019-1, *La oralidad en el proceso*, cit., p. 260.

Cabe aclarar también que el Anteproyecto señala que “Durante la audiencia de juicio la jueza o juez, de oficio o a pedido de parte, podrá ordenar el careo entre testigos o entre éstos y las partes” (art. 379). Sobre la cuestión, compartimos con Peyrano en relación a que, cuando el careo es solicitado por alguna de las partes, y existen versiones contradictorias, la jueza o juez, más que poder, deberán aceptar y ordenar el careo²⁸³.

i) Objeciones a las preguntas.

Como dijimos anteriormente, el Anteproyecto recoge y aplica las técnicas de litigación oral, ello implica que en los interrogatorios, las preguntas que se formulen a los testigos podrán ser impugnadas -antes de que el testigo conteste- por el abogado de la parte contraria al que la formula. En ese sentido, el art. 375 dispone que “Las partes podrán objetar de manera motivada cualquier pregunta, en particular las que importen responsabilidad penal al declarante, sean capciosas, sugestivas, vagas, confusas, impertinentes o hipotéticas por pretender opiniones o conclusiones. Se exceptúan las preguntas hipotéticas en el caso de los peritos dentro de su área de experticia. Realizada la objeción, la jueza o juez resolverá en la misma audiencia”.

La norma pretende brindar algunas pautas propias de las técnicas de litigación oral a los efectos de regular los interrogatorios, imprimiendo reglas que garanticen proteger la calidad de la información (lo que permitirá oponerse a preguntas confusas, compuestas, capciosas, que tergiversan la prueba, repetitivas, ofensivas o vejatorias, etc.) y proteger el uso racional de los recursos del sistema judicial (lo que permitirá oponerse a preguntas impertinentes, argumentativas, sobre hechos evidentes, que buscan opiniones, etc.)²⁸⁴. Particularmente consideramos que esas reglas son necesarias en un litigio oral, a la vez que fortalecen el sistema de oralidad en el proceso por audiencias.

j) Rol del juez en los interrogatorios.

Previo a todo debemos destacar que el art. 377 dispone que “Durante el examen de los testigos, la jueza o juez deberá de oficio o a solicitud de parte evitar que se les retenga más tiempo del que exija el interés de la justicia y a que se les examine únicamente sobre materias pertinentes. También se impedirá se le dirijan preguntas o se los someta injustificadamente a cualquier actividad ofensiva o humillante y rechazará las preguntas inconducentes, las manifiestamente impertinentes y las superfluas por ser repetición de otra ya respondida, a menos que sean útiles para precisar la razón del conocimiento del testigo sobre el hecho”.

²⁸³ Conf. PEYRANO, Jorge W., “El careo de testigos en sede civil”, en PEYRANO, Jorge W. (dir.), *Fuentes, medios y valoración de la prueba*, 1ª ed., revisada, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2018, pp. 149-152.

²⁸⁴ Conf. MARÍN, Felipe, *Manual de litigación de audiencias orales en la nueva justicia civil de Costa Rica*, cit., pp. 131-143.

Como se observa, el Anteproyecto otorga a la jueza o juez un relevante poder para neutralizar las preguntas de las partes que considere inconducente, impertinente o innecesaria, sin embargo, limita al máximo a la jueza o juez la posibilidad de realizar preguntas a los testigos, señalando que recién una vez finalizado el examen de las partes, la jueza o juez “podrá dirigir preguntas al testigo con el fin de aclarar sus dichos” (art. 372), es decir, la jueza o juez no podrán realizar cualquier pregunta a los testigos, sólo aquellas que busquen aclarar los dichos de los testigos.

Es justamente respecto de ese rol pasivo que el Anteproyecto otorga a la jueza o juez en la declaración de los testigos, con la que planteamos diferencias, en tanto el criterio adoptado puede afectar conceptos neurálgicos como la verdad jurídica objetiva²⁸⁵ y la concreción de la justicia del caso. Es necesario reiterar que compartimos la necesidad de implementar las técnicas de litigación oral en la producción de la prueba de declaración de testigos, es más, creemos que aquellas son claves para fortalecer y trabajar en la oralidad, en tanto ofrecen herramientas de valor a los efectos de ser eficaces en los interrogatorios. Sin embargo, no compartimos que ellas deban imponer necesariamente una figura pasiva del magistrado en el interrogatorio de los testigos, quizás lo conveniente sea extraer y emplear de esas técnicas de litigación oral sólo aquellos aspectos que permitan mantener la figura de un juez activo y comprometido con la verdad y la justicia durante todo el proceso, es decir, armonizar y adaptar las técnicas de litigación oral a nuestra cultura procesal dominante y el espíritu que impulsa las reformas procesales civiles²⁸⁶.

Sobre la cuestión, Oteiza resaltó la necesidad de buscar equilibrios en la regulación del proceso civil y, “Al elegir los equilibrios que plantea el proceso frente a los dilemas entre los intereses a proteger, los Estados deben tomar en cuenta la cultura dominante, balancear los beneficios y los perjuicios que ocasionan sus determinaciones. Se trata de un complejo entramado de factores que exige una ponderación adecuada de las elecciones, consistente con los valores en juego”²⁸⁷. En ese marco, debemos recordar las palabras de Berizonce cuando señala que “El reconocimiento al juez de un papel activo en el descubrimiento de la verdad de los hechos controvertidos, con la potestad de ordenar de oficio la adquisición de pruebas relevantes, aunque no hubieran sido propuestas por las partes, resulta conseqüente necesario de los fines públicos del proceso civil que está orientado a la obtención de decisiones intrínsecamente justas, las cuales dependen casi siempre del esclarecimiento de la verdad de los hechos”²⁸⁸.

²⁸⁵ Conf. CSJN, “Rodríguez, Lisandro Luís María y otros”, del 20/09/2007, Fallos 330:4841.

²⁸⁶ De hecho el “Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación” (2019), en su art. 260, dispone que “Los testigos serán libremente interrogados por el juez, en oportunidad de la audiencia de vista de causa, acerca de lo que supieren sobre los hechos controvertidos. A continuación, las partes podrán preguntar a los testigos”, reivindicando la figura de un juez activo incluso durante el interrogatorio (ver también art. 269 de dicho anteproyecto).

²⁸⁷ OTEIZA, Eduardo, “Reforma a la justicia civil en América Latina”, ED 262-779.

²⁸⁸ BERIZONCE, Roberto O., “Valores, ideologías y régimen de la prueba civil”, en ROJAS, Jorge A. (coord.), *La prueba*, cit., pp. 44-45.

Por ello, compartimos con Arazi cuando señala que los jueces deben desempeñar un rol activo durante todo el trámite, con total conocimiento del conflicto, pudiendo efectuar preguntas a los testigos²⁸⁹, a lo que debemos agregar que la mayoría de los códigos procesales de Latinoamérica contemplan la posibilidad de que la jueza o juez interroge a los testigos²⁹⁰. Al respecto, Berizonce señaló que “una cosa es el juez potencialmente ‘activo’ al integrar las iniciativas probatorias de las partes, inserto en un contexto procesal en el cual estén aseguradas las garantías procesales en el ámbito de un sistema político democrático, mientras otra cosa completamente diversa es el juez inquisidor en un sistema político y procesal de estampa autoritaria. En los ordenamientos procesales propios del moderno Estado de Derecho democrático, donde están asegurados el principio dispositivo y las garantías de la defensa y del contradictorio entre las partes, el reconocimiento al juez de poderes más o menos amplios de iniciativa probatoria no transforma el esquema procedimental en inquisitorial o autoritario, ni tiene absolutamente nada que ver con regímenes políticos de ese tipo”²⁹¹.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que cuando el art. 324 del Anteproyecto construye una “categoría” de procesos judiciales con reglas modificadas en los procesos judiciales que “involucren sujetos o bienes de tutela constitucional preferente” -permitiendo que el tribunal acuerde de oficio que se practiquen determinadas pruebas-, la aplicación de dicha regla a la prueba de declaración de testigo permitirá que, en esa categorías de procesos, la jueza o juez pueda interrogar a los testigos, garantizando siempre el amplio y oportuno contradictorio.

III) Prueba de declaración de parte.

a) De la absolución de posiciones a la declaración de parte.

En los sistema a los que responde nuestra tradición jurídica, durante siglos las declaraciones de las partes estuvieron inmersas en sistemas destinados a obtener la confesión, considerada como la *probatio probatissima*, la reina de las pruebas, lo que en el proceso civil se tradujo en la prueba de absolución de posiciones, es decir, un modelo de declaración de partes provocada por la contraria, cuyo desarrollo exige que la parte que requiere la declaración de la contraria, afirme un hecho concreto y atómico, que deba ser respondido por sí o por no, en la declaración de la parte²⁹².

²⁸⁹ Conf. ARAZI, Roland, “Declaración de testigos en el proceso oral”, Revista de Derecho Procesal 2019-1, *La oralidad en el proceso*, cit., pp. 258-263.

²⁹⁰ GUIMARÃES RIBEIRO, Darci, “Prueba testifical: Protocolos de actuación, medidas de protección, técnicas de interrogatorio y cuestiones específicas de valoración en Iberoamérica”, Revista de Derecho Procesal 2019-1, *La oralidad en el proceso*, cit., p. 284.

²⁹¹ BERIZONCE, Roberto O., “Valores, ideologías y régimen de la prueba civil”, en ROJAS, Jorge A. (coord.), *La prueba*, cit., p. 46.

²⁹² Conf. FALCÓN, Enrique M., “La declaración de la parte en el proceso”, en ROJAS, Jorge A. (Coord.), *Análisis de las Bases para la reforma procesal civil y comercial*, cit., pp. 531-532.

Ese modelo de absolución de posiciones es el que, en la mayoría de los casos, contemplaron los códigos procesales de nuestro país como única forma de “escuchar” a las partes en el juicio, sin embargo, a pesar de su presencia en muchos códigos procesales vigentes, en la actualidad se advierte una fuerte corriente que busca superar el sistema de absolución de posiciones, en la interpretación de que presenta numerosas complicaciones y ningún beneficio²⁹³. Además, compartimos la idea de que la forma de “posiciones” (en el sentido de “afirmaciones”) resulta sumamente artificiosa, alejada de cualquier modo de comunicación real y habitual entre las personas²⁹⁴.

Por ello, las corrientes reformistas impulsan la sustitución de la absolución de posiciones por la declaración de las partes en un interrogatorio libre (es decir, preguntas, no afirmaciones), persiguiendo garantizar la espontaneidad de las respuestas, la flexibilidad en la realización de las preguntas y, en definitiva, la integridad de una declaración no preparada²⁹⁵. En ese mismo sentido, en las “Bases para la Reforma Procesal Civil y Comercial de la Nación” se resaltó que “El obsoleto sistema de absolución de posiciones debe reemplazarse por el interrogatorio libre a las partes, que deberá realizarse en la audiencia de prueba. La práctica de la declaración de parte bajo esta modalidad, que favorece una mejor calidad probatoria, ha tenido una marcada aceptación en diversos sistemas²⁹⁶”.

La tendencia es entonces suprimir la absolución de posiciones y establecer, con la mayor amplitud posible, el libre interrogatorio de las partes, proyectando la recepción local de la técnica de la *cross-examination*, tanto para las partes como para los testigos, en la interpretación de que ellas permiten penetrar con mayor certeza en la verdad de los hechos²⁹⁷.

El Anteproyecto bajo análisis, que sigue los lineamientos de las técnicas de litigación oral, se afilia a esa corriente que regula una declaración de partes con un interrogatorio libre, cuyo diseño permite advertir que tiene fines que van más allá de la confesión que persigue la absolución de

²⁹³ Conf. FALCÓN, Enrique M., “La declaración de la parte en el proceso”, en ROJAS, Jorge A. (Coord.), *Análisis de las Bases para la reforma procesal civil y comercial*, cit., p. 534.

²⁹⁴ Conf. MEROI, Andrea A., “La prueba por declaración y la reforma procesal civil”, *Revista de Derecho Procesal* 2019-1, *La oralidad en el proceso*, cit., p. 208.

²⁹⁵ Conf. MEROI, Andrea A., “La prueba por declaración y la reforma procesal civil”, *Revista de Derecho Procesal* 2019-1, *La oralidad en el proceso*, cit., pp. 197-206. Ver también la “Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española (2000)”.

²⁹⁶ La regulan, entre otros, el Código General del Proceso de Uruguay (arts. 148 y ss.) la Ley de Enjuiciamiento Civil Española (arts. 301 y ss.), el Código Procesal Francés (art. 184 y ss.) y el Código Procesal Civil alemán (arts. 451, 395 y 396). En el último caso se impone al tribunal el deber de advertir a la parte la obligación de decir verdad.

²⁹⁷ Conf. VÁZQUEZ, Oscar E., “Interrogación de las partes a través de la formulación de preguntas”, en PEYRANO, Jorge W. (dir.), *Fuentes, medios y valoración de la prueba*, cit., pp. 483-487.

posiciones. Es que no toda declaración de parte es confesión y, precisamente, de lo que se trata es de revalorizar el testimonio de las partes más allá de ese resultado, en el entendimiento de que los propios protagonistas del conflicto pueden brindar elementos importantes para su solución²⁹⁸.

Respecto a los alcances y características de la declaración de parte en el Anteproyecto, será objeto de análisis a continuación. Sin embargo, debemos resaltar que, en general, la perspectiva que aplican las técnicas de litigación oral, no distinguen entre la declaración de testigos y de parte, por lo que lo analizado previamente, puede, en principio, aplicarse a la declaración de parte²⁹⁹.

b) Ofrecimiento de la prueba de declaración de partes y su alcance.

Como el resto de los medios de prueba, la declaración de las partes debe ser ofrecida en los escritos de demanda y su contestación (conf. arts. 345, 259 y concordantes). Ese ofrecimiento no exige que deban precisarse las preguntas que se le realizarán al declarante, dado que podrá ser interrogado libremente sobre la cuestión que se ventila en el proceso (conf. art. 345).

Siendo consecuente con la lógica de que no existen prohibiciones absolutas para declarar, el Anteproyecto incorpora como novedad la posibilidad de que cada una de las partes pueda ofrecer su propia declaración o pedir la declaración de la contraria o de quien tuviere un interés jurídico propio respecto del resultado del proceso (conf. fs. 345). Creemos que la posibilidad de ofrecer como prueba la declaración de la propia parte constituye un acierto, en tanto nadie conoce mejor los hechos que las propias partes, y si se permite interrogarlas, imponiéndoles el deber de decir la verdad, ello puede ser de suma utilidad para obtener información de calidad³⁰⁰.

En ese sentido, Lorenzo señala que tanto el demandante como el demandado podrán ser propuestos para declarar en el juicio (en un rol asimilado al testigo). Es que así como se asume que las partes son los principales interesados en el resultado del proceso, debe también asumirse que son quienes más información pueden proporcionar para evaluar la credibilidad de cada uno

²⁹⁸ Conf. MEROI, Andrea A., “La prueba por declaración y la reforma procesal civil”, Revista de Derecho Procesal 2019-1, *La oralidad en el proceso*, cit., pp. 208-209.

²⁹⁹ De hecho, el art. 347, *in fine*, del Anteproyecto (inserto en el capítulo de declaración de parte), dispone que “Las partes serán interrogadas y declararán de acuerdo a las normas establecidas para los testigos, con las modificaciones establecidas en el presente”.

³⁰⁰ Conf. ARAZI, Roland, “Declaración de testigos en el proceso oral”, Revista de Derecho Procesal 2019-1, *La oralidad en el proceso*, cit., p. 255; Conf. FALCÓN, Enrique M., “La declaración de la parte en el proceso”, en ROJAS, Jorge A. (Coord.), *Análisis de las Bases para la reforma procesal civil y comercial*, cit., p. 539.

de los casos. A su vez, como los testigos, las partes que declaran deben someterse a las reglas del examen y el contraexamen, lo que implica que su declaración será confrontada por la contraparte, que existirá una posibilidad actual e inminente de medir cuáles de los aspectos que se afirman son ciertos, cuáles no, y de testear la calidad de la información que se incorpora, es decir, serán escuchados bajo las mismas reglas que el resto de los testigos. Por ello, señala, no existen razones para que demandante y demandado deban ser excluidos como declarantes en el juicio³⁰¹.

En efecto, más allá del natural interés que las partes tienen en el proceso (lo que puede generar el riesgo de que alteren la verdad), la calidad de la información que pretenden ingresar al juicio podrá ser controlada a través del contraexamen.

A los efectos del ofrecimiento de este medio de prueba, cabe resaltar que el Anteproyecto no dispone que el objeto de la declaración sean los hechos personales del que declara, es decir, no se limita a estos últimos, sino que podrá ser interrogado libremente sobre toda cuestión que se “ventile en el proceso” (conf. art. 345).

c) Admisibilidad de la prueba de declaración de partes.

Como lo señalamos respecto de la prueba de declaración de testigos y se aplica a la prueba de declaración de parte, el Anteproyecto imprime un especial énfasis respecto del control de admisibilidad de las pruebas, por ello se dispone que, a los fines de su admisibilidad, el tribunal apreciará la licitud, pertinencia y conducencia de las pruebas para acreditar los hechos controvertidos (art. 331). Ese control de admisibilidad de la prueba de declaración de partes se realizará en la audiencia preliminar (juicio amplio) o audiencia multipropósito (juicio simple), donde, como vimos, debe encontrarse presente la jueza o juez, quien además deberá fomentar el contradictorio entre las partes para obtener la mejor información sobre la admisibilidad de las pruebas.

El Anteproyecto también señala expresamente que las partes deberán declarar personalmente (art. 348). Esta regla de declaración personal en la audiencia de juicio o multipropósito, significa, en palabras simples, que las partes que tengan algo que decir vinculado a los hechos debatidos, deben concurrir personalmente a la sala de audiencias y contestar a las preguntas que se le formulen³⁰². A su vez, el Anteproyecto también contiene una precisa regulación sobre la

³⁰¹ Conf. LORENZO, Leticia, *Manual de Litigación Civil*, cit., p. 120.

³⁰² Conf. LORENZO, Leticia, *Manual de Litigación Civil*, cit., p. 22.

declaración de los representantes de las personas con capacidad restringida, los apoderados y las personas jurídicas (conf. art. 349).

En caso de que en la audiencia preliminar (juicio amplio) se admita la prueba de declaración de parte, se le advertirá al declarante que ante su inasistencia injustificada el tribunal podrá considerar reconocidos los hechos de los cuales el declarante hubiere intervenido personalmente y cuya fijación dependiera de su declaración (art. 346).

d) Modulaciones frente a la ausencia del declarante.

Como lo señaláramos, la inasistencia injustificada del declarante permitirá que el tribunal considere reconocidos los hechos de los cuales el declarante hubiere intervenido personalmente y cuya fijación dependiera de su declaración (art. 346).

En ese marco, el Anteproyecto también regula situaciones que pueden modular esa regla, en primer lugar analizaremos lo previsto frente a una enfermedad del declarante. Sobre el particular, el art. 353 dispone que “La enfermedad del declarante deberá justificarse con anticipación suficiente a la audiencia, mediante certificado médico que acredite el impedimento. En este caso deberá consignarse la fecha, el lugar donde se encuentra el enfermo y el tiempo que durará el impedimento. Si el ponente impugnare el certificado, la jueza o juez ordenará el examen del citado por un médico forense. Cuando se verificase la pertinencia de la impugnación del certificado médico en el que se intentara justificar la enfermedad, se tendrá por reconocidos los hechos de los cuales el declarante ausente hubiere intervenido personalmente y cuya fijación dependiera de su declaración”. A su vez, “Cuando sea imposible su asistencia a la audiencia de juicio, la jueza o juez y la Oficina Judicial ponderarán: a) Realizar la audiencia en el domicilio o lugar en que se encontrare el declarante. b) La utilización de videollamadas o cualquier otro medio tecnológico disponible. c) Excepcionalmente, la comisión a un funcionario. En todos los casos, la diligencia se llevará a cabo en presencia de la otra parte”.

También se dispone que “La parte que tuviere domicilio a menos de trescientos (300) kilómetros del asiento del Tribunal, deberá concurrir a declarar ante éste en la audiencia que se señale o en la oportunidad en que su asistencia personal le sea requerida. Si se domiciliare a una distancia superior a la mencionada, la jueza o juez podrá disponer la utilización de videollamadas o cualquier otro medio tecnológico y/o, excepcionalmente, la comisión a un funcionario” (conf. art. 354).

Por su parte, “Si se hallare pendiente la declaración de parte, quien tuviere que ausentarse del país deberá requerir a la jueza o juez que anticipe la audiencia, si fuere posible. Si no formulare oportunamente dicho pedido, la audiencia se llevará a cabo y si no compareciere se tendrá por reconocida la versión de los hechos de la contraria” (conf. art. 355).

d) Algunas precisiones sobre el contexto y orden de la declaración de parte.

Los interrogatorios a las partes se realizarán en la audiencia de juicio -juicio amplio- o en la audiencia multipropósito -juicio simple- (conf. arts. 535 y 538). A diferencia de los testigos, las partes siempre tendrán derecho a presenciar la rendición de las demás pruebas sin que esto sea un obstáculo para que presten su declaración en un momento posterior (conf. art. 348).

A su vez, el Anteproyecto dispone que “La declaración de parte ofrecida se podrá producir en cualquier momento durante la rendición de la prueba de la misma parte declarante. Sin embargo, si su declaración hubiese sido solicitada por la contraria, ésta se producirá al principio de producirse la prueba de esta última” (conf. art. 350). Por su parte, “Si una o varias partes han resuelto declarar en la audiencia de juicio oral por su propia decisión y al mismo tiempo la contraria ha solicitado que declare, su declaración será recibida en el primer momento que corresponda de acuerdo a las reglas indicadas en el artículo precedente. En este supuesto, su segunda declaración no tendrá lugar” (art. 351).

e) Forma del interrogatorio. Características especiales.

En primer lugar debemos resaltar que el Anteproyecto autoriza que las partes, recíprocamente o por intermedio de sus asistentes legales, puedan formular directamente las preguntas (conf. art. 347), de ese modo se excluye la aplicación de un mecanismo que exija que el interrogatorio se realice a través de la jueza o juez. En forma coincidente con lo regulado, Falcón destaca la importancia de que sean las partes y sus letrados quienes efectúen en primer término las preguntas³⁰³.

³⁰³ Conf. FALCÓN, Enrique M., “La declaración de la parte en el proceso”, en ROJAS, Jorge A. (Coord.), *Análisis de las Bases para la reforma procesal civil y comercial*, cit., pp. 538-540.

El Anteproyecto se ocupa de precisar que “Las partes serán interrogadas y declararán de acuerdo a las normas establecidas para los testigos” (art. 347), sin perjuicio de las modificaciones reguladas en el capítulo específico de “Declaración de parte” (Capítulo II). En función de ello, debemos interpretar que las partes, antes de comenzar su declaración, deberán prestar juramento o promesa de decir verdad sobre lo que se le preguntare (conf. art. 371).

Asimismo, y recordando la afiliación del Anteproyecto a las técnicas de litigación oral que impulsa el CEJA, interpretamos que cuando la parte ofrece su propia declaración, el examen directo deberá ser realizado por su abogado y se aplicarán las reglas analizadas para la declaración de los testigos. La posibilidad de que la propia parte ofrezca su declaración satisface el derecho a ser oído reconocido en el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁰⁴, y lo cierto es que la declaración de la parte puede brindar matices, contextos, contradicciones, incoherencias (ya tanto más), que amplíen las posibilidades de confirmación de los hechos por la jueza o juez³⁰⁵.

A su vez, cuando la parte sea interrogada por la contraria o el letrado de ésta (contraexamen), es natural que se autorice el uso de preguntas sugestivas, por la natural hostilidad propia de la relación entre el declarante y el interrogador, de hecho, el art. 374 del Anteproyecto señala que si una parte “presenta en la audiencia de juicio o multipropósito la declaración de un testigo que fuere la misma parte contraria,..., se presumirá su hostilidad”. Como vimos, el contraexamen es la mejor forma de depurar la información, dado que permite que todas las versiones que contengan información puedan ser objeto de un cuestionamiento severo (control de calidad) y que ese cuestionamiento esté principalmente a cargo de la parte a quien esa información perjudica³⁰⁶.

f) El rol de la jueza o juez en los interrogatorios.

En primer lugar debemos aclarar que el Anteproyecto señala expresamente que los interrogatorios se realizarán “bajo la dirección y control de la jueza o juez”. Como vimos respecto de la prueba de declaración de testigo -que resulta aplicable-, ello implica que la jueza o

³⁰⁴ Vid. CARBAJAL, Fernando, “La paradoja 8.1. El ‘derecho a ser oído’ en los procesos civiles reformados”, en AAVV, *Sistemas Judiciales. Una perspectiva integral sobre la administración de justicia*, Publicación anual de CEJA e INECIP, año 17, n° 21, pp. 104 y ss.

³⁰⁵ Conf. MEROI, Andrea A., “La prueba por declaración y la reforma procesal civil”, *Revista de Derecho Procesal* 2019-1, *La oralidad en el proceso*, cit., p. 213.

³⁰⁶ Conf. DUCE, Mauricio - MARÍN, Felipe - RIEGO, Cristián, “Reforma a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información”, en *Justicia Civil: Perspectivas para una reforma en América Latina*, cit., pp. 49-50.

juez deben hacer observar las reglas propias de los interrogatorios, resolviendo las objeciones que se presenten de conformidad a las reglas que su propia lógica impone.

A su vez, como en la declaración de los testigos, consideramos que a diferencia de lo que regula el Anteproyecto, es necesario que, luego de que las partes y sus letrados hayan realizado los interrogatorios, la jueza o juez pueda formular preguntas también³⁰⁷, como vía para conocer la verdad de los hechos a los efectos de decidir el caso con justicia.

IV.- Reflexiones finales.

Desde nuestra perspectiva, la regulación de la declaración de los testigos y las partes en el Anteproyecto de Código General de Procesos para Chubut, se destaca por constituir un modelo sistemático, integral e integrador, cuyos eslabones responden a una matriz única y homogénea, inspirando cada segmento del Anteproyecto.

En particular, festejamos la incorporación de las técnicas de litigación oral en el modelo de regulación de la declaración de los testigos y las partes, en tanto ofrecen herramientas valiosas para la eficacia de ambos medios de prueba. Cabe resaltar que ambos mecanismos probatorios adquieren un valor especial en el proceso civil por audiencias, dado que el contacto directo de la jueza o juez con la prueba puede provocar un especial impacto en su convicción.

La recepción de esas técnicas de litigación oral transforma al Anteproyecto en un texto moderno e innovador, coherente con los postulados de la oralidad que se pretende impulsar, lo que se fortalece cuando observamos la precisión y agudeza de la técnica legislativa en su regulación, sin perjuicio de las diferencias marcadas respecto del rol de la jueza o juez en los interrogatorios.

Por su parte, regular la declaración de parte a través de un interrogatorio libre y la posibilidad de ofrecer como prueba la declaración de la propia parte, también constituyen muestras de una concepción moderna y evolucionada del proceso judicial, proyectando un espacio para resolver los conflictos mediante reglas razonables y eficientes, que no funcionen construyendo ficciones de un dialogo extraño a la realidad.

³⁰⁷ Conf. FALCÓN, Enrique M., “La declaración de la parte en el proceso”, en ROJAS, Jorge A. (Coord.), *Análisis de las Bases para la reforma procesal civil y comercial*, cit., p. 540.

Se trata entonces de un modelo superador, que busca garantizar la eficiencia del proceso judicial, regulando la declaración de los testigos y las partes de modo consecuente con sus postulados. Por ello, consideramos que el Anteproyecto ofrece las herramientas necesarias para comprometernos seriamente con la oralidad como mecanismo de toma de decisiones, de dialogo genuino y de gestión de casos. Esperemos que, más allá de algunos ajustes que proponemos, su texto se convierta en el definitivo Código General de Proceso de Chubut.

ARTS. 381 A 399 - TUCUMÁN

San Miguel de Tucumán 01/08/19.

PROYECTO DE CÓDIGO GENERAL DE PROCESO DE CHUBUT.

- Análisis de la prueba pericial comprendida en los arts. 381 al 399:

Como bien es sabido, se llama prueba pericial a aquella que, a raíz de un encargo judicial, es proporcionada por terceros fundándose en conocimientos científicos, artísticos o prácticos que aquellos poseen y que comunican al juez las comprobaciones, opiniones o deducciones extraídas de hechos sometidos a su dictamen³⁰⁸.

La prueba pericial es aquella que requiere el juez espontáneamente o alguna de las partes, cuando resulta necesario determinar la existencia, causa o las consecuencias de determinados hechos controvertidos que requieren de conocimientos específicos que excedan el saber específicamente jurídico del juez.

Es que por más amplia que sea la formación y cultura del magistrado, nunca podía abarcar la totalidad de situaciones y especialidades de todos los campos del conocimiento, por lo que su tarea, deberá ser auxiliada por un perito.

Se admite que la producción de la misma puede ser necesaria, para el caso que sea requerida por el magistrado en forma espontánea o puede ser voluntaria, para el caso que la requieran las partes³⁰⁹.

³⁰⁸ Cfr. PALACIO Lino Enrique “Derecho Procesal Civil”. 4º Ed. T II. Actualizado por Carlos Enrique Camps. Abeledo Perrot. Bs. As. 2017 Pág. 1820.

³⁰⁹ Cfr. Peral Juan Carlos – Borguignon Marcelo. “Código Procesal Civil y Comercial de Tucumán: concordado, comentado y anotado. 1º Ed. Tucumán. Ed. Bibliotex. Año 2008. Pág. 973.

Se trata además, de un medio probatorio indirecto, en tanto a diferencia de los testigos que percibieron los hechos a probar de manera directa por medio de sus sentidos, los peritos toman conocimiento de los hechos en cuestión a través del expediente, una vez asumido el cargo³¹⁰.

La prueba en cuestión, se encuentra regulada en los arts. 381 al 399 del Proyecto de Código General de Proceso de Chubut. Siendo sus artículos más relevantes los siguientes.

- Del Art. 388 del Proyecto de Código:

La mencionada norma establece que para el caso que la prueba no se hubiere producido con antelación a la demanda, a través de algún medio de aseguramiento de la misma o medida previa, su producción se encargará a un perito único, excepto que la ley especial establezca lo contrario.

Resulta interesante el requerimiento impuesto en el segundo párrafo de la mencionada norma, en tanto a diferencia de lo que tradicionalmente establecen los códigos de rito tradicionales, no solo exige que se indique la especialidad del perito en cuestión y los puntos de pericia ofrecidos, sino también los enunciados de hecho que se pretenden acreditar y su relevancia para la solución de la Litis.

Estos últimos requerimientos, se traducen en una exigencia directa e inmediata para el proponente al momento de ofrecer la pericial.

La exigencia es acertada, desde que se le impone respete la finalidad esencial de toda prueba, cual es la acreditación de los hechos conducentes para la resolución de la Litis.

Naturalmente, puesto que los hechos a probarse deben tener incidencia sobre la suerte del litigio planteado y guardar una relación lógica jurídica con él y una vez producida, ser idónea para formar la convicción del juez, es decir, ser atendible.

La exigencia establecida al proponente, se redacta en esos términos en correspondencia con los objetivos del Capítulo I de las bases para la reforma procesal civil y comercial, elaboradas por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Presidencia de la Nación Argentina, en el marco del programa de Justicia 2020, en tanto justamente se pretenden mejorar la calidad de la prueba obtenida, la reducción de los costos en la producción y las dilaciones que puede generar el ofrecimiento de una prueba pericial impertinente y superflua. Todo ello es una derivación lógica del principio de economía procesal.

Aún más, justamente las mencionadas bases en su Capítulo IX³¹¹, establecen que las regulaciones normativas de los códigos de rito, deben propender a la obtención de la mayor

³¹⁰ Cfr. PALACIO Lino. Pág. 1823

economía de tiempo, de esfuerzos y de gastos. Por lo que el objetivo de reducción de costos y esfuerzos, se hace claramente presente en la normativa.

- Del análisis del art. 385 del Proyecto:

En correspondencia con los hasta aquí expuesto, a las exigencias establecidas por el art. 383, cabe agregar las impuestas por el art. 385 respecto de la admisibilidad de la prueba.

La admisibilidad de la prueba es una noción que se relaciona con la legalidad del medio elegido para acreditar un hecho, es decir, con la posibilidad jurídica del medio propuesto para producir la prueba, o bien, con el tiempo o la oportunidad procesal de su ofrecimiento o agregación³¹².

En lo que respecta al tiempo oportuno para su ofrecimiento, la prueba en cuestión deberá ser ofrecida al momento de interponer demanda tenor de lo dispuesto en el art. 259 del proyecto en cuestión.

En relación a la posibilidad jurídica, la norma en cuestión establece que será admisible la prueba pericial cuando la apreciación de los hechos objeto de prueba, requiera de conocimientos especiales. Lógica derivación de la naturaleza de la prueba en cuestión.

Así las cosas entonces, la condición de admisibilidad de la pericia es que, además de que sea ofrecida en tiempo y forma, la misma se refiera a hechos controvertidos y que para su producción, se requiera de conocimientos especializados.

Téngase presente también que el objeto de la pericia debe ser jurídicamente posible y no prohibido por la ley, por lo que queda excluida la prueba pericial cuando se trata de acreditar hechos simples, apreciaciones jurídicas, cuando versare sobre el cuerpo humano y mediaré negativa de la persona a someterse a dicha prueba o cuando fuera susceptible de probarse a través de otros medios probatorios o se pretendiera sustituir otro medio de prueba.

Ahora bien, a éste análisis de admisibilidad de la prueba lo llevará adelante el juez o la juez en la audiencia preliminar. Es que si hay un principio clave en los procesos por audiencia, es el de inmediación, es decir que el juez debe estar presente bajo pena de nulidad³¹³.

En la audiencia preliminar la delimitación del objeto y causa del proceso es una de los principales objetivos, ya que el tribunal en colaboración con las partes, deberá determinar cuáles son realmente los hechos controvertidos, pertinentes y conducentes.

³¹¹ Cfr. Bases para la reforma procesal civil y comercial, elaboradas por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Presidencia de la Nación Argentina . – Justicia 2020. Pág. 41 y 42

³¹² Cfr. Peral Juan Carlos – Borguignon Marcelo. Pág. 858.

³¹³ Cfr. PEREZ RAGONE Álvaro. “Conducción y Gerenciamiento de Procesos por Audiencias”. Revista de Derecho Procesal 2019-1.: La oralidad en el proceso / Roland Arazi . Dirigida por Roland Arazi. 1º Ed. Revisada. – Santa Fe. Rubinzal – Culzoni. Año 2019. Pág. 181.

Su implementación, responde a la estructura procedimental recomendada en las bases para la reforma procesal civil y comercial, elaboradas por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Presidencia de la Nación Argentina, en el marco del programa de Justicia 2020³¹⁴.

- Del análisis de los arts. 390-394 del Proyecto:

En dicha audiencia, serán las partes quienes además podrán peticionar la agregación o rechazo de determinados puntos de pericia, debiendo los magistrados intervinientes resolver al respecto en dicho acto.

Si bien la norma no lo establece expresamente, estimo que en aras a la búsqueda de la verdad material, el magistrado interviniente podrá reformular los puntos de pericia no hubiesen sido propuestos correctamente.

Considero acertado por último, el sorteo de tres peritos en el acto de la audiencia en los términos que lo establece el último párrafo del artículo.

Es que así se evitará el desgaste jurisdiccional que tiene lugar a pedido de parte, en aquellos casos en que se pide nuevo sorteo por no haber asumido el profesional su cargo.

Aceptado que fuera el cargo, el perito presentará electrónicamente, debiendo ser notificada por el mismo medio a las partes. Tal circunstancia, presupone domicilio electrónico constituido por las partes, practicándose la notificación en soporte digital. Aún más, el dictamen deberá incorporarse al registro electrónico del caso, en clara búsqueda de la erradicación del expediente judicial³¹⁵.

El dictamen deberá ser fundado y presentado en un plazo que deberá ser no menor a 15 días previo a la audiencia de juicio, excepto que por la naturaleza del dictamen, permitiera exponerlo en el mismo acto de la audiencia, en adecuación a la necesidad de razonabilidad de los plazos.

A todo evento, es en la audiencia de juicio (también llamada audiencia de vista de causa), donde se formularán las impugnaciones u observaciones que las partes estimaren correspondiente realizar al dictamen pericial.

En esa labor de impugnación, si bien los peritos no podrán ser impugnados en su persona ni inhabilitados, las partes podrán acercar aquella prueba que destinada a impugnar su credibilidad así como y el valor del informe, así como aquella que refuerce lo expuesto por el perito.

³¹⁴ Cfr. El mencionado documento pág. 22-23.

³¹⁵ Cfr. SUCUNZA Matias. “Disertación IV Congreso Internacional de Mujeres Brasilia 2019”. CEJA. – Comisión Interpoderes.

Destaco que resulta valorable la interacción oral que al juez o a las partes le permitan preguntar lo que no han entendido y presenciar el intercambio de opiniones entre los consultores técnicos y el perito³¹⁶.

- Análisis de los arts. 395 y 396:

En virtud de estas normas, el tribunal cuenta con amplias facultades en la búsqueda de la verdad material, de tal suerte que podrá ordenar de oficio medidas probatorias a tal fin y en el caso de ser necesario, requerir informe a organismos especializados.

No se trata de suplir o subsanar la negligencia probatoria, sino de la búsqueda de la verdad material.

- Art. 397: prohibición de pronunciarse sobre cuestiones jurídicas.

En tal sentido, la doctrina es clara al afirmar que cabe excluir la admisibilidad de la prueba pericial cuando se pretende formular apreciaciones de carácter jurídico³¹⁷.

Es que no puede haber peritaje sobre cuestiones de derecho ni sobre efectos jurídicos de los hechos que verifiquen los peritos.

En consecuencia, las cuestiones de hecho y derecho cuya apreciación y calificación incumben al juez al momento de dictar sentencia, no pueden ser sometidas al dictamen pericial.

- Epílogo:

En síntesis, en el instituto analizado, se evidencia la presencia de principios basales que deben nutrir las reformas procesales civiles, por lo que resulta elogiable su incorporación a través de la normativa analizada.

Gustavo S. Atim Antoni.

Abogado. M.P. 8573.

³¹⁶ Cfr. Cfr. VERDAGUER Alejandro. “Las facultades del juez en la oralidad”. Revista de Derecho Procesal 2019-1.: La oralidad en el proceso / Roland Arazi . Dirigida por Roland Arazi. 1° Ed. Revisada. – Santa Fe. Rubinzal – Culzoni. Año 2019. Pág. 249

³¹⁷ Cfr. PALACIO Lino. Pág. 1824.

ARTS. 400 A 417 - TUCUMÁN

Medios Probatorios regulados en el Nuevo Anteproyecto de Código General de Procesos de la Provincia de Chubut

Maria Lucia Berenje

1. Breve Introducción

La crisis del servicio de justicia es innegable, no solo a nivel nacional, provincial sino también a nivel internacional y esta crisis hizo ver a los juristas argentinos la necesidad de efectuar reformas profundas en la Justicia con el ánimo de brindar un mejor servicio, tratando con ello de recobrar la confianza de la sociedad en su tarea cotidiana y colaborar a su vez en la prosecución de solidez institucional.

En el marco de esta necesidad de reformas profundas e integrales³¹⁸, dentro del campo del Derecho Procesal, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y dentro del programa llamado Justicia 2020, emite las llamadas Bases para la Reforma Procesal Civil, fijando con este documento, las pautas, principios y reglas destinadas a coadyuvar al diseño de un anteproyecto que se adapte a las necesidades de nuestro país y permita el funcionamiento sencillo y fluido del sistema judicial, para dar respuestas en tiempo oportuno a estas necesidades sociales que forman la razón de ser del servicio de justicia.

A los fines de poder elaborar dicho documento, luego de un extenso debate, aportes ciudadanos y realización de diagnósticos, se detectó como falencias del sistema actual no solo la falta de respuesta en plazos razonables a los conflictos que tramitan a diario, sino también la falta de cercanía de la justicia a la gente, la necesidad de intermediación entre el juez y las partes, la de evitar la delegación de funciones por parte de los magistrados y la de concentrar la actividad procesal y evitar formalidades irrelevantes. Todo esto, como puede apreciarse, influye directamente en que el servicio de justicia no reúne parámetros de eficacia y eficiencia.

Estas Bases no limitan su extensión a las normativas aplicables a nivel nacional sino se perfilan como invitación a cada una de las provincias a seguir dichas pautas. La invitación no es menor

³¹⁸ Ya no es apropiado realizar reformas parciales o adaptaciones a la normativa vigente, sino que es necesario por razones de homogeneidad y coherencia adoptar nuevos Códigos.

por cuanto debe recordarse que las Bases fueron formuladas en el marco de diálogo institucional y ciudadano impulsado por la Nación en el programa Justicia 2020.³¹⁹

De esta forma, esa necesidad de modificación integral de la legislación vigente en materia procesal, es una exigencia que las provincias vienen ya elaborando, las que mediante la suscripción a la Carta Compromiso Federal se comprometieron a evaluar la necesidad de adecuar su marco legal a los principios de oralidad efectiva, concentración de audiencias, oficiosidad en la dirección del proceso por parte del juez para acotar tiempos procesales y lograr una administración eficaz de la etapa probatoria. Asimismo, tomaron la responsabilidad de evaluar la exigencia de modificar las estructuras orgánicas y efectuar los cambios en la dinámica del trabajo, incorporando el uso de nuevas tecnologías como el expediente digital y la videograbación.

Por ende, es dable analizar si el anteproyecto de Código General de Procesos propuesto por la provincia de Chubut inspiró su cuerpo normativo en las aspiraciones, pautas, reglas y principios aportados por las Bases y los diversos aportes de destacados doctrinarios al respecto.

Tal como se perfila en el título del presente trabajo, el mismo no dedicará sus líneas a todo el anteproyecto, sino que será únicamente el aporte comentarios referidos a determinados institutos previstos en la normativa bajo análisis.

2. Análisis de los medios probatorios sancionados por el Anteproyecto

El anteproyecto de Código General de Proceso para la provincia de Chubut regula en sus arts. 400 a 417 los siguientes medios probatorios: inspección judicial, Documentos, y prueba de informes.

Pasemos pues a analizar cada uno de estos institutos a la luz de las pautas establecidas por el documento Bases y los aportes doctrinarios efectuados con anterioridad a la emisión del anteproyecto.

a. Inspección Judicial. Concepto. Requisitos de Procedencia

Siguiendo las enseñanzas de Lino Palacio³²⁰, la inspección judicial o reconocimiento judicial es la percepción sensorial directa efectuada por el juez o tribunal sobre cosas, lugares o personas, con el objeto de verificar sus cualidades, condiciones o características. Forma parte

³¹⁹ El Programa Justicia 2020 promueve una administración de justicia eficaz y abierta, orientado a fortalecer la transparencia, la probidad y la participación ciudadana en la construcción de políticas públicas sobre justicia y derechos humanos. Justicia 2020 es también un espacio de diálogo institucional y ciudadano. Es indispensable lograr el involucramiento y la participación ciudadana en la construcción de una Justicia que esté cerca de las personas que más la necesitan y en la que los habitantes puedan confiar para responder a sus problemas, que garantice soluciones rápidas, confiables e imparciales, y que rinda cuentas por sus actos ante la sociedad.

³²⁰ Palacio Lino Enrique, Derecho Procesal Civil Tomo IV actos procesales. Ed. Abeledo Perrot 2011 Pág. 377 y siguientes.

sin duda alguna de los ejemplos típicos de pruebas directas pues, por su intermedio, la percepción del juez recae sobre un instrumento que suministra un dato inmediatamente revelador del hecho mismo que se intenta probar y no sobre instrumentos que en razón de suministrar datos representativos de ese hecho proporcionan prueba en forma indirecta. Sabido es que la inspección no se circunscribe únicamente a la realización de este reconocimiento en sede judicial, sino que también puede ser efectivizada fuera de este ambiente en el caso de ser imposible o dificultoso el traslado de la cosa o persona a dicho lugar.

Este medio probatorio se encuentra receptado en las disposiciones del anteproyecto que se analiza a lo largo de dos artículos. En los mismos se determina la viabilidad de la medida y las condiciones en las que serán realizadas en caso de ser admitido el medio probatorio.

En lo que a la procedencia se refiere, la inspección judicial es viable, salvo disposición en contrario cuando los hechos a verificar sean de imposible constatación por otros medios. El artículo menciona como ejemplos, algunas posibles alternativas que sustituyan a la inspección como ser, videograbaciones, fotos, documentos, etc.

Asimismo, las disposiciones prevén la prohibición de realizar nuevamente una inspección judicial, ya sea que fuera realizada procesal o extraprocesalmente, con audiencia de todas las partes, disponiéndose como salvedad la posibilidad del juez realizarla cuando a petición de parte resulte imprescindible hacerlo para aclarar algún punto de manera concluyente.

La petición de la medida, la que debe hacerse en los actos postulatorios conforme lo prevé el cuerpo normativo en sus arts.259; 275; 281; 329 entre otros, debe guardar ciertos requisitos, a saber: expresar con claridad y precisión los hechos que se pretende probar, la información que puede reportar y la utilidad para el proceso.

Si es viable se señalará fecha hora y lugar en la que se llevara a cabo, disponiéndose cuanto sea necesario para su realización pudiéndose a su vez realizar si es posible la audiencia de juicio, dictándose las medidas conducentes para su correcta celebración, con la colaboración de la oficina judicial y las partes. A esta audiencia deberán asistir en caso de ser necesario los peritos, testigos, y demás sujetos. Las partes a su vez pueden contar con los asesores técnicos que consideren pertinentes a los efectos de las observaciones y apreciaciones a realizar en la audiencia resultado por ende aplicables las normas previstas para la prueba pericial.

b. Aciertos y desavenencias con las Bases y doctrina legal

Por una parte, resulta interesante observar el carácter de excepcional que el anteproyecto atribuye a este medio de prueba. Nótese que los hechos alegados por las partes no solo pueden, sino que deben ser demostrados por medios no solo más idóneos sino más rápidos y económicos, por cuanto el reconocimiento judicial no es procedente si existen otros que puedan hacer llegar al juez o jueza la percepción de los hechos que se pretende alegar.

A la luz de las pautas fijadas por el documento Bases, podría afirmarse que la norma es consecuente con el principio de economía, concentración y celeridad. Ello, por cuanto de la práctica tribunalicia sabidos son los costos no solo económicos sino temporales que el reconocimiento conlleva.

Asimismo la consagración expresa de no ser procedente la prueba cuando la misma ya fue realizada, ya sea durante el trámite del proceso o en forma extraprocesal – cuestión que es admisible conforme las previsiones del anteproyecto en los arts 42-47 donde se regula las medidas prejudiciales probatorias³²¹ - constituye también un acierto y concordancia con las Bases por cuanto si el objetivo del principio de celeridad y economía procesal es brindar a la sociedad respuestas en tiempos razonables, en la práctica diaria es frecuente la realización y hasta repetición de medios probatorios con fines puramente dilatorios, aun en casos en los que la innecesariedad de la prueba es evidente. Hoy con la consagración expresa del articulado referido al rechazo de la repetición de medios probatorios innecesarios se habilita al juez o jueza a evitar estas producciones meramente dilatorias, por supuesto con la correspondiente emisión de una resolución debidamente fundada, en cumplimiento al debido proceso y defensa en juicio.

Tiene fundamental incidencia en este tipo de prueba la recepción de nuevas tecnologías durante el trámite del proceso, conforme lo previsto por las Bases. Y así, el anteproyecto recepta la utilización de estas (no tan nuevas) tecnologías disponibles a lo largo del trámite del proceso a los fines de su registración. Por una parte, solo los actos postulatorios y escasos actos procesales fuera de estos, son presentados en formato papel. Gran parte de la causa se registra por medios electrónicos- véase arts155 y ccdtes- y en lo que a esta prueba se refiere, la misma debería ser registrada por grabaciones de audio, audiovisuales o similares conforme se desprende de la inteligencia del art 135 inc. f. Dicho artículo no solo se refiere a la audiencia que se celebra en sede judicial sino también fuera de esta. A ello se suma que las partes pueden peticionar la marcación de las grabaciones a fin de localizar puntos importantes para hacer sus aportes (e impugnaciones u observaciones).

Esta obligación de registrar por estos medios las audiencias tiene especial repercusión en la medida de inspección judicial por cuanto es a mi entender, poco probable que existan situaciones que ameriten verdaderamente la realización de nuevas medidas, las que como ya se vio solo proceden en caso de ser absolutamente necesarias, ya que se podría optar por la reproducción en audiencia de la registración audiovisual, audio, etc.

³²¹ Las Bases recomendaron la pertinencia de la producción anticipada de prueba considerando viable la aplicación con ciertas modificaciones propias a nuestro país de las reglas de Discovery estadounidense. La recopilación del material probatorio y controversial tiene lugar en el marco del petrial Discovery. A los fines de este trabajo cabe destacar la rule 26 de la Federal Rules of Civil Procedure permite que las partes recopilen el material probatorio y determinen los hechos controvertidos como así también los medios de prueba pudiéndose efectuar reconocimiento de determinados lugares. El anteproyecto cita como fuente las Civil Rules de USA, pero debe ser bien entendida la cuestión por cuanto en el trámite estadounidense el proceso ya se encuentra en curso mientras que en la normativa del anteproyecto la medida puede ser pedida previo al inicio de proceso, sin siquiera acreditar finalidad alguna. En parte recepta la recomendación del documento Bases, pero le da mayor amplitud permite la petición en una amplitud de casos.

La inspección forma parte de los medios de prueba directos, impactan en el conocimiento del juez o juez en forma inmediata una vez que la misma se realiza, y se deja de lado la vieja usanza de elaborar un acta donde no siempre se deja realmente plasmado lo que acontece durante su ejecución.

A su vez y consecuente con el principio de debido proceso, también consagrado en las Bases, la necesidad de indicar en el ofrecimiento de prueba no solo los puntos de la inspección con claridad y precisión sino también la información y por sobre todo la utilidad que la misma puede aportar, no solo permite un adecuado contradictorio, sino que el saneamiento de las pruebas se ve facilitado con este requisito. Indicar con anticipación la información que se podría llegar a obtener y la utilidad al esclarecimiento de los hechos permite a las partes adoptar por anticipado los recaudos tendientes a controlar el debido cumplimiento de la diligencia y se hallen a su vez en condiciones de requerir medidas complementarias que estimen convenientes para su refutación como, por ejemplo, el asesoramiento de técnicos, con los que pueden ir munidos en la realización de la medida. A ello se suma que la normativa propuesta se complementa con el rol activo que se les asigna a las partes. En su art. 326 se reconoce el derecho de conocer las pruebas a practicar, controlar su producción y contradecirla, siendo ineficaz la prueba producida que no permita la posibilidad de un debido contradictorio.

Y no solo permite el debido proceso contradictorio, sino que facilita la tarea del juez o jueza para poder determinar la pertinencia del medio que se intenta producir en la correspondiente audiencia.

En lo que a desavenencias se refiere solo puedo mencionar la falta de normativa expresa referida a la ya controvertida medida de inspección judicial sobre personas. Si bien las Bases no mencionaron el instituto que nos ocupa en un título particular, la discusión respecto a este tema ya estaba instalada. Cabe recordar que tanto la doctrina como la jurisprudencia se pronunciaron a favor de la admisibilidad de este tipo de prueba condicionándolo a la prohibición de ordenar medidas compulsivas para obtener el examen y la adecuación del mismo a la dignidad de la persona³²². A ello se suma que en la mayoría de los casos la inspección debe efectuarse con el asesoramiento técnico de peritos especializados en la materia que se trata de probar, por lo que muchas veces la medida en realidad entraría dentro de las previsiones de la pericial.

El anteproyecto menciona como fuentes de referencia para la creación de su normativa³²³, por ejemplo, el Anteproyecto de Código Procesal Civil de la Nación, o la propuesta de Código de Procedimientos de Chaco. Dichos cuerpos normativos no hacen referencia a la posibilidad de efectuar reconocimiento judicial sobre personas, por lo que se zanja así la controversia que la

³²² Recuérdese los fundamentos del polémico fallo Noble de Herrera de la CSJN referido a la extracción compulsiva de muestras corporales la que, si bien se refiere a la pericial médica, el medio aquí tratado es referido justamente la persona humana y la posibilidad de rechazar la realización sobre su persona por lo que sus fundamentos son dables de tener en cuenta a la hora de considerar este tipo de medidas.

³²³ <https://www.juschubut.gov.ar/index.php/documentacion-de-base>

misma implica. Asimismo, y otra de las fuentes mencionadas como el Código de Procedimientos de Alemania, lo contempla, pero no incluye a las personas como objetos de la medida. Si tiene similar redacción el Anteproyecto de Código Procesal Civil para Iberoamérica, que lo regula en sus arts. 174 y ccdtes como así también el CPC Brasileiro, los que fueran citados por el anteproyecto en análisis, siendo quizás esta su fuente de inspiración.³²⁴

Sin embargo, de lo antes dicho, resulta aplicable la normativa del art. 99 que ordena el trato digno inherente a la condición de persona. Queda a criterio del juez o jueza valorar las implicancias que la negativa de someterse a este tipo de medidas por parte de la persona propuesta para realizar el reconocimiento pueda implicar para la prosecución de la verdad de los hechos alegados, siempre y cuando considere que la misma es viable y no puede ser reemplazada por otros medios más adecuados.

c. Documentos

Este medio de prueba reviste particular importancia dentro de la corriente reformadora. Para comenzar, volvamos a las enseñanzas del maestro Palacios³²⁵. ¿Qué se entiende por documento? Documento, en sentido lato, dice Palacio, es todo objeto susceptible de representar una manifestación del pensamiento, con prescindencia de la forma en que esa representación se exterioriza. Por ende, no solo son documentos los que llevan signos de escritura sino también todos aquellos objetos que, como los hitos, planos, marcas, mapas, fotografías, etc., poseen la misma aptitud representativa.

El anteproyecto de Chubut tiene una serie de interesantes aportaciones al medio que se trata. Por un lado y consecuente con el deber de colaboración impone la obligación no solo en cabeza de las partes sino también de terceros la aportación al proceso de documentos en su más amplio alcance que obren en su poder.

Referido a los documentos en poder de las partes dispone en caso de renuencia al deber arriba mencionado, y siempre que resultare verosímil su existencia y contenido, presunciones desfavorables para el renuente.

A su vez y referido a documentos en poder de terceros, luego de ser intimados por cualquier medio de comunicación que resulte expedito a tal efecto, el mismo tiene el deber de aportarlos salvo que los mismos sean de su exclusiva propiedad y su exhibición pueda ocasionar un grave e irremediable perjuicio en su contra, cuestión que debe necesariamente ser alegada, fundada y probada. Si no media justificación es pasible de multas.

En los arts. 405 a 407 se regula el procedimiento a seguir en caso de comprobación de autoría, cuáles son los documentos a tener por indubitados y la respectiva formación de

³²⁴ Sección VI: INSPECCION JUDICIAL Y REPRODUCCIONES DE HECHOS. Artículo 174. (Inspección judicial). El Tribunal, a petición de las partes o de oficio, pueden inspeccionar personas, lugares o cosas con la finalidad de esclarecer hechos que interesen a la decisión del proceso.

³²⁵ Ídem nota 3 pág. 333 y sgtes.

escritura que no presenta novedad a lo ya conocido en este medio de pruebas, los que no serán abordados por cuestiones de extensión.

Lo que si reviste novedad es el instituto de redargución de falsedad, por dos motivos importantísimos. Por un lado, la aplicación del instituto a los instrumentos privados con firma digital y las comunicaciones cursadas por intermedio del correo oficial de la Rep. Argentina. La otra característica es la acotación de los plazos para su trámite, y la concentración de los actos por cuanto luego del traslado de la pretensión de redargución, se fijará audiencia donde se producirán los medios de prueba que no sean susceptibles de ser acompañados en los actos de postulación y la resolución sobre el tema debatido seta emitidas en esa misma audiencia.

A su vez incorpora normativa referida a la constatación de documentos físicos, pudiéndose instrumentar la misma mediante implementación de nuevas tecnologías de registración.

También y en el caso de documentación voluminosa, el cuerpo normativo prevé como posibilidad la incorporación de la misma en la audiencia de juicio oral mediante esquemas, resúmenes o medios similares que permitan su constatación por la contraria.

Analicemos la propuesta a la luz del documento Bases y por sobre todo los aportes doctrinarios referidos a este tema.

d. La orientación proporcionada por el documento Bases y la doctrina legal.

Comencemos el análisis acotando por el documento Bases al respecto del instituto que se analiza. La prueba documental, junto a la declaración de parte y la pericial, fueron los únicos medios probatorios mencionados por el documento. Referido a la prueba documental, la recomendación que efectuó fue la regulación referida a las condiciones que determinan el valor probatorio del documento electrónico y de la prueba documental resultante de las nuevas tecnologías (TICs) así como los requisitos que aseguren su fidelidad e inalterabilidad.

Repasemos que son estas nuevas tecnologías de las que habla el documento Bases.

Las TIC se desarrollan a partir de los avances científicos producidos en los ámbitos de la informática y las telecomunicaciones. Son el conjunto de tecnologías que permiten el acceso, producción, tratamiento y comunicación de información presentada en diferentes códigos (texto, imagen, sonido, etc.). El elemento más representativo de las nuevas tecnologías es sin duda el ordenador y más específicamente, Internet. Como indican diferentes autores, Internet supone un salto cualitativo de gran magnitud, cambiando y redefiniendo los modos de conocer y relacionarse del hombre.

En este marco de avances tecnológicos, el Derecho se transformo en un receptor tardío de los conocimientos científicos y de la aplicación de las técnicas mas avanzadas, especialmente en función del proceso, tal como lo afirma Falcón.³²⁶

³²⁶ Falcón Enrique M. Tratado de Derecho Procesal. Parte General Volumen 1 Tomo 1 Editorial Rubinzal Culzoni 2018 Pág. 961

Repasemos lo siguiente en materia de prueba documental: la palabra documento fue asociada al instrumento “papel” y si bien se reconoció un concepto mucho mas amplio de la locución “documento”, la primacía del documento papel en las relaciones interpersonales ha sido de tal magnitud, que dificultoso resulta pensar que el documento papel ya no es la base de las posibles pruebas documentales, ni tampoco la esencia de las relaciones jurídicas.

Si bien el formato papel dio un cierto aire de respeto y seguridad, por tener la particularidad de la permanencia, representando una memoria objetiva distinta de las partes que lo emitieron, hoy la forma de relacionarnos dista mucho de ser plasmadas en este formato. Es importante tener en cuenta que el uso masivo de estas (no tan) nuevas tecnologías incorporaron nuevos elementos en la vida cotidiana, tales como los correos electrónicos, los pagos por Internet, las facturas electrónicas hoy obligatorias por la AFIP, las filmaciones por cámaras de seguridad conectadas a red, las compras de toda clase de productos a través de la web, etc. Los negocios jurídicos de la actualidad ya no se llevan a cabo en soporte papel, sino en soporte electrónico, los que en ciertas ocasiones y dependiendo de sus características, sustituyen la tradicional firma por las llamadas firmas digitales o las electrónicas.

Por ende, nos encontramos ante nuevas fuentes de prueba, como lo son los documentos electrónicos por cuanto los mismos son capaces de representar la manifestación de pensamiento, pero presenta desafíos que los viejos códigos de procedimiento no pudieron prever y es lo referido a su fidelidad o establecer la atribución a una determinada persona.

Esto impacta de lleno en el ámbito del derecho procesal que debe dar respuesta a un interrogante que se plantea hoy en día, ¿cuál es el valor probatorio de estos nuevos documentos?

Es innegable que el anteproyecto de Código General de Procesos de Chubut dispone, en variadas normas la incorporación en el trámite del proceso de distintos medios tecnológicos, y hasta prevé la formación del registro electrónico del caso, ya que prevé la grabación de las audiencias, la realización de videoconferencias, las comunicaciones a las partes y terceros por distintos medios mencionando hasta las redes sociales, etc.

Pero debemos preguntarnos si al momento de regular la prueba documental, asignó valor probatorio a la documental emanada de estas nuevas tecnologías de las que venimos hablando.

De acuerdo al articulado referido al instituto, las partes en sus actos de proposición deben aportar cualquier documento que obre en su poder o indicar el lugar donde se encuentran. El documento al que se refiere se extiende a una amplitud de posibilidades, mencionando como ejemplos de estas nuevas tecnologías a los audios, videograbaciones, mensajes de datos o “cualquier medio electrónico” que resulte esencial para la resolución del conflicto.

A diferencia de algunas de las fuentes de referencia que el anteproyecto utilizo, este ultimo menciona expresamente los documentos electrónicos y mensajes de datos, no limitando su extensión solo a ellos, sino cualquier medio electrónico que no se encuentre allí mencionado pero que pueda llegar a representar una manifestación del pensamiento, de los hechos alegados y

permita la correcta resolución del pleito. El anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación al igual que el Código de Chaco hablan genéricamente de la documentación en poder de las partes sin efectuar especificación alguna.³²⁷

Por ende, es importante destacar la amplitud de documentos que el anteproyecto recepta a los efectos probatorios.

¿Cuál es el valor que le asigna el anteproyecto de Chubut? El cuerpo normativo solo habla específicamente de “los instrumentos privados con firma digital” al momento de tratar la redargución de falsedad. Y aquí tenemos una asignación de valor probatorio, por cuanto estos documentos tienen igual tratamiento que los instrumentos públicos a los que tradicionalmente se aplicaba la redargución.

La firma digital consiste en un conjunto de datos asociados a un documento electrónico que permite **garantizar la identidad del firmante y la integridad del mensaje**. La firma digital es el resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose esta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma.³²⁸ Una firma digital es pues un mecanismo de autenticación digital que se basa en el uso de un certificado de clave pública válido emitido por una autoridad certificante licenciada por un órgano público.

Por ende, desde el punto de vista probatorio, estos documentos privados con firma digital no imponen a la parte que los presenta la carga de tener que demostrar la validez de la firma o atribución de autoría, por cuanto tienen a su favor la presunción de autenticidad, y así lo recepta el Anteproyecto de Chubut.

Ahora bien, los restantes documentos electrónicos, entre ellos los documentos con firma electrónica, documentos sin firma, mensajes, etc., ¿qué valor tienen? El anteproyecto solo menciona que en el caso de desconocimiento de autoría de documentos electrónicos se procede a su comprobación mediante pericial idónea, la que recaería según mi opinión en quien aporó el documento por entrar dentro de la categoría de instrumentos privados.

Resulta importante destacar aquí la incorporación de las normas referidas a medidas prejudiciales probatorias, por cuanto la registración en los discos duros de la contaría de este tipo de pruebas puede verse vulnerado y por ende ser de difícil constatación la validez de los medios.

En lo que, al resguardo de su fidelidad e inalterabilidad, se aplica lo previsto para el registro electrónico del caso (arts. 155-156) encontrándose a cargo de la Oficina Judicial.

³²⁷ Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación arts. 220 y ccdtes. Código de Procedimiento Civil de Chaco arts. 365 y ccdtes

³²⁸ Ley 25.506 firma digital

Lo que no queda muy en claro es si existe la necesidad de presentar en formato papel estos documentos electrónicos por cuanto el art 259 inc. h impone a la actora y demandada (debe seguir las pautas de la mencionada norma al efectuar su acto de postulación) acompañar los documentos que obren en su poder. En igual sentido el 329 referido a la oportunidad de aportar pruebas. Podría haberse especificado algo mas adecuado en caso de tratarse de documentos electrónicos por cuanto muchas veces pueden ser revisados por medio de nubes de almacenamiento o similares ³²⁹.

Ya que excede el acotado marco del análisis que se propone en estas líneas simplemente es dable observar que el Anteproyecto de Chubut no prevé disposiciones referidas a las impugnaciones por falsedad ideológica de los documentos, ya sea físicos o electrónicos, por lo que para ello resulta de utilidad las enseñanzas aportadas por el Dr. Rojas en su trabajo para la revista de Derecho Procesal Tomo 2 año 2005 titulado “Prueba Documental Redargución y adveración”.

e. Prueba de Informes

Resta analizar este instituto, el que fue abordado por el Anteproyecto a lo largo de los arts. 412 a 417. En resumidas cuentas y respecto a la admisibilidad del medio, el mismo no se admite cuanto surja que su petición pretende sustituir o ampliar otro medio que específicamente corresponda por ley o por la naturaleza de los hechos controvertidos. A su vez, solo puede referirse a hechos concretos, claramente individualizados y controvertidos en el proceso.

Puede el informante negarse a emitir la información requerida cuando existe justa causa de reserva o secreto o cuando puede causar un grave perjuicio debiendo así alegarlo y acreditarlo, caso en el cual el juez al emitir su fallo ponderara la razonabilidad de la negativa y la importancia que la emisión del informe reporta para el esclarecimiento de los hechos.

En lo que, a plazos se refiere, dispone el termino de 10 días hábiles de ser comunicado el requerimiento para emitir la información salvo disposición judicial distinta, otorgando libertad de medios para las comunicaciones que deban realizarse.

Dos normas merecen ser destacadas en este medio de pruebas. Por un lado y no solo regulada en el art 415, se dispone la posibilidad por parte de los letrados de requerir directamente de oficinas públicas o privadas cualquier información, antecedente, certificados, etc. atinentes a las causas en las que los mismos intervengan, debiendo estas entidades o personas, brindar la información requerida sin intervención del tribunal, remitiendo la información ya sea al tribunal donde tramita la causa o directamente al letrado solicitante, en caso de haberlo así peticionado, conforme el trámite previsto por el art. 100.

³²⁹ Guardar información sin ocupar espacio en el disco duro del ordenador es posible gracias al almacenamiento en la nube. Un concepto que también se conoce como computación en la nube, servicios en la nube o iCloud computing (en inglés) que permite acceder a los documentos a través de una red, que generalmente es Internet. Los usuarios pueden manejar este tipo de servicio sin necesidad de tener conocimientos, por lo menos a nivel experto. Lo más importante será disponer de un equipo de servidores de calidad para garantizar el correcto funcionamiento de aplicaciones corporativas como el correo electrónico o la gestión eficaz del entorno. <https://vegagestion.es/almacenamiento-la-nube-caracteristicas-ventajas-desventajas/>

A su vez, otra norma que merece la pena destacar, le asigna carácter de deber público al suministro de información en tiempo útil y de modo debido, deber que pesa en toda persona requerida a tal efecto, siendo pasible de sanciones en caso de renuencia.

Conteste con el debido proceso se otorga una vez mas y en forma expresa, la posibilidad a las partes de contradecir o desacreditar los informes emitidos por cualquier medio a producir en las distintas instancias procesales y hasta la audiencia de juicio.

Habiendo efectuado el resumen de las propuestas de la provincia de Chubut para este instituto, pasemos pues a analizarlas a la luz de los principios del documento Beses.

f. El documento Bases y la prueba de informes

Antes de empezar el tema, debemos realizar ciertas precisiones sobre este medio probatorio. La prueba de informes es, conforme la caracteriza Palacios, el medio de aportar al proceso datos concretos acerca de actos o hechos resultantes de la documentación, archivos o registros de terceros o de las mismas partes, siempre que tales datos no provengan necesariamente del conocimiento personal de aquellos. Este medio probatorio tiene autonomía respecto de otros con los cuales tiene puntos en contacto y que en muchas ocasiones su diferenciación fue desvirtuada en la practica diaria. Se diferencia de la prueba documental, por cuanto esta última requiere la aportación directa del documento en cuestión. Recuérdese que esta prueba- la documental-debe ser aportada en los actos de postulación de las partes, o en caso de no tenerlas en su poder indicar la persona que las ostenta o lugar donde se encuentran, lo que es de fundamental importancia en lo que a regulación de la prueba de informes se refiere. A diferencia de ese aporte directo que representa la prueba documental, la de informes limita su acción transmitir a quien lo peticona, ya sea el tribunal, juez o en el caso del anteproyecto de Chubut el mismo letrado directamente³³⁰, el conocimiento que le deparan las constancias documentales que obran en su poder. Ello, sin perjuicio de tener que exhibir tales constancias, lo que procede en caso de atacarse la veracidad del informe emitido.

A su vez, difiere de la testimonial, en que, si bien las manifestaciones de ambos medios se basan en hechos acaecidos en el pasado, el testigo es siempre una persona física, quien declara sobre percepciones o deducciones de carácter personal referidas a un hecho del que tuvo conocimiento en el pasado. El testigo brinda al proceso el recuerdo de sus propias experiencias.

La de informes en cambio puede ser emitida por una persona jurídica, por intermedio de sus representantes o miembros y en informante debe adquirir conocimiento de los hechos de los que se trate, recién al momento de emitir el informe. Así el informante, sea que se trate del representante de una persona jurídica, una persona física como puede ser el caso de escribano con

³³⁰ En la mayoría de los Códigos recuérdese que el requerimiento podía ser efectuado por orden judicial. Si bien en ciertos casos los letrados intervinientes podían suscribir los oficios librados a tal fin el antecedente de estos oficios era una orden judicial. El anteproyecto de Chubut permite la petición de informes directamente por el letrado sin mediar orden de magistrado alguna, conforme lo previsto por el art 100 del mentado cuerpo normativo y tal como se mencionó al tratar el medio probatorio en el punto e.

registro, o la misma parte en su caso, emite un reporte sobre lo que consta en sus archivos con independencia de quien fue el registrador, resultando posible verificar objetivamente la concordancia entre lo reportado y las constancias de donde surgió el informe en cuestión.

Asimismo, y en tanto que el informante en este medio no debe tener conocimientos científicos o técnicos sobre una materia, se distingue de la prueba pericial.

Habiéndose efectuado estas precisiones necesarias a los fines de analizar el instituto bajo el documento Bases, pasemos pues a dicha tarea.

Tal como se dijo al comienzo de este análisis, las Bases aportaron pautas, principios, etc. con el afán de ser seguidas en las reformas procesales que se comenzaron a gestar en la actualidad. Entre ellas merece énfasis al respecto de este instituto ciertos principios aportados, como lo constituyen el ya mencionado principio de contradicción de la prueba, pero por sobre todo el de colaboración probatoria de las partes y de los terceros.

Referido a este último, el documento bases menciona: *“La omisión injustificada del deber de colaborar genera una presunción en contra de la parte que se encuentra en mejor condición de aportar prueba y que por ello tiene la carga de cooperar, que ha sido desarrollado en la teoría de las “cargas dinámicas”. Respecto de los terceros, el principio de colaboración también resulta exigible, con las consecuencias que se establezcan en la ley en cada caso”*

A su vez el mencionado documento al momento de describir el principio de colaboración en su parte general prevé: *“Se trata de un principio que deriva en cargas y en deberes procesales que pesan no sólo sobre las partes, sino también sobre terceros que deben colaborar con la Justicia. El proceso civil debe ser considerado como una obra en común cuyo resultado (la asignación adecuada de lo debatido) exige la colaboración de ambas partes y también, eventualmente, la de otros sujetos compelidos legalmente a prestar su asistencia para la consecución del mencionado logro.”*

El anteproyecto de Chubut recepta este principio de manera contundente. Impone por un lado la carga de suministrar información en tiempo útil y de modo debido, carga que se le atribuye el carácter de “carga publica” y que pesa sobre cualquier persona requerida a tal fin. Carga publica, conforme el diccionario jurídico, es “la de índole personal, irrenunciable, favor del estado u otra entidad pública. La carga se acentúa por ser, a mas de obligatoria, gratuita.”

Esta carga que impone el anteproyecto chubutense, recae en toda persona requerida, no solo en organismos públicos, y representa un gran avance en incluir en el deber de colaboración en la marcha del proceso a los terceros ajenos a este. No solo es carga publica, sino que de su definición y hasta expresamente así lo consagra no da lugar a compensación alguna. Al regular este medio de pruebas, a mi entender si se pensó en un proceso inspirado como obra común, no solo de la acción de las partes y el magistrado sino de la sociedad toda. Asimismo, constituye una clara recepción del principio de colaboración, la cuestión referida a la posibilidad de negarse a suministrar informes. El anteproyecto dispone que el informe puede ser negado cuando existe

justa causa de reserva o cuando puede causar al informante un grave e irremediable perjuicio. Pero esto no puede ser una simple afirmación, sino que quien alega la negativa debe alegarla, fundarla, pero por sobre todo **acreditarla debidamente**. Sin lugar a dudas un avance y novedad respecto a otros modelos que fueron usados como fuentes documentales.

A su vez también se recepto las cuestiones atinentes a la llamada prueba anticipada de la que se habló en líneas anteriores y que fuera tratada en el documento bases, ya que se prevé la posibilidad de producir prueba directamente por parte de los letrados. A mi entender no solo se evitar con el anticipo de prueba las sorpresas de la contraria, de las que habla de Documento Bases sino también la interposición de demandada sin sustento alguno, evitado la proliferación de demandada sin sustento confirmatorio alguno, lo que repercute directamente en el adecuado servicio de justicia. Recuérdese el deber de las partes de actuar de buena fe.

Por último, debe resaltarse también la constante recepción del principio de debido proceso y contradicción de prueba, el que se encuentra receptado en su art 417.

Si bien no es una novedad en materia procesal si es digno de resaltar que el anteproyecto mantiene la autonomía del medio probatorio por cuanto expresamente consagra la imposibilidad de perseguir mediante su petición la suplencia o ampliación de otros medios, lo que podría acontecer por ejemplo cuando se pretende incorporar documental que debió acompañarse en otras etapas, o cuando se persigue la obtención de datos de origen personal o técnico.

g. Una acotación referida a los tres institutos que se trató.

Cabe una única aportación referida a los tres institutos de los que se trato en el presente trabajo. A lo largo de su tratamiento el anteproyecto chubutense no previó norma alguna referida a la caducidad del medio ante la falta de cumplimiento, u otras circunstancias que llevaron a la no realización del medio ofrecido. Si, en el art 476, que forma parte de la regulación del tramite ante la Alzada, dispone que puede requerirse el replanteo de prueba que hubiera sido denegada o declarada caduca en primera instancia, lo que hace pensar que el juez de instancias previas podría así disponerlo en caso de no requerirse la producción del medio cuando la misma falla en su realización. Lo que no puede inferirse en cual es el tiempo que debe transcurrir para inferir válidamente el juez que el interés en la producción del mismo se perdió.

Otros Códigos que fueron utilizados como fuentes normativas para la elaboración del proyecto si contemplan esta posibilidad de declaración de caducidad por parte del juez. Por ejemplo, el de Chaco referido a la prueba documental lo consagra en su 406. El anteproyecto de CPC de la Nación en su art 380 también lo consagra.

Sin perjuicio claro esta de las sanciones que caben a quienes no cumplen con el deber de colaboración, ya sean multas, sanciones, o responsabilidades que correspondieren, lo que no es claro es el plazo a tener en cuenta por parte del juez o jueza para considerar la caducidad del medio probatorio del que habla el mentado art. 476. Si bien los jueces pueden hacer uso a la adaptabilidad de las formas, lo que le permite favorecer la flexibilidad y proporcionalidad de las

reglas en función de la mejor gestión del conflicto (disposición XIV de parte preliminar del anteproyecto) brindaría mayor seguridad jurídica el saber de antemano el plazo con el que cuentan las partes para requerir la producción del medio ofrecido en casos de fallar el mismo, y no dejarlo a discreción del juez que entiende en el proceso.

Referencias Bibliográficas, enlaces y publicaciones consideradas

Bibliografía

(s.f.). Obtenido de <https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2017/06/Bases-para-la-Reforma-de-la-Justicia-Civil-y-Comercial.pdf>

Anteproyecto de Código General de Procesos para la Provincia de Chubut. (2019). *Código general de procesos*.

Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. (s.f.). Obtenido de <https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2019/07/Anteproyecto-Codigo-Procesal-Civil-y-Comercial-de-la-Naci%C3%B3n.pdf>

Civil Rules of Procedure USA. (s.f.). Obtenido de <https://www.law.cornell.edu/rules/frcp>

Código Procesal Civil de Chaco. (s.f.). Obtenido de <http://consejodeabogados.org.ar/index.php/sitio/page/detalle-novedades/CODIGO-PROCESAL-CIVIL-DEL-CHACO>

CPC BRASILEIRO TRADUCIDO PARA LENGUA ESPAÑOLA. (2015).

Falcon, E. M. (2018). *Tratado de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Rubinsal Culzoni.

Gozaini, O. A. (2017). *El Debido Proceso*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

<https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2017/06/Bases-para-la-Reforma-de-la-Justicia-Civil-y-Comercial.pdf>. (s.f.). Obtenido de <https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2017/06/Bases-para-la-Reforma-de-la-Justicia-Civil-y-Comercial.pdf>

Lubel, L. A. (2012). La prueba pericial y otros medios de prueba en materia de correo electrónico. *Revista de Derecho Procesal*.

Morello, A. M. (2005). La Prueba en la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Revista de Derecho Procesal*.

Ossorio, M. (2010). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Heliasta.

Oteiza, E. (2010). *Reforma Procesal Civil*. Santa fe: Rubinzal Culzoni.

Palacio, L. E. (2011). *Derecho Procesal Civil* (I ed., Vol. II). Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.

Peyrano, J. W. (s.f.). *Pensamiento Civil*. Obtenido de http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/el_principio_de_no_exigibilidad_de_otra_conducta.pdf

Prütting, H. (s.f.). *Kas*. Obtenido de https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=31d1e375-1e62-a2f9-eade-a8df906d39bd&groupId=252038

Rojas, J. (2018). *Análisis de las Bases para la Reforma Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

Rojas, J. A. (2005). Prueba Documental: Redargución y Adveración. *Revista de Derecho Procesal*.

Sucunza, M. (s.f.). Anteproyecto de Código General de Procesos para Chubut (Argentina): un modelo integral e integrador.

Velloso, A. A. (2009). *Sistema Procesal Garantía de Libertad*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.

<https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2017/06/Bases-para-la-Reforma-de-la-Justicia-Civil-y-Comercial.pdf>

ARTS. 418 A 429 – SANTA FE

RESOLUCIONES EN EL PROYECTO DE CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

Ana D. Altavista

Maricel Dalzotto

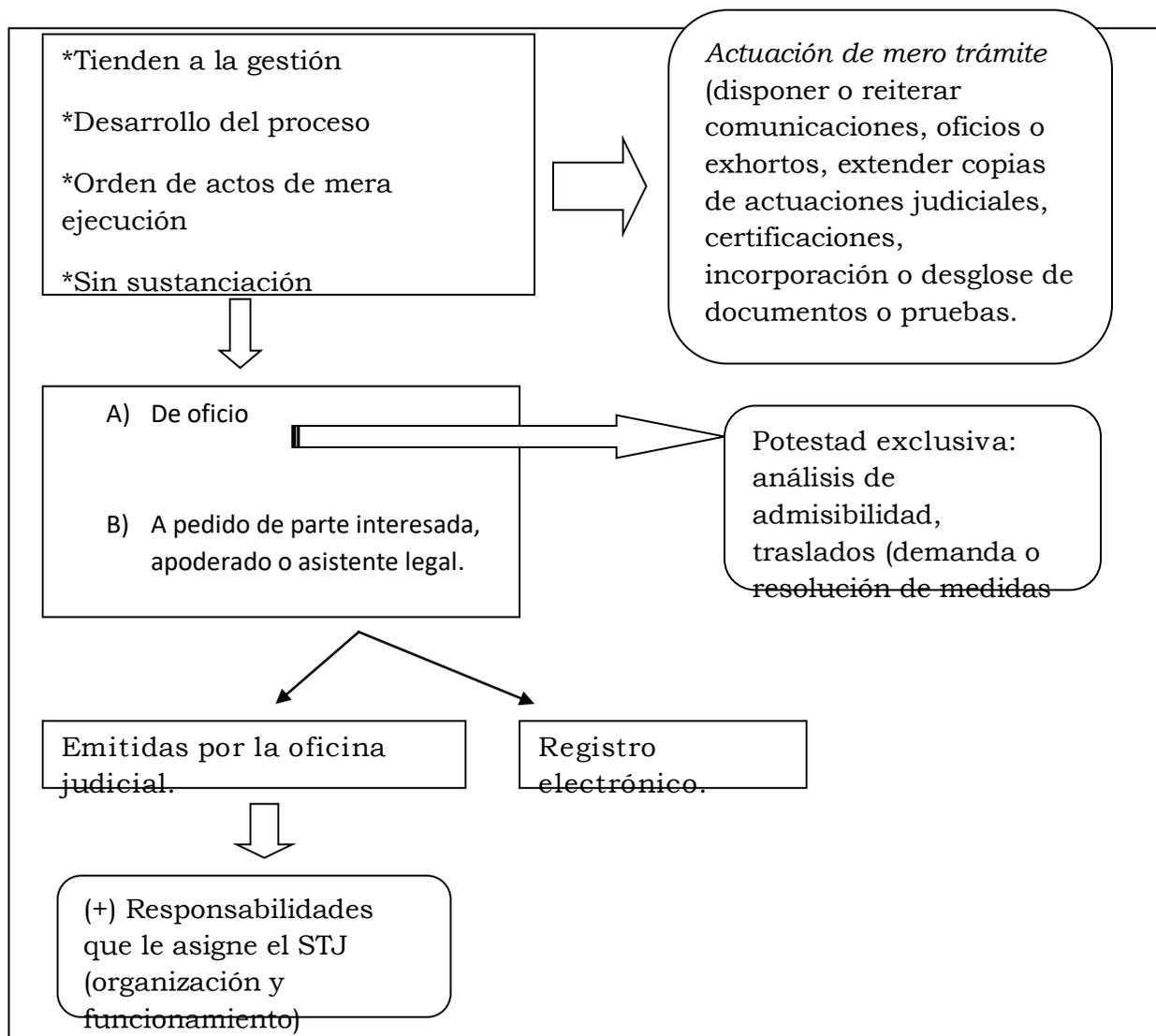
Previo al análisis del instituto de la Resoluciones, es dable mencionar que el “*Proyecto de Código General del Proceso*” (en adelante, “Proyecto”) estipula, en concordancia con el “*Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*” aggiornato a los preceptos de *Las Bases para la Reforma Procesal Civil y Comercial “Justicia 2020”* (en adelante, “Anteproyecto”), en su art. 120, que se deberá imprimir a todas las actuaciones procesales a modo de regla general, el trámite oral. Su recepción será por medios electrónicos, digitales, informáticos, telemáticos u otros producidos por la tecnología. Para ello se realizará un registro electrónico del caso que estará a cargo de la Oficina de Gestión Judicial. Salvo en los casos que expresa y excepcionalmente el Código disponga lo contrario. Por lo tanto los institutos que estudiaremos a continuación deben ser pensados con esta lógica oral y adecuados a la misma.

Relativo al tema que nos convoca, etimológicamente la palabra **Resolución** proviene del latín *resolutio* y significa “*acción y efecto de tomar una decisión fija*”. Una resolución de carácter judicial es un acto procesal que surge en el marco de los estrados judiciales y que resuelve las pretensiones de las partes involucradas, ordenando el cumplimiento de ciertas medidas pertinentes.

Formalmente pueden clasificarse, de acuerdo a sus requisitos, en *providencias simples*, *sentencias interlocutorias*, *sentencias homologatorias* y *sentencias definitivas*, esto en base a la naturaleza intrínseca de cada acto y a su objeto propio. A continuación haremos hincapié en cada una de ellas de modo detallado, respecto de sus características más relevantes.

1) PROVIDENCIAS SIMPLES:

El “*Proyecto*” en su artículo 418 hace referencia a las Providencias Simples, recepción normativa que ha sido la de mayor descripción y especificación en lo que a este tipo de resolución interesa; incluso ha recepcionado lo establecido por el “*Anteproyecto*” respecto a la introducción de la oralidad en el proceso. A continuación un cuadro que sintetiza lo normado por el referenciado Proyecto a modo de caracterización y base para la explicación del instituto en cuestión:



Este tipo de Providencia tiene una estructura sencilla dada por su naturaleza dispositiva, pretende gestionar el proceso, darle desarrollo, impulso, ordenando actos de ejecución. Es el medio para dar lugar a los actos concatenados que formalizan el proceso, enlazando dichos actos.

A diferencia de los Códigos Procesales actuales, en el “*Proyecto*”, el **órgano encargado de su emisión**, ya sea a pedido de parte o de oficio por el Juez (previo análisis de admisibilidad), es la Oficina de Gestión Judicial, que además de otras responsabilidades de organización y funcionamiento que le otorgue el Superior Tribunal de Justicia en la reglamentación que dicte al efecto, deben dejar un registro electrónico de las mismas en los distintos expedientes. El **plazo** para el dictado de las providencias simples es de tres (3) días (Art. 152).

Es por lo expuesto, que ante un **gravamen** irreparable que se ocasione en el ejercicio de la potestad que le es otorgada, la parte agraviada podría solicitar al Juez que dictó la providencia

que reconsidere la misma dejándola sin efecto a través del instrumento impugnativo correspondiente, cuál es, el recurso de revocatoria. Para los casos en que el gravamen no sea tal, o pueda ser susceptible de rectificación posterior, por ende reparable, no haya fundamentos que justifiquen una reparación o sea solo a los fines de dilatar el proceso de modo innecesario, el Juez podrá rechazarlo sin sustanciación y dictar las sanciones disciplinarias adecuadas por la utilización abusiva de un medio impugnativo, la que no será plausible de recurso alguno (Art. 62 inc. a, 63 inc. a y 68)

Este recurso en estudio es recepcionado en el artículo 459ss y cc del Proyecto en tratamiento, éste procede ante:

- a) Providencias simples e interlocutorias: a fin de su modificación contrario imperio.
- b) Sentencias definitivas: siempre que el agravio se haya originado respecto de imposición de costas o regulación de honorarios y en los casos en que podría impugnarse vía recurso de apelación.

Ante la completa inadmisibilidad del recurso, el Juez podrá rechazarlo sin más trámite. El mismo se interpondrá ante el juez que dictó el acto que produjo el gravamen, en la audiencia o en el plazo de 5 días desde la notificación, según corresponda.

B) SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS:

Estas resoluciones también poseen naturaleza dispositiva pero, a contrario sensu de las ut supra referenciadas, deben ser sustanciadas. Esto quiere decir que debe correrse traslado a la otra parte a fin de que se exprese al respecto. Asimismo, deben fundamentarse (Art. 61 inc. e), es decir, esgrimir los motivos adecuados y razonables que llevaron al Juez a tomar la decisión plasmada; esto implica que el Juez ha oído a las partes antes de tomar una decisión y una vez expresada, la misma ha sido suficientemente fundada.

Se trata de decisiones jurisdiccionales que ponen fin o resuelven un incidente, tienen formato de sentencia por lo que tal como establece el “*Anteproyecto*” en su art. 297 las sentencias interlocutorias deben gozar de los siguientes requisitos: a) designación de lugar y fecha, b) fundamentación, c) manifestar la decisión de modo expreso, positivo y preciso, d) pronunciarse sobre costas y e) la firma electrónica o digital del Juez. Lo que la diferencia con la Sentencia Definitiva es que pone fin a un incidente pero no al proceso, por ejemplo resolución de una cuestión de competencia.

Tal como explican Arazi y Rojas “...el origen de la denominación interlocutoria proviene del latín *collocutio-onis*, que quiere decir conversación, es decir que importa un diálogo previo entre las partes litigantes.”³³¹

Así lo recepta el art. 419 del “*Proyecto*”, que a diferencia del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, deja manifestado expresamente que diversas cuestiones que requieren sustanciación, pueden plantearse tanto por escrito como en el curso de una audiencia y por ende deben resolverse durante la misma con el dictado del instituto en estudio, previo a lo cual debe oírse a las partes.

Esto se refrenda con los principios generales esgrimidos en el Título Preliminar del Proyecto, en su apartado XIII, que refiere a que no se tomarán decisiones hasta tanto las partes no se hayan pronunciado al respecto, aún en materias en las que se puede decidir de oficio, el Juez se verá obligado a permitir a las partes hacer uso de su derecho a la posibilidad igualitaria y real de contradecir.

En este caso las resoluciones interlocutorias deben ser dictadas por el Juez dentro del **plazo** de diez (10) días contados desde que el registro del caso pase al despacho del Juez para tal fin (Art. 152).

C) SENTENCIAS HOMOLOGATORIAS:

Los Jueces poseen la “*facultad homologatoria, es decir, la de confirmar... ciertos actos o convenios de las partes para hacerlos más firmes y solemnes...*”³³² dan validez a un determinado acto o acuerdo, se analizan sus requisitos a fin de que no exista contradicción con el orden público. Puede tratarse de procesos donde las partes se someten a la jurisdicción del Juez para que éste preste conformidad respecto de los recaudos formales, dictando así la correspondiente Sentencia Homologatoria. Ello sin perjuicio que en el transcurso de un proceso contencioso las partes convengan dar por finalizado el mismo por modos de conclusión distintos a la sentencia definitiva, y soliciten la homologación del convenio al que arriben.

Estas sentencias cumplirán las condiciones de providencias simples cuando convalidan lo actuado por las partes en los casos de desistimiento o allanamiento. Si en cambio, lo que homologa es una transacción, las condiciones serán las de sentencia interlocutoria.

Cuando el Juez apruebe o desestime la homologación, debe dar a conocer los fundamentos de su decisión.

³³¹ ARAZI, Roland y ROJAS, Jorge A. “*Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado, Anotado y Concordado con los Códigos Provinciales*” Ed. RubinzalCulzoni, 2007, Santa Fe, Argentina, Tomo I, Pág. 637.

³³² CUADRAO, Jesús “*Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y Concordado*”, Ed. Depalma, 1987, Buenos Aires, Argentina, Pág. 237.

D) SENTENCIAS DEFINITIVAS DE PRIMERA INSTANCIA:

Es una resolución dictada por Juez competente que tiene por objeto poner fin al proceso, resuelve la cuestión de mérito, sustancial, es decir, que da una solución al conflicto de fondo planteado por las partes al fijarse la controversia inicial. Todo ello sin perjuicio de la protección y defensa de los derechos individuales que han estado en juego a lo largo del proceso y que se encuentran respaldados por todo el ordenamiento jurídico; “...por ello se la ha conceptualizado como la resolución del Juez que estima o rechaza la demanda del actor dirigida a obtener la declaración de la existencia de una voluntad de ley que le garantice un bien, o de la inexistencia de una voluntad de ley que lo garantice al demandado.”³³³ Que en palabras esclarecedoras de Carrillo nos encontramos frente a “... la resolución que resuelve sobre la relación sustancial controvertida, acogiendo o rechazando la pretensión debatida en el pleito...”³³⁴.

Al decir de Falcón es un “acto de autoridad, emanado de un magistrado en ejercicio de la jurisdicción, emitida mediante un juicio en un proceso, que declara los derechos de las partes y que puede condenar o absolver en todo o en parte o constituir nuevos estados jurídicos poniendo fin a la etapa declarativa del proceso...”³³⁵.

Estas resoluciones en su aspecto formal poseen tres partes, una **dispositiva** como las providencias simples, una de **fundamentación** como las sentencias interlocutorias y otra de **resultandos** dónde el Juez relaciona los fundamentos de hecho que han sido invocados por las partes al determinar sus pretensiones.

A modo de análisis comparativo de la normativa vigente en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (*) y los Proyecto de Código General del Proceso (**) y Anteproyecto Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (***) existentes a la fecha, realizaremos a continuación un cuadro con el detalle de las partes y formalidades que deben cumplir las sentencias definitivas:

	CPCCN (Art. 163) (*)	Anteproyecto (Art. 299)(**)	Proyecto (Art. 421)(***)
Requisitos extrínsecos o formales (lugar y fecha, nombre y apellido de las partes y firma del juez)	Incs. 1, 2, 3	Incs. a, b, j	Se encuentra receptado en el último párrafo del artículo.

³³³ ARAZI, Roland y ROJAS, Jorge A. “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado, Anotado y Concordado con los Códigos Provinciales” Ed. RubinzalCulzoni, 2007, Santa Fe, Argentina, Tomo I, Pág. 644.

³³⁴ CARRILLO, Hernán “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe”, Ed. Juris, 2001, Rosario, Santa Fe, Argentina, Pág. 226.

³³⁵ ARAZI, Roland y ROJAS, Jorge A. “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado, Anotado y Concordado con los Códigos Provinciales” Ed. RubinzalCulzoni, 2007, Santa Fe, Argentina, Tomo I, Pág. 644.

Resultandos	Inc. 3	Inc. c	Inc. a
Considerandos	Incs. 4, 5	Incs. d, e	Incs. b, c
Fallo o parte dispositiva	Incs. 6, 7, 8	Incs. f, g, h, i	Incs. c, d, e

Puede observarse que el “Anteproyecto” es fiel, en su recepción del instituto, al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y sólo se distingue en la instauración de la oralidad como principio general en el proceso.

Ahora bien, difiere la recepción en el “*Proyecto*” esto debido a una reformulación en el modo explicativo y ordenatorio del artículo más no de contenido. Agrega sí, una introducción y una conclusión que permiten comprender las características propias de un proceso oral y su decisorio definitivo, como así también las excepciones. Asimismo, es dable la importante referencia al modo de registrar las sentencias definitivas y los posibles medios para recurrir, instancias y plazos respectivos.

A las sentencias definitivas podemos clasificarlas de la siguiente manera:

- 1) *Meramente declarativas*: pueden ser reconocidas. Declara el derecho aplicable a la cuestión que fue objeto del pleito.
- 2) *Constitutivas*: también declaran el derecho aplicable a la cuestión que fue objeto del pleito y se autoejecutan por su solo pronunciamiento. Modifican o extinguen o generan una nueva situación jurídica, un nuevo estatus jurídico.
- 3) *De condena*: declara el derecho aplicable a la cuestión como las anteriores pero además se ejecutan, agregan el cumplimiento de una determinada obligación.
- 4) *Homologatorias*: son las detalladas en el punto “B”.

Lo cierto es que el Juez debe realizar una relación precisa de las pretensiones y cuestiones que las partes hayan introducido en el proceso y que son la base de la decisión final (inc. a art. 421).

Esto se correlaciona con el *Principio de Congruencia Procesal* que se puede observar en el art. 421 inc. c primer y segundo párrafo, íntimamente conectado con lo dispuesto en el art. 61 inc e relativo a los deberes del juez, dónde enuncia que el Juez debe “...*motivar adecuada y razonablemente cada una de sus decisiones, independientemente del tipo de resolución de que se trate, respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia...*”, lo que claramente no deja dudas respecto al resto del ordenamiento jurídico que debe ser respetado y aggiornato en conjunto con las normas procesales y las decisiones jurisdiccionales. Es dable mencionar que el juez realiza una actividad de recopilación de todo lo surgido a lo largo del proceso para que a través de una actividad inteligible, realice una adecuada síntesis y toma de decisión respecto de los hechos controvertidos por las partes. Para ello debe acoger en los

considerandos los hechos ciertos y conducentes que fijaron la controversia (audiencia preliminar), y subsumirlos a la norma abstracta que resulte aplicable y con ello crear una norma individual (parte dispositiva de la sentencia) en la que estimará y desestimará las pretensiones de las partes, cuidando que los considerandos precedentes no se contradigan con la parte dispositiva de la sentencia a fin de evitar incongruencias y una posible nulidad de la resolución.

Del mismo modo el Juez debe adecuarse a lo solicitado por las partes so pena de incurrir en una arbitrariedad, por lo que no podrá:

- a) Excederse en lo que le hayan pedido otorgando más de ello, es decir, resolver más allá de lo pedido. Salvo, cuando las partes hubieran reclamado una suma de lo que en más o en menos resulte de la prueba, en cuyo caso el Juez puede excederse en el importe indicado en la demanda sin caer en la llamada “sentencia ultra petita”.
- b) Apartarse de lo requerido por las partes “sentencia extra petita”.
- c) Omitir resolver cuestiones que fueron debidamente propuestas, otorgando menos de lo solicitado por las partes “sentencia citra petita”.

Asimismo, deberá tener en cuenta lo establecido en el art. 421 inc. c segundo párrafo, a diferencia del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que lo estipula como una atribución del Juez, aquí se lo considera una obligación de hacer mérito de todos los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del proceso y que hayan sido debidamente probados por las partes, aún en los casos en que no hayan sido correctamente invocados como hechos nuevos. Esto debido a su relación directa e inmediata con la pretensión de fondo.

Las presunciones a las que hace referencia el Art. 421 inc. c tercer párrafo, son construidas a través del conjunto de hechos indicativos (indicios), de los cuales se sigue que otro hecho (el indicado) aconteció. “*Basicamente, y en forma general, pueden definirse a las presunciones como conclusiones o consecuencias que la ley o el juez extraen de conductas o hechos realizados por las partes fuera del proceso*”³³⁶. Existen dos tipos:

1) **Legales:** establecidas por la ley para dar por existente un hecho, aun cuando existen dudas de si en la realidad ha sucedido efectivamente. Se dividen en *iusuris et de iure* (no admiten prueba en contrario) y *iusuris tantum* (cuando si las admiten).

2) **Judiciales:** aquellas que el Juez extrae en base a indicios (“...*hechos conocidos –probados o de notorio conocimiento- que sirven para conocer otro hecho –hecho indicado- mediante el concurso de una operación lógica fundada en normas generales de experiencia o en principios científicos o técnicos...*”).³³⁷ Debe darse una pluralidad de indicios que sean graves, precisos, concurrentes, concordantes o convergentes, es por esto que el “*Proyecto*” hace referencia a que “produjeran convicción según la naturaleza del caso, de conformidad con las reglas de la sana

³³⁶ CARRILLO, Hernán “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe”, Ed. Juris, 2001, Rosario, Santa Fe, Argentina, Pág. 417.

³³⁷ Idem.

crítica”, ya que de ese modo se construyen las presunciones que generan convencimiento en el Juez, con apreciación de las “reglas de la sana crítica” (“... *Se trata, por un lado, de los principios de la lógica y, por otro lado, de las “máximas de experiencia”, es decir, de los principios extraídos de la observación del corriente comportamiento humano, científicamente verificables, actuando ambos, respectivamente, como fundamentos de posibilidad y realidad...*”).³³⁸

En la parte dispositiva o fallo la decisión del Juez debe estar plasmada de las formas que a continuación enumeraremos, de modo de respetar la congruencia con antelación esgrimida y la prohibición que tiene el Juez de invocar el llamado *non liquere* (falta de claridad) del Derecho Romano:

- 1) *Expresa*: acto voluntario manifestado por quien dicta la sentencia, ya sea escrita u oral, dado que se trata de una decisión de mérito sobre la cuestión en debate.
- 2) *Positiva*: declarar admisible la pretensión del actor por tener derecho a ella o bien, de modo positivo que la misma no resulta admisible por carecer de dicho derecho.
- 3) *Precisa*: manifestar de forma positiva y sin lugar a dudas la admisibilidad del derecho haciendo lugar a él. O bien, a través de una declaración positiva de certeza negativa del derecho invocado, rechazarla.

El **plazo** general en que deben dictarse es de quince (15) días desde que el registro del caso pase al despacho del juez para dicha finalidad, salvo disposiciones especiales acordes a cada tipo de proceso específico de que se trate (Art. 152).

El art. 421 inc. e se encarga de aludir al **deber del juez** de pronunciarse respecto de las costas del proceso (Art. 499 ss y cc), la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes y la declaración de temeridad o malicia de los litigantes (Art. 61 inc c).

El Art. 422 hace referencia al “**consentimiento**” como la potestad de las partes de impugnar las decisiones jurisdiccionales, cuando las resoluciones son pronunciadas en el transcurso de una audiencia y las partes presentes o sus representantes legales no hacen uso de la potestad referenciada, se entiende que han prestado consentimiento y se declara la firmeza de la resolución dictada. Con excepción de estos casos, el plazo para impugnar las resoluciones comenzará a computarse desde la notificación de la resolución que debe estar correctamente exteriorizada o redactada, ya sea que las partes hayan estado presentes o no en las audiencias.

E) SENTENCIA DEFINITIVA DE ULTERIOR INSTANCIA:

El Art. 423 dispone que las sentencias de segunda instancia como otra ulterior, como por ejemplo de los Superiores Tribunales de Justicia, o las Cortes Supremas de Justicia, deben

³³⁸ CARRILLO, Hernán “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe”, Ed. Juris, 2001, Rosario, Santa Fe, Argentina, Pág. 418/419.

cumplir con los requisitos del Art. 421. En los casos en que el Tribunal (conformado por más de un Juez) deba dictar la resolución, deberá hacerlo de modo oral y en el transcurso de la sentencia; salvo que la complejidad del proceso en tratamiento lo impida, en cuyo caso podrá diferirse el pronunciamiento para su dictado por escrito, pactándose un día en que el pleno dará a conocer la decisión adoptada y los votos que así la conforman, sin perjudicar los plazos procesalmente estipulados como regla.

En los casos en que se difiera el pronunciamiento de la sentencia para una etapa posterior, la redacción y firma de la sentencia debe ser la del Juez que efectivamente haya asistido a la audiencia de juicio, incluso si luego ha dejado de ejercer sus funciones en el Tribunal que conozca sobre el asunto, como también, si han cesado por estar en condiciones de recibir los beneficios jubilatorios, o porque habían sido designados en el cargo a modo de refuerzo (Art. 424).

Excepcionalmente lo antedicho no será exigido sí, a) Hubiesen perdido la condición de magistrados, b) Hubiesen sido suspendidos del ejercicio de sus funciones y c) Hubiesen accedido a cargo público o profesión incompatible con el ejercicio de la función jurisdiccional, o pasado a la situación de excedencia voluntaria para presentarse como candidatos a cargos de elección popular.

En los casos en que el Juez se vea impedido de concurrir al Tribunal por un plazo que exceda el previsto para dictar el fallo respectivo, deberá remitirlo por escrito, fundado y firmado al Tribunal, a fin de cumplir con la notificación a las partes; dejándose registrado el mismo electrónicamente.

Cuando el magistrado impedido no pudiere emitir su fallo ni aun de aquel modo, se procederá a designar una nueva audiencia de juicio con la presencia de Juez distinto. Lo mismo será aplicable para los Tribunales Colegiados, salvo que con los restantes pudiera reunirse la coincidencia necesaria para conformar la voluntad decisoria del cuerpo (Art.425).

En materia de **publicidad** de las decisiones jurisdiccionales Arazi y Rojas rememorando las enseñanzas de Couture mencionan que *“la publicidad del proceso es de la esencia del sistema democrático, sin embargo existen situaciones en donde la norma es clara en cuanto a la preservación de la intimidad de las partes o de terceros...de ahí que, en estos casos, se persiga su eliminación de todo acto de publicidad...”*³³⁹. Cabe mencionar casos atinentes a materia de familia o cuando se vean involucrados menores, o en casos en que la intimidad de las personas se vea vejada y pasible de generar un daño, o cualquier otra que a consideración de los magistrados no deba ser publicada por ser atinentes a temas sensibles que pudieran violar el deber de no dañar recepcionado en el Art. 1710 del Código Civil y Comercial.

³³⁹. ARAZI, Roland y ROJAS, Jorge A. *“Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado, Anotado y Concordado con los Códigos Provinciales”* Ed. RubinzalCulzoni, 2007, Santa Fe, Argentina, Tomo I, Pág. 671.

Es un deber del Estado como garante de los derechos de sus ciudadanos, el dar publicidad a los actos, y el Poder Judicial no es extraño, por el contrario es un Poder del Estado y como tal debe cumplir con sus deberes publicando las decisiones jurisdiccionales que emita. Por ello, salvo las excepciones referenciadas, las sentencias deben ser publicadas en formato digital, en sistemas de fácil acceso e identificables (Art. 426).

En los casos en que existan **condenas complejas, con efectos estructurales o que determinan el pago de frutos, intereses, daños y perjuicios**, el Juez deberá fijar las bases sobre las que se realizará la ejecución y/o liquidación, según el caso. Deberá fijarlos de modo claro en cuanto a su forma de cálculo, salvo que puedan surgir directamente de una suma líquida. (Art. 427).

Una vez dictada la sentencia definitiva del proceso en tratamiento, todo lo atinente al objeto será definitivo no pudiendo modificarse o sustituirse la decisión tomada, por lo que en esta temática cesa la jurisdicción del Juez; sin perjuicio de poder corregir de oficio (antes de la notificación de la sentencia) o a pedido de parte realizar aclaraciones respecto al contenido de la resolución, disponer la traba de alguna medida cautelar, o sustanciar los recursos que se pudieran haber articulado a fin de elevar los autos al superior para su ulterior tratamiento.

Asimismo, pueden desarrollar otras actividades de características más administrativas, como lo son: anotaciones o entrega de testimonios y, proseguir la sustanciación y decidir sobre incidentes que tramiten por separado.

Finalmente la *ejecución de la sentencia* debe ser llevada a cabo por el Juez que la dictó, ya sea por haber quedado consentida por las partes o por haber quedado ejecutoriada, toda vez que pudiendo las partes recurrir la decisión, no lo hicieron y el plazo para ello se ha agotado (Art. 428).

Retardada Justicia: (Art. 429)

Se configura la presente cuando el magistrado o funcionario incurra en demoras en el pronunciamiento de providencias simples, sentencias interlocutorias u homologatorias y sentencias definitivas.

Siguiendo la lectura de nuestra Constitución Nacional en sus arts. 114 y 115 que crean el Consejo de la Magistratura atribuyéndole facultades disciplinarias sobre los magistrados y la posibilidad de iniciar el procedimiento de remoción; es por ello que, las demoras son consideradas falta grave y un elemento de juicio para analizar la conducta del Juez.

Cuando la demora en pronunciar la sentencia sea tal que exceda los plazos razonables estipulados en el Art. 145, será de aplicación lo estipulado en el Art. 154: “...*la Oficina Judicial comunicará de oficio o a requerimiento de las partes tal circunstancia al Superior Tribunal de Justicia a fin de que este adopte las medidas disciplinarias y operativas más convenientes para la resolución oportuna del caso. Ello comprenderá la posibilidad de decretar la pérdida*

automática de jurisdicción y su remisión a otra jueza o juez. La Oficina Judicial al comunicar el incumplimiento, también elevará un informe acerca de la cantidad de casos pendientes y demás condiciones que estime relevantes a tal fin...”, sin perjuicio de omitir el cumplimiento de los plazos estipulados habilita la posibilidad de imponer multas relativas al 15% del sueldo del magistrado, sustanciar causas disciplinarias lo que perjudicará la calificación del desempeño del funcionario; todo ello más las responsabilidades penal, civil o contenciosa administrativa que le compete.

Conclusión:

Cabe destacar que en un proceso marcadamente oral como el propuesto por los proyectos de reforma en materia Procesal Civil y Comercial, todos los institutos relacionados en este apartado, se verán teñidos de una inmediatez y celeridad tal que permitirán al Juez tener un tratamiento directo del caso. Las partes por su lado, verán el proseguir del proceso por el que se tramitan sus pretensiones con una atención directa por parte del administrador de justicia competente.

Las dilaciones sólo serán aquellas que por el caudal de causas, la oficina de gestión deba organizar, y que pueden generar una justicia más rápida o lenta. Todo dependerá del modo en que administrativa y estructuralmente se organicen las Supremas Cortes de Justicia o los Tribunales Superiores de Justicia en su caso.

Arts. 438 a 439 – JOSÉ MARÍA SALGADO

Sistema de precedentes y de control de constitucionalidad y convencionalidad en el Proyecto de Código General del Proceso de Chubut.

Por José María Salgado.

En términos generales considero auspiciosa y acertada la regulación del sistema de control de constitucionalidad local y de precedentes. En lo que sigue, por lo tanto, no me referiré mayormente a las virtudes de la regulación, ya que entiendo que buscan algún tipo de opinión crítica que pueda proveer a mejorar el Proyecto de Código General del Proceso (PCGP).

a) El sistema de control de constitucionalidad mixto, que viene definido por el art. 179 de la Constitución provincial, debería en mi criterio ser más específico en su regulación en el PCGP en lo tocante a la vertiente concentrada y abstracta. Es que si bien el artículo citado establece “se controviertan en caso concreto por parte interesada”, y eso se reitera en el art. 728 del PCGP, sería bueno dejar en claro que no se trata de un caso en los términos de los 116 y 117 de la

Constitución Nacional, como han sido interpretados hasta el presente por la CSJN, sino de un juicio a la norma provincial.

En esa línea, también podría aclararse que se trata de una legitimación popular activa para cualquier habitante de la provincia y/o persona jurídica. Entiendo que nada impide que se ofrezca prueba, no sobre una relación jurídica en particular, sino sobre eventuales motivos que puedan determinar la pretensión de inconstitucionalidad, siempre en su apreciación en abstracto, que no necesariamente es ajena a esa posibilidad (v. gr. defectos en el trámite parlamentario).

En el art. 732, en lo referido a los efectos de la decisión, aclararía que es de carácter constitutivo, por lo que no afecta las relaciones jurídicas a las que la norma haya sido aplicada, a menos que la decisión del Superior Tribunal de Justicia determine otra cosa o la module en sus efectos temporales. Es claro que el tiempo para deducir el planteo es breve, aunque el tiempo del proceso puede hacer que la norma tenga una extensa aplicación hasta que luego sea invalidada; por eso se podría habilitar la posibilidad de dictar medidas cautelares que suspendan la vigencia temporal de la norma.

b) En lo referido al sistema de obligatoriedad de los precedentes, se advierte su intensa y correcta inserción en los distintos aspectos del proceso: i) art. 482, procedencia del recurso extraordinario provincial, “cuando se cuestione la interpretación de la ley o plexo jurídico, siempre que ésta hubiere influido sustancialmente en la resolución y fuere contraria a la línea de precedentes vigente”; ii) art. 484 c) tratamiento del “caso intrascendente con importancia como precedente”; iii) art. 489. “Deber de resolución positiva. Excepción. Cuando el Superior Tribunal de Justicia estimare que la sentencia impugnada ha violado o aplicado erróneamente la ley o precedente o ha quebrantado las formas, admitirá el recurso extraordinario y resolverá positivamente el caso”; iv) art. 20, conciliación y art. 533, audiencia preliminar, dar a conocer los precedentes en la exploración de la posibilidad de acuerdos; v) art. 61, e) y f), 430 y 431, deber de juezas y jueces de motivar adecuada y razonablemente aplicando, entre otras fuentes, los precedentes, con expresa indicación de fundamentar la aplicación o no del precedente al caso ; vi) art. 259, e), dentro del contenido de la demanda, la parte debe señalar las reglas jurídicas y precedentes vinculados al caso; vii) en la tutela de evidencia (art. 317) se determina su procedencia cuando: b) **Existan precedentes vinculantes consolidados** –el resaltado es agregado, ver más adelante;- viii) (art. 342) los asimila a la ley, ya que el derecho y precedentes nacionales y de organismos del sistema interamericano o universal de derechos humanos se reputan conocidos y no deben ser probados, bastando su mera invocación; ix) en el art. 465, recurso de apelación, la crítica puede fundarse en que la sentencia hubiere sido dictada en oposición a un precedente vigente (aparatado b) y, por ello, puede decretarse la inadmisibilidad cuando existan precedentes directamente aplicables al caso (art. 466, c)); x) se dispone la eximición de caución en las medidas cautelares cuando exista un precedente en la materia (art. 585).

El centro de las reglas de aplicación parece estar dado por el Título Preliminar, principios y reglas fundamentales, XXI: “La jueza o el juez debe atender el precedente o regla decisoria vigente en relación al conflicto. Cuando la jueza o el juez se aparte del mismo, deberá exponer fundada y razonablemente los elementos y fundamentos de hecho, probatorios y jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos.”;

Y por los arts. 438 y 439:

Uniformidad y estabilidad de la jurisprudencia ante supuestos idénticos. Publicidad del precedente. Los tribunales deben unificar su jurisprudencia y mantenerla estable, coherente e íntegra mientras no concurra una alteración de las circunstancias que la generó. El precedente se conformará en la forma establecida y según los presupuestos que fije el Superior Tribunal de Justicia. Cumplidos tales recaudos los tribunales elaborarán los sumarios o enunciados que constituyan un precedente para su debida individualización y publicación. Los tribunales darán publicidad a sus precedentes por todos los medios apropiados para su fácil anoticiamiento, organizando su individualización por la cuestión jurídica específica resuelta. Las partes y los juzgadores deberán atenerse a las circunstancias fácticas, probatorias y jurídicas que conforman la regla decisoria del precedente.

Art. 439. Carácter del precedente. Excepción. Los jueces y juezas observarán:

- a) Las decisiones del Superior Tribunal de Justicia en materia de control de constitucionalidad y convencionalidad.
- b) Los sumarios o enunciados de los precedentes que se hayan establecido y que fueran suficientemente publicitados.
- c) Las sentencias recaídas en la resolución de demandas colectivas, repetitivas y en el juzgamiento de impugnaciones extraordinarias.
- d) La orientación y sentido de la decisión establecida en un precedente.

La alteración de la tesis jurídica adoptada en un precedente o en el juzgamiento de casos repetitivos podrá estar precedida de audiencias públicas y de la participación de personas, órganos o entidades que puedan contribuir para la reedición de la controversia que generara dicha tesis, especialmente en aquellos que involucran la afectación del interés público. La modificación de un precedente exigirá una fundamentación adecuada y específica, que haga mérito de nuevos elementos de hecho, probatorios, jurídicos o argumentales.”

Encuentro que el sistema de precedentes no aparece hilvanado con los fallos de la CSJN y con las sentencias de la CIDH, aún cuando se menciona su obligatoriedad. Sino que, a simple vista, parece que es necesaria la validación por el Superior Tribunal de Justicia (art. 439, a).

Debería indicarse qué tipo de precedentes de la CSJN resultarían de seguimiento obligatorio, concretamente aquellos que resuelven materias federales, sea por REF por cuestión federal o por la vía de la interpretación arbitraria contraria a una interpretación válida en términos constitucionales.

No queda claro a qué se refiere “precedentes vinculantes consolidados”, parecería ser una categoría que no ha sido definida como tal. Es decir, qué es lo que determina que exista un precedente? Eso no ha sido definido. No lo veo mal, aunque evitaría las referencias a la “consolidación” como si se tratara de precedentes con mayor obligatoriedad que otros.

Luego las otras líneas de trabajo en relación a los precedentes, entiendo que no necesariamente tienen que estar legisladas, sino incluso es mejor que sean elaboradas por los propios operadores, como qué es lo que constituye el holding, el efecto prospectivo, etc.

ARTS. 430 A 437 – SANTA FE

Proyecto de Código General de Procesos de la Provincia de Chubut

Análisis Capítulo II – Deber de motivación adecuada (arts. 430 a 437).

Al decir de Couture, *“como acto, la sentencia es aquel que emana de los agentes de la jurisdicción y mediante el cual deciden la causa o punto sometidos a su conocimiento. Como documento, la sentencia es la pieza escrita, emanada del tribunal, que contiene el texto de la decisión emitida”*. Así, la sentencia constituye un acto de trascendental importancia en el proceso, que pone fin al mismo y que implica tareas de valoración, razonamiento y análisis por parte del juez, para conducir los hechos y pruebas presentados por las partes, hacia una decisión que resuelva el conflicto planteado. Y por este motivo, la fundamentación que haga el juez de su decisión, debe ser adecuada, coherente, lógica, de forma que permita a las partes comprender el razonamiento que lo ha llevado a ello. Esto se traduce en el deber de motivación adecuada que pesa sobre el juez.

Se puede conceptualizar a grandes rasgos al deber de motivación adecuada como el deber que tiene el magistrado de explicar a las partes por qué ha resuelto de determinada manera la causa

sometida a su conocimiento, es decir, dar las razones lógicas que lo han llevado a decidir de la forma en la que lo hizo.

El Proyecto bajo análisis desarrolla minuciosamente a partir del art. 430, el deber de motivación adecuada, estableciendo que el mismo se constituye como un deber del juez, un derecho de las partes y una garantía para el sistema democrático, en consonancia con la ideología reinante en el texto.

Se enlaza en el ideario sentado por el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, que busca sacar al proceso tradicional de su estancamiento y adecuarlo a la realidad social y jurídica, “modernizarlo”, agilizarlo, proponiendo opciones respecto a puntos claves, sin que pierda con ello transparencia o seriedad, ni el objeto principal: hacer justicia.

Primariamente, el Proyecto desarrolla detalladamente lo que comprende la motivación adecuada, estableciendo reglas y explicando el alcance de las mismas, como el respeto al principio de congruencia o el respeto a la jerarquía normativa, teniendo siempre como norte la protección de los derechos en juego, la tutela de los grupos vulnerables, la equidad y la comprensión por parte de los interesados. Al mismo tiempo, establece una serie de prohibiciones que se condicen con el artículo anterior, reforzando el criterio de lo que supone la motivación adecuada.

Es importante destacar la importancia que se le asigna a este deber, al punto de pormenorizar sus alcances de forma detallada.

Asimismo, incorpora el deber de motivación calificada en los procesos colectivos. En consonancia con ello, señala el Dr. Francisco Verbic *“La experiencia jurisprudencial de los últimos años ha dejado claro que, en la dinámica del poder público, estos procesos colectivos operan como un instrumento para controlar y desafiar directamente a la autoridad estatal. En esta faceta de su relación con el Estado (...) las vías judiciales colectivas actúan como una verdadera herramienta de participación ciudadana en el control de la cosa pública y como un canal de acceso al diálogo institucional de ciertos grupos desaventajados que buscan tutelar derechos vulnerados por acciones u omisiones estatales. Grupos que, por razones de diversa índole, muchas veces no encuentran espacios adecuados para la discusión y resolución de sus problemas en la órbita de los poderes mayoritarios (...) En este contexto, entiendo que el deber de los jueces de motivar las sentencias colectivas -muy especialmente aquellas que resuelven la constitucionalidad de leyes y actos administrativos que avanzan determinadas políticas públicas- tendría que ser un deber calificado. Debería implicar el desarrollo de una motivación que permita justificar adecuadamente la intervención del Poder Judicial en la resolución de asuntos colectivos. Esa intervención sólo podrá “satisfacer la pretensión de legitimidad del derecho” si se produce por medio de decisiones consistentes y racionalmente aceptables. Y a fin de lograr este tipo de decisiones resulta esencial que la motivación de la sentencia sea lo suficientemente profunda, seria y coherente para enfrentar con éxito la “objeción contramayoritaria” que usualmente se esgrime en el discurso público para mermar la legitimidad política de las*

decisiones del Poder Judicial (<https://classactionsargentina.com/2014/02/27/deber-calificado-de-motivacion-para-las-sentencias-colectivas/>)

En este sentido, el Proyecto se alinea al desarrollo incesante que se advierte en países de Latinoamérica, que han comenzado a regular los procesos colectivos, por la importancia que hoy tienen éstos en el escenario social, y que justifica la calificación de la motivación que deben acreditar a los efectos de que las decisiones obtengan la legitimidad deseada.

Asimismo avanza y regula sobre el cumplimiento de las sentencias que versen sobre procesos colectivos que involucren cuestiones de políticas públicas, fijando la obligación al Estado de informar acerca del cumplimiento cuando la resolución sea favorable al colectivo afectado. Esto se condice con el ideario del dictado de sentencias y tutelas efectivas, en las que haya una planificación y control del cumplimiento para que la resolución del caso no quede solo en letra muerta plasmada en un documento.

El Proyecto también se ocupa de establecer estándares a ponderar en la resolución de conflictos que involucren derechos fundamentales y establece reglas en materia de presunciones legales y judiciales.

Finalmente, se fija el deber de corrección previo a la notificación de la sentencia, siempre que la enmienda no altere lo sustancial de la decisión, en consonancia con el principio de economía procesal.

En definitiva, se trata de un proyecto de vanguardia, que se alinea a los avances legislativos que se vienen desarrollándose en países de Latinoamérica, tales como Brasil, que promueve decisiones efectivas y que gocen de legitimidad. Implica un cambio de paradigma en cuanto al proceso tradicional -por lo que considero que puede generar resistencia por parte de algunos sectores más conservadores-, pero que se ajusta a los principios sentados en el Programa Justicia 2020, buscando actualizar, optimizar y mejorar el proceso judicial.

ARTS. 440 A 441 – SANTA FE

Análisis de la regulación de la Cosa Juzgada en el Proyecto de Código General de Procesos de Chubut.

Comisión de Jóvenes Procesalistas, Santa Fe.

Diaz Alvarez, Nicolas V. Julián.

Art. 440. Cosa juzgada subjetiva y material. *La sentencia firme adquiere la cualidad de cosa juzgada respecto de las partes y terceros interesados que fueran citados para participar del proceso, sea que hayan participado o no en él.*

Se denomina cosa juzgada material la autoridad que adquiere lo decidido por resultar inimpugnable e inmutable.

Art. 441. Sentencia y cosa juzgada colectiva subjetiva. *La sentencia dictada en un proceso colectivo, tanto si hiciere lugar o si rechazare la pretensión, así como el acuerdo transaccional debidamente homologado, deberá incluir una descripción precisa del grupo involucrado. La decisión hará cosa juzgada, sea esta favorable o desfavorable para los intereses del grupo, siempre que sus miembros hayan sido adecuadamente representados.*

Se considerará que no existió representación adecuada, entre otros supuestos, en los casos de rechazo de demanda por ausencia de ofrecimiento o producción de pruebas o en la omisión de hechos fundamentales para el proceso, siempre que tuvieren entidad para revertir la decisión firme.

Quien pretenda discutir la oponibilidad o validez de la sentencia o acuerdo transaccional pasado en autoridad de cosa juzgada, deberá hacerlo por vía autónoma ante un juez distinto al que dictó la decisión y demostrar que el defecto en la calidad o ejercicio de la representación tuvo una influencia determinante en el resultado adverso del proceso. Asimismo, la decisión no tendrá eficacia sobre aquellos que hubieran solicitado su exclusión en los supuestos de derechos individuales homogéneos. En la sentencia deberán individualizarse los nombres de las personas que hubieran solicitado oportunamente su exclusión.

1. Alcance subjetivo de la sentencia firme.

El Título II de la Sección V (“Resoluciones Judiciales), del Libro Tercero (“Actos Procesales”) de la “Parte Primera” del Proyecto contiene dos capítulos destinados a regular los “efectos” de las resoluciones judiciales. El Primero de esos capítulos está destinado a la “Cosa Juzgada”. En dicho capítulo se regula la “cosa juzgada subjetiva y material” y se establece una detallada regulación de su alcance en los procesos colectivos.

Se comienza por establecer que la sentencia firme adquiere la cualidad de cosa juzgada respecto de las partes y terceros interesados que fueran citados para participar del proceso, sea que hayan participado o no en él.

La conocida regla general que consagra la vinculación subjetiva a las partes en el proceso (*res judicata inter alios*) en el proyecto se encuentra precisada con la aclaración de que la cosa juzgada se extiende incluso a terceros interesados (en el resultado del proceso), siempre que los mismos “fueran citados para participar en el proceso, sea que hayan participado o no en él”.

Sin embargo, señala Teresa Armenta Deu, con referencia al ordenamiento procesal español, que a veces la cosa juzgada se extiende más allá de las partes en supuestos específicos (herederos y causahabientes) o “erga omnes” (estado civil, filiación).”³⁴⁰³⁴¹

2. Definición de cosa juzgada “material”.

Se entiende tradicionalmente que la cosa juzgada formal es ejecutable e irrecurrible, mientras que la material es además inmodificable. Así, el proyecto establece que “*Se denomina cosa juzgada material la autoridad que adquiere lo decidido por resultar inimpugnabile e inmutable*”. Esta inmutabilidad, sustentada en razones de seguridad jurídica, cuando entra en conflicto con la justicia³⁴² intrínseca de la decisión, plantea inevitablemente el tema de la “relativización” o flexibilización de sus efectos.³⁴³

Así se ha evolucionado paulatinamente desde una inmutabilidad a ultranza a una inmutabilidad que persiste salvo que se den determinados supuestos que siempre serán excepcionales. El proyecto incluye una regulación de la cosa juzgada irritante, lo cual es muy oportuno, a los fines de mantener incólumes ambos valores: justicia y seguridad, de manera tal que se evita la “injusticia extrema” y a la vez —mediante una regulación específica de los supuestos de procedencia de la acción de revisión— se evita la prolongación ad *infinitum* de los pleitos (lo cual no es políticamente práctico ni conveniente). Remitimos al análisis específico de las vías de revisión de la cosa juzgada.

3. Juicios colectivos.

El proyecto regula la cosa juzgada y la representatividad adecuada en los juicios colectivos. En esto siempre cabe destacar la importancia de los tempranos avances legislativos brasileños manifestados en: la Constitución de 1988 que regula el *mandato de segurança coletivo* (similar a nuestro amparo colectivo introducido en la Constitución de 1994), el Código del Consumidor, entre otros.³⁴⁴

³⁴⁰ DEU, Teresa Armenta. Cosa juzgada y acciones colectivas en el ordenamiento procesal civil español. CARBONELL PORRAS (directora) y CABRERA MERCADO (coordinador) Intereses colectivos y legitimación activa, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

³⁴¹ El art. 222, inciso 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española (Ley 1/2000, disponible en forma actualizada en el sitio web oficial <https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1/con>) concretamente establece: “La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley. En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacitación y reintegración de la capacidad la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil. Las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubieren litigado.”

³⁴² Seguridad y justicia no deben contraponerse sino complementarse.

³⁴³ BERIZONCE, Roberto Omar. La relatividad de la cosa juzgada y sus nuevos confines. Revistas ICDP, 2012, vol. 38, no 38.

³⁴⁴ MORELLO, Augusto. El proceso civil colectivo. THĒMIS-Revista de Derecho, 1994, no 30, p. 261-270.; CAPPELLETTI, Mauro “O acesso dos consumidores a Justiça”. En: Revista de Processo, Sao Paulo, 1991, n 62, pp. 205-220.

Luego de la incorporación de los derechos de incidencia colectiva a la Constitución Nacional y no obstante la escasa regulación formal del tema, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante “CSJN”) ha dictado diversas sentencias que permitieron clarificar algunas cuestiones y avanzar en pos de un mecanismo de discusión colectivo que involucre mucho más que las escasas previsiones contenidas en las Leyes 24.240 y 25.675.

La sentencia dictada por la mayoría de la CSJN en la causa “Halabi”³⁴⁵ denuncia en el considerando (en adelante “C”) 12 la morosidad del Congreso de la Nación en regular las que denomina acciones de clase,⁹ incorporadas por la reforma de 1994 al último párrafo del art. 43 de la CN y reconoce que la garantía allí consagrada es operativa. En este sentido, destaca que “donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido”, con cita de los casos “Siri” y “Kot”.

“Halabi” representa, según sostiene la CSJN en sus considerandos, *“la primera oportunidad en la que se delinear los caracteres de la acción colectiva que tiene por objeto la protección de derechos individuales homogéneos”*. De esta afirmación se deduce la importancia del caso, sin perjuicio de fallos precedentes de la corte sobre la temática: “Mendoza I” (causa M.1569.XL, sentencia del 20/06/06), “Asociación de Superficiarios de la Patagonia I” (causa A.1274.XXXIX, sentencia del 29/08/06), “Defensoría del Pueblo” (sentencia del 31/10/06), “Mujeres por la Vida” (causa M.970.XXXIX, sentencia del 31/10/06), “Mendoza II” (causa M.1569.XL, sentencia del 08/07/08), “Asociación de Superficiarios de la Patagonia II” (causa A.1274.XXXIX, sentencia del 26/08/08).

3.1. Representatividad adecuada. Cosa juzgada tanto si se hiciera lugar o si rechazare la pretensión.

“[L]a eficacia de las garantías sustantivas y procesales debe ser armonizada con el derecho ejercicio individual de los derechos (...) Debe existir una interpretación armónica con el derecho a la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien sea perjudicado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha participado”.³⁴⁶

En términos generales el mecanismo de acciones de clase vigente en los EEUU habilita la posibilidad de que una persona se autonomine representante de un grupo de sujetos que comparte su misma situación de hecho o de derecho, y que –en tal carácter- litigue en sede judicial conflictos ajenos sin contar para ello con la expresa autorización de los integrantes del tal grupo. Los efectos de la sentencia que se dicte en ese proceso (he aquí una nota fundamental para el desarrollo que sigue) adquieren cualidad de cosa juzgada para el representante y todos los

³⁴⁵ “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, causa H. 270. XLII, sentencia del 24/02/09. Integraron la mayoría los Ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni. Pretracchi, Argibay y Fayt firmaron disidencias parciales.

³⁴⁶ Halabi, considerando 12.

miembros del grupo, sin importar si el resultado obtenido es favorable o desfavorable (whether favorable or not to the class).³⁴⁷

En el sistema norteamericano, la Federal Rule of Civil Procedure (FRCP) 23, establece ciertas condiciones para que una acción pueda ser “certificada” por el juez como colectiva (esto es, para que pueda ser admitida en cuanto tal). La primera condición finca en que se encuentren reunidos en el caso, y debidamente acreditados, los cuatro prerequisites explícitamente establecidos en la FRCP 23(a). La segunda condición es que el conflicto encuadre en algunas de las hipótesis previstas en la FRCP 23(b). Es entre aquellos prerequisites del apartado (a) donde encontramos la exigencia de que los representantes protejan justa y adecuadamente los intereses de la clase [fairly and adequately protect the interests of the class, FRCP 23(a)(4)]. La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos reconoció hace ya muchos años la raíz constitucional de la referida exigencia de protección justa y adecuada de los intereses del grupo.³⁴⁸

Por todo ello, justa y oportuna es la especificación que realiza el Proyecto que estamos analizando dado que establece que “[s]e considerará que no existió representación adecuada, entre otros supuestos, en los casos de rechazo de demanda por ausencia de ofrecimiento o producción de pruebas o en la omisión de hechos fundamentales para el proceso, siempre que tuvieren entidad para revertir la decisión firme.”. De esta forma se pretenden evitar conductas negligentes o fraudulentas durante el proceso colectivo, que perjudiquen indebidamente a una persona, vulnerando sus garantías procesales constitucionales, al alcanzarle una cosa juzgada que le es desfavorable.

3.2. Mora legislativa, labor regulatoria de la C.S.J.N y proyecto Justicia 2020.

En oportunidad de fallar el precedente M.1145.XLIX “Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión S.A. s/ amparo”, sentencia del 23 de septiembre de 2014, la CSJN advirtió la existencia de un incremento de causas colectivas con idénticos o similares objetos en diferentes tribunales del país y destacó que esta circunstancia, además de acarrear un evidente dispendio jurisdiccional, genera el riesgo cierto de que se dicten sentencias contradictorias y de que las decisiones que recaigan en uno de los procesos hagan cosa juzgada respecto de las planteadas en otro. En consecuencia, creó —mediante acordada 32/2014— un Registro Público de Procesos Colectivos para el Poder Judicial de la Nación.

Luego, mediante acordada 12/2016, la Corte aprueba el REGLAMENTO DE ACTUACIÓN EN PROCESOS COLECTIVOS, lo cual configura una regulación destinada principalmente al problema de los procesos colectivos en relación al tiempo, estableciendo un sistema de preferencia temporal y definiendo los criterios para unificar la dirección del trámite en la sede del tribunal que hubiera prevenido.

³⁴⁷ OTEIZA, Eduardo; VERBIC, Francisco. La corte Suprema Argentina regula los procesos colectivos ante la demora del Congreso. El requisito de la representatividad adecuada. En Revista de Processo. 2010. p. 283.

³⁴⁸ “Hansberry Vs. Lee”, 311 U.S. 32 (1940).

En mayo de 2018 se había dado a conocer un borrador de Anteproyecto de Ley de Procesos Colectivos en el marco del programa Justicia 2020 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. En su artículo 22, preveía los requisitos que deben cumplirse para tener por configurada la clase en los procesos referidos a derechos individuales homogéneos; así: “d) que la escasa significación económica de las sumas disputadas, individualmente consideradas, permita suponer que el costo que insumiría a cada persona accionar en forma particular resultaría muy superior a los beneficios que derivarían de un eventual pronunciamiento favorable”. A continuación, afirma que: “este requisito no es exigible cuando se encuentre afectado el derecho de grupos que por mandato constitucional son objeto de preferente tutela por su condición de vulnerabilidad”.

3.3. Acción autónoma de inoponibilidad o invalidez de la cosa juzgada colectiva.

El art. 441 del Proyecto analizado establece que “[q]uien pretenda discutir la oponibilidad o validez de la sentencia o acuerdo transaccional pasado en autoridad de cosa juzgada, deberá hacerlo por vía autónoma ante un juez distinto al que dictó la decisión y demostrar que el defecto en la calidad o ejercicio de la representación tuvo una influencia determinante en el resultado adverso del proceso.”.

Es una verdadera “válvula de escape” a la cosa juzgada colectiva, en el sentido de que autoriza su revisión, la cual no solo procede en los mismos supuestos establecidos para las sentencias individuales, sino que las hipótesis de procedencia se amplían. En este sentido, podríamos parafrasear a Berizonce³⁴⁹ y decir que si la cosa juzgada individual es “relativa”, la cosa juzgada colectiva lo es un poco más. En efecto, se establece que la misma se podrá efectuar mediante la invocación de un defecto en la representación determinante en el resultado del proceso colectivo.

No se trata aquí de la representatividad suficiente que debe tener el legitimado, la cual se controlará desde la demanda, sino que el proyecto habla de los casos de defectos en la representación (concepto muy distinto de la representatividad adecuada), la cual no puede ser controlada sino hasta una vez recaída la sentencia.

3.3.1. Defecto en la calidad o ejercicio de la representación

Nos preguntamos a qué clase de defecto hace referencia el texto del proyecto al decir “calidad” o “ejercicio”. Creemos que, en definitiva, más allá del significado lingüístico y la exégesis de cada palabra, el juez debe valorar el planteo de revisión con una mirada global. El juez debe ponderar la admisibilidad de la demanda autónoma de revisión de cosa juzgada colectiva ponderando valores de índole jurídico y político-práctico³⁵⁰.

³⁴⁹ BERIZONCE, Roberto Omar. La relatividad de la cosa juzgada y sus nuevos confines. Revistas ICDP, 2012, vol. 38, no 38.

³⁵⁰ No se puede prolongar *ad infinitum* un litigio, bajo el único pretexto de la injusticia de la sentencia. En efecto, la justicia (concepto de por más subjetivo) se concretiza también con la cosa juzgada (expresión directa de la seguridad jurídica, valor —de menor jerarquía—

Creemos que se encuentra involucrado el *derecho a una defensa técnica eficaz*, en tanto se habla de la “calidad” de esa representación. Sin embargo, no se alcanza a entender si el defecto en el “ejercicio” está referido a un sinónimo de “calidad” (pudiendo en tal caso eliminarse el vocablo del proyecto, por ser banal o meramente decorativa la repetición) o si se trata de algún tipo de conducta distinta (como podría ser una conducta fraudulenta por parte del representante, lo cual tampoco nos parece convincente porque bastaría en tal caso la regulación de la cosa juzgada irrita —art. 442 y concordantes del proyecto—).

Lo que sí nos consta es que no se puede utilizar esta acción para atacar vicios que quedaron subsanados por la preclusión de etapas procesales. Nos referimos a que con “defecto de representación” no se hace referencia a defectos de personería, legitimación o representatividad, dado que son elementos cuyo debate concluye con la presentación de la demanda y su contestación.

No es que afirmamos que el control de la calidad de la representación se pueda hacer única y exclusivamente luego de la sentencia, sino que creemos que, si bien es factible en ciertos casos muy evidentes su control durante el juicio, planteamos que el proyecto implícitamente extiende la oportunidad para denunciar una representación defectuosa en su calidad hasta después de la sentencia (mediante acción autónoma). Esto tiene sentido porque la más de las veces se dificultaría mucho dilucidar si se trata de una imprudencia o impericia del representante o forma parte de su estrategia en el proceso. Ello no se puede saber con certeza sino hasta una vez recaída la sentencia.

3.3.2. Resultado adverso y su relación directa con el defecto de representación.

No basta alegar un defecto de representación (en su calidad o “ejercicio”), sino que es menester justificar su inmediata injerencia en el resultado, que *“tuvo una injerencia determinante en el resultado adverso del proceso”*.

En definitiva creemos que esta acción autónoma regulada tiene mucho sentido, y encuentra su justificación en la gravedad de los efectos de un proceso colectivo y en tal sentido volvemos a insistir en la afirmación de la CSJN: “[l]a eficacia de las garantías sustantivas y procesales debe ser armonizada con el derecho ejercicio individual de los derechos (...) Debe existir una interpretación armónica con el derecho a la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien sea perjudicado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha participado”.³⁵¹

Esa ponderación de valores (defensa en juicio y derecho de ejercicio individual de derechos) debe ser efectuada por todo juez al momento de decidir la admisibilidad de una demanda autónoma de revisión de cosa juzgada colectiva por defecto de representación.

Bibliografía.

³⁵¹ Halabi, considerando 12.

- DEU, Teresa Armenta. Cosa juzgada y acciones colectivas en el ordenamiento procesal civil español. CARBONELL PORRAS (directora) y CABRERA MERCADO (coordinador) Intereses colectivos y legitimación activa, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- BERIZONCE, Roberto Omar. La relatividad de la cosa juzgada y sus nuevos confines. Revistas ICDP, 2012, vol. 38, no 38.
- MORELLO, Augusto. El proceso civil colectivo. THĒMIS-Revista de Derecho, 1994, no 30, p. 261-270.; CAPPELLETTI, Mauro “O acesso dos consumidores a Justiça”. En: Revista de Processo, Sao Paulo, 1991, n 62, pp. 205-220
- OTEIZA, Eduardo; VERBIC, Francisco. La corte Suprema Argentina regula los procesos colectivos ante la demora del Congreso. El requisito de la representatividad adecuada. En Revista de Processo. 2010. p. 283.

Sección VI Medios Impugnación, Control y Corrección³⁵²

Título II Impugnación Ordinaria.

Capítulo I Recurso Revocatoria

Art. 459. Procedencia. El recurso de revocatoria procede contra providencias simples y sentencias interlocutorias que no sean equiparables a definitiva, a fin de que el juez o tribunal que la haya dictado pueda modificarla por contrario imperio. También procede respecto de sentencias definitivas cuando el motivo de agravio trate sobre imposición de las costas o sobre la regulación de honorarios y en todos aquellos supuestos en los que no sea susceptible de ser atacada por vía del recurso de apelación. Si el recurso fuese manifiestamente inadmisibile, el tribunal del recurso que corresponda lo rechazará sin más trámite.

Art. 460. Procedimiento. Jueza o Juez del recurso. Plazo. El recurso de revocatoria debe interponerse en la audiencia o dentro del plazo de cinco (5) días desde la notificación, según se trate de resoluciones dictadas en audiencia o fuera de ella. En ambos casos se interpondrá fundadamente ante el mismo juez que haya dictado la resolución a fin de que se la revoque por contrario imperio. El recurso de revocatoria deducido en contra de providencias dictadas de oficio o a pedido de la misma parte que recurre, será resuelto sin sustanciación por el mismo juez o jueza que dictó la resolución impugnada. Cuando el recurso de revocatoria sea interpuesto en contra de una providencia simple que fue dictada a petición de la parte contraria, o en contra de una sentencia interlocutoria, o de una sentencia definitiva en los supuestos taxativamente indicados como pasibles de ser impugnados por vía del recurso de revocatoria, siempre previa sustanciación, será resuelto por un juez distinto de aquel que dictó la resolución impugnada. El juez de la impugnación, en este caso, será aquel que la reglamentación del Superior Tribunal determine. Cuando la resolución dependiera de hechos controvertidos susceptibles de prueba, el juez podrá

³⁵² María de los Milagros De la Torre.

imprimir al recurso de revocatoria el trámite de los incidentes. El recurso propuesto en audiencia, con o sin previa sustanciación con la parte contraria según sea el caso, deberá ser resuelto de forma verbal e inmediata durante la misma. Cuando hubiese sido deducido y sustanciado de modo escrito, el juez o tribunal analizará la conveniencia de resolver de modo escrito u oral, valorando a tal fin la existencia de una próxima audiencia programada, si lo planteado es determinante para la prosecución célere y ordenada del trámite, si se admitió prueba o circunstancias afines. Si se optase por resolver el recurso interpuesto de modo escrito, se lo deberá hacer dentro del plazo de cinco (5) días de contestado el traslado al recurso o de fenecido el plazo para hacerlo.

Introducción: Durante el desarrollo del proceso se dictan providencias y resoluciones que pueden ocasionar perjuicio a cualquiera de las partes. En consecuencia, para evitar dilaciones innecesarias del pleito con eventuales apelaciones que no se resuelven inmediatamente e implican gastos y dispendios jurisdiccionales existen remedios que le asisten a las partes e inclusive a los propios Magistrados para “revisar” las decisiones jurisdiccionales.

A priori debemos aclarar que el recurso que se encuentra bajo análisis forma parte de aquellos medios de impugnación considerados como “ordinarios”, en virtud que permiten atacar cuestiones vinculadas con errores de juzgamiento o por vicios de procedimiento ³⁵³.

Concepto: En sentido técnico, el recurso de revocatoria es aquel presentado por cualquiera de las partes ante el mismo órgano que dictó un acto -inclusive puede el Tribunal actuar de oficio-, para que sea éste el que lo revoque por contrario imperio, es decir que el recurso se interpone y es resuelto por el mismo órgano que originó el acto impugnado.

Por esta vía se pretenden subsanar los errores que pueden adolecer los actos emanados del Tribunal para que él mismo los deje sin efecto.

Cabe decir que este recurso tiene diversas terminologías, tales como “recurso de reposición”, “recurso de revocación” y/o “recurso de reconsideración” y puede ser interpuesto en cualquier instancia.

Finalidad: Basándonos en los principios de celeridad y economía procesal que deben regir el proceso, la finalidad de este recurso es que el mismo órgano que dictó la providencia y/o resolución recurrida, la revise y -de corresponder- corrija su error evitándose las demoras innecesarias que ocasionarían eventuales apelaciones.

Sujetos legitimados: el Magistrado de oficio o a pedido de cualquiera de las partes que se sientan agraviadas con la decisión jurisdiccional.

Si quien lo interpone es una de las partes, es menester que el acto que se ataque le cause

³⁵³Mientras que aquellos recursos llamados “extraordinarios en cambio, se refieren a los casos en los que los errores mi procedendo o in iudicando se refieren a motivos específicos relacionados con cuestiones de Derecho federal, quedando fuera las cuestiones de hecho y aún de derecho, si no contradicen principio constitucional. Tienen carácter excepcional y restrictivo” (Roland ARAZI, Mabel DE LOS SANTOS “Recursos ordinarios y extraordinarios en el régimen procesal de la Nación y de la Provincia de Buenos Aires” 1ra, Edición, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2005, p.48)

un perjuicio o agravio al recurrente (reparable o no), ya que el objetivo es sencillamente lograr la revocación o modificación de la disposición a través de la interposición del recurso.

Procedencia: La norma es clara en lo atinente a cuáles son las decisiones jurisdiccionales sobre las que procede o es viable la interposición de este recurso y éstas son: a) ***contra providencias simples*** aquellas que se dictan en el transcurso del proceso y son utilizadas para organizar y anotar a las partes el desarrollo del mismo³⁵⁴ y ***sentencias interlocutorias que no sean equiparables a definitiva***; por ejemplo aquellas que resuelven cuestiones incidentales; b) ***sentencias definitivas cuando el motivo de agravio trate sobre imposición de las costas o sobre la regulación de honorarios***: En este punto debemos destacar que la revocatoria no procede contra sentencias definitivas³⁵⁵ por ello la excepción a la regla es que se admitirá éste recurso en sentencias definitivas sólo cuando ésta impugnación verse sobre las costas impuestas o la regulación de honorarios. También procede la revocatoria contra c) ***todos aquellos supuestos en los que no sea susceptible de ser atacada por vía del recurso de apelación***. Citamos a modo de ejemplo las decisiones que se adopten durante las audiencias, ya que sólo serán susceptibles de ser atacadas por vía del recurso de revocatoria, con excepción de las que le pongan fin al proceso o impidan su continuación, que podrán ser impugnada mediante el recurso de apelación³⁵⁶. Tampoco pueden ser atacadas por vía de apelación aquellas sentencias recaídas en procesos que cuenten con la posibilidad que se promueva otro posterior sobre el mismo objeto, por la misma causa y entre las mismas partes. Así como tampoco procede la apelación en relación a imposición de las costas, regulaciones de honorarios o sanciones disciplinarias³⁵⁷.

Término para su interposición: El recurso puede interponerse oralmente o por escrito. En el primero de los casos deberá impugnarse durante la realización de la audiencia y será resuelto en la misma.

En el supuesto de sustanciarse por escrito, el plazo para atacar la providencia y/o resolución es de 5 días hábiles a contar desde la fecha de su respectiva notificación (conf. art. 150 de este Código)³⁵⁸. En ambos casos se deben dar fundamentos de la impugnación al Magistrado a fin que la revoque.

Trámite: efectuada la impugnación -dentro de los términos ut supra señalados-, debemos hacer la distinción por un lado, que tipo de acto se impugna y por el otro la forma en que se lo

³⁵⁴ Art. 160 CPCCN; “Las providencias simples sólo tienden, sin sustanciación, al desarrollo del proceso u ordenan actos de mera ejecución. No requieren otras formalidades que su expresión escrito, indicación de fecha y lugar, y la firma del juez o presidente del tribunal, o del secretario, en su caso”.

³⁵⁵ “Son las que el juez dicta para decidir el fondo mismo del litigio que le ha sido sometido” (Eduardo J. COUTURE, “Fundamentos del Derecho Procesal Civil” Cuarta Edición, Ed. B de F Montevideo-Buenos Aires, Buenos Aires, 2014, p.247).

³⁵⁶ Art. 450 de este Código.

³⁵⁷ Art. 464 de este Código.

³⁵⁸ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación el plazo es de tres días a contar desde la notificación -art. 239-.

ataca.

En consecuencia, si lo que se recurren son providencias dictadas de oficio o a pedido de la misma parte que impugna, no hay sustanciación previa y será resuelto por el Magistrado que dictó el acto atacado. En cambio, se tramitarán previa sustanciación y será resuelto por un Juez distinto de aquel que dictó la resolución que se desea revocar: el recurso de revocatoria contra de una providencia simple que fue dictada a pedido de la contraparte; o una sentencia interlocutoria; o de una sentencia definitiva cuando el agravio versa sobre honorarios, imposición de costas y casos que no son apelables.

Por último cuando la resolución depende de hechos controvertidos susceptibles de prueba, el Juez podrá disponer que la revocatoria se tramite como un incidente, debiendo intervenir el Magistrado que disponga la reglamentación del Superior Tribunal.

En virtud de todo lo expuesto, debemos mencionar que en el comienzo de este título indicamos que debíamos distinguir la forma que se ataca el acto.

Así las cosas, debemos hacer referencia si la revocatoria se interpone de manera oral o escrita.

En el primero de los casos, si el recurso es interpuesto durante la celebración de la audiencia deberá deducirse de inmediato durante el transcurso de la misma³⁵⁹ y luego, con o sin previa sustanciación dependiendo del caso, ser resuelto por el Juez en la audiencia.

Es menester destacar que el art. 450 de este Código dispone que sólo serán susceptibles de ser atacadas por vía del recurso de revocatoria las decisiones que se adopten durante las audiencias. Aquí se consagran los principios de celeridad, inmediación, contradicción y concentración, se deduce y se resuelve oralmente el recurso en la misma audiencia, sin tener que supeditar el dictado de la resolución respectiva a un tiempo ulterior³⁶⁰.

Mientras que por el otro lado, en el supuesto de interponerse el recurso de revocatoria por escrito, quedará a criterio del Magistrado o Tribunal analizar si la cuestión se resolverá de modo oral o escrito.

Para resolverlo dispone la norma que se valorará “a tal fin la existencia de una próxima audiencia programada”, es decir, no le impone la obligación de organizar audiencia, queda supeditado a la valoración que haga el Juez, analizando el estado de las actuaciones, el desarrollo del proceso, la admisión de pruebas a fin de dar respuesta expedita al acto que se busca impugnar así como también para evitar prolongaciones innecesarias del proceso.

Art. 461. Resolución. Efectos. La resolución que recaiga hará ejecutoria, salvo que: a) El recurso de revocatoria hubiere sido declarado inadmisibile, en cuyo caso la ejecutoriedad de lo decidido estará supeditado a que sea planteado y, eventualmente resuelto negativamente, el recurso de queja en el lugar, modo y plazo previsto para esa impugnación. b) La resolución adoptada le pusiere fin al proceso o impidiere su continuación, supuestos en los que se habilita su impugnación por apelación, vencido el

³⁵⁹Idéntico forma se establece en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en su art. 239.

³⁶⁰Cumpléndose de esta manera uno de los objetivos plasmados en las *BASES PARA LA REFORMA PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL* Programa Justicia 2020 - Capítulo X. Medios impugnativos. Objetivos en materia de medios impugnativos

plazo para plantear la apelación lo resuelto quedará firme y ejecutoriado.

La norma disipa dudas en relación a la ejecutoriedad de la resolución, en tanto que específicamente consagra que la resolución dictada se hará ejecutoria.

Hay dos excepciones y están consagradas en los inc. a) y b) del artículo bajo análisis.

El inc. a) dispone que la resolución que hace ejecutoria la revocatoria quedará supeditada al caso que previamente exista una reposición inadmisibile, la agraviada interponga queja y ésta le sea rechazada.

Mientras que en el inc. b) la ejecutoriedad depende de una resolución que ponga fin al pleito o no permita su continuación, por lo cual es susceptible de ser atacada vía apelación. En consecuencia, vencidos los plazos para su interposición, lo resuelto queda firme y ejecutoriado.-

Bibliografía

- Código General de Procesos - CRPC - Comisión de Reforma Procesal Civil y Comercial, de Familia, Laboral y Contencioso Administrativo.
- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.
- Eduardo J. COUTURE, “Fundamentos del Derecho Procesal Civil” Cuarta Edición, Ed. B de F Montevideo-Buenos Aires, Buenos Aires, 2014, p.247
- *BASES PARA LA REFORMA PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL* Programa Justicia 2020.
- Roland ARAZI (Director) y Mabel DE LOS SANTOS (Coordinadora) “*Recursos ordinarios y extraordinarios en el régimen procesal de la Nación y de la Provincia de Buenos Aires*” 1ra. Edición, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2005.

Art. 463 a 477 (Delegación CJP de Santa Fe)

Federico Sedlacek

En términos generales, se aprecia positivamente una regulación del trámite en segunda instancia, también con aplicación de oralidad, realización de audiencias, exigencia del principio de inmediación, y una mayor amplitud en la admisibilidad y producción de prueba. Ello sumado a la colocación como regla de la ejecución provisoria de la sentencia, y efectuando tutelas diferenciadas para casos que así lo ameritan, como en el Derecho de Familia.

Siguiendo con la lógica de marcar las cuestiones que podrían ser observadas, al sólo efecto de mejorar en cuanto sea posible el proyecto, se efectúan las siguientes:

Art. 463: Resulta cuestionable la incorporación de la definición conceptual del recurso de apelación, a partir de su objeto, dentro de un código procesal, ya que su definición está dada por la ciencia del Derecho Procesal, y en definitiva, por el contenido normativo que en definitiva se le dé en la regulación específica, que deberá respetar los preceptos de dicha ciencia. La definición además contiene expresiones cuestionables que podrían llegar a confusiones en los operadores

jurídicos, por ej., cuando expresa “conforme a derecho”, siendo una expresión indeterminada que hoy en día resulta arto cuestionada por la imposibilidad de diferenciar cuestiones de hecho y/o de derecho (como ha expresado la propia CSJN en “Casal”), entre otras razones. Además de lo dicho, no se sigue igual técnica legislativa para otras impugnaciones, como en el recurso de revocatoria, o de nulidad, donde no se ha dispuesto una definición de los mismos o el “objeto” de los mismos, perdiendo coherencia legislativa en ese aspecto.

Art. 464: resulta cuestionable la limitación de procedencia de la apelación en relación a imposición de las costas, regulaciones de honorarios o sanciones disciplinarias, ya que si la decisión adoptada sobre dichos tópicos causare agravio irreparable, entonces procede la apelación.

Entiendo que se ha querido dejar expresamente el criterio jurisprudencial imperante en la materia. Considerando ello, y a los fines de evitar una aplicación abusiva o tajante de lo regulado, debiera haberse expresado lo observado. A modo de ejemplo, se podría restringir la apelación a dichas cuestiones expresando además que son supuesto de “interpretación restrictiva”, pero abriendo expresamente la posibilidad a los supuestos de arbitrariedad o cuando se cause agravio irreparable (ej: o cuando lo resuelto fuere “palmariamente arbitrario”).

Art. 465: Se aprecia positivamente la introducción de pautas que colocan al apelante en la necesidad de motivar y fundamentar adecuadamente el recurso, apuntando al análisis de la necesaria interrelación que existe entre los hechos, la prueba y lo decidido por el juez, debiendo expresar en definitiva lo que el proyecto la “tesis del recurso” o la “regla del caso”. Sin dudas son normas que permiten ir introduciendo las herramientas técnicas que utiliza la teoría del precedente, sin perjuicio y más allá del punto III.b.

Art. 474: Como observación se podría manifestar que el trámite para evaluar la admisibilidad del recurso, debería efectuarse enteramente previo a la audiencia multipropósito, y no ser parte de ella. Ello, en virtud del tiempo que insume a las partes y al sistema entero de administración de justicia, realizar, convocar y asistir a una audiencia que podría terminar rápidamente y sin mayor contenido por la no admisibilidad del recurso. Resultaría de mayor provecho que dicha audiencia se efectúe con conocimiento cierto de que lo que se va a presentar y discutir es ya sobre la procedencia del recurso.

ART. 462 – SANTA FE (Berli)

Recurso de nulidad

Art. 462. Procedencia. Procedimiento. Efectos.

El recurso de nulidad procederá respecto de cualquier resolución que tenga defectos de forma, sean estos extrínsecos o intrínsecos.

Se interpondrá ante el mismo juez fundadamente en el plazo de cinco (5) días de haber conocido o podido conocer la resolución que se impugna. Se deberá sustanciar con la parte contraria por el plazo de cinco (5) días.

Su conocimiento y decisión siempre será a cargo de una jueza o juez distinto a aquel que emitió la decisión impugnada según lo determine la reglamentación del Superior Tribunal de Justicia, quien deberá expedirse en el plazo de cinco (5) días de concluida su sustanciación.

La nulidad puede fundarse en alguna o varias de las siguientes causales:

- a) La resolución hubiese sido dictada violando la congruencia decisoria, sin perjuicio de la facultad que él o la juzgadora tuviera para fallar de oficio en los casos determinados por la ley.
 - b) La sentencia contenga fundamentos o decisiones contradictorias entre sí de manera tal que la invaliden como una decisión que pueda ser considerada una derivación razonable del derecho vigente.
 - c) La omisión de algún elemento esencial que invalide la sentencia como acto jurídico.
- Declarada la nulidad de la resolución, la invalidez declarada abarca la resolución y todos sus actos consecuentes, continuando el trámite del proceso según fuera su estado, con el juez que corresponda conforme el caso.

Introducción: el recurso de nulidad y el recurso de apelación: carácter autónomo o implícito

A raíz de la clásica distinción entre vicios *in procedendo* e *in iudicando*, las vías recursivas han mostrado una doble faceta con procedimientos diferenciados para remediarlos. De esta manera, surgió el recurso de nulidad para subsanar los defectos procesales y recurso de apelación para enmendar los errores de justicia.ⁱ

En nuestro ordenamiento legal el sistema de nulidades recursivas tuvo diversas variantes. Palacios considera que han existido tres sistemas: a) autonomía del recurso de nulidad; b) los que estiman que se encuentra implícito dentro del de apelación; c) los que entienden que ambos remedios están mutuamente implícitos.ⁱⁱ

En un principio se adoptó el criterio de la autonomía del recurso de nulidad, seguido por la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1830 que disponía: “*Tiene lugar el recurso de nulidad contra las sentencias dadas con violación de la forma y solemnidad que prescriben las leyes, o en virtud de un procedimiento en que se haya incurrido en algún defecto de los que por expresa disposición de la ley anulen las actuaciones*”. En idéntico sentido se reguló el recurso de nulidad en el Código de la Capital derogado (art. 237), marcando bien la independencia y características del mismo. Declarada la nulidad de la sentencia, se reenviaban las actuaciones a otro juez de primera instancia (para eliminar el prejuzgamiento) para que emitiese una nueva sentencia (art. 240).

Más tarde, en las siguientes legislaciones europeas se prescindió del recurso de nulidad porque se pensaba que atentaba contra la economía procesal, en particular por la cuestión del reenvío.

De ahí que, esa marcada diferencia entre el recurso de nulidad y el de apelación, fue desapareciendo hasta concluir en la absorción del primero por el segundo, tendencia que siguió el Código Procesal de la Nación y que luego fueron adoptando la mayoría de las provincias, entre ellas, Chubutⁱⁱⁱ.

De esta manera, el recurso de nulidad quedó sin regulación normativa por considerarlo el legislador innecesario, dado que dentro del amplio territorio de la apelación se podían enmendar, no ya sólo los defectos de justicia, sino también aquellos que hacen a la estructura del pronunciamiento, reservándose para los vicios de forma que pudieran haberse dado en el trámite anterior a la sentencia, el incidente de nulidad.

Conforme este sistema, el recurso de apelación y nulidad se hallan vinculados por una relación de inclusión del segundo en el primero, de modo que está subordinado a todas las previsiones propias del de apelación. Si la resolución fuere irrecurrible tampoco sería, en principio, susceptible de nulidad. Tampoco resulta necesario el planteamiento expreso del recurso de nulidad, aunque esta circunstancia no exime al que apela la carga de invocar en la expresión de agravios los defectos de actividad que a su criterio afecten la sentencia, pues en el caso contrario, aquellos quedan convalidados.

Por último, hay ordenamientos como el santafesino que consideran que cada uno, es decir el recurso de nulidad y el de apelación, “*lleva implícito al otro*” pero “*la alzada no se pronunciará sobre el no deducido a no ser que el recurrente lo solicite en el curso de la instancia*” (art. 361 del Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe y del Anteproyecto de Reforma del año 2018).

En lo que concierne a la regulación del recurso de nulidad en el presente Anteproyecto, se puede observar una marcada diferencia con el resto de los ordenamientos procesales vigentes en el país, pues parece que se ha optado por darle valor no sólo a su autonomía conceptual, sino funcional (regulación propia, plazos diferenciados).

Concepto y objeto

En un sentido amplio, comprensivo de todas las modalidades que asume en los distintos ordenamientos procesales del país, el recurso de nulidad puede definirse como el medio de invalidar tanto resoluciones judiciales como actos procesales anteriores a ellas que no reúnen los requisitos necesarios para la obtención de su finalidad.

En un sentido restringido, el recurso de nulidad es un medio de impugnación de las resoluciones judiciales, que procede cuando éstas adolecen de vicios o defectos de forma o construcción que la descalifican como acto jurisdiccional.

Su admisibilidad se halla circunscripta a las impugnaciones dirigidas con relación a los vicios procesales que pudieran afectar a alguna resolución judicial *en sí misma*, quedando por lo tanto excluidas aquellas irregularidades de que adolezcan los actos procesales que precedieron a su pronunciamiento. Así, mientras el incidente de nulidad pretende la anulación de cualquier acto procesal, una resolución judicial solamente se puede anular mediante recurso de nulidad, respecto de la resolución en sí misma.

En otras palabras, el recurso de nulidad procede cuando la decisión o resolución se ha dictado con errores de procedimiento que afectan su validez, porque se ha violado requisitos esenciales para su formación, es decir con ausencia de requisitos que condicionan la existencia y validez del acto como jurisdiccional.

Como ya mencionáramos, la finalidad del recurso de nulidad no se dirige a lograr la revisión de una decisión judicial que se considera injusta (error in iudicando), sino a obtener la rescisión o invalidación de una sentencia en virtud de haber sido pronunciada con omisión de los requisitos de lugar, tiempo y forma establecidos por la ley. Los agravios que atañen a la cuestión de fondo debatida en la causa, consecuentemente no constituyen materia del recurso de nulidad sino del de apelación^{iv}.

Se ha dicho que el objeto inmediato del recurso de nulidad consiste en la denuncia de defectos inherentes a la actividad que supone el fallo, en tanto su objeto mediato, no es otro que, el de posibilitar una decisión ajustada a derecho, es decir, que también cumple la misión de ser una vía indirecta para asegurar la justicia del caso.

Causales de procedencia

El artículo en análisis comienza diciendo que el recurso de nulidad procede contra cualquier resolución que tenga defectos de forma (intrínsecos o extrínsecos) y luego establece tres supuestos en lo que se puede fundar el mismo.

Es amplio el repertorio de irregularidades que pueden afectar la validez de las resoluciones judiciales y que autorizan, en principio el recurso de nulidad. Tales serían por ejemplo, la falta de fecha o error en la misma que haga imposible el cumplimiento de la sentencia o modifique los efectos de las condenaciones para las partes, o que se dicte en un día inhábil, es decir incumplimiento de los requisitos de lugar, tiempo y forma; falta de firma del juez; errores en el nombre de los litigantes que imposibilita la ejecución de lo decidido.

También procede cuando: a) La decisión hubiese sido dictada violando la congruencia decisoria, sin perjuicio de la facultad que él o la juzgadora tuviera para fallar de oficio en los casos determinados por la ley; es decir, cuando falta identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones y excepciones o defensas oportunamente aducidas, a menos que la ley otorgue facultades especiales para separarse de ellas; b) la sentencia contenga fundamentos o decisiones contradictorias entre sí de manera tal que invaliden como una decisión que pueda ser considerada una derivación razonable del derecho vigente; c) La omisión de algún elemento esencial que invalide la sentencia como acto jurídico; se trata de defectos estructurales que llevan en sí la omisión en el cumplimiento de las formalidades necesarias para que la resolución pueda ser considerada como un acto jurisdiccional válido (cuando carece totalmente de fundamentación o motivación)^v.

Resoluciones contra las que procede

En cuanto a las resoluciones susceptibles del recurso de nulidad, el Anteproyecto establece que procederá respecto de “*cualquier resolución*”.

Constituye un principio unánimemente consagrado por la legislación procesal argentina, que son susceptibles del recurso de nulidad las resoluciones apelables (sentencias definitivas, sentencias interlocutorias y providencias simples que causan gravamen irreparable, con las salvedades que respecto a estos dos últimos supuestos prevén algunos códigos).

Por su parte, el art. 464 del Anteproyecto establece que son apelables las decisiones: a) Definitivas o equiparables a tales por poner término al proceso o impedir su continuación. Se entiende por sentencia definitiva la que, aún cuando no contenga un pronunciamiento de mérito sobre el fondo del asunto o haya recaído sobre un incidente, de finiquito a la litis o haga imposible su continuación; b) Todas aquellas resoluciones que sin ser sentencia definitiva causen un gravamen que no pueda ser reparado por la sentencia definitiva posterior, sea que le pongan fin al proceso o por importar un serio y grave apartamiento del debido proceso individual o colectivo; c) En el caso de conflictos colectivos, también serán apelables, el auto de apertura del

proceso colectivo y las decisiones que resuelven acerca del mantenimiento o apartamiento del representante adecuado o el abogado de la clase.

Respecto a las decisiones que se consideran inapelables, en los modelos legislativos que mantienen la nulidad como un recurso con caracteres propios, la nulidad cobra autonomía aunque el recurso de apelación no sea admitido, porque las causales que impiden la vigencia adecuada de una resolución no pueden ser sostenidas por un prurito formal^{vi}.

Admisibilidad y trámite

Conforme a las disposiciones comunes a todos los medios de impugnación –art. 449- el derecho de impugnar una resolución corresponderá tan sólo a quien resulte legitimado para ello, siempre y cuando acredite la existencia de agravio. Se entenderá que existe agravio cuando concurren conjuntamente los requisitos de utilidad (cuando no exista otra forma de obtener lo que se aspira mediante el recurso) y necesidad (cuando de obtener el impugnante éxito en su planteo, tal resultado favorable no lo deje en la misma situación o estado jurídico en el que se encontraba antes de la interposición del recurso).

Asimismo se prevé que todos los recursos tendrán efecto no suspensivo, salvo que la ley expresamente prevea lo contrario o la jueza o juez disponga fundadamente la suspensión de los efectos del acto decisorio (art. 452).

El recurso de nulidad se interpondrá por ante el mismo juez fundadamente en el plazo de cinco días de haber conocido o podido conocer la resolución que se impugna, debiendo sustanciarse con la parte contraria por el término de cinco días. Su conocimiento y decisión siempre será a cargo de una jueza o juez distinto a aquel que emitió la decisión impugnada según lo determine la reglamentación del Superior Tribunal de Justicia, quien deberá expedirse en el plazo de cinco días de concluida su sustanciación.

Efectos

Por último, el artículo establece que declarada la nulidad, la invalidez declarada abarca la resolución y todos sus actos consecuentes, continuando el trámite del proceso según fuera su estado, con el juez que corresponda, conforme el caso.

Análisis del Código General de los Procesos³⁶¹

Teniendo en cuenta las pautas de trabajo, procedo a efectuar el análisis de los medios de control y corrección (aclaratoria y consulta) previstos en los arts. 494/497 y la suspensión del proceso regulada en los arts. 513 a 516 de idéntico cuerpo normativo.

En tal sentido, señalo que si bien se emplea un enfoque sistémico, abarcativo de la totalidad del código proyectado, se hace hincapié en el articulado referente a los institutos mencionados.

Finalmente, se aclara que el presente comentario se efectúa en base a parámetros comparativos con el actual anteproyecto de Justicia 2020, las Bases formuladas para el mismo previamente y el correspondiente estudio y/o regulación que pudiere tener en el derecho provincial tucumano, siguiendo los últimos criterios manifestados por la doctrina procesal argentina aun cuando no se especifiquen puntualmente a efectos de evitar que la longitud del informe, sumado al resto de los análisis realizados, dificulte su abordaje.

Título IV Medios de Control y Corrección

Capítulo I Aclaratoria

Art. 494. Aclaratoria. Caracterización. El Juez o Jueza actuante en cada instancia, a petición verbal de cualquiera de las partes formulada en la misma audiencia en la que se pronunciase la resolución, o en petición escrita presentada dentro de los tres (3) días siguientes al de su notificación, si se tratare de providencia dictada fuera de audiencia, podrá corregir cualquier error material, aclarar algún concepto oscuro y subsanar cualquier omisión en que hubiera incurrido acerca de alguna de las pretensiones deducidas y discutidas en el proceso siempre que la enmienda, aclaración o agregado no altere lo sustancial de la decisión.

De proceder la aclaración se hará, en el primer caso, sin sustanciación y sin más trámite, en la misma audiencia. En el segundo, dentro del tercer (3) día de haber sido pedida.

La posibilidad brindada al Juez que interviene en el proceso de corregir cualquier error material, aclarar algún concepto oscuro y subsanar cualquier omisión en que hubiera incurrido, resulta importante porque contribuye a la pronta solución a las controversias judiciales, e indirectamente a la paz social, al evitar trasladados, sustanciaciones, o posiciones o pedidos expresos de aclaratorias por las partes que retarden la resolución de la causa.

Por su parte, la mención de que resulta posible aclarar no solamente las pretensiones deducidas, sino también las discutidas en el proceso permite que se corrijan errores, aclaren conceptos o subsanen omisiones incurridas en todo tipo de procesos, como ser los de familia en los cuales los Magistrados en muchas oportunidades deben tomar medidas oficiosamente.

³⁶¹ Por Andrea Viviana Abate, integrante de la Comisión de Jóvenes Procesalistas de la Asociación Argentina de Derecho Procesal.

Así se advierte que lo importante no es el juicio en sí mismo, sino encontrar una solución eficiente y eficaz de la controversia en el menor tiempo posible, evitando planteos dilatorios, dispendio de recursos y desgaste procesal innecesario.

En el caso de que el planteo se realice durante una audiencia, si bien el Código señala que no corresponde sustanciar el pedido efectuado verbalmente por una de las partes, en ciertos casos no tener conocimiento de la postura de la contraparte al respecto, aprovechando la inmediación que brinda la oralidad, permitiría al Juez o Jueza actuante motivar adecuadamente la solución arribada, aventando de esta manera futuros planteos recursivos con idénticos fundamentos, dando cumplimiento con el objetivo previsto en las bases de “e) Impedir que se incoen medios impugnativos con fines meramente dilatorios”.

La redacción del artículo podría llegar a generar confusiones en torno a obligatoriedad o no de sustanciar el pedido de aclaratoria efectuado por escrito, por cuanto si bien de la redacción del artículo en cuestión se infiere que en estos casos debe correrse traslado a la otra parte, no se establece un plazo para que la misma responda. Por otra parte, el plazo de 3 días para que el Juez o Jueza resuelva contado “desde el pedido” resulta exiguo si se tiene en cuenta que en dicho período de tiempo el Juez debería correr el traslado del planteo, recibir la respuesta y tomar una decisión al respecto.

Finalmente, entiendo que si bien es sumamente loable la pretensión de otorgar mayor celeridad posible al proceso, el plazo de 3 días establecido en el artículo puede resultar demasiado exiguo, limitando o impidiendo el derecho de las partes a plantear una aclaratoria.

En este sentido, advierto que tanto el Anteproyecto del Código Procesal Civil de la Nación, establecen que la parte puede solicitar la aclaración “dentro de los CINCO (5) días siguientes al de su notificación” (art. 423), siendo tal el criterio adoptado por otros códigos procesales provinciales como el Código Procesal Civil de la Provincia de Tucumán (

Art. 495. Procedencia. La aclaratoria procede respecto de toda clase de resoluciones y sólo podrá ser articulada una sola vez por cada una de las partes en relación a cada resolución.

Entiendo que lo señalado en el presente artículo apunta al cumplimiento de uno de los principales objetivos para el nuevo sistema procesal civil y comercial mencionados en las Bases, a saber: “a) evitar multiplicación de recursos durante la etapa del trámite anterior a la sentencia definitiva, cuya articulación y tratamiento postergue la decisión sobre el mérito”.

Ahora bien, como “errar es humano”, debo señalar que en la praxis diaria puede advertirse que en algunos casos, si bien ínfimos, las resoluciones aclaratorias de otras contenían ciertos errores involuntarios o de tipeo, por ejemplo en fechas o montos. En estos casos no debería quedar ninguna duda de que sea que lo advierta la parte de manera verbal o por escrito o que detecte el error la oficina judicial, debe procederse a la corrección del mismo aún sin petición de parte, por ello entiendo que el presente artículo debería leerse de manera conjunta con el art. 497

y recomendándose en la medida de lo posible que los artículos estén uno a continuación del otro, colocando el 496 en el lugar del art. 495.

Art. 496. Plazos. La petición de aclaratoria no suspenderá los plazos para interponer otros recursos. De la decisión que se adopte en relación a la aclaratoria requerida se dejará constancia en el registro electrónico del caso.

En relación a la primera oración del artículo cabe señalar que lo allí señalado atenta contra el objetivo de “simplificar el régimen recursivo, tanto en su faz terminológica como instrumental, para lograr mayor eficiencia en sus fines y obtener mayor agilización en su trámite” mencionado en las Bases, ya que la parte que entienda que existe un error material o que debe aclararse algún concepto oscuro o subsanar alguna omisión deberá articular su planteo en el plazo de 3 días y, ante la eventualidad de que el Juez o Jueza no haga lugar a su planteo, deberá interponer recurso de revocatoria o de nulidad, ya sea subsidiariamente en el mismo escrito o articularlo por separado, pero siempre dentro del plazo procesal previsto para ello. Por su parte, si el Juez o Jueza que estima procedente el planteo de aclaratoria deberá desestimar el recurso de revocatoria, pero qué ocurre si entiende que no resulta procedente el recurso de aclaratoria, deberá pronunciarse solamente al respecto y postergar la resolución del otro recurso interpuesto subsidiariamente hasta tanto se encuentre en condiciones de emitir pronunciamiento válido al respecto, es decir, una vez sustanciado -en caso de corresponder- o de correr vista al agente fiscal a fin de que se pronuncie –en caso de así exigirlo la normativa procesal-.

Por lo que, entiendo que la circunstancia de que la petición de aclaratoria no suspenda los plazos para interponer otros recursos si bien obedece a la intención de brindar mayor celeridad al proceso, en la práctica puede tener efectos diametralmente opuestos a ello, duplicándose los planteos recursivos y complejizándose la resolución de los mismos.

Además, no resulta menos cierto que también se menciona como objetivo el de “fortalecer el principio de control contra las decisiones trascendentes del proceso y aquellas que puedan generar un agravio de dificultosa o imposible reparación ulterior” y si el pedido no resulta procedente y no se advierte que tal planteo no suspende los plazos para articular otros recursos la parte puede perder toda posibilidad de cuestionar lo decidido, por lo que en lugar de “robustecer la garantía de defensa en juicio con la concreción de la tutela efectiva para ambas partes del proceso, al posibilitarles acceder a medios impugnativos” previsto como objetivo en las Bases se podría llegar a producir un resultado no deseado, limitándose sensiblemente la posibilidad de recurrir las resoluciones judiciales e incluso impedir el ejercicio y fortalecimiento del “principio de control contra las decisiones trascendentes del proceso y aquellas que puedan generar un agravio de dificultosa o imposible reparación ulterior”.

En este sentido, cabe señalar que el Anteproyecto del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación adopta un criterio diametralmente opuesto al señalar que los plazos para los recursos

posteriores a la aclararía se cuentan a partir del día siguiente al de la notificación de la resolución que recaiga sobre la aclaratoria (art. 324).

Art. 497. Deber de corrección. El Tribunal antes de la notificación de la resolución, ejercerá de oficio, en esos supuestos y con los mismos alcances, el deber de corrección de las resoluciones que expida.

En relación al presente artículo entiendo resultaría preferible otorgar el mismo plazo previsto a las partes para plantear una aclaratoria. En este sentido, destaco que si el objetivo es lograra mayor celeridad, apuntando en todo momento a la concentración y economía procesal, limitar la posibilidad al Juez de subsanar sus errores hasta la notificación de la resolución me parece que no resulta conveniente. En este sentido, el Anteproyecto permite al Juez de oficio corregirse errores materiales, aclarar conceptos oscuros o suplir cualquier omisión de la sentencia hasta “quedar firme el pronunciamiento” (art. 323). Criterio similar es adoptado por el Código Procesal de Tucumán.

ARTS. 499 A 512 (TUCUMAN)

Comentario al Anteproyecto del Código General de Procesos de la Provincia de Chubut sobre la Sección VII: Costas y Multas.

Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo comentar las principales propuestas de reforma en lo que ahora se propone denominar como Código General de Procesos de la Provincia de Chubut. En particular, la tarea encomendada apunta a analizar el régimen de las costas y de las Multas o Sanciones Conminatorias. Así, la temática será abordada de la siguiente manera: en primer lugar, he de referirme a la ubicación de los institutos en el anteproyecto; en segundo lugar realizaré el análisis de las reformas propuestas para las costas judiciales y de las sanciones conminatorias, por separado, y en un tercer momento, y a la luz de lo analizado precedentemente efectuaré una pequeña conclusión y reflexión sobre la temática.

1. Ubicación de los institutos en la reforma

Con respecto a la ubicación de estos institutos en el anteproyecto, cabe señalar primeramente que se encuentran en la sección VII del Libro III correspondiente a los “Actos Procesales”, de la Parte Primera, que establece las disposiciones generales para todos los procesos.

Se advierte con ello una nueva y mejor organización del Código, ya que el vigente recepta la temática de las costas en el Capítulo V, del Título II que refiere a las partes del proceso de la Parte Primera (disposiciones generales) y en relación a las multas o Sanciones

Conminatorias, el proyecto le dedica una sección en particular para el instituto, a diferencia del vigente el cual únicamente establece las sanciones conminatorias en un artículo (Art. 37 CPCCH).

Sentado ello, he de decir primeramente que resulta grata la nueva organización, especialmente en lo referente al tratamiento de los institutos en análisis. A decir verdad, el nuevo orden que se propone resulta óptimo para los tiempos de hoy. Con respecto a las costas, su nueva ubicación dentro de los actos procesales, y no dentro de “partes”, toma nota de que la actuación procesal, la existencia de un proceso, lleva ínsita una cantidad de gastos que van variar dependiendo la acción perseguida, la duración y complejidad del proceso, entre otros aspectos, para así establecer en cuales casos quién corresponde que se haga cargo de los mismos.

En otras palabras, las costas integran o forman parte de la sustanciación del proceso en sí —v.gr. las tasas judiciales y honorarios— y no de los sujetos del proceso como se encuentra regulado actualmente, es decir dentro de los deberes o responsabilidades generales que tienen las partes del proceso.

Mucho más grata aún es la regulación de las sanciones conminatorias, ratificando por decirlo así, la impronta de la moralización de los procesos. En la mayoría de los códigos procesales de las provincias y de la nación, anteriores a las reformas actuales, el instituto se encuentra regulado en un solo artículo, o dentro de la sección de deberes y facultades de los jueces. Es decir, al día de hoy, a excepción de los códigos nuevos reformados (Provincias de Chaco, Santa Fe, y Rio negro, por ejemplo), las sanciones conminatorias se encuentran reguladas como una facultad del órgano jurisdiccional para exigir el cumplimiento de un mandato judicial o un deber, dejando a criterio de los jueces y tribunales su ejercicio o no. La regulación anterior del instituto, o la vigente en este caso, denota una vaguedad para garantizar el cumplimiento de los principios de buena fe, lealtad y probidad, deberes de todas las personas que participan en el proceso.

La propuesta efectuada en este proyecto, brinda una herramienta más para garantizar la tutela efectiva y el desarrollo del proceso. Y por ello resulta más que positiva, por cuanto se deja de lado una norma general para reprimir al litigante que no cumple con los principios morales y que menoscaba la libertad del litigante de buena fe, y que dejaba a la apreciación discrecional del juez (lo que a su vez da lugar a planteos en contra del mismo por arbitrariedad, o peor aún, que efectivamente el juez se exceda arbitrariamente), y al regularse el instituto, se limita la discrecionalidad del juez para evitar arbitrariedades, pero a su vez le facilita a los magistrados juzgar cuando ocurre una conducta procesal indebida, y por lo tanto sancionarla. Más adelante, cuando analicemos en particular el instituto y la reforma, profundizaremos estas ideas y conceptos.

2. Régimen de Costas Judiciales en el Anteproyecto

De manera preliminar y a grandes rasgos, cabe indicar que el régimen de costas no ha sufrido grandes y numerosas modificaciones en cuanto al principio general y las excepciones o exenciones del mismo, pero las propuestas son interesantes a la luz de las bases y principios que se tomaron para su elaboración. El régimen propuesto es el siguiente:

I. En primer lugar, he de señalar que se sigue respetando el principio general (art. 69 CPCCH y el art. 499 primer párrafo del anteproyecto), el cual es que las costas se imponen a la “parte vencida en el juicio” —lo que conocemos como principio objetivo de la derrota—.

Ahora bien, seguido de establecer este principio, se destaca que en el primer artículo propuesto (art. 499), se amplía el actual art. 69 CPCCH, y se elimina el art. 70 CPCCH. En otras palabras, la redacción del código actual establece la excepción a la regla, dejando al libre arbitrio y criterio del Juez o Tribunal la posibilidad de eximir de costas a la vencida, siempre y cuando encuentre mérito para ello debiendo argumentar y expresarlo en el pronunciamiento. Sin embargo, la propuesta lo amplía —o lo especifica— determinando expresamente los casos en los que puede fundar dicha decisión el juez. Precisamente, los casos son los siguientes:

- a) La razonable incertidumbre respecto de la ocurrencia de los hechos con que se hubiese enfrentado el actor al demandar o el demandado a controvertir;
- b) Las características significativamente novedosas de la cuestión jurídica debatida en el proceso; y por último,
- c) Sanción por la conducta obstructiva y abusiva de la contraria vencedora en el proceso.

Así podemos observar que la exención o excepción ha pasado de un caso genérico a tres casos específicos y expresos: la “razonable incertidumbre respecto de la ocurrencia de los hechos” al demandar o controvertir, la cuestión jurídica debatida y como sanción por conducta procesal abusiva del vencedor.

De ello, se colige que se ha reconocido como causal de eximición parcial o total de costas, lo que la doctrina identifica como “razón plausible o fundada para litigar”. En este sentido sostiene el Dr. Rojas que “ello significa que si la parte ha tenido convicción razonable acerca de su pretensión, como actor o demandado, puede ser eximida de pagar las costas originadas por la contraria”.³⁶²

Hasta el día de hoy, el principio general se morigera por razones que la jurisprudencia ha ido estableciendo o determinando. En efecto, cuando media la razón fundada para litigar, se contempla que, por las particularidades y circunstancias del caso en concreto, se puede llegar a entender que el vencido ha actuado sobre la base de una convicción razonable acerca del derecho que ha invocado. En este punto resulta importante tener presente que estas circunstancias del caso, además de ser objetivas, deben demostrar la concurrencia de una causal justificativa para la eximición de costas.

Algunos autores, como el Dr. Leguisamon, sostienen que el hecho de que un litigante se pudo creer con derecho a litigar, no constituye un fundamento que amerite por sí eximir del pago de las costas al litigante vencido, [puesto que] todo aquel que litiga se puede creer con derecho a accionar, si no lo creyera entonces no lo haría³⁶³. Particularmente, no hemos de coincidir con esta corriente doctrinaria, atento a que si bien les asiste razón en cuanto a que tanto actor como reconviniente se creen con derecho a accionar, entendemos que puede darse una

³⁶² ARAZI, R., GONZALEZ DE LA VEGA, C., Y OTROS; *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia del Chaco Ley 7950. Comentado, anotado y concordado*; Tomo I - pag. 152, Rubinzal Culzoni Editores, 2017.

³⁶³ LEGUISAMON, Hector Eduardo, *Derecho Procesal Civil*, 2º Edición ampliada y actualizada, Tomo II, p. 320, Ed. Rubinzal Culzoni, 2018.

incertidumbre tan grande en cómo ocurrieron los hechos y que así puede inducir a un error, y por ende que la demanda o defensa no prosperen completamente (v.gr. en juicios de daños y perjuicios con motivo de una mala praxis médica como ser la patología conocida como retinopatía de prematuro).

Con relación a las características novedosas de la cuestión traída al debate, es una también una recepción jurisprudencial, en tanto en numerosos casos, los jueces y tribunales han dispuesto eximir de costas al vencido atento a la naturaleza novedosa u original del conflicto traído al proceso.

Finalmente, el último caso para eximir de costas al vencido se transforma en una sanción al ganador del pleito por haber mantenido una conducta procesal abusiva en el juicio. Si bien esta propuesta va en consonancia con el espíritu del anteproyecto del código, reforzando el respeto a los principios procesales de buena fe, lealtad y probidad, puede dar lugar a confusión. Como primer punto, no hay discusión en que las costas son los gastos procesales que tienen al proceso como causa inmediata y directa de su producción, y que deben ser pagados por las partes que intervienen en él, y que por lo tanto “no son una sanción o un castigo” . Entonces, mal podrían imponerse las costas como una sanción o castigo a una de las partes del proceso, puesto que el principio objetivo de la derrota (y por ende la imposición de las costas al perdedor) importan un resarcimiento de los gastos que ha debido efectuar la parte [ganadora] a fin de lograr el reconocimiento de su derecho a efectos de que ellos no graviten en definitiva en desmedro de la integridad del derecho³⁶⁴.

En segundo lugar, el anteproyecto regula especialmente las sanciones a las partes y letrados por conducta procesal abusiva. En todo caso, la imposición de una sanción —multa— a quién gana el litigio pero que se ha comportado de manera abusiva en el juicio, puede ser efectuada en sentencia definitiva, desarrollando el juez o tribunal una valoración de forma particular de esa inconducta procesal (v.gr. un punto en los considerandos de la resolución respecto a la conducta del vencedor), y no como un castigo imponiéndole las costas (totales o por su orden).

Finalmente, el artículo 499 agrega que los incidentes están sometidos a idénticas reglas, eliminando el resto del art. 70 vigente. El texto que se elimina es el siguiente:

“No se sustanciarán nuevos incidentes promovidos por quien hubiere sido condenado al pago de las costas en otro anterior, mientras no satisfaga su importe o en su caso, lo dé a embargo. No estarán sujetas a este requisito de admisibilidad las incidencias promovidas en el curso de las audiencias. Toda apelación sobre imposición de costas y regulación de honorarios se concederá en efecto diferido, salvo cuando el expediente deba ser remitido a la Cámara como consecuencia del recurso deducido por alguna de las partes contra la resolución que decidió el incidente.”

Así, podemos observar que se dejan de lado la regla que establecía como requisito de admisibilidad de un incidente el haber satisfecho las costas de un incidente anterior, y la regla respecto a la apelación sobre imposición de costas y regulación de honorarios. Respecto a esta última corresponde remitir al art. 464 del anteproyecto.

³⁶⁴ LEGUISAMON, H., ob. cit. P. 322

Ahora bien, en relación a la eliminación del requisito de admisibilidad, puede ser observada desde diferentes aristas. Por un lado, sigue el espíritu del anteproyecto, en cuanto a garantizar el acceso a la justicia, la defensa en juicio, etc., y atendiendo además a la oralidad en los procesos. Es que precisamente, la propuesta de reforma en los incidentes establece que “todos los incidentes que por su naturaleza pudieren entorpecer o dilatar el proceso, cuyas causas existieren simultáneamente y fuesen conocidas por quien los promueve, deberán ser articulados en una misma presentación oral o escrita, según el caso. Se desestimará sin más trámite el que se entablare con posterioridad.” (art. 173) y que los incidentes “deberá[n] proponerse con base en todos los motivos existentes al tiempo de su iniciación. No se admitirá luego incidente similar, a menos que las circunstancias fácticas hubiesen variado, se trate de -hechos ocurridos con posterioridad o existan nuevos elementos probatorios o precedentes en la materia” dando plena vigencia así a los principios de concentración, eventualidad y oportunidad.

Pero, por otro, podría facilitar la interposición de incidentes de manera abusiva, con intención dilatoria y obstructiva al avance del proceso. Entiendo que la eliminación apunta a que los jueces tomen intervención y usen las herramientas que les brinda el código en cuanto a la sanción de este tipo de conductas, por lo que la eliminación de esta norma luce acorde a dicha intención.

II. Continuando con el análisis de la reforma propuesta, el siguiente artículo refiere al allanamiento y la posibilidad de eximir las costas al vencido en ciertos casos. A saber:

a) Cuando hubiere reconocido oportunamente como fundadas las pretensiones de su adversario allanándose a satisfacerlas, a menos que hubiere incurrido en mora o que por su culpa hubiere dado lugar a la reclamación;

b) Cuando se allanare dentro del quinto día de tener conocimiento de los títulos e instrumentos tardíamente presentados.

Se exige que el allanamiento debe ser real, incondicionado, oportuno, total y efectivo, y se establece que si de los antecedentes del proceso resultare que el demandado no hubiere dado motivo a la promoción del proceso y se allanare dentro del plazo para contestar la demanda, cumpliendo su obligación, las costas se impondrán al actor.

Se sostiene el articulado vigente, cambiando únicamente la palabra “juicio” por “proceso” en el último párrafo. Esta modificación, solo es una cuestión terminológica que no altera su aplicación.

Sobre este punto, y en relación a los dos artículos hasta aquí analizados, hubiera convenido establecer las excepciones o exenciones en un solo artículo, estableciéndose los casos en los cuales procede la exención de costas respecto del vencido en el proceso tal como lo propone el Anteproyecto del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación³⁶⁵.

³⁶⁵ ARTÍCULO 308 Anteproyecto CPCCN. Excepciones. No se impondrán costas al vencido cuando: a) Las partes lo acordaren; b) El juez lo exima en forma total o parcial, fundadamente, bajo pena de nulidad; c) El demandado se allanare en forma real, incondicionada, oportuna, total y efectiva; d) El demandado se allanare dentro de los CINCO (5) días de conocer el hecho nuevo o el documento de fecha posterior; e) Se desista del proceso o del derecho debido a cambios de legislación o jurisprudencia; f) Los fundamentos de la resolución no hubieran sido planteados por las partes sino introducidos por el tribunal; g) El actor se allanase a la prescripción opuesta; h) El demandado se hubiese allanado a la demanda de desalojo anticipado y cumplierse con la obligación de desocupar oportunamente el inmueble o de devolverlo en la forma convenida.

III. Corresponde continuar analizando la imposición de costas respecto al vencimiento parcial y mutuo. En el código vigente, se encuentra regulado en el art. 72 CPCCH, y la propuesta del anteproyecto es ampliarlo, agregándole el siguiente párrafo:

“Esta regla no aplicará en los casos que se resuelva condenando como obligación de dar sumas de dinero cuando las partes no pudieron contar con pautas objetivas para estimar el monto de una probable condena al tiempo de postular su pretensión.”

Atiende a los rubros reclamados que son de carácter subjetivo, como ser el daño moral, o cuando no pudo obtener elementos que de forma objetiva le permitan establecer o estimar un monto de reclamo para la posterior condena en el proceso. Para ese caso, corresponderá demostrar o deberá surgir de las constancias de la causa que no se tuvo dichos elementos.

IV. Resulta apreciable la propuesta además, respecto a lo que conocemos como plus petición inexcusable. Hoy en día, se encuentra establecido que: *“El litigante que incurriere en pluspetición inexcusable, será condenado en costas, si la otra parte hubiese admitido el monto hasta el límite establecido en la sentencia. Si no hubiese existido dicha admisión o si ambas partes incurrieren en pluspetición, regirá lo dispuesto en el artículo precedente. No se entenderá que hay pluspetición, a los efectos determinados en este artículo, cuando el valor de la condena dependiese legalmente del arbitrio judicial, de juicio pericial o de rendición de cuentas o cuando las pretensiones de la parte no fuesen reducidas por la condena en más de un VEINTE (20%) por ciento.”*

Así, la reforma reduce este artículo considerablemente para hacerlo más sencillo en su interpretación y aplicación. En efecto, quién incurre en pluspetición inexcusable va a ser condenado en costas cuando sus pretensiones hayan sido reducidas en la condena por más de un 20%.

En este sentido, se deja de lado la admisión por la contraparte del monto hasta el límite de la sentencia y se establece directamente el caso y el porcentaje de reducción de condena para ser considerado como pluspetición. La reforma propuesta sin lugar a dudas ha mejorado la redacción del artículo, haciéndolo de manera clara y sencilla, facilitando su comprensión e interpretación.

V. Otra reforma propuesta es la que tiene que ver con la transacción, la conciliación y el desistimiento. Actualmente la imposición de costas respecto a estos actos procesales se encuentra regulada conjuntamente con la caducidad de instancia. Es decir, el anteproyecto no considera en este artículo la forma en que se van a imponer las costas cuando el proceso se extinga por caducidad. Esto se debe a que el instituto de caducidad de instancia propiamente dicho no se encuentra contemplado en el Anteproyecto.

Se agregó además, la adecuada proporcionalidad de la tasa de justicia devengada correspondiente al proceso, atendiendo al momento en el cual se logra la solución consensual entre las partes.

VI. Respecto a la nulidad y al litisconsorcio, se mantuvieron los mismos artículos, por la primera se mantuvo el principio de que a quien se le impute la causa de nulidad del proceso deberá cargar con las costas desde el momento en que se produjo el acto o la omisión que dio

origen al vicio que genera la nulidad; y por el litisconsorcio también, corrigiéndose únicamente la redacción del último párrafo —se cambió la frase “cuando del interés” por “cuando el interés”—, sosteniendo el principio que rige para dicho caso.

VII. Por otro lado, el código vigente estipula en el art. 77 CPCCH que si el actor se allanase a la prescripción opuesta las costas se distribuirán por el orden causado. El anteproyecto elimina este artículo, entendiéndose por subsumido dicho caso dentro de la norma que regula las costas en caso de allanamiento, cuestión analizada precedentemente.

VIII. Seguidamente, se regula el alcance de la condena en costas. El anteproyecto reduce y amplía el artículo actual. En efecto, el primer párrafo del art. 78 actual dispone que: *“La condena en costas comprenderá todos los gastos causados u ocasionados por la sustanciación del proceso y los que se hubiesen realizado para evitar el pleito, mediante el cumplimiento de la obligación...”*

En este contexto, podemos observar que la reforma propone eliminar la frase *“mediante el cumplimiento de la obligación”*, atento a que los gastos que se pudieren haber realizado para evitar el pleito no se reducen únicamente al cumplimiento de la obligación.

A su vez se mantuvo intacto el segundo párrafo, en cuanto a los gastos correspondientes a pedidos que fueron desestimados y los gastos superfluos o inútiles.

Finalmente el último párrafo refiere a los gastos excesivos y su posibilidad de reducirlos prudencialmente por parte del juez o tribunal, y se incorpora la posibilidad de los peritos intervinientes de poder reclamar sus honorarios a la parte que no fue condenada en costas hasta el 50% de los estipendios regulados.

Esta incorporación es novedosa, ya que contempló la problemática de los auxiliares de justicia a la hora de poder cobrar sus estipendios generados por su labor en el proceso, permitiéndoles ir contra ambas partes, aunque sea por el 50% de sus honorarios. Atiende además a la importancia que tiene el carácter alimentario que tienen los emolumentos de los profesionales.

IX. Para finalizar, el anteproyecto añade un artículo al régimen de costas actual, respecto a los que se ocasionan con motivo de un conflicto colectivo. Así propone que: *“La parte perdidosa del pleito deberá cargar con las costas devengadas. Todas las actuaciones judiciales y extrajudiciales realizadas por legitimados colectivos en representación de grupos de usuarios y consumidores, en defensa del ambiente o de grupos desaventajados de personas gozan de exención legal de manera automática. Este beneficio comprende todas las costas del proceso y podrá ser dejado sin efecto en caso de comprobada mala fe o abuso del proceso.”*

Esta norma, es complementaria de las dispuestas en la sección III del libro primero de la parte segunda, cuando regula los procesos colectivos y sus disposiciones especiales.

3. Multas y Sanciones Conminatorias

Resulta muy grata esta reforma en lo que respecta a las multas y sanciones conminatorias, atendiendo a una problemática que existe en todos los tribunales, la que no es otra

que el abuso del proceso —o el abuso en el proceso—, como una causal de las demoras en los litigios.

La propuesta es regular una situación que solo estaba contemplada en una sola norma genérica (art. 37 CPCCH) y que se relacionan con otras dos normas que refieren a las facultades de los magistrados (art. 35 y 36 CPCCH).

Podemos observar, en este sentido, que se ha hecho una recepción plena del principio de buena fe y lealtad procesal, los que fueron establecidos en el título preliminar del anteproyecto al expresar que *“Todos los sujetos procesales o quienes de cualquier forma participen en el proceso, deberán comportarse de buena fe y conducirse con lealtad y respeto. Será obligatorio ajustarse a pautas de evidencia y corrección en todas las manifestaciones, absteniéndose de dificultar o impedir el ejercicio eficaz de un derecho o facultad procesal que legalmente corresponde a la contraria o el adecuado conocimiento y la justa resolución de una causa por parte de los tribunales. El órgano judicial deberá impedir y sancionar severamente el fraude procesal, la colusión y cualquier otra conducta dilatoria, disuasiva o ilícita. La conducta contraria a este deber será pasible de ser sancionada conforme se regula en este Código con la debida comunicación al Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados mediante incidente. Además, la jueza o el juez sin perjuicio del resultado de dicha comunicación, podrá privar a la parte infractora de la facultad de la que hubiese abusado, conceder a la contraria mayores plazos para realizar las actividades de las que se vio impedida por el abuso, condenar en costas a la parte abusadora y, en general, podrá tomar todas las medidas que sean necesarias para el adecuado desarrollo del proceso”*.

Ahora bien, frente al escenario actual en el que se encuentra la Justicia, donde la sociedad le exige al Poder Judicial rapidez, eficiencia, celeridad y efectividad, resulta menester que los magistrados, como “hombres elegidos por la misma sociedad para decidir en el destino de los demás, asuman a conciencia su función y producir los cambios que esa misma sociedad les exige”³⁶⁶.

Por este motivo, considero que la reforma pretende que los jueces asuman verdaderamente el rol de directores del proceso, de manera ejemplificadora, haciendo valer el *fair play* dentro del proceso, pues no deben mostrarse indiferentes frente a tales conductas abusivas.

En este marco, el juez —como director del proceso y en ejercicio de su función jurisdiccional— está provisto de numerosas facultades en el anteproyecto para garantizar el acceso a la justicia y los derechos de las personas. Una de esas facultades es la disciplinaria o sancionatoria, pues se encuentran facultados a compeler a las partes al cumplimiento de ciertos deberes, entre ellos el buen actuar procesal de los mismos.

En consecuencia, el juez resulta obligado a analizar las diferentes conductas desarrolladas por las partes del proceso, examinando si han actuado desatinadamente, o con mala fe, para luego aplicar una sanción, como así también, prevenir las conductas procesales abusivas.

Así como las partes tienen derecho a un debido proceso, también tienen obligaciones en su actuar, como por ejemplo la buena fe. Por ello, lo que se espera de los

³⁶⁶ LEPORI WHITE Inés, —Abuso procesal (La función de los jueces y el abuso procesal) en Jorge W. PEYRANO (Direc.), Juan Alberto RAMBALDO (Coord.), *Abuso Procesal*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2006, p. 53.

litigantes es que estos obren con lealtad y probidad, sin intenciones maliciosas y con uso de razón. Estos están obligados a observar una conducta basada en el principio de buena fe. Dicho de otro modo, si las partes no cumplen con ese principio y actúan de manera deliberadamente mal intencionada o sin razonabilidad, su conducta procesal sería abusiva, y por ende, con la propuesta de reforma estaríamos pasando del “puede ser” al “debe ser” sancionada.

En efecto, entendemos que el hecho de que los magistrados exijan el respeto de la buena fe por la imposición de medidas disciplinarias, no solo garantiza el debido proceso, la defensa en juicio y la tutela judicial efectiva, sino que la consecuencia va más allá de ello y es que contribuye a mejorar el servicio de justicia. Es que no solo se trata de corregir la conducta desleal de letrados y partes, sino que todo lo señalado —a su vez— reflejaría más celeridad y efectividad en el proceso.

Es que precisamente, el juez resulta obligado a analizar las diferentes conductas desarrolladas por las partes del proceso, examinando si han actuado desatinadamente, o con mala fe, para luego aplicar una sanción, como así también, prevenir las conductas procesales abusivas.

Entendiendo que el derecho a la tutela judicial efectiva implica y necesita la eficiencia del proceso considerado en su totalidad, desde el inicio hasta el cumplimiento o ejecución de la sentencia que pone fin al mismo, esta reforma da, además, plena vigencia a esta garantía constitucional, y le brinda una herramienta más a los jueces en el desempeño de sus funciones.

Desde esta perspectiva afirmamos que el ejercicio de la facultad sancionatoria de los jueces es una exigencia de la tutela judicial efectiva, y con fundamento en el rol del director del proceso el juez puede disuadir los comportamientos abusivos de los justiciables y promover la prevención de toda conducta reprochable que sea contraria al principio de moralidad procesal, y que sean dañinas.

Es que toda sanción lleva ínsita la prevención, principio adoptado con la referencia que hace el art. 508 del anteproyecto al art 804 del CCCN³⁶⁷, donde observamos que no solo establece una sanción (astreintes) sino también que posibilita la prevención por medio de la persuasión o disuasión con el objeto de que se cumpla con los deberes que le corresponde.

Este artículo si bien establece el instituto de astreintes, el que tiene por finalidad reforzar y promover el cumplimiento de la sentencia, también lleva implícita la idea de prevenir al dejar de lado la sanción ante la falta de resistencia a cumplir el mandato judicial.

Así las cosas, ante la desviación de los actos procesales, o mejor dicho, el ejercicio abusivo del proceso o de los derechos, el Juez debe ejercer su facultad sancionatoria contra el sujeto abusivo, con el objeto de castigar dicha conducta y prevenir que vuelva a ocurrir en un futuro.

No se debe dejar de atender a la necesidad, la imperiosa necesidad de brindar soluciones sencillas, rápidas y eficaces para atender a los conflictos de intereses (atento a los términos de los arts. 8 y 25 de la CADH), lo que a su vez contrasta con las dilaciones en el

³⁶⁷ Artículo 804 CCCN: Los jueces pueden imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplen deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Las condenas se deben graduar en proporción al caudal económico de quien debe satisfacerlas y pueden ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.

proceso. Esta propuesta de reforma aporta una herramienta más en la búsqueda de resultados útiles y sin demoras injustificadas.

Al regular el ejercicio de la potestad disciplinaria, se promueve la eficiencia y eficacia del proceso, del debido proceso establecido en la constitución, en tanto por medio de él se va a tutelar adecuadamente los derechos en pugna por medio de su avance acorde a los tiempos y que finaliza con la sentencia oportuna.

Por todas estas razones, consideramos que la regulación de esta especial facultad de los magistrados resulta totalmente positiva y grata, a los efectos de que la tutela judicial sea efectiva realmente, además de exigirles un mayor compromiso en el desarrollo de sus labores, tanto a los jueces como a los profesionales.

4. Reflexión final

Por medio de este humilde análisis, hemos pretendido analizar los cambios que se proponen en el Anteproyecto del Código General de Procesos de la Provincia de Chubut. Nos propusimos por un lado destacar los cambios efectuados en el régimen de las costas procesales, y por otro valorar la incorporación de la regulación sobre sanciones en el proceso, atento a lo novedosa y lo importante que resulta ser para la duración de los procesos.

Con relación a las costas, la propuesta en el anteproyecto, de forma general podemos sostener que luce adecuada, adaptándose a las bases y los parámetros contenidos a lo largo de todo el proyecto. Particularmente, observamos que las excepciones al principio general podrían establecerse en un artículo particular, tal como lo realiza el Anteproyecto del Código Procesal Civil de la Nación. Se trata de una cuestión de practicidad a la hora de su aplicación. Es una cuestión que podría modificarse siguiendo los lineamientos de la propuesta nacional.

Lo más novedoso de la sección en análisis versa sobre las sanciones conminatorias y multas, en otras palabras, el ejercicio de la facultad disciplinaria o sancionatoria por parte de los Jueces. Hoy en día podemos advertir que la mayoría de los códigos rituales vigentes, regulan genéricamente esta facultad, sea su ejercicio o sea sobre el deber de desempeñarse con la buena fe, la lealtad y la probidad.

En efecto, contando solo con normas generales para reprimir al litigante que no cumple con los principios morales, menoscaba la libertad del litigante de buena fe, pero sobretudo, al dejar a la apreciación discrecional del juez, da lugar a planteos en contra del mismo por arbitrariedad, o peor aún, que efectivamente el juez se exceda arbitrariamente.

Por ello, consideramos a esta reforma muy útil y práctica, pues provee con mejores herramientas a los jueces para exigir el fair play dentro del proceso, imponga el cumplimiento de los deberes morales vigentes. En este sentido, la regulación específica de los actos que infringen la moral procesal resulta positiva desde dos aspectos: el primero es que limita la discrecionalidad del juez para evitar arbitrariedades, pero a su vez (segundo aspecto) le facilita a los magistrados juzgar cuando ocurre la conducta procesal indebida, y por lo tanto sancionarla. Es que como las sanciones por inconducta procesal siempre tienen un propósito moralizador, éstas no solo deben responder a un criterio objetivo en general, sino que debe existir uno específico que responda a la

causalidad de los actos, para así limitar y favorecer a la discrecionalidad del juzgador al evaluar la conducta. Dentro de este marco, no podemos perder de vista que el criterio al imponer una sanción siempre debe ser restrictivo, para no comprometer ni menoscabar el derecho de defensa, y además de que se debe proceder con prudencia.

Consideramos, finalmente, que se podría profundizar estableciendo las situaciones o circunstancias que violan o faciliten la transgresión de los mismos, pero más allá de eso, el anteproyecto es fabuloso en materia de respeto a la buena fe, lealtad, a estos principios moralizadores, que sin duda nos hará mejores profesionales y sobre todo mejores personas a todos los que formamos parte de esta sociedad alejada de los valores primordiales.

Esperamos que los jueces puedan aprovechar y ejercer al máximo estas facultades, para así garantizar un debido proceso, eficaz, efectivo y rápido.

Camilo Emiliano Appas

ARTS. 513 A 516 (ABATE – TUCUMAN)

Sección VIII Suspensión y extinción del proceso

Título I Suspensión del proceso

Art. 513. Regla. Carácter restrictivo. El proceso sólo se suspende por:

- a) La muerte o pérdida de capacidad procesal de cualquiera de las partes, de su representante legal o de su procurador, en los términos y condiciones establecidas en el artículo 79 y concordantes del presente Código.
- b) Convención de las partes tendiente a obtener una solución compositiva del conflicto o de algún aspecto del mismo.
- c) Alegación de alguna situación que configure un caso de fuerza mayor o de impedimento obstativo, objetiva y debidamente acreditada.
- d) Admisión del incidente de resolución de demandas repetitivas.
- e) Cuando la sentencia dependa del juzgamiento de mérito de otra causa o de la declaración de existencia o inexistencia de una relación jurídica que constituya el objeto principal de otro proceso pendiente.
- f) En los demás casos que este Código contemple.

Todas las causales deben ser objetiva y debidamente alegadas y acreditadas. Las causales de suspensión son de aplicación e interpretación restrictiva.

En relación al presente artículo cabe formular las siguientes observaciones: a) Lo mencionado en relación al “representante legal”, ello resultaría correcto en el caso de que solamente exista un representante legal, pero ¿qué sucedería si la parte tiene varios? Como es el caso de las niñas, niños y adolescentes, cuyos representantes legales en principio son sus progenitores o sus tutores, o de las personas con capacidad restringida, admitiéndose en la

actualidad que puedan tener más de un curador; b) No se advierten los motivos por los cuales la muerte o pérdida de capacidad procesal del procurador deba suspender el trámite del proceso. En este sentido,

Cabe señalar que el art. 79 de dicho digesto procesal habla de la cesación de representación de los “apoderados”, mas no de procurador. Tampoco se comprende el reenvío efectuado a artículos “concordantes”

Si las causales de suspensión son de interpretación restrictiva quizás sería mejor enumerar todas las causales en el presente artículo y no efectuar un reenvío indeterminado como el mencionado en el inciso f), ya que brinda a las partes a efectuar planteos dilatorios, frenando la continuidad y el normal desarrollo del proceso, al entender que existe alguna causa mencionada en el resto del articulado del Código.

En este sentido, estimo que correspondería efectuar ya un reenvío al 74 ya que dispone que el juez o tribunal debe suspender la tramitación por el plazo de diez (10) días y citará a los herederos o al representante legal “cuando la parte que actuare personalmente falleciera o sufriera una restricción a la capacidad que la inhabilite a actuar por sí”.

Asimismo, cabe considerar que si bien el presente artículo no señala sobre quien pesa la carga de alegar “objetiva y debidamente” las causales, en principio se infiere que dicha carga procesal reside en cabeza de las partes o de todo aquel que pueda invocar un interés legítimo, pero luego en el art. 515 se indica que existe la posibilidad de que el proceso se suspenda de oficio.

A diferencia de lo previsto en el art. 113 del Anteproyecto, en la causal identificada con la letra “b” se menciona la “convención de las partes tendiente a obtener una solución compositiva del conflicto o de algún aspecto del mismo”, como una forma más de promover la solución consensual de conflictos. De ello se desprende que la facultad de acordar la suspensión del proceso recae en cabeza de las partes, mas no de sus letrados por más que revistan el carácter de apoderados.

En este sentido, cabe considerar en el Anteproyecto se faculta a “los abogados” a acordar una suspensión del proceso siempre y cuando resulte menor a 20 días, en caso de que el acuerdo sea por un lapso mayor de tiempo se les exige “acreditar ante el órgano la conformidad de sus representados”.

Asimismo, cabe señalar que el Anteproyecto otorga más flexibilidad a las partes, permitiéndoles incluso “acordar la modificación de un plazo mediante una manifestación expresa por escrito”, en reconocimiento de la regla prevista en el art. 160 del presente proyecto en cuanto a la “instrumentalidad y proporcionalidad de las formas”.

Art. 514. Audiencias. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 142 y concordantes del presente Código, la celebración de las audiencias fijadas o su continuidad no pueden suspenderse, ni siquiera por acuerdo de partes. Sólo será posible suspender su realización

cuando exista una razón que torne abstracto o imposible su cometido, o su desarrollo, si fuera una situación sobreviniente. En ese caso, la Oficina Judicial adoptará todas las medidas para su reprogramación inmediata.

La redacción brindada al presente artículo puede generar confusiones, ya que resulta contradictorio afirmar que “no puede suspenderse.. ni siquiera...” y luego indicar que “sólo será posible suspender su realización...”. Por lo que se entiendo que resultaría más sencillo consignar: “De conformidad con lo dispuesto en el artículo 142 y concordantes del presente Código, solamente podrá suspenderse la celebración de las audiencias fijadas o su continuidad cuando exista una razón que torne abstracto o imposible su cometido, o su desarrollo, si fuera una situación sobreviniente. En ese caso, la Oficina Judicial adoptará todas las medidas para su inmediata reprogramación”.

Por lo demás, cabe señalar que tratando el presente título de la “suspensión del proceso” no se advierten los motivos para incorporar un artículo sobre la suspensión de la audiencia celebrada en el marco del proceso, cuya suspensión, por lo demás se encuentra correctamente tratada en el art. 142.

Art. 515. Sustanciación. Plazo cierto. Reanudación. La suspensión oficiosa o a requerimiento de parte deberá ser sustanciada y resuelta en audiencia fijada a tal fin, acompañando y produciendo los elementos probatorios necesarios para acreditar la petición. La admisión deberá fijar un plazo cierto, el cual nunca podrá superar los diez (10) días hábiles y se computará a partir de la notificación de la resolución respectiva. En ese caso, la Oficina Judicial adoptará todas las medidas para su reprogramación. Fenecido el plazo, se reanudará automáticamente el proceso.

En el presente artículo se podría agregar luego del término “la admisión” la frase “del pedido de suspensión” a los fines de cumplir con el objetivo de otorgar al Código una redacción que resulte fácilmente entendible por todos los operadores restringiendo en la medida de lo posible el sujeto tácito o la voz pasiva y de no dejar ningún margen de duda respecto a que la suspensión o extensión de los plazos procesales debe ser resuelta y admitida por el juez, no bastando el acuerdo de partes conforme lo señalan las Bases.

En los casos en los cuales no resulte necesario producir pruebas, como ser el fallecimiento acreditado con acta de defunción, probablemente no resulte conveniente la convocatoria a una audiencia, ya que en ese caso

Si bien se considera importante la fijación de un plazo máximo de suspensión -10 días hábiles- atento a lo manifestado en las Bases en cuanto a que “las partes no podrán disponer del ritmo del proceso”, resultaría conveniente reconocer las facultades de gestión del juez, en su carácter de director del proceso, permitiéndole “abreviar o ampliar los plazos e, inclusive, simplificar los trámites cuando concurren razones que lo justifiquen y en tanto no se vulnere el debido proceso legal”, conforme lo previsto en el art. 113, potestad no reconocida por el presente proyecto. Asimismo, cabe señalar que el artículo mencionado prevé la posibilidad de que el juez

declare la interrupción o suspensión “de los plazos o la paralización del proceso cuando circunstancias de fuerza mayor o causas graves hagan imposible la realización del acto pendiente, así como si la parte o su abogado falleciere, deviniere incapaz o se tornare insolvente”, facultad tampoco reconocida en este proyecto.

Art. 516. Actuaciones. Durante la suspensión está prohibido practicar cualquier acto procesal, con excepción de los actos urgentes que el juez ordene a fin de evitar un daño irreparable.

En cuanto a la redacción del presente artículo se reitera la sugerencia de emplear una redacción más sencilla. A título de ejemplo podría quedar redactado de la siguiente manera: “Durante la suspensión solamente podrán practicarse los actos urgentes que el juez ordene a fin de evitar un daño irreparable”.

ARTS. 517 A 529 (TUCUMÁN)

ANTEPROYECTO DE CÓDIGO GENERAL DE PROCESOS

DE LA PROVINCIA DE CHUBUT

**COMISIÓN DE REFORMA PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL, DE FAMILIA,
LABORAL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

COMENTARIO

**SECCIÓN VIII – SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN DEL PROCESO
TÍTULO II - EXTINCIÓN DEL PROCESO**

(ARTÍCULOS 517 - 529)

Autor: Ignacio Noble

EXTINCIÓN DEL PROCESO JUDICIAL: RECEPCIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO GENERAL DE PROCESOS DE LA PROVINCIA DE CHUBUT

I. INTRODUCCIÓN

La noción de proceso supone un transcurrir entre aquello que le da inicio y la finalidad a la que tiende naturalmente, es decir, su razón de ser. Esta afirmación preliminar llevada al campo del proceso judicial nos hace pensar que el conflicto intersubjetivo puesto en conocimiento de la autoridad judicial –es decir, el conflicto judicializado- es el punto de partida que motiva la actuación de la justicia, y que se supone debe terminar con la resolución de la disputa.

Durante muchos años, el transcurrir del proceso tuvo que ver necesariamente con la actuación jurisdiccional, entendiendo la resolución del conflicto en términos del dictado de una resolución judicial que pusiera punto final a la contienda. Esta asimilación directa entre resolución y sentencia, hizo que los códigos de procedimiento que nos precedieron optaran en muchos casos por utilizar la denominación “modos anormales de culminación del proceso” para referirse a aquellas causales que motivaban la extinción del proceso judicial, y que se apartaban del clásico binomio estimación-desestimación de la pretensión jurídica³⁶⁸.

Un ejemplo actual, aunque con algunos matices, se encuentra en el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en donde se habla de modos de terminación “anticipada” del proceso³⁶⁹.

Ahora bien, los nuevos desafíos derivados de la multiplicidad y complejidad de relaciones que tienen lugar en las sociedades modernas sumados a los desarrollos doctrinarios en materia de gestión constructiva de la conflictiva social, hicieron que los Poderes Judiciales de nuestro país reorientaran su accionar desde una visión crítica, para empezar a promover la utilización de formas de justicia alternativas al proceso judicial.

Este nuevo paradigma basado en la negociación, el diálogo, la colaboración, el respeto a la autonomía de la voluntad, y -por sobre todo- la apropiación del conflicto y su solución en cabeza de las propias partes se encuentra presente en el espíritu del Anteproyecto de Código General de Procesos elaborado por la Comisión de Reforma Procesal Civil y Comercial, de Familia, Laboral y Contencioso administrativo de la provincia de Chubut.

³⁶⁸ Noble, Ignacio: “¿Dictar sentencias o resolver conflictos? El rol institucional del juez como agente de la paz social”, Maestría en Magistratura y Derecho Judicial de la Universidad Austral, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018.

³⁶⁹ Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019.

II. ANÁLISIS NORMATIVO

La filosofía autocompositiva a la que hice referencia en la introducción de este trabajo aparece desde un primer momento el Anteproyecto a través de los principios y reglas fundamentales contenidas en el Título Preliminar (puntos II, III, IV, VIII, XV, XVIII y XX), se fortalece con la regulación prioritaria de los mecanismos de solución consensual de conflictos e impacta fuertemente en la determinación de los modos de extinción del proceso.

Tanto es así, que el Capítulo I referido a las consideraciones generales comienza con el art. 517 que hace referencia a la existencia de una pluralidad de medios extintivos del proceso, poniendo el acento en la satisfacción de las pretensiones formuladas por las partes que no es otra cosa que el convencimiento subjetivo de los protagonistas de que la disputa que motivó la actuación jurisdiccional ha concluido.

De igual manera, siguiendo las directrices fijadas en las Bases para la reforma procesal Civil y Comercial elaboradas en el marco del programa Justicia 2020, se prioriza e incentiva la utilización de medios autocompositivos de solución de conflictos³⁷⁰ por tratarse de modalidades de intervención que favorecen el fortalecimiento de las relaciones sociales y la construcción de paz a través del diálogo.

Por otra parte y en consonancia con la regulación del instituto a nivel nacional y local, atendiendo a la protección de los derechos de aquellos sujetos que se encontraren en condición de vulnerabilidad (niñas, niños y adolescentes, personas con restricción a la capacidad u otros supuestos)³⁷¹ se ha previsto la homologación judicial de los acuerdos celebrados en este tipo de procedimientos previo dictamen o intervención del Ministerio Público o sujeto responsable.

Sentadas las pautas generales, el Anteproyecto de Código General de Procesos desarrolla los institutos de conciliación y transacción haciendo una remisión expresa a las disposiciones contenidas en el Punto III del Título Preliminar y los artículos 19, 20, 530 –respecto de la conciliación- y a los artículos 1641, siguientes y concordantes del Código Civil y Comercial en el caso de la transacción. Sobre los mismos no haré mayores referencias, por haber sido ya materia de análisis.

³⁷⁰ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, “Bases para la reforma procesal Civil y Comercial”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017.

³⁷¹ 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad: “Sección 2ª.- Beneficiarios de las Reglas: 1.- Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad. (3) Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. (4) Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico”.

Respecto de la transacción, el Anteproyecto profundiza la regulación del procedimiento cuando el mismo hubiere tenido lugar una vez iniciado el proceso judicial, es decir, que esa negociación resulte sobreviniente a la judicialización del conflicto.

En este aspecto, la determinación de las pautas contenidas en el proyecto resulta apropiada, pues se abordan las condiciones que debe revestir el objeto para poder ser materia de acuerdo entre partes, a saber: 1. Que verse sobre derechos disponibles, y que por tanto no sean irrenunciables ni contrarios al orden público; y 2. Que respete la autonomía de las partes, esto es, la elección libre, conocida por el intelecto y querida por la voluntad de cada una de ellas.

Por último, en lo relativo a la transacción, el art. 523 del Anteproyecto aborda y aporta claridad sobre los pasos que deben seguirse cuando el acuerdo arribado tenga lugar en el marco de un proceso colectivo. Esta previsión normativa es de particular relevancia, por un lado, porque recepta una problemática actual que gira en torno a la posibilidad de aplicar mecanismos colaborativos de resolución de controversias en el marco de acciones que representan a diversos grupos de interés, y por el otro, porque al tiempo que promueve su utilización, resguarda de sus efectos a aquellos grupos que formalizaren su oposición.

También destacable resulta el procedimiento dispuesto por el Anteproyecto previo a la homologación, pues utiliza la herramienta de audiencias para aportar información, permitir el debate y la construcción de consenso, al tiempo que habilita un margen razonable para la tutela efectiva de los intereses de los grupos disidentes.

Por otra parte, el Capítulo IV aborda el instituto del desistimiento como modo de extinción del proceso judicial. En este sentido, mientras el art. 524 se ocupa de regular el desistimiento del proceso, el art. 525 lo hace respecto del desistimiento del derecho. En ambos puntos se han seguido criterios generales validados ya por la tradición y la experiencia jurídica, fijándose expresamente el procedimiento a seguir en el caso de oposición por parte del demandado a la petición de desistimiento respecto del proceso así como la revocación de la decisión de desistir que fuera expresada por la parte actora.

Al respecto, la redacción elegida se asemeja a la utilizada en los artículos 384 a 387 del Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

El Capítulo V aborda por su parte el allanamiento como modo de extinción del proceso, distinguiéndose si se trata de un allanamiento total o parcial a las pretensiones deducidas por la parte actora. Sin perjuicio de ello, con acierto, el art. 528 prevé su rechazo en aquellos casos en que el allanamiento se hiciera en fraude de ley, supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de terceros, en cuyo caso el proceso continuará en el estado en que se encontrare.

Finalmente, el Capítulo VI se ocupa de la ausencia de interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida, sea por la satisfacción de los intereses de las partes o por cualquier otra causa, disponiendo las reglas que regirán el procedimiento en caso de oposición de alguna de las partes, con la consecuente distribución de costas procesales.

III. REFLEXIONES FINALES

Efectuado este breve recorrido por el articulado relativo a la extinción del proceso judicial, cabe una evaluación integral de su recepción legal en el Anteproyecto elaborado por la Comisión de Reforma Procesal Civil y Comercial, de Familia, Laboral y Contencioso Administrativo de la provincia de Chubut.

Se evidencia entonces un claro avance en torno a la modernización de las instituciones procesales, incorporándose al mismo nociones provenientes del campo de la denominada resolución alternativa de conflictos, ya con más de veinte años de desarrollo en nuestro país.

Es así que poco a poco comienzan a producirse cambios sustanciales en la gestión de los procesos judiciales que transforman el modo de ejercer el derecho y de operar en él. Se trata entonces de pensar en el proceso como un instrumento capaz de hacer efectivos los derechos sustanciales³⁷² que subyacen a las pretensiones esgrimidas por las partes, a la solución del conflicto que es última instancia la razón de ser de la intervención del órgano judicial.

Es que en el estado de evolución de nuestro derecho, pensar que la solución temprana del conflicto debiera ser una modalidad no sólo normal, sino además querida para el sistema judicial, y que el dictado de una sentencia estimatoria o desestimatoria tendría que reservarse como última alternativa de nuestro sistema jurídico, es ya un gran avance.

Al respecto, la reconocida jurista Gladys Stella Álvarez sostenía que, por el principio de subsidiariedad³⁷³, el órgano jurisdiccional sólo debería intervenir en aquellos casos en que las soluciones previas hubieran fracasado.

A ello debe añadirse la existencia de lo que llamo el “doble principio de subsidiariedad”, ya que tal como lo expresara en oportunidad de celebrarse el X Encuentro Nacional de Derecho Procesal de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, incluso dentro del propio proceso judicial el juez tiene la obligación de priorizar las soluciones consensuadas de resolución de

³⁷² Art. 1 del Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019.

³⁷³ Álvarez, Gladys S., “La mediación y el acceso a justicia”, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2003, p. 25.

conflictos³⁷⁴ frente al dictado de una sentencia condenatoria o absolutoria, por ser ello un aporte a la construcción de sociedades más pacíficas e inclusivas³⁷⁵.

Lejos de resultar intrascendente, esta finalidad a la que se hace referencia se encuentra orientada al cumplimiento de los objetivos de desarrollo sostenible (ODS) incorporados por la Organización de Naciones Unidas en su Agenda 2030, en particular del número dieciséis que refiere a la paz, la justicia y la solidez de las instituciones³⁷⁶.

El Anteproyecto de Código General de Procesos de Chubut aparece entonces como un aporte en esta dirección, y como tal, es una contribución inestimable para la edificación de sistemas jurídicos más humanos y menos burocráticos.

IV. BIBLIOGRAFÍA

100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

Álvarez, Gladys S., “La mediación y el acceso a justicia”, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2003.

Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019.

Caram, María E., Diana T. Eilbaum y Matilde Risolía: “Mediación: diseño de una práctica”, Librería Editorial Histórica, Bs. As., 2010.

Entelman, Remo: “Teoría de conflictos: Hacia un nuevo paradigma”, Gedisa, Barcelona, 2002.

Highton de Nolasco, Elena y Gladys S. Álvarez: “Mediación para resolver conflictos”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995.

Mesa Permanente de Justicia del Diálogo Argentino, Documento emitido por la omisión sobre Perfil del Juez, Senado de la Nación Argentina, Buenos Aires, 2003.

Naciones Unidas, “Objetivos de desarrollo sostenible (ODS). Paz, Justicia e Instituciones sólidas”. “<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice>”.

³⁷⁴ Art. 45 del Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: “*Deberes de los jueces. Son deberes de los jueces:... f) Intentar la conciliación total o parcial del conflicto o incidente cuando lo estimare oportuno y conveniente. Las propuestas de conciliación no importarán prejuzgamiento. Asimismo, si las circunstancias lo justificaren, podrá derivar el juicio a mediación. Los términos de las actuaciones judiciales se suspenderán por TREINTA (30) días contados a partir de recibida la notificación por el mediador, a impulso de cualquiera de las partes. El proceso se reanudará una vez vencido dicho plazo, el cual podrá prorrogarse por acuerdo expreso...*”.

³⁷⁵ Noble, Ignacio, “Aplicación del doble principio de subsidiariedad en el proceso judicial: justificación, alcances e importancia para la construcción de sociedades más pacíficas”, X Encuentro Nacional de Derecho procesal de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, San Miguel de Tucumán, 2018.

³⁷⁶ Naciones Unidas, “Objetivos de desarrollo sostenible (ODS). Paz, Justicia e Instituciones sólidas”. Recuperado de “<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/>”.

Noble, Ignacio: “Reflexiones sobre el sistema de justicia actual: implicancias procesales de los programas de mediación en los ordenamientos jurídicos de Argentina y España”, Editorial Académica Española, Alemania, 2017.

Noble, Ignacio: “¿Dictar sentencias o resolver conflictos? El rol institucional del juez como agente de la paz social”, Maestría en Magistratura y Derecho Judicial de la Universidad Austral, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018.

Paz Barousse, María: “La resignificación de la función del juez a la luz de los métodos alternativos”, Maestría en Magistratura y Derecho Judicial de la Universidad Austral, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2008.

Platas Pacheco, María del Carmen: “Prudencia y justicia: exigencias de la ética judicial”, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, N° 21, México, 2006.

Toledo, Pablo R.: “El proceso judicial según los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017.

Ury, William, Jeanne M. Brett; Stephen B. Goldberg: “Cómo resolver las disputas: Diseño de sistemas para reducir los costos del conflicto”, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1995.

Verbic, Francisco: “El rol del juez en la actualidad”, XXIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, Termas de Río Hondo, 2017.

ARTS. 530 A 588 (JUJUY)

ANALISIS DEL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO GENERAL DE PROCESOS

PARA LA PROVINCIA DE CHUBUT

COMISION DE JOVENES PROCESALISTAS DE LA AADP – DELEGACION JUJUY.-

Introducción:

En la delegación y asignación de temas para su estudio y análisis del Anteproyecto de Código General de Procesos de la Provincia de Chubut, que la Comisión de Jóvenes Procesalistas de la AADP ha considerado distribuir entre las distintas delegaciones del país que la componen, a la Delegación de la Provincia de Jujuy le ha tocado analizar la Parte Segunda de dicho Código, específicamente el Libro I referido a los Procesos, y dentro del mismo a la Sección I (Procesos de conocimiento o declarativos) y la Sección II (Proceso Ejecutorio).

Es claro que este proyecto es una propuesta ambiciosa, que radica en el cambio sustancial de la legislación procesal. Un cambio de paradigma hacia la oralidad en pleno. De la lectura, de los fundamentos y del proyecto se trasluce que la propuesta surge como una necesidad de reformar las leyes procesales para adecuarlas a la nueva legislación civil y comercial, de modo de buscar su compatibilidad haciéndolas útiles al derecho sustancial, lo que es claramente positivo y necesario.

Para este Equipo de trabajo, a la luz del Código que nos rige en la Provincia de Jujuy, el proyecto no resulta muy distante de nuestro proceso actual, ya que nuestro Código Procesal Civil y Comercial, redactado por el Dr. Snopek y promulgado en el año 1949, fue pensado con ideas de avanzada semejantes a las que motivaron y sustentan el proyecto traído a análisis, es decir con la oralidad como principio cardinal de dicho código de ritos. Esto nos ha permitido hacer una evaluación desde la experiencia propia de nuestra legislación Provincial, en un intento de poder reflejar cómo algunos institutos se plasman en la práctica diaria de la Justicia Jujeña, como así también la posición de los diferentes actores del proceso.

Convencidos de que es necesaria la propuesta de cambio del paradigma, debemos considerar que para lograr que sea una realidad, será necesario contar con el apoyo y decisión de toda la sociedad, en especial de aquellas Instituciones y/o Organismos del Estado que deberán colaborar activamente para lograr la reformulación del ejercicio del derecho dentro de los Tribunales de la Provincia involucrada, mencionando lo de mayor importancia:

- Decisión política que posibilite contar con un presupuesto adecuado para generar la infraestructura necesaria, como el recurso humano y el recurso material óptimo.
- Capacitación de empleados, funcionarios y magistrados en su totalidad.
- Formación de los letrados que litigarán en este nuevo proceso.

De no existir o considerarse estas tres premisas, es muy probable que el cambio no pueda efectivizarse, ya que, amén del cambio normativo, la práctica seguirá encontrando caminos alternativos que tergiversen los Institutos que se proponen, consagrándose en definitiva como una reforma alejada a la realidad social, económica y judicial en que vive la Provincia.

También, aludimos respecto a la redacción del Proyecto que hay que revisar **la redacción** reformulando el desdoblamiento indiscriminado del sustantivo en su forma masculina y femenina, en razón de que en algunos párrafos se indica a ambos géneros, y en otros no, considerando que debería ser igual el uso de estos términos en toda la redacción, unificándose el criterio. Otro punto a considerar es la delegación de facultades amplísimas a favor del Superior Tribunal de Justicia, yendo más allá de la facultad de elaborar su reglamento interno y de dictar acordadas conducentes al mejor servicio de justicia.

PARTE SEGUNDA

LIBRO PRIMERO: PROCESOS

TITULO I: PROCESOS DE CONOCIMIENTOS O DECLARATIVOS

1- PROCESO AMPLIO: (ARTS. 530 a 535)

La primera observación que cabe formular, se relaciona con la introducción de la noción de “**gestión del proceso**”, que les otorga a las partes la posibilidad de participar activamente en la gestión del conflicto dentro proceso, concertando y proponiendo medidas de gestión o acuerdos procesales. La posibilidad de proposición de medidas de gestión implica que las partes estén preparadas para trabajar cooperativamente. Asimismo, otorgarle al juez y a la Oficina Judicial la instrumentación de toda clase de medidas que faciliten, mejoren u optimicen el procesamiento del conflicto, su resolución y la posibilidad de adaptar el esquema de discusión a la complejidad o sencillez del conflicto, pudiendo asignar el trámite que considere más apropiado, también requiere que quien ejerza la judicatura y los funcionarios de la Oficina de gestión sean personas capacitadas para tal fin. Es decir, que se deben contar con todos los actores del proceso, deban encontrarse debidamente capacitados para este fin. En caso de no estarlo, consideramos que esta herramienta se puede prestar a la dilación del proceso, perjudicando el fin en sí mismo, de esta herramienta procedimental.

El principio y deber de colaboración propuesto trae consigo un cambio de concepción paradigmático en el ejercicio de la función de cualquier sujeto procesal, más asociado a la responsabilidad que a la imposición vertical del poder, lo que creemos que requerirá de mucho trabajo si se quiere concretar de modo efectivo.

Respecto del **Proceso oral por audiencias** tomado como matriz, creemos que las reglas generales que se fijan son claras y precisas acerca de cómo programar, celebrar, desarrollar y ejecutar audiencias, lo que ayuda a estandarizar la base de este tipo de procesos. Pero al exigir la posibilidad que se adopten modulaciones en función de las características del conflicto y los sujetos intervinientes permitiéndole al juez adoptar las medidas necesarias para cada particularidad, puede generar que un juez sin capacitación pueda incurrir en desaciertos, lo que vulneraría principios básicos en materia procesal.

En relación a la “**audiencia preliminar**”, vemos de modo altamente positivo como se plasme un proceso efectivo y contradictorio, en correlación con el rol comprometido del juez en análisis, permitiendo la admisión de las distintas postulaciones efectuadas por las partes. La modificación en cuanto a el objeto de “ser” de las audiencias, en consonancia con el cambio de concepción del proceso, transformándolas en un espacio de encuentro, diálogo, composición y gestión del conflicto-proceso (preliminar) o de contradicción y comprobación de las teorías del caso (juicio) es una de las mejores propuestas que tiene este proyecto.

Sin perjuicio de lo expresado, si ha generado dudas la verdadera utilidad de los Alegatos Iniciales y de la réplica, ya que en nuestra experiencia los Alegatos integrales finales suelen ser una herramienta que se ha puesto en práctica de modo más efectivo.

Si se generan ciertas dudas respecto del Acápito 5 del inc. f) del art. 535, por cuanto las facultades previstas en la mencionada norma, se verían, a nuestro entender, mejor aplicadas en la audiencia preliminar. Al efecto, de que la Audiencia del Juicio plasmada en dicho articulado contenga un discusorio netamente encausado a la problemática y delimitado, no generando peligro de posibilitar introducir elementos que deberían haberse introducido con anterioridad. Ello sin perjuicio de que a la hora de producirse la prueba oral (Testigos – Peritos Etc.) se produzca la discusión y la contradicción plasmada de manera natural, a efectos de obtener la verdad objetiva del caso.-

2.-PROCESOS SIMPLES: (ARTS.536 a 538)

Conforme lo establecido en el art 535, El proceso de conocimiento simple viene a reemplazar el proceso sumarísimo.

Se establece que las partes pueden proponer el tipo de proceso de acuerdo a la dificultad del caso en la demanda y al contestar la demanda. La pregunta es El juez en que momento decide el tipo de proceso si es en la misma audiencia multipropósito o en una providencia anterior?

Se fija 5 días para contestar demanda, vencido el plazo o contestada, se fija una audiencia multipropósito, que si bien el articulado no especifica bien su alcance y propósitos, establece que concentra todos los objetivos y actividades que comprenden la audiencia preliminar y de juicio previstas para el proceso amplio.

En esta audiencia se tiene en cuenta el principio de unidad de prueba, en donde el juez examina y aprecia las distintas pruebas su concordancia y discordancia y concluye sobre el convencimiento de lo que de ellas globalmente se forme. Establece que el juez dicte en esta misma audiencia su sentencia oralmente, pero vemos que en la práctica es poco frecuente que esto se desarrolle así, dando actualmente al juez un plazo de 3 días para dictarla y poder dar así su valoración final.

También observamos una confusión en la terminología ya que en algunas partes usan la palabra juez y jueza o solamente juez y lleva a la confusión, se debería usar una sola terminología que englobe el termino juez o jueza, sin distinción de género.

3.-PROCESOS ESPECIALES: (ARTS.539 a 559)

Sin perjuicio de lo ya esbozado al comentar los institutos y artículos anteriores, y en aras de no pecar de repetitivos en los conceptos, solamente huelga mencionar que a nivel general en los Institutos que se analizarán infra (acciones posesorias y desalojo), que si bien es sumamente novedoso y destacable el Principio de Adaptabilidad del Proceso más adecuado según la complejidad del caso (Art. 530 del Anteproyecto) y que la conducción o reconducción del proceso puede verse favorecido -con un criterio consensuado entre las partes o bien, definido por

el juez-; sin perjuicio de ello, se observaría que una técnica legislativa que establezca reglas definidas, y determine en que situaciones es necesario excepciones en la norma, traería aparejado una mejor comprensión e interpretación del propio Código de Procesos, toda vez que los actores y operadores jurídicos podrían transitar con más claridad el camino de la búsqueda de la verdadera composición de intereses de las partes, evitando dilaciones innecesarias en cuanto al tipo de proceso a aplicar.

3. a.- ACCIONES POSESORIAS Y REALES (art. 541/542)

Con respecto a la primera de las normas, hacer una remisión total al CCYCN, es decir a una norma de fondo, puede traer aparejado posteriormente, que las eventuales o ulteriores modificaciones a estas normas, dejen sin efecto a normas procesales, o bien conllevar problemas de certeza respecto de ellas.-

Siguiendo a Lino Palacio, “un Código Procesal supone directrices básicas para establecer el camino que los operadores jurídicos deben tomar para llevar al acto el derecho de fondo”, sin perjuicio de la conveniencia y claridad a la hora misma de aplicar el Código.

De conformidad a lo expresado en los comentarios anteriores, la redacción del art. 542, debiera determinar una regla general, “las Acciones Posesorias tramitaran por el Proceso Simple en concordancia con el Art. 536 inc. c)””, posteriormente determinar las excepciones.-

El CCYCN establece respecto de las Acciones Posesorias en el Artículo 2246. Proceso. Las acciones posesorias tramitan por el proceso de conocimiento más abreviado que establecen las leyes procesales o el que determina el juez, atendiendo a las circunstancias del caso.

Técnica legislativa que consideramos adecuada.

3. b- Capítulo II: PROCESOS PARA EL DESALOJO (543/547)

Consideramos que, como el supuesto de hecho mencionado en el inc. b del Art. 543 del Anteproyecto se refiere a la Locación y la misma se encuentra regulada en el CCYCN, en la redacción del mencionado inciso debiera especificar “... la intimación dispuesta por el CCYCN...” o “... la intimación que dispongan las leyes...”; expresando claramente la norma de referencia, por la cual, se acreditara la intimación mencionada en el supuesto del inciso en análisis.

Del análisis de los Artículos 544 al 547, pareciera a prime facie la existencia de una contradicción o posible discordancia entre lo reglado en el Art. 544 in fine, que dice literalmente “Si se omitiese satisfacer tal carga de denuncia de sublocatarios o de terceros ocupantes, los efectos de la sentencia monitoria o de la dictada en el proceso simple no los alcanzará”, con lo que disponen los Arts. 545 inc. a y b, como también el Art. 547 in fine, donde el Código

determina respecto de los efectos del proceso de desalojo, que la Sentencia produce efectos en aquellos ocupantes o terceros aunque no se hubiesen presentado en juicio.

Consideramos que la normativa en análisis, debe ser más clara y precisa evitando confusión o evitar la posibilidad de interpretaciones contradictorias sobre todo cuando determina efectos de una Sentencia. Esto, por cuanto en la búsqueda de la seguridad jurídica resulta fundamental la efectivización de la sentencia lograda, amparando el principio de tutela judicial efectiva.-

4.-PROCESOS MONITORIOS

En términos generales, puede decirse que el proceso monitorio se ha proyectado de una forma que le permite comprender los procesos ejecutivos actuales al igual que otras pretensiones que pudieran resultar sencillas, con la esperanza de brindar mayor celeridad en una gran amplitud de supuestos. Respondiendo en general a las características propias de donde se ha tomado el instituto, respetando igualmente los lineamientos planteados por la doctrina sobre el tema y los ejemplos normativos brindados por otras legislaciones provinciales, como los casos de La Pampa y Río Negro,.

Por su parte, la legislación diferenciada para relaciones de consumo resulta elogiable, en razón de ser una materia regida por una ley especial, que incluso cuenta con normas propias en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Resultaría prudente, sin embargo, una revisión de la amplitud en cuanto a los supuestos que se habilitan para tramitarse por esta vía e igualmente de los documentos que la autorizan, a efectos de no invertir en demasía el procedimiento en perjuicio de los sujetos procesales, a efectos de lograr un adecuado balance entre las partes. Igualmente, el régimen de costas es punto a revisar, al igual que la referencia a la subsistencia de las medidas cautelares, así como los restantes puntos que señalaremos al revisar los artículos en particular, y su confrontación con el resto del texto proyectado.

En relación al art. 548 se realiza una enumeración no taxativa –de forma expresa- en la cual se incluyen las pretensiones que serían susceptibles de tramitarse por vía del proceso monitorio. Al respecto debe decirse que el régimen plasmado permite una amplia variedad de supuestos que engloba, incluyendo algunos que a primera vista podrían resultar menos complejos, como ser la obligación de dar o restituir bienes, la ejecución de prenda, hipoteca, títulos valores, comerciales y fiscales. Asimismo, se ha incluido pretensiones que llaman la atención, como ser el reclamo por haberes adeudados e indemnización por despido directo sin expresión de causa. Esto último en razón de ser, en la lógica tradicional, pretensiones que se tramitan mediante un juicio ordinario, de amplio debate.

A ello cabe agregar que a lo largo del Anteproyecto se establece la posibilidad de promover mediante proceso monitorio acciones reales y posesorias (art. 542), desalojo (art. 543), exclusión de tutela sindical (art. 650), distintas pretensiones de derecho laboral (art. 652), alimentos (art. 670), entre otros.

A su vez, resulta relevante destacar que el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, establece en forma taxativa los casos en que se puede “optar” por la vía de proceso monitorio, sin incluir supuestos como los mencionados anteriormente. En sentido similar los Códigos Procesales en materia Civil y Comercial de las Provincias de La Pampa y Río Negro, establecen una enumeración específica, sin dejar abierta su extensión a otros supuestos.

Dicho ello, corresponde recordar que la estructura del proceso monitorio invierte el orden de las etapas procesales, esto es debate y sentencia, pasando al dictado de una resolución en primer momento, habilitándose el debate, a instancia de la parte demandada, cuando decida controvertir la sentencia monitoria. Razón por la cual, si bien se posterga el contradictorio, se garantiza el derecho de defensa de ambas partes, tanto actora como demandada.

De conformidad con lo establecido en el art. 549, en el Anteproyecto de Reforma se recepta tanto el proceso monitorio puro como el documental para diferentes casos, sin embargo, en lo que refiere a su tramitación se ha receptado el correspondiente al monitorio documental. En los incisos a, b y c, enumera los documentos que habilitarían el proceso monitorio, destacando que la regulación resulta amplia, dado que incluye además de los documentos firmados por el deudor a aquellos que contengan “su sello, impronta o marca o con cualquier otra señal, física o electrónica, proveniente del deudor” (art. 549 inc. a).

Por su parte, se recepta el proceso monitorio puro para casos de violaciones manifiestamente arbitrarias o ilegítimas de derechos fundamentales, para los que solo requiere una declaración jurada en tal sentido (art. 549 in fine.)

Se advierte un error en la numeración de los artículos, en tanto el artículo siguiente al 549 lleva la misma numeración. Este último, a su vez resulta sumamente interesante en términos de una reforma y útil en relación a la celeridad procesal, refiriéndose el mismo a la reconducción, estableciendo que corresponde al órgano jurisdiccional reconducir al proceso monitorio a aquellas pretensiones que se hubieran intentado por otro proceso. A su vez, lo opuesto, esto es reconducir hacia otro proceso distinto del monitorio cuando éste no correspondiera, evitando de tal modo forzar a la parte actora a presentar nuevamente su demanda, ha sido establecido en el tercer párrafo del art. 551.

El art. 550, en cuanto se refiere a la posibilidad de solicitar en forma conjunta una cautelar resulta una aclaración innecesaria, toda vez que, en el régimen general de las cautelares, en el art. 228 se establece que pueden ser interpuestas en forma previa, junto con la demanda o después de haberla deducido. A su vez, su supresión podría corregir de forma simple el error de numeración señalado anteriormente (repetición del art. 549).

Resulta destacable el tratamiento diferenciado de aquellos supuestos comprendidos en normas de derecho de usuarios y consumidores contenido en el art. 552, reafirmando los principios contenidos en su título preliminar, particularmente el apartado IX, referido a la igualdad.

La aclaración respecto de la notificación de persona con domicilio desconocido contenida en el segundo párrafo del art. 553 resulta innecesaria por estar regulado ello en el régimen general de las notificaciones. Sin embargo, la redacción del primer párrafo de la norma parece superadora del régimen de las notificaciones en tanto hace expresa referencia al domicilio real para notificar la sentencia monitoria, siendo ello omitido en el art. 242.

El art. 554 regula el procedimiento para la oposición a la sentencia monitoria, pudiendo simplificarse la redacción de su primer párrafo refiriéndose expresamente a un traslado por cinco días en lugar de remitir al plazo del art. 537, lo que resulta de mayor practicidad.

El segundo párrafo del artículo en cuestión, dispone el traslado de la oposición al actor por el término de cinco días, continuando luego el trámite conforme las normas del proceso simple o bien al que resulte más adecuado de acuerdo al caso. Esta amplitud en relación al proceso por el que se tramitará la oposición resulta coherente con la amplitud de pretensiones susceptibles de articularse por vía del proceso monitorio, de forma tal que aquellas causas que resulten más complejas, sigan un esquema de mayor amplitud de debate y de plazos a efectos de producir la prueba pertinente.

El tercer párrafo del art. 554, aclara que se mantendrá la vigencia de las medidas cautelares dispuestas al admitirse la oposición, entendiéndose de su redacción que la “admisión” se refiere al traslado de la misma por oposición al “rechazo in limine” regulado en el artículo siguiente. Sin embargo, en tanto no queda firme la sentencia monitoria ante la interposición de la oposición, siguiendo adelante el proceso, parece innecesaria la precisión en cuanto a la vigencia de las medidas cautelares.

Por su parte, el párrafo siguiente, admite el cuestionamiento del monto reclamado como oposición, resulta apropiada su inclusión toda vez que el artículo siguiente determina el rechazo in limine de las oposiciones que no esté dirigida a desacreditar el derecho invocado o la eficacia probatoria del documento base de la sentencia monitoria. Parecería aconsejable, sin embargo, incorporar dicho párrafo en éste último artículo.

El art. 556 establece una multa equivalente al treinta por ciento (30%) del monto de condenada, en caso del rechazo in limine de oposiciones. Tal norma se refiere a los procesos en que se reclama una suma de dinero, pero nada dice de su determinación en supuestos de haberse articulado una pretensión distinta, razón por la cual resultaría conveniente realizar una precisión al respecto o bien, siendo obligatoria su imposición, dejar su determinación al magistrado. En tal punto resulta ilustrativo el texto del art. 564 proyectado, que brinda pautas en tal sentido.

A su vez, en cuanto a la multa, la norma no establece el destino de la misma. En consecuencia, resultaría aplicable lo proyectado en el régimen general de las multas y sanciones conminatorias, contenido en los arts. 508 a 512 del Anteproyecto, en donde se establece que el valor de las multas se destinará al Poder Judicial. Debiendo destacarse que existen normas proyectadas que lo establecen expresamente a favor de la contraparte perjudicada (arts. 104 y 105).

El mencionado principio general es una reiteración de lo contenido en el art. 63, in fine, el cual dispone que aquellas multas que no tengan un destino especial establecido en el Código, se aplicaran al que fije el Superior Tribunal de Justicia (aclarando que la norma antes referida se utilizó el artículo “la” en lugar de “el” para referirse al Máximo Tribunal de la Provincia de Chubut).

Parecería, sin embargo, conveniente establecer expresamente el destino del importe de la multa en favor del promotor del proceso monitorio, en tanto una de las finalidades es no hacerlo cargar con el costo temporal del proceso, el cual, aunque brevemente, se vería extendido por la oposición improcedente.

Prosiguiendo con el articulado del Anteproyecto, se prohíbe expresamente fundar la oposición a la sentencia monitoria exclusivamente en declaración de testigos. Ello en principio resultaría adecuado en tanto el sistema se condice en general con el denominado “proceso monitorio documental”, razón por la cual parece necesario, al menos en abstracto, contar con mayores elementos de convicción para revertir una sentencia fundada en documentos, más aún cuando estos son expedidos por el propio deudor.

Sin embargo, la amplitud de pretensiones comprendidas, al igual que la gama de documentos que habilitan la vía, conforme se señaló anteriormente, puede dar lugar a supuestos en que las testimoniales resulten ser el único elemento de prueba del cual valerse un sujeto demandado en proceso monitorio; pudiendo en tales casos verse afectado el derecho de defensa, ya postergado por la propia estructura del proceso monitorio, yendo en contra de la amplitud probatoria establecida en el tercer párrafo del art. 324 del Anteproyecto.

En cuanto al régimen de costas, proyectado en el art. 559, establece que ante la falta de oposición se distribuirán por su orden. Parecería entonces apartarse del principio sentado en el régimen general de costas del art. 499 y 500, estableciendo el primero de ellos el principio general de encontrarse las costas a cargo de la parte vencida, y el segundo de ellos que establece los supuestos que autorizan eximirlo de las mismas. Como es sabido, en los procesos ejecutivos tradicionalmente conocidos, toda vez que estos se promueven ante el incumplimiento del deudor, no caben dudas que las costas han de ser a cargo del deudor vencido en razón de su incumplimiento. Por ello, en principio, resultaría aconsejable no establecer una excepción al principio general en los procesos monitorios, cargando con las costas al deudor vencido como regla general toda vez que no ha cumplido tempestivamente con su obligación, dando razones para promover el proceso.

En oportunidad de una reforma corresponde realizar algunas consideraciones en base a la posibilidad de promover los procesos monitorios por medio de un formulario. Es decir, en tanto se ha previsto que existen supuestos de una simpleza tal que autorizan a plasmar la pretensión de manera sencilla, cabe preguntarse si resulta conveniente establecer la posibilidad de promoverlos sin intervención de un abogado, establecido una excepción al principio establecido en el sistema argentino en general, en que ello resulta obligatorio, lo que ha sido igualmente plasmado en el art. 96, segundo párrafo del Anteproyecto. Para realizar tal propuesta se ha teniendo en cuenta lo establecido en España, en donde Ley de Enjuiciamiento Civil establece expresamente en su art. 814.2 que “Para la presentación de la petición inicial del procedimiento monitorio no será preciso valerse de procurador y abogado.”, reduciendo de alguna manera los costos del litigio para la parte actora, sobre todo cuando se trata de procesos de menor cuantía.

En relación a ello señala LEGUISAMÓN que “...para facilitar el acceso a la justicia las legislaciones de Francia, Alemania y España establecen que no se requiere de patrocinio letrado para presentar la demandada. En Francia, quien se haga auxiliar por un asesor letrado, deberá costear personalmente los honorarios de éste y no puede pedir su reintegro a la parte contraria. En cambio, en Italia es obligatorio el patrocinio letrado.” 377

Ello a su vez lleva a preguntarse si la sentencia monitoria incluye los honorarios por su asesoramiento en dicha presentación inicial. Parece razonable incluirlos en la sentencia monitoria, sin perjuicio de aquellos que le pudiera corresponder por su actuación ulterior ante una eventual oposición.

TITULO II: PROCESO EJECUTORIO

En general se ha regulado el Proceso Ejecutorio de forma amplia, esto en cuanto a los documentos que habilitan la vía. Entre sus normas se incluyen la ejecución de sentencias extranjeras, las oposiciones, y el trámite de subasta. De todo ello puede decirse que se ha proyectado adecuadamente las pautas generales de este tipo de procesos, existiendo algunas cuestiones puntuales a destacar sobre la redacción y algunas normas que pueden generar conflictos, especialmente de aquella que no corresponde incluir en un código de forma.

En particular, corresponde iniciar por los supuestos comprendidos. Del listado de supuestos incluidos, meramente enunciativo, se advierte el cambio de visión de la reforma, concordante con la incorporación del proceso monitorio, comprendiendo en general a los denominados títulos ejecutorios, que no son otros que sentencias que contienen una condena.

En cuanto a las sentencias de autoridades internacionales o tribunales extranjeros, el art. 561 del anteproyecto es idéntico a la norma contenida en el art. 521 del Código Procesal Vigente en la Provincia de Chubut, con la única excepción de haberse omitido el último requisito para ejecución de aquellas sentencias que no se encuentren alcanzadas por un convenio internacional. Esto es “Que la sentencia no sea incompatible con otra pronunciada, con anterioridad o

simultáneamente, por un Tribunal Argentino”, sin que puedan advertirse inconvenientes por tal omisión.

El art. 562 hace referencia a los “deberes del tribunal” en el trámite de los procesos ejecutorios. La expresión “tribunal” podría reemplazarse por “órgano jurisdiccional” a efectos de incluir tanto a órganos unipersonales como colegiados. Además de ello, se repite el contenido de algunas disposiciones ubicadas en otros títulos del anteproyecto, referidas a los deberes de los magistrados y sus facultades. En tal entendimiento podría reducirse su contenido a los incisos d, e y f.

Mención aparte merece la redacción del inciso c, en tanto establece que tanto el juez como la Oficina Judicial podrán evaluar la idoneidad de información a requerirse al ejecutado y terceros. Este punto se vincula necesariamente con la escasa regulación del anteproyecto de la Oficina Judicial, cuyas atribuciones y funcionamiento debería ser al menos plasmado de forma general en el Código de Procedimiento, o bien plasmado como una reforma de la Ley Orgánica de la Justicia de la Provincia de Chubut, ello a efectos de delimitar en forma clara sus atribuciones en relación al órgano jurisdiccional. Las acordadas generales, tratan sobre temas vinculados al funcionamiento del Poder Judicial y algunas son de carácter administrativo, razón por la cual, estimamos aconsejable, y en concordancia con lo establecido por el Art. 18 de la Constitución Nacional, que la competencia y funciones de la Oficina Judicial, sean establecidas mediante una ley dictada a tal efecto por el órgano competente y no por medio de una acordada.

Tal razonamiento se aplica sin dudas al art. 563 en tanto confiere a la mentada Oficina “llevar adelante la ejecución”.

El art. 564 enuncia algunas conductas que pueden tildarse como dilatorias, lo que resulta positivo, a efecto de despejar dudas sobre su calificación en caso de imposición de sanciones. Sin perjuicio de ello, estimamos prudente, una descripción más categórica de dichas conductas. Regulando asimismo en forma adecuada lo relativo al monto de la multa aplicable, estableciendo parámetros en caso de no ser una obligación dineraria y el destino de la misma a favor del ejecutante.

El art. 565 relativo a la acumulación introduce una variante al régimen general de acumulación de procesos establecido en el art. 209, dado que admite la aplicación del instituto cuando se trate de ejecuciones en contra de un mismo deudor en base a distintos títulos, siempre que en todas intervenga el mismo juez. Resulta sin lugar a dudas práctico a efectos de evitar seguir en paralelo más de una ejecución entre las mismas partes, ocurriendo ello con frecuencia en los supuestos de juzgados que llevan adelante ejecuciones de entidades financieras y del Estado.

En el art. 566 en sus dos primeros párrafos establece los recaudos para la procedencia del proceso ejecutorio, pareciendo a primera vista innecesario el primer párrafo, dado que en general se ejecutan sentencias, pero dado que es más amplio su ámbito de aplicación resulta útil tal precisión.

Por su parte el tercer párrafo establece una directiva expresa para el Ministerio Público, dado que no solo debe intervenir cuando se involucren intereses de niños, niñas o adolescentes, personas con capacidad restringida, mayores adultos, pues impone al organismo la obligación de “instar” la ejecución ante la inacción de los representantes o apoderados de aquellos.

El art. 567 resulta incensario e impropio de una norma procesal, en tanto aclara cuales son los bienes con los que responde el ejecutado, siendo ello materia del código de fondo, regulado expresamente en el art. 242 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Resulta positiva la limitación para la ejecución del derecho de retención, en los términos plasmados en el anteproyecto, aclarando igualmente la vía para su reclamo judicial.

El art. 569, en la regulación del procedimiento, exige la solicitud de una medida ejecutoria (inc. c) dándole el carácter de indispensable, siendo ello justificado dado que debe contarse necesariamente con bienes a ejecutar a efectos de cumplir el mandato establecido en la sentencia.

Si bien hace a la celeridad la conversión automática del embargo ejecutivo al carácter de ejecutorio “sin necesidad de pronunciamiento alguno”, no parece aconsejable que así sea teniendo en cuenta la publicidad registral en materia de inmuebles. Aunque con el embargo preventivo, un interesado diligente debería indagar sobre el estado del trámite del expediente en que se dispuso la medida.

Asimismo, no queda clara la redacción en cuanto a lo que se debe notificar al Banco Central de la República Argentina, es decir si se refiere a la ejecución o al embargo de la cuenta, más aún con lo dispuesto a continuación referido a la obligación de tal entidad de comunicar a las demás entidades bancarias y de éstos de informar electrónicamente si el deudor tiene cuentas y sus fondos. En consecuencia, resulta aconsejable omitir lo reseñado como pasos obligatorios, quedando a criterio judicial y ante la solicitud de las partes que se informe y requiera tales informes a las entidades bancarias.

El art. 570 establece un plazo de tres días para expedirse sobre la admisibilidad de la pretensión y correr traslado, siendo lógicamente deseable que tales providencias se expidan en el menor tiempo posible, sin desconocer que por tal vía pueden encausarse pretensiones más complejas, que requieran de un mayor tiempo de ponderación, resultando ello extraordinario.

Por su parte, la mención de dar intervención al Ministerio Público resulta innecesaria en tanto su obligación de participar abarca todo tipo de proceso en que intervengan los sujetos señalados en la norma.

Finalmente merece mención el inc. c, en cuanto solo se refiere a “examinar” e “identificar” sin precisar que se deba expedir al respecto, resultando en consecuencia innecesaria su inclusión en tales términos, salvo que se realice a efectos de encausar aquellas propuestas realizadas por el ejecutante en base al caso.

Con respecto a las oposiciones, el anteproyecto enumera en forma taxativa las oposiciones, consignando únicamente: a) Falsedad de la ejecutoria o inexigibilidad de la obligación; b) Prescripción de la ejecutoria; c) Pago; d) Quita, espera, remisión, novación o transacción. Siguiendo en tal sentido la legislación vigente en Chubut para la ejecución de sentencias (art. 510 vigente). En este punto es importante recordar que se trata de un proceso ejecutorio y no de un proceso ejecutivo, que como tal debería tener por objeto sentencias, razón por la cual se equiparó su regulación con el régimen vigente de ejecución de sentencias, sin embargo, podría ocasionar inconvenientes la amplitud final de “Cualquier otro que detenta fuerza ejecutoria” proyectado como art. 560, inc. g (además debería decir “detente”).

El Art. 572 establece una audiencia multipropósito para resolver sobre diferencias sobre la liquidación, las oposiciones, y otras cuestiones. Lo llamativo es que la misma está establecida como regla, pudiendo excepcionalmente dejarse sin efecto cuando se trata de cuestiones simples, conforme lo dispone el art. 574. Al menos desde una perspectiva cuantitativa es posible que la excepción termine siendo la regla, tomando en cuenta el volumen de juicios por cobro de sumas de dinero que se tramitan en los estrados judiciales. Razón que haría conveniente que la audiencia sea fijada en realidad para casos complejos, con partes múltiples, de montos significativos o en atención a los intereses de que se trate.

El art. 576, respecto de la subasta de bienes, tiene algunas notas llamativas, como ser la realización por vía electrónica. Tal disposición podría suponer alguna resistencia por parte del colegio de martilleros en razón de ser una función tradicionalmente encomendada a dichos profesionales; dicho ello, y ante la propuesta efectuada de promover juicios monitorios sin asistencia de un letrado (no plasmado en el anteproyecto, pero si en derecho comparado), parece igualmente razonable la disposición, abaratando costos del proceso para los justiciables.

Por otro lado, resulta llamativo la opción de realizar una comprobación de estado de ocupación del bien, en cambio resultaría conveniente que tratándose de bienes inmuebles se realice obligatoriamente dicha constatación, a efectos de que los ocupantes tomen conocimiento de la situación y del eventual cambio de propietario del mismo.

Además de ello, se ha previsto un artículo específico para el caso de bienes muebles, otro para las acciones o títulos valores, la administración judicial (que en su regulación se asemeja más a una intervención a efectos de cobrar el crédito con los frutos), y finalmente una remisión para la ejecución en procesos colectivos, en tanto tales procedimientos tienen una regulación especial en el Anteproyecto.

Tales normas no merecen reparo alguno, salvo la omisión del procedimiento para la designación de martillero, si fuere el caso, pues no se precisa si las partes tienen facultad para proponerlo o si corresponde al Juez designarlo. Parece razonable entender que, en tanto las partes pueden realizar propuestas de procedimiento y, en el concreto caso, y de modalidades de ejecución, podrán incluir entre ellas la propuesta del martillero. En caso de regularse expresamente resultaría

conveniente que el ejecutante deba proponerlo en su presentación inicial y de no hacerlo en tal oportunidad sea designado por el juez, a efectos de evitar dilaciones innecesarias.

La ejecución provisional, en general cuenta con una regulación detallada, concordante con la técnica empleada en el Anteproyecto, y a su vez distinta del texto del Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que lo regula en un único artículo (art. 527). En este caso en particular, se puntualiza adecuadamente aquellos casos en los que no procede, delimitando de forma clara su ámbito de aplicación.

A su vez, se establece como único requisito la petición de parte y la caución, aclarando que no debe acreditarse peligro en la demora, distinguiéndola de tal modo de las medidas cautelares. Siendo ello adecuado por tratarse de un derecho reconocido por sentencia (aunque no firme), luego de haber transitado un proceso judicial. Por su parte, en cuanto a la caución, admite todo tipo de garantía.

Se establece el trámite incidental para su tramitación, regulando de forma restringida las causales de oposición, negando la posibilidad de formular oposición a la ejecución provisional cuando se trate de sentencias de condena dineraria.

Se regula igualmente los supuestos de admisión o rechazo de la oposición, regulándose de forma especial la determinación de daños y perjuicios en caso de prosperar la ejecución, estableciendo un plazo de caducidad de 90 días para su reclamo y el trámite incidental para su determinación.

En conclusión, la ejecución provisional, regulada en forma detallada, se presenta como un avance en cuanto a la recepción legislativa de la figura. Sin embargo, existen algunas objeciones particulares relativas a puntos específicos de su articulado.

En particular, al regularse las causales admisibles como oposición, en el inc. a del art. 586, salvo el primer supuesto, no surge con suficiente claridad si los siguientes casos están dirigidos a evitar la ejecución provisional de sentencias de ejecución provisional o si se aplican a otros supuestos.

A su vez, en el inc. b se admite como causal el pago o cumplimiento de la condena, resultando contradictorio con la parte final del artículo que no la admite cuando se trate de condenas dinerarias. Resultaría conveniente entonces, admitir la suspensión fundada en tales causas, aunque se trate de sentencias que manden pagar sumas de dinero.

Finalmente, el plazo de caducidad de noventa días para reclamar los daños y perjuicios derivados de la ejecución provisional, resulta un exceso en la legislación de forma en tanto se trata de una cuestión de fondo. Correspondiendo agregar que no se encuentra fundamento para un plazo tan exiguo para el reclamo de tales daños. En cambio, si resulta comprensible establecer un trámite especial, en razón de la causa del perjuicio, resultando adecuado se tramite por vía incidental.

CONCLUSIONES FINALES: Como conclusión final, desde ya expresamos y destacamos el trabajo realizado por la Comisión reformadora del código de ritos, en especial en la muy productiva labor de buscar un camino de mayor conexión entre los sujetos procesales, priorizando las soluciones más ágiles y que mejor se adapten al proceso en cuestión. Por último, hacemos nuestras las palabras del ilustre procesalista uruguayo el Dr. Luis María Simón, quien al comentar sobre un Código de Procesos (en este caso el Uruguayo con idénticos institutos al que se comenta en Chubut) dijo: “...*Debemos tener presente que lo procesal es solo un medio, no es un fin en sí mismo. Todo instituto procesal, toda reforma meramente procesal debe enfocarse marcando lo que el Código Modelo para Iberoamérica indica: las instituciones procesales deben ser creadas, interpretadas y aplicadas con la óptica puesta en que su fin es la efectividad de los derechos sustanciales. Los ciudadanos de Iberoamérica hace mucho tiempo reclaman de los operadores de justicia, y de la sociedad organizada en Estado en general, la efectiva prosecución y alcance de esa meta. Los tiempos no son de hablar y de discutir, sino de hacer*”.

COMISION DE JOVENES PROCESALISTAS DE LA AADP –

DELEGACION JUJUY.-

San Salvador de Jujuy, 26 de Julio de 2019.-

ARTS. 589 A 597 (SILVA FERNANDA – AADP)

Procesos colectivos

Sumario: 1. Lógico tratamiento diferenciado. 2. Expresa mención de trámite. Diferencia con la CN. 3. Legitimación y debida representación. 4. Cosa Juzgada. 5. Obligación estatal. Sentencias de tinte estructural. 6. Breve síntesis.

1. Lógico tratamiento diferenciado.

El reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva en la reforma constitucional de 1994³⁷⁸ revolucionó el derecho procesal, porque simultáneamente con este nacía la obligación de hacerlos operativos. Las reglas que tradicionalmente guiaban el inicio y curso de un proceso judicial no eran adecuadas para resguardar la discusión y la efectivización de estos nuevos

³⁷⁸ Cfr. artículos 41, 42 y 43.

derechos de grupo, con sujetos legitimados anómalos que representan al colectivo y una cosa juzgada que excede a los sujetos presentes y que alcanza a todos los que conforman el grupo.

Como estos derechos tuvieron acogida en otros países con anterioridad al nuestro, no fue extraño que la clasificación y definición más utilizada al comienzo por nuestros doctrinarios fuera la del artículo 81 del Código de Consumidor de Brasil que los clasificaba en difusos, colectivos e individuales homogéneos³⁷⁹. Si bien había existido un adelanto de la definición de derechos en alguna disidencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación³⁸⁰ o en casos de menor repercusión pública³⁸¹; fue recién en el año 2009 que el Superior Tribunal, en el fallo Halabi³⁸², a pesar de que ya había fallado respecto de los derechos de incidencia colectiva, en ejercicio de una tarea docente, y ante la omisión legislativa del dictado de una ley procesal, definió y distinguió los derechos individuales de los de incidencia colectiva y clasificó a los últimos arrojando claridad respecto sobre qué tipos de derechos los conformaban. Indicó que existen tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos³⁸³.

³⁷⁹ “A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: Interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. II – Interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação base; III- Interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”. (Código Consumidor de Brasil, 1.990, art.81).

³⁸⁰ CSJN, “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Secretaría de Comunicaciones – resolución 2926/99, sentencia del 31/10/2006. Disidencia de los Doctores Eugenio Raúl Zaffaroni y Ricardo Lorenzetti. La Ley Cita Online AR/JUR/6299/2006.

³⁸¹ CSJN, “Ministerio de Salud y/o Gobernación”, sentencia del 31/10/2006, Fallos 329: 4741.

³⁸² CSJN, “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - Ley 25.783” dto. 1563/04 s/ amparo Ley 16.986, sentencia del 24/2/2009, Fallos: 332:128.

³⁸³ Los individuales son los ejercidos por su titular, lo que no varía si son varias las personas que se presentan en el proceso conformando litisconsorcios activos o pasivos derivados de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, acreedores o deudores. En estos casos, no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable. Los derechos son individuales y propios de los afectados; divisibles y no homogéneos (Cfr. considerando 10). En los derechos sobre bienes jurídicos colectivos, la petición tiene por objetivo un bien colectivo, es decir, un bien que pertenece a toda la comunidad; es indivisible y no admite exclusión alguna. Se concede legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún supuesto se protege o están en juego derechos individuales subjetivos (Considerando 11). Cuando el fallo señala que se trata de un derecho que pertenece a toda la comunidad hace referencia a un derecho transindividual o supraindividual, no es individual, ni es una mera colección de derechos individuales, trasciende al individuo. Se trata de una entidad distinta de cualquier individuo o grupo de individuos (GIDI, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, traducción de Lucio Cabrera Acevedo, México, Universidad Autónoma de México, 2004. p. 53). Para clarificar la definición el fallo también señala que “estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno” (considerando 11). Decimos que un derecho es indivisible porque no puede ser dividido en pretensiones individuales independientes. El derecho a un medio ambiente sano y la veracidad en los anuncios publicitarios pertenece a todos en la comunidad, y, al mismo tiempo, no pertenece a nadie en particular. En el caso de la contaminación en una bahía, por ejemplo, es evidente que la bahía no pertenece a nadie en particular. La contaminación de sus aguas dañaría a la comunidad en su conjunto, y la limpieza del agua beneficiaría al grupo en su totalidad: es una pretensión indivisible. Este derecho pertenece a la comunidad como un todo, no a los miembros individuales del grupo (GIDI, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela ...*, cit., p. 57). La Constitución Nacional también admite en el art. 43, párr. 2º, una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales

Por su parte, el régimen clásico de los límites subjetivos de la cosa juzgada frente al reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva y su tramitación, se transformó por resultarle inaplicable. En el proceso individual la cosa juzgada alcanza tan sólo a los que han litigado y quienes no han sido parte en el juicio no son afectados por ella y pueden proclamarse ajenos a ésta aduciendo el principio romano *res inter alios iudicata aliis neque prodesse neque nocere potest*, en virtud del cual, lo que haya sido juzgado entre dos personas, no aprovecha ni perjudica a los terceros³⁸⁴. De este principio se desprende que la decisión adoptada en la sentencia resulta inoponible a los terceros que no han tomado intervención en la causa, afectando sólo a las partes y a los terceros interesados que se insertaron en el proceso mediante el trámite normado al efecto. La naturaleza de los derechos de incidencia colectiva y la legitimación de sujetos potencialmente distintos de los afectados en forma directa son causa lógica de la transgresión de los límites subjetivos tradicionales de la cosa juzgada, desde que la sentencia dictada en un proceso individual sólo obliga a las partes contendientes, y la colectiva rige, en principio, sobre la totalidad del grupo damnificado. En estos procesos se defienden los derechos de todo el grupo aunque no actúan personalmente sino a través de un representante que es la voz de todos sus miembros.

No obstante las características particulares de los procesos colectivos, no han sido objeto de una legislación integral en nuestro país. La tarea pendiente se encuentra facilitada por la legislación extranjera que trata sobre la materia³⁸⁵; el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica³⁸⁶; las disposiciones incluidas en leyes nacionales como la Ley General del Ambiente³⁸⁷, y la Ley de Defensa del Consumidor³⁸⁸; las provinciales que legislan sobre algún derecho colectivo³⁸⁹, y algunas aisladas, generales o puntuales aplicables a la materia colectiva contenidas en los diferentes códigos de procedimientos³⁹⁰.

homogéneos. Es el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados. En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño (Considerando 12).

³⁸⁴ PALACIO, Lino E., *Derecho procesal civil, t. V*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1990, p. 521.

³⁸⁵ La *Federal rules of civil Procedure* de EEUU y la Ley de acción civil pública y el Código de Consumidor de Brasil, han sido una fuente tanto para la elaboración de la legislación y como para la fundamentación de sentencias en las que se han discutido derechos de incidencia colectiva.

³⁸⁶ Aprobado en Caracas en 2004, concebido como modelo concreto para inspirar las reformas legislativas y la labor judicial.

³⁸⁷ Ley 25.675, B.O. 28/11/2002 (ADLA, LXIII-A, 4). Norma con aspectos básicos de política ambiental nacional con principios y disposiciones que constituyen herramientas para que las autoridades de los diversos poderes y jurisdicciones puedan ejercer sus funciones.

³⁸⁸ Ley 24.240, B.O. 15/10/93 (ADLA, LIII-D, 4125).

³⁸⁹ Valen como ejemplo las disposiciones procesales contenidas en leyes de protección ambiental. En Tierra del Fuego, Antártica e Islas del Atlántico Sur, ley 55 (B.O. 30/12/1992 -ADLA1993-A, 1299) artículos 16 a 25; en Santiago del Estero, ley 6.321(B.O. 08/11/1996 - ADLA1996-E, 7107) artículos 39 a 42; en San Juan, ley 6.634 (B.O. 28/11/1995 - ADLA1996-A, 1575) artículos 8 y 9; también en San Juan, ley 6.006 (B.O. 11/01/90 - ADLA1990-A, 1116); en Mendoza, ley 5.961 (B.O. 25/02/1993 - ADLA1993-B, 2361) artículos 16 a 25; Mendoza, ley 8.051 (B.O. 22/5/2009 - ADLA2009-C, 1764), artículo 50; en La Pampa, ley 1.914 (B.O. 02/02/2001 -

Es por el reconocimiento constitucional de hace un cuarto de siglo, y la ausencia de una ley procesal que regule integralmente la materia, que es de buen augurio que en el anteproyecto de ley de Código de Procesos General de Chubut se incluya a los procesos colectivos, no solamente con un título particular que se refiere a él, sino en su inclusión y consideración expresa desde el título preliminar de principios y reglas fundamentales, pasando por todos los institutos procesales en los que hace la salvedad de tratamiento diferenciado en consideración a la naturaleza y las características particulares de estos procesos.

Ya adentrándonos al texto del anteproyecto en sí, la individualización objeto de tratamiento colectivo que hace en las finalidades y pautas de interpretación, puede generar duda al lector que no está empapado en las particularidades de los procesos colectivos porque refiere a un proceso utilizado para resolver conflictos que involucren a grupos de personas que reúnen condiciones uniformes, lo que puede confundirse con los tradicionales litisconsorcios; sin embargo sirve como punto de inicio para entender que se trata de procesos de tratamiento diferente para resolver una afectación de masa. Y es desde esas primeras pautas que inicia una guía de tratamiento que va más allá del conflicto que se encuentra en discusión, con la finalidad expresa de promover, a través de ellos, cambios sociales que propendan a la igualdad y paz social³⁹¹.

2. Expresa mención de trámite. Diferencia con la CN.

ADLA2001-A,1094) artículo 49; en Chubut, ley 5.439 (B.O. 02/01/2006 - ADLA 2006-A, 854), artículos 155 a 160; en provincia de Buenos Aires, ley 11.723 (B.O. 22/12/1995 - ADLA1995-A, 1240), artículos 34 a 38.

³⁹⁰ Artículo 302 y cc. del Código Procesal Civil y Comercial de La Pampa (B.O. 12/3/1999), artículo 299 y cc. del Código Procesal Civil y Comercial de Santa Cruz (B.O. 22/9/1981); artículo 321 y cc. Código Procesal Civil y Comercial del Chubut (B.O. 11/11/1983); artículo 321 y cc. del Código Procesal Civil de Buenos Aires (B.O. 24/10/1968); artículos 654 a 662 del Código Procesal Civil, Comercial, Laboral, Rural y de Minería de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (B.O. 17/8/1994); artículo 273 inc. 6 (Agregado por ley 6.194, B.O. 01/10/1996) ADLA LVII-A, 1154 y artículos 379 y cc. del Código Procesal Civil de La Rioja. (B.O. 15/09/1972); artículos 688 bis y cc. del Código Procesal Civil y Comercial de Río Negro. B.O. (Suplemento) 04/02/1988; artículo 321 y cc. del Código Procesal Civil y Comercial de Corrientes (B.O. 23/3/2000); artículos 47 Código Procesal Civil y Comercial de Salta (B.O. 30/01/1978 incorporado por ley 7.566, artículo 13 B.O. 01/06/2009); artículos 828 y cc. del Código Procesal Civil y Comercial de Santiago del Estero (B.O. 30/12/1969. Derogado por la ley 6.020, artículo 17 B.O. 17/02/1994 - ADLA LIV-B, 2697 y sustituidos por la ley 6.296 B.O. 12/07/1996); artículo 319 y cc. del Código Procesal Civil y Comercial de Formosa (B.O. 24/12/1969); artículo 321 inc. 2 y cc. del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Misiones (B.O. 05/11/1986); artículo 582 ss. y cc. del Código Procesal Civil, Comercial y de Minería San Juan (B.O. 09/3/1973); artículos 301 y cc. del Código Procesal Civil y Comercial del Chaco (B.O. 06/8/1969); artículo 321 y cc. del Código Procesal Civil y Comercial del Neuquén (B.O. 26/12/1975); artículo 321 y cc. del Código Procesal Civil y Comercial de San Luis (B.O. 08/4/1970); artículos 71 a 86 del Código Procesal Constitucional de Tucumán (Ley 6.944, B.O. 08/03/1999 - ADLA1999-B, 2673).

³⁹¹ XXII. Finalidades y pautas interpretativas de los procesos colectivos. El proceso colectivo será utilizado para resolver conflictos que involucren a grupos de personas que reúnan condiciones uniformes, de hecho o de derecho, frente a la cuestión debatida en el proceso. Son finalidades de los procesos colectivos promover: a) El fácil acceso a la justicia de grupos de personas afectadas por un hecho común, atendiendo especialmente la situación de los grupos estructuralmente vulnerables, desprotegidos, relegados o desaventajados. b) La eficiencia y efectividad en la resolución de conflictos del sistema de justicia que involucren un grupo indeterminado de personas. c) La modificación de conductas que afectan derechos de incidencia colectiva, tanto por acción como por omisión. d) La obtención de soluciones igualitarias para conflictos repetitivos o estructurales. e) Los medios más eficaces de publicidad, transparencia y participación que sean posibles en la discusión y resolución de los conflictos colectivos.

En el reconocimiento, en la última reforma constitucional argentina (1994), del derecho a un ambiente sano, a los derechos del consumidor y del usuario, el derecho a la no discriminación y los derechos de incidencia colectiva en general (arts. 41, 42 y 43 CN) se hizo expresa mención del amparo como mecanismo de tutela de esos intereses cualificados³⁹².

Cabe destacar que la Constitución no limitada los mecanismos procesales idóneos para la protección de los derechos de incidencia colectiva. La protección de estos derechos de incidencia colectiva que requerían de un amplio debate y una amplia producción probatoria tornaban ineficiente al amparo como acción expedita y rápida y podían ejercitarse a través del mecanismo que, de acuerdo a las particularidades del caso, fuese idóneo para proteger el derecho que se encontraba en juego, no obstante, no encontrarse previsto en la carta magna. Fue la propia jurisprudencia del Máximo Tribunal, en “Asociación de Superficiarios de la Patagonia c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. y otros”³⁹³ la que sentenció que la inclusión del amparo en la Constitución no impedía que en aras a proteger los derechos colectivos se ejerciten acciones que su texto no haya previsto.

Sin embargo, creo que atendiendo a que habitualmente los procesos que involucran conflictos colectivos, suelen ser complejos en su desarrollo, necesarios de una tramitación amplia con su correspondiente probatoria es que, a diferencia del texto constitucional, el anteproyecto de código, refiriéndose al trámite de los procesos colectivos, en todo lo que no estuviese previsto especialmente, señala que se aplicarán analógicamente las reglas del proceso de conocimiento amplio. No obstante, hace la salvedad, a fin de no ser pasible de la crítica que puede haberse al texto constitucional, que la aplicación del proceso de conocimiento será analógica, o la de aquel proceso que determine el juez de la causa de acuerdo a las particularidades del caso en cuanto resulte compatible con los elementos fundamentales del procesamiento colectivo³⁹⁴. Nada es cerrado, se flexibiliza al mejor trámite para resguardar los derechos en juego el que deberá aplicarse, dirige su letra a la realización de los derechos con la tramitación que sea efectiva a ese fin.

3. Legitimación y debida representación

³⁹² Vale recordar que para la procedencia de la acción de amparo se debe reunir los presupuestos constitucionales previstos en el primer párrafo del artículo 43 para el amparo individual es decir: que no exista otro medio judicial más idóneo; la existencia de acto u omisión emanado de autoridad pública o de particulares que en formal actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos colectivos reconocidos por la constitución, un tratado o una ley.

³⁹³ Sentencia del 29/8/2006, La Ley 2006-F, 419; La Ley 2006-F, 630. Vale recordar que para la procedencia de la acción de amparo se debe reunir los presupuestos constitucionales previstos en el primer párrafo del artículo 43 para el amparo individual es decir: que no exista otro medio judicial más idóneo; la existencia de acto u omisión emanado de autoridad pública o de particulares que en formal actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos colectivos reconocidos por la constitución, un tratado o una ley.

³⁹⁴ Art. 589 anteproyecto de Código General de Procesos de la provincia de Chubut. “Alcance. En este título se fijan reglas especiales que complementan las reglas generales previstas en el presente Código en relación al debido proceso colectivo. En todo lo no previsto, se aplicarán análogamente las reglas del proceso de conocimiento amplio o aquel que determine el juez de la causa de acuerdo con las particularidades del caso y en cuanto resulte compatible con los elementos fundamentales del procesamiento del conflicto colectivo”.

La legitimación es el derecho que tiene quien se presenta a la jurisdicción para obtener una decisión o pronunciamiento sobre el derecho sustancial invocado, sea favorable o no³⁹⁵; de hecho cuando una de las partes carece de ella, el juez se limitará a inhibirse porque es una condición para que pueda dictarse sentencia de fondo³⁹⁶.

En general, la aptitud para demandar coincide con la titularidad activa de la relación jurídica sustantiva controvertida en el proceso y la aptitud para ser demandado con la titularidad pasiva de esa misma relación jurídica sustantiva. Tal coincidencia es propia de la legitimación normal. Ella cede, y se denomina anormal, en los casos en que la controversia se refiere a derechos subjetivos, intereses difusos o también, en determinadas circunstancias, derechos subjetivos privados, supuestos en los que una pluralidad de sujetos pueden ser los titulares de la relación jurídica sustantiva y otro sujeto, el legitimado³⁹⁷.

La legitimación tiene suma importancia en el inicio de una acción colectiva, es el nexo operativo con los derechos discutidos, porque los sujetos que pretendan presentarse en el proceso sólo podrán intervenir en aquellos en los que estén en juego esos derechos; como así también porque conforma la causa/consecuencia –junto a los derechos- de los efectos de la cosa juzgada que alcanzará a todo el grupo afectado.

Hasta el surgimiento de los nuevos procesos colectivos, sólo en situaciones excepcionalísimas el juez resolvía con carácter previo la falta de legitimación, lo normal era que la misma sea dictada en la sentencia definitiva. En la actualidad, es indispensable para la eficacia de los derechos y de las vías tutelares, atender a la legitimación procesal.

Como consecuencia lógica del nacimiento de una legitimación extraordinaria o anómala, el requisito cardinal de causa o controversia judicial³⁹⁸ también muda a clave colectiva porque hasta entonces siempre reclamó que el titular del derecho subjetivo esté presente para configurarse.

La causa o controversia fue y sigue siendo un elemento necesario para la intervención y decisión del poder judicial. Se encontraba configurada en la doctrina tradicional como aquellas en las que se perseguía en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas, con un interés concreto, inmediato y sustancial que lleve a considerar lo discutido dentro de un caso o controversia, único supuesto en que la función judicial podía ser ejercida. Sólo se admitían como causas aquellas en las que se perseguían en concreto la determinación de derechos debatidos entre partes adversas, cuya titularidad alegaban quienes demandaban “Polino”³⁹⁹.

Hasta el nacimiento de los nuevos derechos, los jueces y la consolidada doctrina del Máximo Tribunal reclamaban que el derecho subjetivo esté presente para que exista causa o controversia, elemento necesario para la intervención y decisión por parte del poder judicial. Con

³⁹⁵ ARAZI, Roland, “La legitimación como elemento de la acción” en MORELLO, Augusto M. Coord., *La Legitimación*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1996, p. 23.

³⁹⁶ DAVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría General del Proceso*, Bs. As., Editorial Universidad, 1997, p. 255.

³⁹⁷ MORELLO, Augusto Mario y SBDAR, Claudia B., *Acción Popular y Procesos Colectivos*, Bs. As., Ed. Lajouane, 2007, p. 41, 42.

³⁹⁸ De acuerdo a lo establecido por el artículo 116 de la Constitución Nacional y el artículo 2 de la ley 27, los tribunales judiciales sólo ejercen su potestad jurisdiccional en el marco de una causa.

³⁹⁹ CSJN “Polino Héctor y otro c/ Poder Ejecutivo” considerando N° 4, sentencia del 07/04/1994, La Ley 1994-C, 294.

la protección de los derechos de incidencia colectiva, se habilita una legitimación extraordinaria o anómala de la mano de órganos que actúan en representación del colectivo damnificado. Circunscribir la legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo o de las asociaciones con fines colectivos o del Ministerio Público, a la idea tradicional en la que los tribunales judiciales sólo ejercen su potestad jurisdiccional en el marco de una causa concebida tradicionalmente es utilizar una teoría creada para la defensa de los derechos subjetivos de los particulares.

Para la configuración de causa colectiva de derechos indivisibles, los sujetos se encuentran relevados de probar un perjuicio particular, sobre una persona o el patrimonio, debiéndolo hacer sobre el daño al bien colectivo. En los conflictos sobre derechos referentes a intereses individuales homogéneos, la existencia de controversia no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho⁴⁰⁰. Así lo señaló la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Halabi frente al caso de los derechos de incidencia colectiva que tienen por objetos bienes colectivos “...la prueba de la causa o controversia se halla relacionada con la lesión a derechos sobre el bien colectivos y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes éste representa”. El caso en lo derechos de incidencia colectiva referentes a intereses Individuales homogéneos, la existencia de causa o controversia “no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho”.

En esta línea, el anteproyecto de código, ya en su título preliminar, en sus principios y reglas fundamentales indica que “El debido proceso individual y colectivo constituye un derecho en sí y una garantía para la protección de los intereses en juego” señalando que para promover o controvertir útilmente las pretensiones, es necesario invocar legitimación individual o colectiva suficiente⁴⁰¹. Y en los elementos particulares del debido proceso colectivo también refiere al requisito de la legitimación⁴⁰².

La Constitución Nacional reconoció legitimación para promover acciones en defensa de los derechos de incidencia colectiva al afectado, al Defensor del Pueblo, a las asociaciones que propendan fines colectivos y al Ministerio Público-por las funciones que la misma constitución le otorga⁴⁰³. El expreso reconocimiento constitucional, hace que estos legitimados no puedan ser desconocidos sino sólo ampliados por otras disposiciones legislativas o jurisprudenciales. Consecuentemente, las leyes pueden ampliar los sujetos de la enumeración constitucional habilitando a otros no incluidos esta pero nunca excluyendo a los constitucionalizados.

El anteproyecto en comentario amplía los legitimados constitucionalizados, señala que “El sujeto procesal que propone la pretensión y aquel contra quien se la intenta son partes en el proceso. En el caso de acciones colectivas serán legitimados para representar al grupo: a) Toda persona miembro del grupo. b) Las asociaciones civiles y fundaciones que tengan por objeto la

⁴⁰⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Justicia Colectiva*, Santa Fé, Rubinzal Culzoni, 2010, p. 105.

⁴⁰¹ Cfr. Punto V° b).

⁴⁰² Punto V° d: “Constituyen elementos particulares del debido proceso colectivo: el acceso colectivo a la justicia; la legitimación colectiva...”

⁴⁰³ Artículo 120: “El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República”.

defensa de derechos de incidencia colectiva y se encuentren debidamente inscriptas ante las autoridades que corresponda, acreditando en su caso la inscripción en el registro especial correspondiente. c) El Ministerio Público Fiscal y de la Defensa, en el ámbito de sus respectivas incumbencias. d) El Defensor del Pueblo. e) Las entidades sindicales. f) Aquellos sujetos a los cuales leyes especiales confieran legitimación colectiva”⁴⁰⁴.

Respecto a cada uno de los sujetos que enumeró la Constitución, fue la jurisprudencia del más alto tribunal quien terminó de delinear a cada uno de los sujetos que el texto constitucional mencionaba como legitimados. El texto del anteproyecto amplía a los sujetos constitucionales o los renombra, entiendo que con el fin de disipar las diferentes discusiones que originó, en su momento, su nombramiento en la Carta Magna.

Es reconocida la discusión doctrinaria respecto al afectado que menciona el texto constitucional sobre todo al poco tiempo de la sanción. Seguramente el anteproyecto intentó evitar dudas respecto de este sujeto indicando que se encuentra legitimada “cualquier persona miembro del grupo”. Considero que a pesar de la buena intención, más que disipar confusión, generará nuevas con su redacción y puede dar lugar a equívocos y hasta llevar a confundir las aguas colectivas e individuales diferentes desde la naturaleza de los derechos que motivan el inicio de cualquier acción. Me explico, se puede ser miembro de un grupo y no ser legitimado colectivo porque los derechos que se discuten no tengan esa naturaleza y sólo se esté en presencia de un litisconsorcio -necesarios o no-. Asimismo, en los procesos colectivos no siempre es fácil delimitar los grupos lo que consecuentemente va a dificultar la individualización de sus miembros. Creo que por el tiempo que ha transcurrido desde la sanción constitucional, la discusión doctrinaria y la jurisprudencial en la materia ya zanjada, referirse al afectado hubiera sido más claro, considerando que la nueva redacción dará lugar a nuevas dudas y discusiones que ya se encuentran resueltas. No obstante, entiendo que en el lenguaje llano que transversaliza al anteproyecto, el término afectado tiene en su misma etimología menos precisión y es más suspicaz que la redacción con la que se innova en el texto.

Por su parte, las discusiones que trajo aparejada la mención que la norma constitucional hizo respecto de las asociaciones que en principios debían estar “registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y forma de su organización” que fue motivo de diversas discusiones doctrinaria y tuvo que ser despejada por la misma jurisprudencia en “Asociación de Grandes usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (A.G.U.E.E.R.A) c/ Provincia de Buenos Aires y otro”⁴⁰⁵, encuentran requisitos específicos de actuación en la redacción del anteproyecto: “debidamente inscriptas ante las autoridades que corresponda, acreditando en su caso la inscripción en el registro especial correspondiente”. La expresa mención en el anteproyecto a las fundaciones y las entidades sindicales hace a la inclusión lógica de entidades de tercer sector que no comparten la naturaleza de las asociaciones pero que se encuentran legitimadas para actuar.

El anteproyecto hace una pacífica aceptación respecto a la aceptación de actuación del Ministerio Público, considerado legitimado por las funciones que el texto constitucional le otorga

⁴⁰⁴ Cfr. Art. 27.

⁴⁰⁵ CSJN, sentencia del 22/04/1997, DJ 1997-2, 428.

en la Constitución Nacional, y lo suma a la redacción del anteproyecto adicionando también con buena lógica, al Ministerio de la Defensa que es hoy su contrapartida de actuación y lógicamente debe estar legitimado para actuar en estos procesos.

Como en estos procesos se defienden los derechos de todos los damnificados que no actúan personalmente sino a través de un representante, se produce una redefinición de la idea clásica del debido proceso legal que exigía que toda persona deba tener su “día en el tribunal”⁴⁰⁶, porque la voz de los integrantes del grupo será transmitida por aquel.

La legitimación para obrar, que es de obligado examen en todo juicio a fin de evitar soluciones nulas, cobra mayor trascendencia en los planteos colectivos. Es crucial determinar la aptitud de postulación de quien se presenta como representante de un grupo porque la sentencia tendrá efectos expansivos, con lo cual se vigoriza el deber de los jueces de examinar la legitimación representativa, tanto liminarmente como en todo el transcurso del proceso⁴⁰⁷. En este orden de ideas, cuantas más certezas encontremos sobre la capacidad del representante que hablará por aquellos que no intervienen directamente, mayor será la legitimidad constitucional de la sentencia dictada en una contienda colectiva. Esa legitimidad estará dada por la no violación del derecho individual al debido proceso de aquel que podría haber actuado por sí mismo en defensa del derecho pretendidamente violado, sino además por incorporar al debate un grado de participación social congruente con la naturaleza de los derechos debatidos⁴⁰⁸.

El análisis propio de cada uno de los legitimados configura el primer examen de la “adecuada representación” aunque no la completa. La expansión de los efectos de la cosa juzgada de las sentencias dictadas en estos procesos, constituyen la consecuencia constitucional lógica del análisis de otros parámetros necesarios para una adecuada representación, porque alcanza a todos los que forman parte del colectivo, se encuentren o no participando personalmente en el pleito.

Cuando los sujetos reconocidos legalmente se presentan autoinstituyéndose como legitimados para proteger los derechos o intereses de otros, sin autorización particular, ni poder de los sujetos defendidos o representados, el sujeto que se presenta, tiene que poseer una capacidad suficientemente representativa de todo el grupo afectado; es decir, de todos los titulares de los derechos debatidos que integran el colectivo.

La Corte Suprema de Justicia de los Estado Unidos reconoció hace muchos años la raíz constitucional de la referida exigencia de protección justa y adecuada de los intereses del grupo, los comentaristas norteamericanos son contestes en que el mismo configura el pilar fundamental sobre el cual se asienta desde dos puntos de vista: por un lado, en términos constitucionales, por adquirir carácter verdaderamente esencial para que la decisión no vulnere la garantía de debido proceso legal de los miembros del grupo ausente en el debate. Por el otro, en términos prácticos, porque si ese requisito no se encuentra, la decisión será inútil para desactivar el conflicto, ya que no podrá ser oponible a los miembros del grupo defectuosamente representados⁴⁰⁹.

⁴⁰⁶ OTEIZA, Eduardo y VERBIC, Francisco, “La representatividad adecuada como requisito constitucional de los procesos colectivos. ¿Cuáles son los nuevos estándares que brinda el fallo ‘Halabi’?” Lexis Nexis 0003/014882.

⁴⁰⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Justicia Colectiva* ..., cit., p. 138, 139.

⁴⁰⁸ OTEIZA, Eduardo y VERBIC, Francisco, “La representatividad adecuada... cit.

⁴⁰⁹ OTEIZA, Eduardo y VERBIC, Francisco, “La representatividad adecuada ... cit.

El texto del anteproyecto se ocupa especialmente del requisito de la debida representación. Desde el título preliminar señala que “Constituyen elementos particulares del debido proceso colectivo: ...la acreditación y control de la representatividad adecuada”⁴¹⁰.

En los requisitos que señala para la demanda de procesos colectivos señala que deberá acreditar la adecuada representatividad del legitimado cuando ésta no se presuma conforme lo establece⁴¹¹. Para señalar como deber del magistrado actuante controlar y supervisar a lo largo de todo el proceso la adecuada representación de los intereses de los integrantes del grupo por parte del legitimado y de los abogados que asuman la dirección técnica del proceso como apoderados o asistentes.

Al igual que en el texto del código modelo de procesos colectivos, el anteproyecto prevé que el juez deberá analizar determinados recaudos en el análisis⁴¹² los que reproduce casi textualmente. El anteproyecto le señala al juez que para el análisis de la representatividad adecuada deberá evaluar de forma no excluyente y meramente indicativa, a) La credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado. b) Los antecedentes que demuestren, en la protección judicial y extrajudicial, de los intereses o derechos de los miembros del grupo. c) Su conducta en otros procesos colectivos. d) La calidad de la actuación desarrollada en el pleito y el conocimiento demostrado acerca de la materia sobre la que versa. e) La coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo y el objeto de la demanda. f) En su caso, el tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de ésta o de la persona física respecto del grupo. Los recaudos fijados para el control de la adecuada representatividad no son taxativos y deberán ser analizados en cada caso concreto⁴¹³. Considero estos recaudos criticables por considerar que la mayoría de los parámetros denunciados por la norma son poco útiles como elementos de valoración de la debida representatividad: 1. Los que necesitan del análisis de la actuación de los sujetos en otras acciones colectivas, someten al juzgador a examinar la actuación del representante en un juicio previo, diferente, sin relación con el proceso en cuestión. 2. Los antecedentes en la protección judicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, nada concluyen respecto de la adecuada representación que debe detentar y ser examinada en el caso específico. 3. El tiempo de constitución de la asociación nada determina respecto de la representatividad de un colectivo, puede tener antigüedad de existencia y encontrarse en connivencia con la contraria o anteponer sus intereses empresariales por sobre los del grupo. Es más, todos los presupuestos pueden ser utilizados negativamente por quien quiera actuar en un proceso en busca de intereses contrarios al conjunto.

El análisis de excesivos requisitos, que insumen un considerable tiempo de verificación, impuestos con la intención de reguardar el derecho de defensa de los integrantes del colectivo que

⁴¹⁰ Punto Vº, d.

⁴¹¹ Cfr. Art. 261, punto d.

⁴¹² Cfr. artículo 2 parágrafo 2º: “En el análisis de la representatividad adecuada el juez deberá analizar datos como a) la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado; b) sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase; c) su conducta en otros procesos colectivos; d) la coincidencia entre los intereses de los miembro del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda; e) el tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de ésta o de la persona física respecto del grupo, categoría o clase.

⁴¹³ Cfr. art. 262 del anteproyecto.

no participan personalmente en el litigio, lo terminará lesionando, porque la garantía referida también está integrada por el derecho a una rápida y eficaz decisión judicial. Téngase presente que en EEUU el tiempo de certificación de una clase es de aproximadamente 25 meses⁴¹⁴ y que la demostración de cada uno de los presupuestos previstos en el Código Modelo también podría llevar años. Es que como bien dice Osvaldo Gozaini “El acceso a la justicia es una parte del derecho que tiene toda persona al debido proceso. Es una garantía judicial y un derecho individual de carácter constitucional (subjetivo público) que no admite limitaciones. No obstante, no es un pórtico tan amplio que pueda traspasarse sin necesidad de abrir puertas; éstas son requeridas como presupuestos formales de admisión, pero jamás podrán tener tantos cerrojos que obliguen a superar con esfuerzo aquello que, en realidad, es la bienvenida de los que piden justicia, y aun para aquellos que, abusando en el derecho de petición, puedan requerir la intervención de los jueces. En todo caso, es una cuestión de análisis particular, y una muestra de confianza a depositar en el Poder Judicial para que sea éste quien resuelva el derecho en el proceso”⁴¹⁵.

No obstante lo manifestado, es de resaltar que el proyecto de código hace la salvedad de que los recaudos fijados para el control de la adecuada representatividad no son taxativos y deben ser analizados en cada caso concreto, lo que aliviana la carga del magistrado y flexibiliza la tramitación del proceso. Asimismo el anteproyecto entiende que en los supuestos de legitimación del Defensor del pueblo y los Ministerios Públicos, así como en el de asociaciones y fundaciones que requieren una inscripción especial, la idoneidad del legitimado se presume, salvo prueba en contrario, sin perjuicio de la consideración que se haga en el caso concreto ante la postulación de un mejor representante⁴¹⁶ estableciendo un pequeño trámite en caso de que el juez determine que el requisito de debida representación ha dejado de estar configurado⁴¹⁷.

Para una debida representación, idónea del derecho de los ausentes, es necesaria una adecuada publicidad: El ejercicio de los derechos procesales vinculados con la participación en juicio sólo puede realizarse efectivamente en la medida en que los sujetos tengan conocimiento oportuno y útil de la existencia del proceso. El sistema de difusión debe encontrarse dotado de herramientas idóneas para que los interesados puedan conocer con relativa facilidad, la existencia de un juicio cuyos efectos repercutirán sobre su situación jurídica, dada la dimensión de incidencia colectiva involucrada⁴¹⁸. La Corte dijo en “Halabi” que “es menester, por lo demás, que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disimiles o contradictorias sobre idénticos puntos” (Considerando 20, última parte). Este requisito ha sido tomado como parte del trámite por algunas leyes, a saber: ley 1352 de La Pampa (Cfr. artículo 13), ley 6.006 de San Juan (artículo 9), Código Procesal

⁴¹⁴ MEROI, Andrea, *Procesos Colectivos*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 108.

⁴¹⁵ GOZAINI, Osvaldo A., “La legitimación de las asociaciones de usuarios y consumidores”, La Ley 2005-F, 1163.

⁴¹⁶ Artículo 262 del anteproyecto.

⁴¹⁷ Deberá suspender el proceso por el plazo que estime razonable y proceder del modo establecido en el artículo 73 último párrafo del mismo proyecto.

⁴¹⁸ MAURINO, Gustavo, NINO, Ezequiel, SIGAL, Martín, *Acciones Colectivas*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 264, 266.

Constitucional de Tucumán (artículo 79), Código Procesal de Tierra del Fuego (Cfr. artículo 659).

La correcta difusión de la existencia del proceso colectivo, persigue, entre otras cosas, la debida integración de la “representación” de aquellos que se verán alcanzados por la sentencia que se dicte⁴¹⁹. Se trata de procesos complejos en los cuales la justicia debe pronunciarse luego de escuchar a las distintas posiciones de todas las partes afectadas⁴²⁰. La exclusión de legitimados colectivos implica una pérdida grave de perspectivas, argumentos y pruebas posibles, cuya presencia contribuiría en forma relevante a lograr la mejor solución del caso⁴²¹.

También es un requisito que no deja de lado el anteproyecto, ya en el título preliminar señala que constituye uno de los elementos particular del debido proceso colectivo: “la instrumentación de un procedimiento adecuado de publicidad”⁴²².

Asimismo, en la gestión del caso prevé que se concerten con las partes procedimientos y métodos de publicidad, notificación y participación adecuadas en conflictos colectivos⁴²³.

En el Art. 256 se ocupa de la publicidad, citación del demandado y las notificaciones en los conflictos y procesos colectivos. Con flexibilidad adaptable al tipo de proceso del que se trate en consideración con las particularidades de la pretensión y las características del sector de la población a la cual se dirijan. El uso efectivo de las nuevas tecnologías de medios de comunicación. Prevé que la publicidad y el tipo de notificación debe ser acorde con el grado de incentivo que puedan tener los miembros del grupo para intervenir o excluirse del proceso ponderando las características del grupo afectado, la cuantía de las pretensiones individuales en disputa y la relevancia social del conflicto. Impone a las partes involucradas, el Estado y a cualquier otra persona pública o privada de relevancia social, el prestar especial colaboración en la difusión del asunto a través de redes sociales, plataformas y medios de comunicación. Asimismo indica las características de la notificación y el contenido que debe tener la misma.

Se observa la previsión de un trámite preocupado en su validez con la toma de medidas necesarias para garantiza una debida representación. En esta línea prevé que el juez ordene nuevas notificaciones respecto de actuaciones posteriores que así lo justifiquen. Asimismo, siendo tan importante la toma de conocimiento por parte de los miembros del grupo⁴²⁴ faculta al juez

⁴¹⁹ TOIA, Bruno Gabriel, “El sinuoso camino hacia la tutela de los intereses colectivos”, La Ley BA (febrero), 51. Comentario a fallo JFedMardelPlata N4, Mar del Plata, “Cámara Pesquera Mar del Plata c. Estado Nacional”, sentencia del 08/10/2008).

⁴²⁰ OTEIZA, Eduardo y VERBIC, Francisco, “La representatividad adecuada... cit.

⁴²¹ MAURINO, NINO, SIGAL, *Acciones Colectivas...* cit., p. 255.

⁴²² Título Preliminar. Principios y Reglas fundamentales V. Derecho al debido proceso individual y colectivo, d).

⁴²³ Cfr. Art. 163 j) anteproyecto.

⁴²⁴ “En los procesos colectivos el juez determinará las modalidades de notificación y publicidad que estime adecuadas para informar a los miembros de grupo sobre la existencia y estado de tramitación del proceso. Estas modalidades deberán ser razonables según las circunstancias del caso, las particularidades de las pretensiones en discusión y las características del sector de la población a la cual se dirijan. Se procurará acordar al proceso la mayor publicidad posible y priorizar el uso de las nuevas tecnologías y medios de comunicación digital, radial y televisiva. Las medidas de publicidad y el tipo de notificaciones a realizar deben ser acordes con el grado de incentivo que puedan tener los miembros del grupo para intervenir o excluirse del proceso. Para determinar este grado de incentivo el juez deberá ponderar entre otras circunstancias, las características del grupo afectado, la cuantía de las

para que pueda requerirle al demandado, cuando ello resulte útil para identificar a los eventuales integrantes del grupo, la información que estime conveniente para cumplir con la notificación imponiendo una valoración negativa frente a la negativa.

Para el caso de que el juez deba declarar la falta de representatividad adecuada y a fin de que no quede trunco el derecho discutido, es importante que pueda convocar a otros legitimados para representar adecuadamente los derechos de grupo. El Código Modelo prevé que, en caso de inexistencia del requisito de representatividad adecuada, de desistimiento infundado, abandono de la acción, el juez notificará al Ministerio Público y en la medida de lo posible, a otros legitimados adecuados⁴²⁵. Por su parte la Ley de Defensa del Consumidor dispone que en caso de desistimiento o abandono de la acción la titularidad activa será asumida por el Ministerio público⁴²⁶.

El artículo 73 último párrafo del artículo del anteproyecto en las acciones colectivas prevé que ante el abandono del proceso o ausencia de la adecuada representatividad en el legitimado, el juez o jueza deberá ordenar de oficio la intervención del Ministerio Público de la Defensa o del Defensor del Pueblo para que evalúen la necesidad, oportunidad y conveniencia de continuar con el pleito en nombre del grupo y, en su caso, asuman en forma conjunta o indistinta tal representación hasta su culminación o hasta la designación de un nuevo representante. De considerarlo adecuado, el juez o jueza también podrá convocar a asociaciones con reconocidos antecedentes en la defensa de los derechos comprometidos en la contienda. Si nadie se presenta o si luego de hacerlo rechaza continuar con el trámite por considerar inviable el caso, se procederá a su archivo.

En consonancia con la debida representación de los legitimados, como requisito consecuente de la debida representación, debe observarse la debida actuación de los abogados

pretensiones individuales en disputa y la relevancia social del conflicto colectivo. Las partes involucradas, el Estado y cualquier otra persona o entidad pública o privada de relevancia social, deberán prestar especial colaboración en la difusión del asunto a través de las redes sociales, plataformas y medios de comunicación de que dispongan, siempre que ello no suponga una carga desmedida. El juez podrá requerirles también colaboración para entregar información pertinente a fin de resolver sobre las modalidades a implementar en cada caso. En todos los casos se registrará la existencia del proceso en el Registro Provincial de Procesos Colectivos y se ordenará la creación de un sitio en Internet o dentro de la página web oficial del Poder Judicial para mantener informados a los interesados sobre el avance del proceso. La notificación deberá efectuarse en forma concisa, clara y en un lenguaje simple de entender para cualquier persona. A tal efecto deberán tomarse en especial consideración las características personales y sociales del grupo a la cual va dirigida. Deberán comunicarse, en lo pertinente, las siguientes cuestiones: a) El objeto de la acción. b) La definición del grupo y sus pretensiones o defensas. c) Que el miembro del grupo puede participar en el proceso con asistencia legal propia si así lo pide. d) Que el tribunal excluirá del grupo al miembro que así lo solicitara, enunciando cuándo y cómo los miembros pueden elegir ser excluidos. e) El efecto obligatorio de la sentencia sobre los miembros del grupo que no ejerzan su derecho de exclusión. El juez o jueza podrá, conforme lo considere pertinente, ordenar nuevas notificaciones a un sector o a todo el grupo frente a actuaciones ulteriores en el proceso que lo justifiquen por su importancia. El costo de las notificaciones estará a cargo de ambas partes del proceso, salvo que el juez disponga que sea asumido exclusivamente por alguna de ellas cuando la contraria goza de exenciones legales o del beneficio de litigar sin gastos, o bien cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen para no afectar el acceso a la justicia del grupo. Se podrá requerir al demandado, cuando ello resulte útil para identificar a los eventuales integrantes del grupo, la información que estime conveniente para cumplir con la notificación. No proveerla será considerado como violación al deber de colaboración procesal y podrá ser ponderado como un indicio en su contra al dictarse sentencia.

⁴²⁵ Artículo 3 párrafo 4°.

⁴²⁶ Artículo 52 último párrafo.

intervinientes y que no exista connivencia entre el representante y/o sus abogados con la contraparte⁴²⁷. El proyecto también prevé el control de la actuación de los abogados del grupo en los procesos colectivos en base al cumplimiento del requisito de adecuada representatividad en el supuesto de desempeño negligente o bien en caso de encontrar acreditado un conflicto grave de interés entre los mismos y la legitimación colectiva. Conforme el anteproyecto, se le podrá requerir la información que estime pertinente y formular precisiones sobre la forma en que deben proceder en el manejo del proceso⁴²⁸.

Encontrándose en juego el debido proceso “la representación incompetente de derechos de grupo por parte de la entidad legitimada debe ser considerada como denegación del debido proceso garantizado por la Constitución. En tales circunstancias (...) si el tribunal decide el fondo del asunto, la sentencia no debe poseer los atributos de la cosa juzgada”⁴²⁹. En este entendimiento es que el anteproyecto le otorga una consideración seria e importante a la debida representación en los procesos colectivos, a tal punto, que expresamente la enumera como causal de cosa juzgada írrita para la procedencia de la declaración de nulidad de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada en las que se haya violado el debido proceso colectivo derivado de la inexistencia de representatividad adecuada⁴³⁰.

4. Cosa Juzgada.

Las características de la Cosa Juzgada colectiva es la consecuencia lógica por la naturaleza de los derechos sobre los que se discute y la legitimación anómala de los sujetos que intervienen en el proceso para defender los derechos del grupo grupo

Respecto de los efectos de las sentencias, en el modelo norteamericano la sentencia dictada en el marco de una *class actions* alcanza a todos los miembros del grupo, sea o no favorable la sentencia. Este sistema se ha visto atemperado por la jurisprudencia que se ha encargado de desarrollar mecanismos destinados a flexibilizar el rigor de dicha definición legal que, en principio, impediría a cualquier miembro del grupo reeditar el debate sobre aspectos que ya han sido tratados en una acción de clase.

El Código de Defensa del Consumidor de Brasil⁴³¹, en su artículo 103⁴³² establece que la sentencia de las acciones colectivas a las que se refiere su texto hará cosa juzgada: *erga omnes* en las acciones colectivas para la protección de derechos difusos y colectivos⁴³³ a menos que el

⁴²⁷OTEIZA, Eduardo y VERBIC, Francisco, “La representatividad adecuada ... cit.

⁴²⁸ Art. 263 anteproyecto.

⁴²⁹GIDI, Antonio, *Class Actions in Brazil. A model for civil law countries*, en *American Journal of Comparative Law*, vol. LI, 2003, n° 2, p. 372. Citado por GIANNINI, Leandro, en “La representatividad adecuada en los procesos colectivos” en VV.AA; *Procesos colectivos* (OTEIZA, E. Coord.), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 179, 214.

⁴³⁰ Artículo 442 Anteproyecto: Procederá la acción tendiente a la declaración de nulidad de sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, si se satisfacen algunos de los siguientes requisitos: ... b) Se acredite la existencia de violación al debido proceso colectivo, derivada de la inexistencia de representatividad adecuada en los términos del artículo antecedente o cualquier otro presupuesto esencial.

⁴³¹Ley de Brasil 8078 del 11/9/1990.

⁴³² Traducción libre al español de GIDI, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela ...*, cit., p. 126.

⁴³³ El Consumidor de Brasil en el artículo 81 clasifica a los derechos que referimos, en difusos, colectivos e individuales homogéneos. El *derecho difuso* es un derecho transindividual e indivisible, que pertenece a un grupo indeterminado de personas que previamente que están vinculadas únicamente por circunstancias de hecho en una situación específica. El *derecho colectivo* es también “transindividual” e “indivisible”, pero pertenece a un grupo

juicio sea juzgado como improcedente por insuficiencia de prueba en cuyo caso cualquier entidad con legitimación colectiva puede promover la misma acción utilizando nuevas pruebas. Como se desprende del texto legislativo, la cosa juzgada, para los pleitos sobre derechos indivisibles, ya sean difusos o colectivos, alcanza a “todos” los miembros y es reeditable por otro legitimado colectivo, cuando la improcedencia tuvo fundamento en insuficiencia probatoria.

Mecanismo análogo al precedente es legislado en la Ley General del Ambiente; prevé en su artículo 33 segundo párrafo, que la sentencia hará cosa juzgada y tendrá efectos *erga omnes*, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias. Es decir, la excepción procede cuando la desestimación de la demanda por daño ambiental colectivo obedece a cuestiones probatorias –una prueba que no fue producida porque la parte actora no la conocía o por su negligencia-, supuesto en que cualquier miembro del grupo que no intervino directamente en el proceso y que cuente con la prueba dirimente para la decisión del caso, no estaría alcanzado por los efectos de la sentencia y podría promover una nueva acción⁴³⁴.

Para la protección de los derechos individuales homogéneos, la norma brasileña referida, establece la cosa juzgada *erga omnes*, solamente si la demanda procede para beneficio de todos los miembros. Esto significa que en caso de rechazo de la acción, no podrá reeditarse la cuestión colectivamente, pero cada lesionado podrá seguir a título individual la satisfacción de su interés.

El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica prevé en el artículo 33 que “En los procesos colectivos (...) la sentencia hará cosa juzgada *erga omnes*, excepto cuando la pretensión fuere rechazada por insuficiencia de pruebas, caso en el que cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, si se valiere de nueva prueba”. Respecto a los intereses o derechos individuales homogéneos, dispone que en caso de rechazo de la pretensión, los interesados puedan deducir la acción de indemnización a título individual¹. Como puede observarse, el esquema de vinculariedad del decisorio final, tanto referente a los derechos indivisibles como a los individuales homogéneos, es idéntico al de la ley del país vecino.

Maurino, Nino y Sigal consideran que el alcance y oponibilidad de la cosa juzgada respecto de los titulares de los derechos debatidos ausentes en el proceso debe ser *secundum eventum litis*; es decir, serles oponible sólo cuando los beneficie, porque constituye una solución práctica vinculada con la garantía de defensa y tutela judicial efectiva. Sostienen que la evitación de fraudes resultantes de demandas armadas en colusión con los demandados y la protección de los afectados cuando ha mediado la defensa indiferente o negligente o falta adecuada de pruebas, son las razones fundamentales que se invocan para defender la limitación de la oponibilidad de la cosa juzgada⁴³⁵.

La Ley de Defensa del Consumidor dispone en la redacción del artículo 54⁴³⁶ segundo párrafo que “La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de

más específico de personas relacionadas entre sí o con la contraparte debido a una relación jurídica. Los *derechos individuales homogéneos* son derechos individuales divisibles, que tienen un origen común. Ver GIDI, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela ...*, cit., p. 52.

⁴³⁴MORELLO, Augusto Mario y SBDAR, Claudia B., *Acción Popular ...*, cit, p.190.

⁴³⁵ MAURINO, NINO, SIGAL, *Acciones Colectivas, ...*, cit., p. 286, 287.

⁴³⁶ Artículo incorporado por Ley 26.361, B.O. 07/4/2008.

aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga”. La sentencia tiene efectos *erga omnes* solamente cuando haga lugar a la pretensión colectiva con exclusión de quienes manifestaron expresamente su voluntad de quedar excluidos.

El *opt out* o autoexclusión, regulada en la ley nacional de defensa del consumidor, también se encuentra prevista por la legislación del país del norte, en el que la cosa juzgada extiende sus efectos a todos los miembros de la clase, a menos que hayan optado por la autoexclusión.

Las leyes provinciales reproducen las soluciones previstas en las fuentes referidas: La ley 11.723 de Protección, conservación; mejoramiento y restauración de los recursos naturales y del ambiente en general de la Provincia de Buenos Aires dispone que “Las sentencias que dicten los tribunales (...) no harán cosas juzgadas en los casos en que la decisión desfavorable al accionante, lo sea por falta de prueba”. El Código de Implementación de los derechos de los consumidores y usuarios⁴³⁷ de la misma provincia, regula los efectos de la cosa juzgada en su artículo 28: “Cuando se trate de acciones judiciales para la intervención o solución de conflictos, las sentencias tendrán los siguientes efectos: a) si admiten la demanda, beneficiarán a todos los consumidores y usuarios afectados o amenazados por el mismo hecho que motivó el litigio, quienes podrán por vía incidental en el mismo proceso acreditar la legitimación, su perjuicio, ejecutar la sentencia, y en su caso liquidar los daños, b) si rechazan la demanda, no impedirán la acción de los consumidores y usuarios titulares de un interés individual, que no hayan intervenido en el proceso; c) si el rechazo se fundó en la insuficiencia de prueba, cualquier otro legitimado diferente al actor podrá intentar otra acción valiéndose de nuevas pruebas. A tales efectos, la parte resolutive de la sentencia deberá ser publicada a través del medio de comunicación que el juez considere más conveniente, a cargo de quien resulte vencido”. La ley 2779 de Río Negro dispone (artículo 18) que “La sentencia definitiva hará cosa juzgada respecto de todas las partes intervinientes en el proceso” artículo que debe observarse en concordancia con las disposiciones del artículo 11 que reza “La resolución que otorgue la legitimación, el juez deberá delimitar la composición del grupo de personas, comunidad o categoría representados, indicando con precisión las pautas necesarias para individualizar los sujetos a quienes se extenderán los efectos de la sentencia”. La ley 1352 de La Pampa establece en el artículo 20 que “La sentencia definitiva hará cosa juzgada respecto de todas las partes intervinientes en el proceso. El Tribunal podrá ordenar la publicación de la sentencia por los medios establecidos en el artículo 13 de la presente Ley. Sin perjuicio de la subsistencia de las restantes pretensiones que correspondan a las partes, el proceso de amparo colectivo sólo podrá reabrirse cuando dentro de un plazo improrrogable de dos (2) años desde la notificación de la sentencia denegatoria, el legitimado activo ofreciere la producción de pruebas conducentes de las que no haya dispuesto por causas que no le fueren imputables”; complementado por la letra del artículo 21 “Cuando al tiempo de la sentencia no fuere posible determinar con precisión suficiente, las consecuencias futuras del daño globalmente producido a la comunidad interesada, o fuere verosímil la aparición de nuevos daños

⁴³⁷ Ley 13.133, B.O. 27/11/2003.

derivados del mismo hecho u omisión, o la prolongación o agravamiento posterior de los perjuicios originarios, el Tribunal podrá reservar una revisión de la condena durante un lapso improrrogable de dos (2) años como máximo, a contar del día de la sentencia”. La ley de amparo de la Provincia de Chubut establece en su artículo 26 que “La sentencia definitiva que se dicte con motivo de las acciones regladas en la presente ley hacen cosa juzgada respecto de todas las partes intervinientes en el proceso”.

Como puede observarse, no es fácil definir un sistema único de Cosa Juzgada, La regulación de los alcances de la *res judicata* en esta clase de litigios importa siempre la búsqueda de una solución armónica o de equilibrio entre dos objetivos que tradicionalmente se hallan en tensión en esta materia: por una lado la necesidad de concentrar el enjuiciamiento de pleitos colectivos seriados, con todos los beneficios que estos procesos tienen, a través de la extensión vinculante de la sentencia al grupo afectado por una misma problemática; y por el otro, la exigencia de preservar la garantía del debido proceso de los sujetos que no participaron personalmente del pleito, reconociendo en determinadas circunstancias la posibilidad de debatir nuevamente el asunto⁴³⁸.

Los procesos colectivos han revolucionado al derecho procesal, sus características particulares. Es fantástico que a través de un proceso pueda resguardarse el derecho de muchos, pero es muy importante cuidar que se resguarden los derechos de todos los involucrados porque encontrándose en juego el debido proceso “la representación incompetente de derechos de grupo por parte de la entidad legitimada debe ser considerada como denegación del debido proceso garantizado por la Constitución. En tales circunstancias (...) si el tribunal decide el fondo del asunto, la sentencia no debe poseer los atributos de la cosa juzgada”⁴³⁹.

Se observa claramente la preocupación del anteproyecto en el dictado de una sentencia válida constitucionalmente con capacidad para terminar con el conflicto que la ha motivado. De las fuentes referidas y de la redacción lograda se observa que las ha analizado y las ha combinado en un entendimiento de exitosa aplicación. Remarca la necesaria correspondencia que debe existir entre la debida representación y los efectos de la cosa juzgada colectiva para que no se vea lesionado el debido proceso con todo lo que eso significa y las consecuencias que conlleva legisladas en el mismo anteproyecto. Opta por los efectos de cosa juzgada independientemente del resultado del pleito siempre y cuando haya existido una debida representación, presumiendo que esa representación no existió en los casos de rechazo de demanda por ausencia de ofrecimiento o producción de pruebas o en la omisión de hechos fundamentales para el proceso, siempre que tuvieren entidad para revertir la decisión firme. Asimismo prevé que la decisión no tendrá eficacia sobre aquellos que hubieran solicitado su exclusión en los supuestos de derechos individuales homogéneos⁴⁴⁰.

⁴³⁸GIANNINI, Leandro J., “Transacción y mediación en los procesos colectivos”, Jurisprudencia Argentina fascículo 5, 2011-IV, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 5, 6.

⁴³⁹GIDI, Antonio, *Class Actions in Brazil. A model for civil law countries*, en *American Journal of Comparative Law*, vol. LI, 2003, n° 2, p. 372. Citado por GIANNINI, Leandro, en “La representatividad adecuada en los procesos colectivos” en VV.AA; *Procesos colectivos* (OTEIZA, E. Coord.), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 179, 214.

⁴⁴⁰ Art. 441 anteproyecto: Sentencia y cosa juzgada colectiva subjetiva. La sentencia dictada en un proceso colectivo, tanto si hiciere lugar o si rechazare la pretensión, así como el acuerdo transaccional debidamente homologado, deberá incluir una descripción precisa del grupo involucrado. La decisión hará cosa juzgada, sea esta favorable o

5. Obligación estatal. Sentencias de tinte estructural.

El reconocimiento constitucional de los derechos hace que los derechos se constituyan en base fundamental del Estado que los reconoce. Ese reconocimiento, reforzado por la constitucionalización de tratados internacionales mediante los que los Estados firmantes se comprometen a defenderlos puertas adentro, le generan el deber de asegurar las condiciones mínimas de vida de sus ciudadanos. La actuación del Estado constituye un deber que puede ser reclamado a través de un proceso judicial⁴⁴¹, el Poder Judicial asume, ante el reclamo, la incumbencia de concretizar los derechos. Es decir que la actuación del Poder Judicial, va a tener fundamento en base constitucional y convencional.

En la última década los tribunales locales se han convertido en un nuevo foro para la persecución de cambios sociales. Ello se debe en parte a la promoción -por parte de distintos actores- de litigios de derecho o de interés Público, que buscan la transformación estructural de instituciones del Estado en pos del respeto de derechos y valores democráticos consagrados en la Constitución⁴⁴², iniciados con el convencimiento de que pueden provocar un cambio social.

Los valores y principios que emanan del Estado Social de Derecho exigen ajustar el funcionamiento de los distintos poderes del Estado⁴⁴³ otorgando una mayor amplitud de control al Poder Judicial cuando los otros poderes, no los toman con seriedad porque los derechos tienen que encontrar el espacio para ser oídos.

Con el nacimiento del Estado Social de Derecho -que surge con la incorporación de derechos humanos al régimen constitucional⁴⁴⁴- que genera nuevas obligaciones por parte del Estado, el proceso, originariamente creado para defender libertades individuales, se ve forzado a cambiar. Frente a derechos indivisibles y de grupos, el proceso judicial muta para darles solución: atempera y/o modifica requisitos, redefine conceptos y principios del tradicional proceso

desfavorable para los intereses del grupo, siempre que sus miembros hayan sido adecuadamente representados. Se considerará que no existió representación adecuada, entre otros supuestos, en los casos de rechazo de demanda por ausencia de ofrecimiento o producción de pruebas o en la omisión de hechos fundamentales para el proceso, siempre que tuvieren entidad para revertir la decisión firme. Quien pretenda discutir la oponibilidad o validez de la sentencia o acuerdo transaccional pasado en autoridad de cosa juzgada, deberá hacerlo por vía autónoma ante un juez distinto al que dictó la decisión y demostrar que el defecto en la calidad o ejercicio de la representación tuvo una influencia determinante en el resultado adverso del proceso. Asimismo, la decisión no tendrá eficacia sobre aquellos que hubieran solicitado su exclusión en los supuestos de derechos individuales homogéneos. En la sentencia deberán individualizarse los nombres de las personas que hubieran solicitado oportunamente su exclusión.

⁴⁴¹ HENRIQUEZ DA COSTA, Susana, "Proceso Coletivo e controle Judicial de políticas públicas – Relatório Brasil, II Encuentro Argentino Brasileiro de Derecho Procesal, Paraná, 17 y 18 de octubre de 2014.

⁴⁴² BERGALLO, Paola, "Apuntes sobre justicia y experimentalismo en los remedios frente al litigio de Derecho Público", La Ley Online: 0003/012633.

⁴⁴³ GLINKA, Fernando, ROMERO, Esteban José Ignacio, "El Juez y su rol en el proceso, Revista de Interés Público Año 1/Nº 1, Facultad de ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Nacional de La Plata, p. 60.

⁴⁴⁴ CARBONELL, Miguel, "Neoconstitucionalismo y Derechos fundamentaales", Ed. AHoc, Bs. As., 2013, p. 21/97, citado en MARTOCCI, José María Cabonell, "Clínica jurídica en derechos humanos, otra pedagogía. Nuestra experiencia", Revista de Interés Público Año 1/Nº 1, Facultad de de ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Nacional de La Plata, p. 28.

individual. Es la evolución de los derechos y la necesidad de dar respuesta la que hace que el derecho deba adaptarse a las necesidades de la sociedad con miras a la justicia⁴⁴⁵.

Nace del mismo reconocimiento constitucional la posibilidad de que se judicialicen los conflictos de interés público involucrándose el poder judicial en el tratamiento de políticas públicas. Precisamente la intervención de los jueces en función de garantía y el contenido eminentemente público de la jurisdicción brindan sustento a novedosos modelos de procesos y de gestión, caracterizados por singulares métodos dialogales y encaminados a la búsqueda concertada de soluciones estructurales. Es en estos procesos tan atípicos que los jueces no sólo ejercen el control de políticas públicas sino que también a menudo inducen su configuración o mejora por los poderes de gobierno⁴⁴⁶.

El anteproyecto de código se refiere en diferentes oportunidades a las diferencias estructurales, atendiendo especialmente a los grupos estructuralmente vulnerables⁴⁴⁷ teniendo como fin que sea el mismo proceso el que pueda romper con las diferencias existentes.

Respecto a la tramitación de los litigios colectivos estructurales prevé la expresa intervención de determinados sujetos para resguardo del bien público⁴⁴⁸, haciendo referencia a la

⁴⁴⁵ VERNETTI, Ana M., PELLE, Walter D., OVIEDO, Claudia Luján, “Políticas públicas con participación ciudadana. Aportes bioéticos”, La Ley Online AR/DOC/3530/2013.

⁴⁴⁶ BERIZONCE, Roberto O., VERBIC Francisco, “Control judicial de políticas públicas. A propósito de un proyecto de ley brasileño”, La Ley 2013-D, 778.

⁴⁴⁷ Punto XXII, Finalidades y pautas interpretativas de los procesos colectivos, Título Preliminar, Principios y reglas fundamentales. Art. 220. Exenciones legales. Además de las exenciones previstas por leyes especiales, toda persona en situación de vulnerabilidad social, desventaja o desigualdad estructural y las organizaciones o entidades de cualquier tipo que representen o defiendan los intereses de dichas personas o bienes, así como también los trabajadores y gremios, estarán exentos de cualquier imposición económica, sea en reclamos individuales o colectivos para la defensa de sus derechos. Las personas u organizaciones que intervengan podrán manifestar brevemente al postular por qué y cómo se encuentran alcanzadas por la exención Cuando de la pretensión o defensa entablada no quede claro el cumplimiento de los extremos establecidos, la Jueza o Juez podrá pedir a las partes que aporten la información necesaria, Art. 245. Cédula. Requisitos. La cédula contendrá los siguientes elementos: ... e) Cuando se trate de comunicaciones a personas discapacitadas, niños, niñas y adolescentes, personas o pueblos originarios, o cualquier persona en situación de desventaja estructural, deberán adoptarse las medidas positivas para que el lenguaje sea accesible, adecuado y comprensible. Art. 552. Obligaciones derivadas de relaciones de consumo y/o abusivas. Procedimiento especial. Si la pretensión de cumplimiento de la obligación o deuda cierta, líquida y exigible se fundara en un contrato entre un proveedor y un consumidor o usuario u otros sujetos en situación de desigualdad estructural, el juez previo a efectuar el requerimiento mediante sentencia monitoria, apreciará el posible carácter abusivo de cualquier término o cláusula que constituya el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible. El examen se efectuará de oficio. En estos casos los deberes generales del órgano judicial se agravan. Cuando apreciare que el negocio jurídico en sí o alguna cláusula en particular puede ser calificada como abusiva, convocará a audiencia por cinco (5) días a las partes. Oídas éstas, resolverá dentro de los cinco días siguientes. De estimar el carácter abusivo de alguna de las cláusulas contractuales, la resolución determinará las consecuencias de tal consideración acordando la improcedencia de la pretensión monitoria o la continuación del procedimiento sin aplicación de las consideradas abusivas. De no estimarse la existencia de cláusulas abusivas procederá a requerir al deudor en los términos pretendidos.

⁴⁴⁸ Art. 107. Control y fiscalización. Los Ministerios Públicos serán citados para intervenir en resguardo del orden jurídico en las hipótesis previstas en la Constitución, leyes y en los procesos que impliquen: a) El interés público o social. b) Litigios colectivos estructurales. c) El interés de las personas con capacidad restringida. En estos casos se les dará vista de lo actuado después de las partes, y deberán ser anoticiados de las audiencias, decisiones y recursos que se interpongan.

actitud de gestión por parte del juzgador⁴⁴⁹, como así también la toma de medidas por parte del juzgador para hacer efectiva la sentencia que se haya dictado⁴⁵⁰.

Especial referencia merece la normativa del anteproyecto respecto a las medidas que debe tomar el juez interviniente para que las sentencias que involucren la modificación de acciones u omisiones públicas o por implicar una reforma estructural se tornen reales y operativas⁴⁵¹ y no quede en las buenas intenciones de la resolución, es un empoderamiento que el mismo legislador, de sancionar el anteproyecto que comentamos, le otorgará al juzgador porque le dará la facultad concreta de que sea el Poder Judicial, quien le indique a los otros poderes la necesidad de un cambio de estructuras que no se corresponda con la Constitución y las Convenciones internacionales, normas que como Estado estamos obligados a respetar.

Precisamente la intervención de los jueces en función de garantía y el contenido eminentemente público de la jurisdicción brindan sustento a novedosos modelos de procesos y de gestión, caracterizados por singulares métodos dialogales y encaminados a la búsqueda concertada de soluciones estructurales. Es en estos procesos tan atípicos que los jueces no sólo ejercen el control de políticas públicas sino que, también, a menudo inducen su configuración o mejora por los poderes de gobierno. Se trata de la inevitable, por muchos motivos “judicialización de la política”⁴⁵².

⁴⁴⁹ Art. 164. Conflictos colectivos. Deber calificado de gestionar activamente el procesamiento. En los conflictos colectivos la Jueza o Juez y las partes tienen un deber calificado de trabajar en torno a la gestión del caso, especialmente cuando se trate de litigios estructurales. La convocatoria será realizada lo más tempranamente posible, a fin de mejorar la eficacia y eficiencia de las medidas.

⁴⁵⁰ Art. 427. Condenas complejas, con efectos estructurales o que determinan el pago de frutos, intereses, daños y perjuicios. Cuando la decisión contenga un mandato complejo, estructural o condena al pago de frutos, intereses, daños y perjuicios, deberá fijar las bases sobre las que se realizará la ejecución y/o liquidación, según el caso. Cfr. También art. 592.

⁴⁵¹ Art. 593. Ejecución de sentencias estructurales o complejas. Cuando en la sentencia definitiva se imponga una condena de hacer cuyo cumplimiento resulte complejo, sea por involucrar la modificación de cierta acción u omisión de políticas públicas, o bien, por implicar una reforma estructural de la situación fáctica que diera origen a la causa, el Juez deberá tomar todas las medidas a su alcance para garantizar el efectivo y eficiente cumplimiento de las órdenes contenidas en la decisión. A tal efecto podrá: a) Ordenar al condenado que presente un proyecto de cumplimiento de la decisión debidamente justificado, acompañando su respectivo cronograma de posible cumplimiento y de un análisis con previsión de costos. Del mismo se dará traslado a la parte actora por un plazo razonable que deberá fijar el juez de acuerdo a las circunstancias del caso. De entenderlo necesario, el juez podrá introducir modificaciones y fijar una audiencia para discutir el contenido y la modalidad de implementación de dicho plan antes de aprobarlo. Toda decisión podrá ser modificada si se alterasen las circunstancias que dieron lugar a su dictado o bien cuando se muestra inadecuada para cumplir la finalidad perseguida. b) Designar un abogado o grupo de abogados de la matrícula, o bien de los profesionales del área científica afín al objeto del proceso, en todos los casos con adecuada especialización, quienes actuarán como agentes auxiliares bajo su dirección, para supervisar e informar periódicamente en la causa el estado de avance en el cumplimiento de la decisión o del cronograma propuesto, identificar los obstáculos que se presenten y proponer medidas para enfrentarlos. c) Ordenar la realización de mesas de trabajo para que las partes definan de común acuerdo medidas concretas a fin de avanzar en la ejecución de la sentencia. De lo resuelto en dichas mesas de trabajo se labrará acta o se dispondrá su registración por otros medios para dejar constancia en el registro electrónico del caso. En caso de haberse designado agentes auxiliares en los términos del inciso b) del presente artículo, los mismos deberán asistir a las mesas de trabajo y coordinar el debate. d) Coordinar con tribunales de otras Circunscripciones u otros Poderes u organismos del Estado, para intercambiar información relevante o tomar medidas que colaboren con la efectiva y eficiente ejecución de la decisión.

⁴⁵² BERIZONCE, Roberto O., VERBIC Francisco, “Control judicial de políticas públicas. A propósito de un proyecto de ley brasileño”, LL 2013-D, 778.

Es de saber que conforme en la doctrina se señaló que las sentencias relativas a bienes colectivos y toda aquella que tenga efectos regulatorios generales plantean el problema de la división de poderes⁴⁵³. La división de poderes que ha dado lugar a una de las doctrinas más perniciosas dentro de nuestro derecho constitucional ha sido, sin lugar a dudas, la categoría de las dichas "cuestiones políticas no justiciables". De factura pragmática y oportunista, esta conceptualización ha venido a funcionar, en el medio argentino y en otros tantos, para detraer grandes asuntos ("bloques temáticos" como indica aquí el Procurador General) del respectivo contralor constitucional⁴⁵⁴. Habiendo señalado el maestro Bidart Campos que, el Pacto de San José de Costa Rica (Adla, XLIV-B, 1250) ha eliminado -desde el vértice de su jerarquía constitucional- la "no justiciabilidad" de las cuestiones políticas, el tema sigue rondando en la doctrina y en la jurisprudencia⁴⁵⁵.

La intervención del poder judicial en conflictos colectivos con incidencia en las políticas públicas genera hasta ahora una tensión con los otros órganos del estado con lo que debería poder vivir si nos tomamos en serio los derechos y garantías establecidas en la Constitución Nacional y en las convenciones internacionales sobre derechos humanos, civiles, sociales, políticos, económicos y culturales incorporadas como parte del texto constitucional con la reforma del año 1994⁴⁵⁶.

6. Breve síntesis.

A modo de breve síntesis y cierre, se puede concluir que las provisiones del anteproyecto se involucran con la debida tramitación del conflicto colectivo. Atiende a los requisitos elementales del debido proceso con un trámite que pretende respetar y hacer efectivos los derechos de incidencia colectiva, con una finalidad que trasciende el procedimiento del conflicto en tratamiento en miras de un cambio social. Sería una alegría, para la comunidad de Chubut y para la jurídica toda, su sanción.

ARTS. 598 A 610 (TUCUMAN, SILVA Celeste)

ANALISIS SOBRE LA REGULACION DE LOS PROCESOS DE PEQUEÑAS CAUSAS EN EL ANTEPROYECTO DEL CODIGO GENERAL DE PROCESOS DE CHUBUT **Por María Celeste del Huerto Silva**

⁴⁵³ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Justicia Colectiva ...*, cit., p. 235.

⁴⁵⁴ CARNOTA, Walter F, "¿Fin de las "cuestiones políticas no justiciables"?", DJ2001-3, CitaOnline: 791AR/DOC/18640/2001.

⁴⁵⁵ BIDART CAMPOS, Germán J., "La justiciabilidad: ¿cuestiones políticas y cuestiones abstractas?", La Ley 2004-C, 1538, CitaOnline: AR/DOC/905/2004.

⁴⁵⁶ Pancho "Procesos colectivos, control judicial de políticas públicas y división de poderes en la República Argentina a 20 años de la reforma constitucional", https://www.academia.edu/7163015/Procesos_colectivos_control_judicial_de_politicas_publicas_y_division_de_poderes_en_la_Republica_Argentina_a_20_anos_de_la_reforma_constitucional, Ingreso el 03/8/19.

La regulación e incorporación de los procesos de pequeñas causas en el Código General de Procesos de Chubut recepciona el cambio de paradigma convencional y constitucional en materia de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. En ese orden de ideas, el art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos impone al Estado la obligación de respetar el derecho de toda persona a ser oída, con las debidas garantías en plazo razonable y ante juez competente independiente e imparcial.

A este mandato supranacional, se suma la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) de agosto de 2015, que impuso la obligación de la revisión de estructuras procesales tradicionales netamente escritas, que demostraron ser lentas y burocráticas para resolución de conflictos.

Es preciso partir de la premisa que el derecho a peticionar a las autoridades y el acceso al servicio de justicia es una tarea compleja acrecentada por impedimentos económicos y distancia territorial, sumado a que algunos reclamos, de escasa cuantía dineraria o por un simple conflicto, quedan fuera de la administración de justicia. *“Estas particularidades imponen la necesidad de una solución inmediata, a cargo de una estructura judicial especializada, con un trámite ágil y sencillo, donde los formalismos se reduzcan lo máximo posible, se simplifique el lenguaje y el empleo de términos técnicos se reduzca a su mínima expresión, en un procedimiento donde prime la intermediación y la oralidad”*⁴⁵⁷.

En este orden de ideas, es innegable que actualmente hay un sector vulnerable de la sociedad imposibilitado de acudir a los Tribunales, ya que no hay una igualdad real de acceso, que se ve incitado a acudir a la justicia por mano propia y a quebrar la paz social. Es por eso que abrir la posibilidad de accesos a la justicia sin restricciones tiene como función elemental la paz social de las comunidades. *“Es que, en expresión de Fix-Zamudio, la acción procesal se considera como un derecho humano a la justicia y no simplemente a la prestación jurisdiccional estrictamente formal”*⁴⁵⁸.

Uno de los principios procesales enumerado por las Bases para la Reforma Procesal Civil del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, en marco del programa de Justicia 2020, es el de la tutela judicial efectiva y debido proceso. *“Constituyen sus principales manifestaciones: el acceso irrestricto de los justiciables a jueces independientes e imparciales; el aseguramiento de un debido contradictorio; la igualdad procesal efectiva y no meramente formal; la duración razonable del proceso; la protección ante situaciones de urgencia que requieran tutelas especiales; y la debida y pronta ejecución de las resoluciones judiciales”*.⁴⁵⁹

En ese orden de ideas el Anteproyecto del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación ubica el derecho al acceso a la justicia en un artículo específico, como un verdadero derecho al acceso a la justicia y a justicia. Así el art. 13 dispone *“las partes tienen derecho al acceso a jueces independientes e imparciales, que aseguren la tutela judicial efectiva, la*

⁴⁵⁷ Ferreyra de De la Rúa, Angelina: “La Simplificación y eficacia en el proceso”, en sitio web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba: <http://www.acader.unc.edu.ar>

⁴⁵⁸ Berizonce, Roberto O. Derecho Procesal Civil Actual. Librería Editora Platense – La Plata. Abeledo-Perrot – Buenos Aires. Pag 131.

⁴⁵⁹ Bases para la Reforma Procesal Civil del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Programa Nacional de Coordinación General de Derecho Privado. 18 de mayo de 2017

*inmediación, la contradicción de pretensiones, el respeto a la igualdad real y al resto de los principios enunciados en este Código, en un proceso eficiente, útil y efectivo que debe concluir en un plazo razonable, el que incluye también la pronta ejecución de las resoluciones judiciales...*⁴⁶⁰.

La implementación de procesos de pequeñas causas se impuso ante la necesidad de prever un proceso más abreviado y simplificado que el proceso ordinario por audiencias. Su regulación, a fin de no desvirtuar su naturaleza, debe prever un proceso sencillo, ágil, totalmente oral, con una posibilidad conciliatoria, y en caso de controversia una audiencia de prueba y el dictado de una sentencia. *“Es por esto que el proceso en la Justicia de Paz tiene características propias, desprovistas en líneas generales de mayores formulismos, con notas de celeridad, sencillez, intermediación, informalidad y accesibilidad, donde se da preponderancia a la resolución alternativa y a la autocomposición de los pleitos”*⁴⁶¹.

Se trata de una verdadera innovación en la justicia civil y comercial que posibilita: el reclamo judicial de sectores de escasos recursos, acercar la jurisdicción a sectores que por su ubicación geográfica se encuentran en una situación de desventaja, discutir conflictos de poco valor económico o simples con posibilidad de solución, sumado a la distribución de casos judiciales y descongestión de las oficinas. Con este tipo de procesos, más sencillo, se *“procura materializar un efectivo acceso a la justicia en condiciones de igualdad”*⁴⁶².

De esta manera, coincido que *“la simplificación y facilitación de la actividad procesal para evitar gastos innecesarios de recursos humanos y materiales, además de la pérdida de tiempo que ello supone, debería ser una prioridad en los procesos de reforma de nuestro país”*⁴⁶³. En esta lectura los llamados Procesos de pequeñas causas, justicia inmediata y menor cuantía fueron incorporados en el Anteproyecto del Código General de Procesos de la provincia de Chubut en la Parte Segunda, Libro Primero, Sección IV, siendo enumerado como uno de los procesos en particular junto a otros como el proceso de conocimiento, el proceso colectivo, de ejecución dentro de un gran apartado sobre Procesos. Si bien, parte de la doctrina puede tener discrepancias con la denominación “Procesos de Pequeñas Causas” - atento a que puede denotar en el justiciable la poca o menor importancia de los conflictos que abarca - es de gran acierto la incorporación del instituto en el código procesal provincial, y no en una ley especial, como otra alternativa de su regulación, a fin de evitar la postergación en su regulación y la dispersión de normas procesales en diferentes legislaciones, fomentando así la armonización normativa en un solo documento que aglutine todos los procesos, de ahí lo acertado de titular el mismo como “Código General de Procesos”.

En la regulación de los procesos de pequeñas causas, el texto expresamente señala como pilar básico el acceso a la justicia y a la jurisdicción. *“Se deberá procurar y promover el acceso*

⁴⁶⁰ Anteproyecto Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. 1º de Julio de 2019. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Comisión Redactora designada por RESOL-2017-496-APN-MJ y RESOL-2017-829-APN-MJ

⁴⁶¹ Derecho Procesal en Justicia de Paz Corrientes. Ledesma y Podesta. CAPÍTULO XV Peculiaridades procesales en la Justicia de Paz correntina.

⁴⁶² Bases para la Reforma Procesal Civil del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Programa Nacional de Coordinación General de Derecho Privado. 18 de mayo de 2017.

⁴⁶³ XXX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL. “Nuevos sistemas de litigación”. Comisión 2: Nuevas estructuras procesales. Autor: Francisco Verbic

equitativo de todos los habitantes de las comunidades del territorio provincial, que permitan a éstas recibir orientación, presentar sus demandas y solicitudes, por el medio que les resulte más sencillo, eficaz y eficiente de acuerdo a sus circunstancias”⁴⁶⁴.

Tras estas breves palabras, a modo de introducción, propongo analizar los siguientes puntos de la reforma: a.- Delimitación del objeto y competencia, b.- Deberes del juez o de la jueza; c.- Deberes de las partes; d.- Oralidad e Inmediación; y e.- Economía y concentración procesal.

a.- Delimitación del objeto y competencia:

El art 598 establece el ámbito de aplicación de la justicia de pequeñas causas disponiendo que se aplicará a; a.- todas las pretensiones en las cuales se reclame una suma o bien de valor igual o menor a veinte (20) Jus; b.- aquellas sin contenido patrimonial cuyo objeto verse sobre cuestiones de vecindad o derivadas de la propiedad horizontal; y c.- los demás casos que el Superior Tribunal de Justicia determine sin importar la cuantía.

Como regla y estándar mínimo que establece el digesto procesal, la competencia material radica en dos cuestiones; una competencia cuantitativa, es decir, aquellos supuestos de suma o bien igual o menor a 20 jus, y una competencia en razón de la complejidad, aquellas no patrimoniales derivadas de relaciones de vecindad y de propiedad horizontal. Asimismo, con acierto la comisión de reforma optó por una norma jurídica abierta y enunciativa, pudiéndose ampliar la competencia material de los juzgados donde se tramiten estos procesos por parte del Superior Tribunal de Justicia, con la salvedad que deberá considerar las necesidades de acceso a la justicia de la comunidad y propiciar la mayor sencillez posible. Esto reafirma el concepto que todo conflicto sin importar el monto o la entidad del mismo pueda tener una respuesta por parte del servicio de justicia. Estimo que el monto de cuantía que establece el proyecto es razonable teniendo en cuenta que una excesiva elevación puede sobrecargar este tipo de procesos y complejizarlo. No obstante, el texto podría haber previsto que las controversias que excedan la cuantía mencionada puedan tramitarse por este proceso si el interesado renuncia al monto de dinero que excede el tope máximo, quedando en elección del justiciable.

Asimismo, la regulación establece la reconducción por parte del Tribunal de los procesos de pequeñas causas en otro proceso por cuestiones de complejidad. Cabe advertir, que el Anteproyecto de la provincia de Chubut, no sólo en el apartado de Procesos de Pequeñas Causas, sino a lo largo de toda su regulación, toma en cuenta y con gran impronta el conflicto en sí mismo, pudiendo tener éste mayor o menor complejidad. El ámbito de aplicación para el trámite de pequeñas causas es claro en su delimitación por lo que la reconducción de la causa evita desvirtuar su naturaleza.

Es oportuno señalar que la posibilidad de reconducción del proceso puede traer apareado el uso discrecional del mismo y la arbitrariedad en la toma de decisiones en perjuicio del justiciable y en detrimento del debido proceso, porque pone en manos del juzgador la decisión de debatir la cuestión a través de un trámite corto, sencillo y ágil, como es el proceso de pequeñas causas, a uno más complejo, como es el ordinario por audiencia. No obstante, estimo oportuno

⁴⁶⁴ Art. 603 Código General de Procesos. Anteproyecto elaborado por las Subcomisiones de trabajo creadas por el Decreto 1209/2017, para el Proceso Civil y Comercial, de Familia, Laboral y Contencioso Administrativo.

destacar que el Proyecto dedica un artículo específico (art. 605) de reconducción y admisión o no de la demanda, con plazos cortos y perentorios (3 días). El mismo artículo dispone que si la demanda no fuera admitida, por resultar aplicable un procedimiento distinto, será expresamente informado al demandante, con expresión precisa de lo requerido por la ley para hacer valer su pretensión. Ahora bien, el texto no prevé la posibilidad de recurrir la decisión adoptada, ni de ser revisada, lo cual es cuestionable. En consecuencia, insisto que de la manera que se encuentra redactada puede dar lugar al uso discrecional por parte del juez o de la jueza.

b.- Deberes del/la juez/a y de las partes:

El art. 600 enumera como deberes agravados o calificados del juez/a el de impulsar y gestionar oficiosamente el conflicto sometido a juzgamiento, poniendo mayor énfasis en los principios de adaptabilidad y proporcionalidad. Este deber y principio de oficiosidad sigue los postulados de las Bases para la Reforma Civil y Comercial elaborado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, en marco del programa Justicia 2020, sobre dirección judicial del proceso y de la actividad jurisdiccional oficiosa, preventiva y protectoria. Esto significa que *“el juez tomará de oficio las medidas tendientes a evitar su paralización y adelantar su trámite con la mayor celeridad posible, respetando la igualdad de las partes”*⁴⁶⁵.

En los procesos de pequeñas causas que promueven el acceso a la justicia de sectores vulnerables, en los cuales era impensable la promoción de una acción por el tipo de reclamo en donde quedaban al margen de la administración y servicio de justicia, esta actividad oficiosa se encuentra justificada por la cualidad y características de este tipo de procesos y los sujetos protagonistas de los mismos.

A estos deberes, se suman otros abordados en el Título Preliminar y en las instituciones que regula el proyecto, como el de intermediación, igualdad formal y material de las partes. Cabe destacar que a lo largo de todo el articulado se optó por la palabra “deber”, suprimiendo definitivamente la palabra “potestad” y redefiniendo el verdadero rol social del juez como funcionario público del Estado, teniendo en su cabeza deberes y obligaciones siendo en algunos casos este deber agravado.

El juzgador no sólo debe ser oficioso, sino además en este mandato tiene que poner mayor énfasis en los principios de adaptabilidad y proporcionalidad. En este apartado, es preciso hacer referencia nuevamente al Título Preliminar del Proyecto en cuanto enumera los principios y reglas fundamentales. Uno de esos principios es el de Adaptabilidad, proporcionalidad e instrumentalidad de las formas procesales desarrollado por el texto de la siguiente manera: *“Los actos y registros procesales no dependen de una forma determinada, salvo cuando la ley expresamente lo exija. Aun en este caso se considerarán válidos los que, realizados de otro modo, respeten los derechos fundamentales que con dicha formalidad se busca proteger y cumpla con su finalidad esencial. La adaptabilidad de las formas implica favorecer la flexibilidad y proporcionalidad de las reglas en función de la mejor gestión del conflicto y del proceso, siempre que no vulnere los estándares del debido proceso individual o colectivo. El mecanismo de gestión que la jueza o el juez utilice para adaptar el procesamiento del caso a su*

⁴⁶⁵ Bases para la Reforma Civil y Comercial elaborado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, en marco del programa Justicia 2020

*complejidad o a las características del conflicto debe ser proporcional. El proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales. La jueza o el juez en todo momento debe privilegiar resolver sobre el fondo de la cuestión, sea principal o incidental, buscando subsanar inmediatamente los vicios que puedan afectar el proceso, respetando el contradictorio previo”.*⁴⁶⁶ De la manera en la que se encuentra redactado, la adaptabilidad de las formas implica favorecer la flexibilidad en la aplicación de las normas procesales, conforme lo recomiendan las Bases del proyecto de Justicia 2020.

Por lo tanto, el juez o la jueza debe impulsar y gestionar oficiosamente el conflicto sometido a juzgamiento, poniendo mayor énfasis en los principios de adaptabilidad y proporcionalidad, debiendo privilegiar resolver el fondo del asunto, subsanando los vicios que afecten el debido proceso y respetando el contradictorio previo. En definitiva, el deber oficioso del juez o de la jueza, teniendo en cuenta los principios de adaptabilidad y proporcionalidad, es el desarrollo procesal del art. 3 del CCCN que expresa: *“El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”*⁴⁶⁷.

En definitiva, siguiendo los lineamientos de las Bases, el texto de la reforma procesal de Chubut opta, en la regulación de procesos de pequeñas causas, por la dirección del proceso por parte de la jueza o del juez, con límites razonables, una vez incoada la pretensión y establecidos los hechos alegados y controvertidos.

A modo de ejemplo y con respecto al proceso que nos encontramos analizando, este deber de oficiosidad se encuentra plasmado también en el art. 605 inc. b cuando establece un procedimiento de subsanación con respecto al contenido de la demanda y el deber por parte del tribunal de recabar la información que permita subsanar el error, debiendo el personal administrativo contactarse inmediatamente y por el medio más idóneo con la parte demandante.

c.- Deberes de las partes:

El art. 601 establece deberes y cargas procesales de las partes y sus respectivas sanciones. Así el inciso a) dispone que los titulares del conflicto deberán comparecer personalmente en toda audiencia que se fije durante su procesamiento jurisdiccional y b) Deberán presentarse con asistencia letrada... A continuación, enumera las sanciones en caso de incomparecencia: c) Si la parte demandante no concurre a la audiencia, la jueza o el juez dictará inmediatamente sentencia teniendo por desistida la demanda y d) Si no concurre la parte demandada, la audiencia seguirá su curso y la jueza o el juez podrá considerar este hecho como un antecedente calificado sobre la procedencia de la pretensión de la parte demandante.

Corresponde hacer algunas consideraciones: Por un lado, es acertada la obligación de concurrir a la audiencia, aunque estimo que se podría haber adicionado que deban concurrir con todas las pruebas que intenten valerse para que prosperen sus pretensiones, como una obligación específica, en este apartado. En ese sentido, si bien el art. 602 expresa que cada parte será la responsable de presentar, ofrecer y procurar su prueba en la audiencia respectiva, es distante la

⁴⁶⁶ XIV Principios y Reglas Fundamentales. Título Preliminar. Código General de Procesos. Anteproyecto elaborado por las Subcomisiones de trabajo creadas por el Decreto 1209/2017, para el Proceso Civil y Comercial, de Familia, Laboral y Contencioso Administrativo.

⁴⁶⁷ Art. 3 Código Civil y Comercial de la Nación. Aprobado por Ley n° 26.994. Promulgado según decreto 1795/2014.

expresión “ser responsable”, que contar con una verdadera carga procesal y obligación de probar los hechos controvertidos y alegados, así como el deber de concurrir a la audiencia con las pruebas respectivas.

Por otra parte, establece la obligación de asistencia jurídica letrada en este tipo de procesos, descartando la posibilidad de que la parte se pueda presentar por su propio derecho. Esto es un tema que ha generado discusión en la doctrina y la regulación en el derecho comparado es diversa. En Brasil y en EEUU, por ejemplo, la asistencia letrada es facultativa hasta un monto determinado. Lo que no cabe ninguna duda es que la obligación al patrocinio letrado no debe ser un obstáculo al acceso a la justicia, que es en definitiva, lo que intenta promover este tipo de procesos, sumado a que la obligatoriedad de patrocinio letrado aumenta los costos de litigación. En ese sentido, si bien podemos discutir o estar en discrepancia con la obligación de que las partes se presenten con abogados, la misma norma dispone que si las partes no pueden procurárselo por sí mismo por razones económicas o de otra naturaleza, se les asignará un letrado de la matrícula o si ello tampoco fuera posible, del Ministerio de la Defensa Pública. Cabe tener presente que la asistencia letrada en los procesos judiciales es requisito en todo el ordenamiento de reforma de Chubut y en este punto hay que tener en cuenta la escasa cantidad de defensores públicos en las diferentes jurisdicciones y la escasa asistencia legal gratuita.

Si bien la asistencia jurídica en todo proceso judicial es obligatoria, no siendo la excepción los procesos de pequeñas causas; *“el Estado tiene el deber de facilitar la asistencia letrada de toda persona, garantizando el patrocinio gratuito de aquellas que se encuentren en situación de vulnerabilidad, que constituyan sujetos o defiendan bienes de tutela preferente (art. 96). En correlato con ello, el proyecto dispone que toda persona en situación de vulnerabilidad social, desventaja o desigualdad estructural y las organizaciones o entidades de cualquier tipo que representen o defiendan los intereses de dichas personas o bienes, esté exenta de cualquier imposición económica, sea en reclamos individuales o colectivos. La exención es automática, comprendiendo la tasa de justicia, las costas o cualquier otro tipo de imposición y conlleva para el Estado el deber de eliminar los obstáculos de cualquier tipo que dificulten, entorpezcan o restrinjan el acceso a la justicia (arts. 220, 221 y cons.)”*⁴⁶⁸.

Con respecto a las sanciones por falta de comparecencia a las audiencias fijadas en marco del proceso, es acertado plantear que si no comparece el actor – quien es el que moviliza la actividad jurisdiccional con su pretensión– se tenga por desistida la demanda. Siendo el actor el más interesado en la respuesta judicial y el que impulsa la misma debe ser obligatorio la presencia de la parte actora en la audiencia, donde será escuchada, se producirá la prueba, y el juez/a tomará la decisión. En consecuencia, la sanción ante la ausencia debe ser el desistimiento.

Por otra parte, la norma dispone también que si no comparece el demandado *“la audiencia seguirá su curso y la jueza o el juez podrá considerar este hecho como un antecedente calificado sobre la procedencia de la pretensión de la parte demandante”*. Estimo que se podría haber establecido una sanción más gravosa como ser que el juez o la jueza dictará sentencia pudiendo hacer lugar a la demanda, si la misma es ajustada a derecho quedando el artículo

⁴⁶⁸ CEJA – Comisión Interpoderes, Anteproyecto elaborado por las Subcomisiones de trabajo creadas por el Decreto 1209/2017, para el Proceso Civil y Comercial, de Familia, Laboral y Contencioso Administrativo. Disertación en el IV Congreso Internacional de Mujeres. Brasilia 2.019.

redactado del modo siguiente: *“Si no comparece el demandado, la audiencia seguirá su curso y la jueza o el juez podrá considerar este hecho como un antecedente calificado sobre la procedencia de la pretensión de la parte demandante, e inclusive, hacer lugar a la demanda si la misma es ajustada a derecho”*.

d.- Oralidad e Inmediación:

El principio de inmediatez no es más que el contacto directo del juez con las partes, sus letrados y el material probatorio. Busca reemplazar el sistema actual civil netamente escrito – mediato – por un sistema oral en donde la jueza y el juez pueda tomar conocimiento directo con el conflicto posibilitando la pronta y la mejor resolución del mismo.

La intermediación consiste en que el juez reciba en su despacho a los justiciables y sus letrados, dirija personalmente las audiencias, procure conciliar a las partes priorizando la autocomposición de la situación, delimite el objeto y los hechos controvertidos y no conciliados, depure la prueba y disponga la producción de las que sean conducentes a la resolución del problema, y por último, dicte en esa misma audiencia una sentencia en miras a la ejecución de la decisión. La inmediatez se encuentra en estrecha vinculación con la concentración y la celeridad, de lo que se profundizará en el próximo punto. *“Los modelos que promueven un proceso por audiencias sirven para que los litigios se desenvuelvan con mayor celeridad y para que el juez obtenga información de calidad que le permita arribar a mejores decisiones”*⁴⁶⁹.

El procedimiento de pequeñas causas regulado por el proyecto de Chubut prevé la realización de una audiencia multipropósito *“que deberá tener lugar dentro de los quince (15) días contados desde la sustanciación de lo pretendido”*⁴⁷⁰. Es acertado que el proyecto establezca un plazo máximo para convocar a la misma y que ese plazo sea corto y perentorio. Necesitamos de procesos simples, cortos y expeditivos, presupuestos que son recepcionados por el Código, en general, y por los procesos de pequeñas causas, en particular.

Comparto el criterio de establecer que la audiencia multipropósito sea obligatoria tanto para las partes, como para el juez o la jueza, ya que, si bien el artículo que estamos analizando no especifica que la presencia del juzgador es obligatoria, en el Título Preliminar destinado a los principios y reglas fundamentales se expresa que *“el juzgador celebrará personalmente las audiencias y demás actos procesales que estructuran el proceso. La delegación está prohibida... Las audiencias que no sean conducidas por la jueza o el juez serán nulas. La declaración de nulidad de dos audiencias en el año será considerada falta grave y causal objetiva de jury”*⁴⁷¹. En consecuencia, tanto las partes como la jueza o el juez tienen un deber calificado de estar presente en la audiencia. Asimismo, las partes deben concurrir con las pruebas de las que intenten valerse, priorizando la concentración de actos procesales y un proceso más abreviado en el tiempo.

⁴⁶⁹ Germán Augusto Degano. La reforma procesal civil, el acceso a la justicia y el sistema de pequeñas causas. Diario Civil y Obligaciones Nros. 172 - 10.12.2018

⁴⁷⁰ Art. 606 Código General de Procesos. Anteproyecto elaborado por las Subcomisiones de trabajo creadas por el Decreto 1209/2017, para el Proceso Civil y Comercial, de Familia, Laboral y Contencioso Administrativo.

⁴⁷¹ Título Preliminar. Principios y Reglas fundamentales. Punto XII. Código General de Procesos. Anteproyecto elaborado por las Subcomisiones de trabajo creadas por el Decreto 1209/2017, para el Proceso Civil y Comercial, de Familia, Laboral y Contencioso Administrativo.

La regulación de los procesos de pequeñas causas prevé la posibilidad de conciliación. Así se establece expresamente que durante el debate, la jueza o el juez respectivo deberá procurar la conciliación total o parcial entre las partes. Esta posibilidad de conciliación reiterada en el trámite de este proceso ratifica nuevamente los principios y reglas del proyecto cuando establece que *“es un deber de todos los operadores jurídicos y del Estado, promover métodos de solución consensual de conflictos individuales o colectivos adecuados a las características del caso, los intereses en juego y las posibilidades de las partes, inclusive durante el curso del proceso judicial”*⁴⁷².

Recién en caso que no haya conciliación se continúa con la audiencia donde se recibe la prueba. La audiencia multipropósito de la manera que se encuentra regulada garantiza sin lugar a dudas el contradictorio y la colaboración de las partes en el proceso judicial. Así, *ambas partes tienen derecho a revisar los documentos, inspeccionar los objetos, contrapreguntar a las personas que han concurrido a declarar y a contradecir ampliamente todo lo relativo a la incorporación y producción de la prueba*. Nuevamente el proyecto recurre a los principios y reglas establecidas en el que se exige una cooperación de los justiciables en pos a una adecuada, justa y efectiva gestión del proceso y la resolución del conflicto.

Por otra parte, en esta oralidad del proceso y la inmediatez como presupuesto base para la estructuración del mismo, la jueza o el juez *tienen el deber de tener contacto con las partes y la prueba dirigiendo el debate en la recolección de toda información relevante para arribar a una solución, pudiendo interactuar con las partes, hacer preguntas tanto a ellas como a los testigos y demás sujetos intervinientes, confrontar sus versiones, y revisar personalmente los antecedentes*.

Una de las cuestiones más innovadoras de la reforma es que el proyecto prevé que se dicte sentencia de todas las cuestiones incidentales que se planteen antes de la audiencia y durante ella. Asimismo, analizados los antecedentes, la jueza o el juez deberá dictar oralmente su decisión en la misma audiencia, con expresión sucinta de sus fundamentos principales.

En definitiva el proyecto hace eco de un cambio trascendental de nuevo paradigma en materia civil, con la implementación de nuevas estructuras procesales que tienen como eje central la inmediación y la oralidad en pos a resolución más justas y equitativas.

d.- Economía y concentración procesal:

El principio de economía y concentración procesal es aquel mediante el cual se procura la reducción de costos y tiempo del proceso judicial ponderando el derecho al acceso a la justicia y plazo razonable. Implica la simplificación y abreviación de la actividad procesal evitando la dilación de resoluciones judiciales pudiendo el justiciable contar con una respuesta en lapso breve de tiempo, que puede ser traducido como tiempo oportuno.

El proceso de pequeñas causas que establece el proyecto de Chubut busca la respuesta pronta al justiciable proponiendo un proceso simplificado para causas de pequeñas cuantías y simples conflictos. *“El esquema de discusión... configura un proceso de conocimiento oral y*

⁴⁷² Título Preliminar. Principios y Reglas fundamentales. Punto III. Código General de Procesos. Anteproyecto elaborado por las Subcomisiones de trabajo creadas por el Decreto 1209/2017, para el Proceso Civil y Comercial, de Familia, Laboral y Contencioso Administrativo.

abreviado, con limitaciones defensivas, probatorias y recursivas, plazos acotados y concentración de actos procesales”⁴⁷³.

Y esta economía y concentración procesal se encuentra latente en su regulación al establecer plazos cortos, perentorios e improrrogables entre los que se encuentran: 3 días para determinar si el conflicto se va a tramitar por intermedio del proceso de pequeñas causas, traslado de la demanda por 3 días, la fijación de la audiencia dentro de los 15 días desde la sustanciación de la pretensión, una audiencia de prueba, sentencia, ejecución y notificación en un mismo acto procesal.

Otra de las innovaciones que hacen a la economía y concentración del proceso es que en la sentencia se prevé el momento y modo de ejecución y cumplimiento de la misma, dictando las cautelas necesarias para asegurar su cumplimiento de ser posible. La parte resolutive de la decisión se hará constar en un documento simple el que se entregará a las partes inmediatamente terminada la audiencia y se entenderá como la sentencia definitiva para todos los efectos legales. Es decir, las partes conocen inmediatamente la decisión de la jueza o el juez, cómo se va a ejecutar la misma y se dan por notificadas en el mismo acto, sin necesidad de librar cédula posteriormente. De ahí que la sentencia debe ser provista oralmente y ser redactada en forma clara y sencilla explicando a las partes los motivos de la misma. *“Las resoluciones judiciales deben redactarse mediante construcciones sintácticas sencillas, evitando la utilización de arcaísmos, latinismos y cualquier tipo de expresión afín que dificulte o entorpezca la comprensión de la decisión, sin perjuicio de su rigor técnico*”⁴⁷⁴.

Por último, cabe destacar que el proyecto de Chubut adoptó el modelo uruguayo que estipula que *“ninguna resolución, pronunciada en un procedimiento de pequeñas causas será susceptible de impugnación, incluida la sentencia definitiva”*, lo que es cuestionable ya que podría vulnerar la doble instancia y la posibilidad de revisión. Cabe advertir que en modelos como en Brasil si se admiten recursos y en Santa Fe, una de las provincias que puso en marcha los tribunales comunitarios, las sentencias son apelables y con efecto suspensivo. En consecuencia, es otra de las cuestiones que puede generar algún tipo de discusión y discrepancias de la regulación.

Conclusión:

Sin ninguna dudas, la regulación e incorporación de los procesos de pequeñas causas en el Anteproyecto del Código General de Procesos de Chubut es un gran acierto a favor del acceso a la justicia y del acceso a justicia, es decir, a poder contar con una decisión judicial en casos que hasta el presente se encuentran fuera del servicio y administración de justicia, posibilitando que ningún derecho sustancial, por exiguo que parezca, quede sin posibilidad de realización. El texto introduce la *“regulación de procesos de pequeñas causas, donde se procura la utilización de*

⁴⁷³ XXX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL. “Nuevos sistemas de litigación”. Comisión 2: Nuevas estructuras procesales. Autor: Francisco Verbic

⁴⁷⁴ CEJA – Comisión Interpoderes, Anteproyecto elaborado por las Subcomisiones de trabajo creadas por el Decreto 1209/2017, para el Proceso Civil y Comercial, de Familia, Laboral y Contencioso Administrativo. Disertación en el IV Congreso Internacional de Mujeres. Brasilia 2.019.

formularios y/o declaraciones verbales ante la propia Oficina Judicial; flexibilidad extrema en las formas; y, amplias facultades del juez y las partes para su composición y solución”⁴⁷⁵.

Para que esto sea una realidad se debe contar con procesos cortos, simples, flexibles, priorizando el acceso del justiciable con flexibilización de las formas. La inmediación y oralidad del proceso de pequeñas causas y del resto de los procesos en el Anteproyecto de Chubut significa un cambio de paradigma promoviendo una visión del proceso humanizado, en el que las partes y abogados/as puedan exponer directamente ante el juez y la jueza y ante la contraria sus inquietudes, conflictos o problemas, posibilitando primero el acercamiento de posiciones y una solución autocompositiva del conflicto, y recién en caso de controversia, recibir directamente y sin dilaciones, una adecuada y pronta respuesta del juzgador.

Dos cuestiones pueden ser objeto de discusión:

1.- La obligatoriedad de contar con asistencia jurídica puede en algún punto ser un obstáculo al ingreso irrestricto a la jurisdicción en condiciones de igualdad. No obstante, es preciso destacar que el proyecto brinda una solución a este obstáculo posibilitando que las partes que no pueden procurarse un letrado por razones económicas o de otra naturaleza, se les asigne un letrado/a de la matrícula o si ello tampoco fuera posible, del Ministerio de la Defensa Pública. La decisión de política legislativa de obligatoriedad de asistencia letrada en todos los procesos judiciales es acompañada por el Estado con posibilidad de brindar esa asistencia.

2.- La inimpugnabilidad de las resoluciones que se dicten incluida la sentencia definitiva también es cuestionable desde el punto de vista de que imposibilita garantizar la revisión de las resoluciones judiciales y la doble instancia.

El primer paso de reforma en los modelos y en las estructuras ya se encuentra logrado con un Anteproyecto del Código General de Procesos de Chubut que tiene en cuenta e incorpora procesos que hasta el presente quedaban fuera del acceso a la justicia. Simplicidad de las formas, procesos cortos, resolución pronta del conflicto y la oralidad pretenden poner fin a la existencia de procesos lentos, complejos y escritos, que demostraron fracasar, y que específicamente desalientan la promoción de la acción cuando la cuantía económica o el conflicto en sí es de escasa importancia, renunciando de antemano el ciudadano a su derecho de acceso a la justicia.

En ese sentido, hubo un gran avance en establecer procesos según la cuantía y la simplicidad del conflicto. No obstante, recién comienza el recorrido resta aún la implementación de los procesos de pequeñas causas siendo fundamental que sean tramitadas por jueces de paz o comunitarios, cercanos al justiciable. En ese sentido, aunque el texto no tenga previsto la creación de un fuero especial para la tramitación de este tipo de conflictos es preciso que el juez o la jueza que lleve adelante la pretensión tenga una inmediación territorial con las partes. La reforma estructural de la organización judicial deberá acompañar la implementación de este tipo de procesos.

Disminuir los costos de litigación también debe ser un norte en la implementación. En ese sentido, siguiendo a Couture *“el proceso es un medio y no puede exigir un dispendio superior al*

⁴⁷⁵ CEJA – Comisión Interpoderes, Anteproyecto elaborado por las Subcomisiones de trabajo creadas por el Decreto 1209/2017, para el Proceso Civil y Comercial, de Familia, Laboral y Contencioso Administrativo. Disertación en el IV Congreso Internacional de Mujeres. Brasilia 2.019.

valor de los bienes que están en debate, que son el fin. Una necesaria proporción entre el fin y los medios debe presidir la economía el proceso”⁴⁷⁶.

Otro punto de vital importancia, en este proceso de reformulación del Poder Judicial, es el acceso a la información de derechos no sólo a las partes, sino al ciudadano en sí. Es preciso idear un sistema de difusión de derechos y procesos, pensando en una justicia de acompañamiento y asesoramiento sobre todo en procesos de pequeñas causas donde prima las barreras económicas y culturales. *“La atención al ciudadano debe ser un primer eslabón al acceso a la jurisdicción. La función social, docente y rectora que cabe al poder jurisdiccional encuentra aquí su campo apropiado*”⁴⁷⁷.

A esto se suma, la necesidad de formación y capacitación de los jueces y las juezas, operadores jurídicos y letrados/as en pequeños/grandes conflictos, en acceso a la justicia de sectores vulnerables y tutela procesal diferenciada. Se requiere de cierta especialidad y sensibilidad en la materia.

Solo resta decir que los procesos de pequeñas causas no se trata de una justicia de menor importancia sino de resolver problemas que pueden ser “grandes conflictos” para el ciudadano posibilitando su entrada al sistema pudiendo contar de ahora en más con una respuesta y así hacer realidad la tutela judicial efectiva de todos los derechos del ciudadano, tal como lo señala nuestra Constitución.

ARTS. 611 A 652 (PROVINCIA DE BUENOS AIRES)

Sección V

Proceso contencioso administrativo

I. Consideraciones generales

Cómo introducción a una lectura pormenorizada de las instituciones contenciosas incluidas en el proyecto, en necesario hacer una consideración general sistemática, pues las instituciones de su articulado se proyectan de manera directa sobre las normas que regulan el proceso administrativo.

Ante todo, es de celebrar que tenga lugar en una sección especial dentro de un código general, regulando con precisión sólo lo que tiene de particular, pues además de brindar reglas claras dentro de un ordenamiento sistémico, funciona como una garantía de seguridad jurídica evitando la dispersión normativa, escenario que suele ser común en la mayoría de las jurisdicciones⁴⁷⁸.

1. Las tutelas procesales diferenciadas y el rol del juez

⁴⁷⁶ Couture, Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Depalma, Buenos Aires, pág. 155.

⁴⁷⁷ Berizonce, Roberto O. Derecho Procesal Civil Actual. Librería Editora Platense – La Plata. Abeledo-Perrot – Buenos Aires. Pag 643

⁴⁷⁸ Vale como ejemplo el sistema normativo de la Provincia de Buenos Aires, donde la materia contenciosa surge de la conjunción de multiplicidad de normas, como la ley 12.008 de proceso contencioso administrativo, la ley 13.757 sobre ministerios (Asesoría General de Gobierno), la ley de Fiscalía de Estado 7.543, el Código Procesal, por sólo citar las principales.

No podemos dejar de destacar que el proyecto hace aplicación directa de la doctrina de las tutelas procesales diferenciadas⁴⁷⁹, exigiendo del juez un activismo expreso y la gestión del caso atendiendo al carácter sensible de los derechos en juego, poniendo sobre su orbe incluso hasta el dictado de medidas cautelares en sentido lato (e interinas) de oficio.

Es así que la norma del art. 616 *in fine* instaure como deber del juez (y facultad de las partes), proponer, administrar y adaptar las reglas comunes de modo adecuado y proporcional al tipo de conflicto, sujetos e intereses en disputa, conforme las facultades de gestión del caso.

Esto es mucho más que el diálogo de fuentes que propone el Código Civil y Comercial, pues hace del magistrado o magistrada un verdadero custodio de las garantías convencionales, y no un simple oráculo de normas, reglas y principios. Esta característica coloca al proyecto en la vanguardia mundial en punto al rol protagónico de la judicatura como un verdadero poder político.

En este último punto, no es inocente el uso de las palabras. Consideramos que más allá del análisis estrictamente jurídico, el proyecto tiene un horizonte político sin límites, pues coloca a los jueces y juezas como gestores del conflicto social y garantes de la acreencia más sensible que un pueblo puede tener: el derecho a políticas públicas progresivas en materia de derechos humanos (económicos, sociales, ambientales, políticos y culturales).

Va de suyo que lo destacamos como algo positivo, sin perjuicio de subrayar, que tamaña responsabilidad, necesariamente debe ir de la mano con una ley que prevea mecanismos objetivos de selección de magistrados según el mérito demostrado de idoneidad. Un fuero verdaderamente protectorio de la ciudadanía, necesariamente debe estar integrado por funcionarios seleccionados sin intervención de la política partidaria. Tampoco se nos escapa que igual suerte debieran tener los procedimientos de enjuiciamiento y remoción de magistrados, con un diseño que evite el “adoctrinamiento” de los ingratos al poder de turno.

2. Procesos colectivos

Al analizar la materia contenciosa no hay que descuidar la regulación de los conflictos donde estén involucradas afectaciones a un colectivo de personas. Esta quizás sea la novedad más interesante del proyecto, pues se hace cargo de una regulación exhaustiva de los procesos colectivos, sistema que repercute de manera directa en los litigios en los que la administración es parte, puesto de que muchas veces va a ser la demandada principal.

Con la presente salvedad, podemos trazar las características de un proceso contencioso administrativo colectivo: oral, público y por audiencias, que expresamente prevé la gestión de litigios de reforma estructural, y la pretensión de implementación de políticas públicas. Ello siempre en el marco del *case management* y bridando al órgano estructuras flexibles que incluso

⁴⁷⁹ Por todos, véase José María Torres Traba “*Las tutelas procesales diferenciadas. Aspectos prácticos que justifican su sistematización*” trabajo presentado en el marco del XXV Congreso Nacional De Derecho Procesal celebrado en la Universidad Nacional de Buenos Aires los días 11, 12 y 13 de noviembre del 2009.

contempla la participación de diversos protagonistas como el Defensor del Pueblo (art. 108), pueblos originarios (art. 34), *amicus curiae*.

Las *class actions* adquieren su punto de máxima vanguardia en la previsión de un proceso con jurados populares, atento a que por aplicación del art. 118 inc a), se prevé tal posibilidad para conflictos de relevancia social, económica o política, que en gran medida van a ser de tipo colectivo y contra el estado.

3. ¿Desaparición del amparo?

Por su parte, se hace ineludible destacar que en la lógica del proyecto ha desaparecido el amparo en su tradicional concepción, para reemplazarlo por mecanismos más ágiles como los procesos monitorios y la tutela de evidencia, que muchas veces van a tener como legitimado pasivo al Estado.

De todos modos notamos que es nombrado en la regla del artículo 613 inc. i), de tal suerte que nos preguntamos si sobrevive o no a la reforma.

4. Régimen cautelar

Otra auspiciosa novedad, se trata de la ausencia de un régimen especial de medidas cautelares. Este tema, por demás polémico, ha sido terreno de interminables debates luego de sancionada de la ley de medidas cautelares contra el Estado Nacional, sólo aplacado por el paso del tiempo, pero que continúa en la *praxis* del foro.

La implementación de un sistema especial en lo federal ha desdibujado la esencia protectoria del fuero, con una grave afectación del principio de igualdad procesal, producto del dictado de normas que favorecen en forma desmedida la posición del Estado Nacional frente al justiciable. Celebramos entonces, que el propio proyecto en análisis consagre de manera expresa en el artículo preliminar IX la igualdad de las partes, y que no exceptúe de su aplicación al estado.

5. El juicio por jurados

La instauración de un juicio por jurados (no penal) para analizar la constitucionalidad de reglamentos y responsabilidad civil de funcionarios (art. 118 incs. b y c), colocan al proyecto a la vanguardia del constitucionalismo dialógico, haciendo uso de un moderno mecanismo de participación ciudadana, democratizando las decisiones y legitimando la labor jurisdiccional.

Las previsiones del Proyecto necesariamente deberían complementarse con la sanción de una ley de responsabilidad del Estado atento al (preocupante) vacío legal que el Código Civil y Comercial nos dejara a ese respecto.

6. El rol del estado y el principio de resolución consensuada

Finalmente, nos genera grandes expectativas la instauración del principio de solución consensuada de conflictos, y la aplicación que eventualmente haga de aquel el estado como

litigante. El pasaje de la postura clásica en la materia: “el estado no negocia”, hacia un estado inteligente y negociador tendrá mucho que ver con el sistema de incentivos y desincentivos que por lo demás el propio proyecto contempla en varias de sus disposiciones.

II. De las causas contencioso administrativas

El art. 611 del proyecto describe a las causas contenciosas como todas aquellas en las que una autoridad administrativa con legitimación sea parte, indistintamente de que las pretensiones pertenezcan al ámbito del derecho público o privado.

La norma sigue una lógica idéntica a la del Código de la CABA, fijando la competencia material contenciosa toda vez que la administración sea actora o demandada. A este respecto, se separa del criterio que la otorga usando como eje el ejercicio de funciones administrativas, como lo hace, por ejemplo, la Provincia de Buenos Aires (Ley N° 12.008 art. 1).

Pensamos que la técnica legislativa bonaerense armoniza mejor con la prohibición de los fueros personales del art. 16 de la Constitución, en tanto lo que va a determinar la competencia es el tipo de unción y no la calidad (estatal) de la persona. En contrapartida, concentrar todas las causas donde intervenga el Estado en un solo fuero, tiene la desventaja de sustraer de sus estatutos específicos a litigios cuya esencia no es administrativa. Ello máxime, teniendo en cuenta que muchas regulaciones especializadas constituyen una variante de las tutelas procesales diferenciadas (orgánico funcionales). Nos referimos concretamente al fuero del trabajo, respecto del empleo público.

Algo similar podría decirse de los daños típicos del derecho privado, que también serían absorbidos por el contencioso, aun siendo una clásica pretensión del derecho civil. Por lo demás, el art. 613, aclara expresamente que el empleo público y la responsabilidad derivada de hechos lícitos o ilícitos es materia contenciosa.

La atribución por la calidad personal es tan amplia, que el propio legislador se vio obligado a aclarar que los conflictos de familia, capacidad, y salud mental donde una autoridad administrativa pudiese estar demandado o resultar responsable no son competencia del fuero contencioso (art. 614 inc. e).

Intuimos que el legislador ha seguido un criterio pragmático, donde privilegia la claridad de la norma para evitar conflictos de competencia. Tampoco es un detalle menor el hecho de que en la Provincia del Chubut en la actualidad no existe el fuero, y los litigios contra el estado son del resorte originario de la Corte local.

El art. 612 especifica el concepto de autoridad administrativa comprendiendo además de la administración pública centralizada y descentralizada, a los órganos legislativo y judicial, los

Municipios que la componen y los entes públicos no estatales o privados en cuanto ejerzan potestades públicas. Aquí sigue una técnica similar al resto de los ordenamientos provinciales, pero genera algunas dudas acerca de la actuación de los colegios profesionales, ya que si bien podrían ser entendidas como entes públicos no estatales, no están incluidas en la casuística del art. 613.

III. Causas incluidas

Como adelantamos, el art. 613, al sólo efecto enunciativo, aclara expresamente que la competencia contencioso administrativa comprende diversas controversias.

A saber: las que tengan por objeto el cuestionamiento de actos administrativos de alcance general o individual (inc. a); las que se susciten entre prestadores de servicios públicos o concesionarios de obra pública y usuarios (inc. b); aquellas en las que sea parte una persona pública no estatal, (inc. c); las que versen sobre la responsabilidad contractual o extracontractual, generada por la actividad lícita o ilícita de la Provincia, los municipios y los entes públicos estatales (inc. d); las relacionadas con el cuestionamiento de actos determinativos de tributos (inc. e); las que versen sobre las limitaciones y restricciones a la propiedad privada en el interés público (inc. f); empleo público, (inc. g); y el amparo y mandato de ejecución o prohibición interpuesta contra la provincia, las municipalidades y los entes públicos no estatales (inc. i).

Insistimos en que hubiera sido una buena oportunidad para atribuir al fuero laboral el empleo público, y los casos de responsabilidad extracontractual al civil, no sólo por ser su ámbito natural de resolución sino por evitar que en la praxis el contencioso se transforme en un fuero personal protectorio del Estado.

La historia de los fueros personales muestra cómo, aun con su pretendida objetividad, el sólo hecho de concentrar todo en un solo tipo de órgano representa una ventaja en sí misma, máxime cuando también capta al amparo.

IV. Competencia territorial

El art. 611 *in fine* establece que la competencia contenciosa administrativa es improrrogable, salvo en lo referido la competencia territorial. En este sentido el art. 615 fija una *sub* regla especial: será competente el tribunal en lo contencioso administrativo correspondiente al domicilio del demandante o aquel de las personas cuya actuación dé lugar a la pretensión, a elección del actor.

El principio parece muy saludable cuando el accionante es el administrado, pero genera alguna disonancia cuando lo es el Estado, pues resulta muy lógico que este vaya a iniciar siempre sus reclamos en la capital provincial con evidente perjuicio de los ciudadanos que viven en localidades lejanas.

Otra disonancia, que en definitiva será resuelta por la casuística jurisprudencial, aparece cuando el artículo en comentario remite a las reglas generales de competencia de los artículos 55 y

concordantes, pues dice que deberán armonizarse en cuanto fuera posible, de tal suerte que no se entiende bien en qué casos operan las reglas generales y cuando la especial (con sus excepciones) de la Sección V.

V. De la representación estatal y los terceros

El art. 617 ocupa de la representación de los órganos y entes estatales, siguiendo un esquema clásico. Adopta la figura del Fiscal de Estado para defender los intereses patrimoniales del Fisco (inc. a), junto con el Asesor General de Gobierno cuando la demanda es la Provincia en materia de anulación de actos (inc. b). Los Municipios y demás entes provinciales o municipales que comparezcan como actores o demandados, serán representados por los abogados de sus respectivos servicios jurídicos (inc. c).

V. 1. El Defensor del Pueblo

El Defensor del Pueblo (art. 108) sólo tiene la atribución de cuestionar actos del gobierno local, dejando fuera la posibilidad de accionar contra el estado nacional.

En tanto es una facultad no delegada por las Provincias la de designar un legitimado para la defensa de sus intereses (individuales y colectivos), estimamos que la norma pudo prever una legitimación amplia comprensiva de lo federal, a semejanza del art. 55 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aries que otorga legitimación amplia siempre que se afecten intereses de los habitantes de la provincia.

V. 2. Legitimación de los terceros

El proyecto no prevé una norma especial para atribuir legitimación a terceros, no queda claro el alcance de su protección en punto a la tutela del interés simple. Entendemos que por aplicación del art. 85 inc. a, el proyecto legitima sólo a quienes tengan un interés directo y legítimo.

VI. Las pretensiones contenciosas

El art. 618 enumera un catálogo clásico de pretensiones que expresamente reivindica para el fueron contencioso, sin perjuicio de aclarar que la enunciación es meramente ejemplificativa.

A saber: a) La anulación total o parcial de actos administrativos de alcance particular o general; b) El restablecimiento o el reconocimiento de derechos e intereses tutelados; c) El resarcimiento de los daños y perjuicios; d) La declaración de certeza sobre situación jurídica regida por el derecho administrativo; e) La cesación de una vía de hecho administrativa; f) La realización de una determinada pretensión o el emplazamiento para el dictado de un acto administrativo, por parte de alguno de los entes previstos en el artículo 612.

Apuntamos que el último inciso pretende suplir al conocido “Amparo por mora”, pero es la única previsión en ese sentido, resultando a todas luces insuficiente. Ello teniendo en cuenta la progresividad y los principios procesales que el Código reivindica, dentro de la búsqueda de realizar de un proceso más justo y equitativo.

Además, por una cuestión de coherencia normativa y un análisis global de los principios procesales del presente, sería atinente también considerar dentro de los incisos del citado artículo a la pretensión de implementación de políticas públicas y consecuentemente haber dedicado un capítulo a su articulación (demanda, contestación, etapa preliminar, etc.).

Máxime, considerando que no es una novedad la cuestión, dado que se encuentra previsto en el “*Código Modelo de Procesos Administrativos para Iberoamérica*”. Consideramos que en un código de avanzada, sería necesario fijar algunos criterios mínimos en punto a los recaudos de la postulación y procedencia.

VII. Acumulación de pretensiones. Remisión

Según el art. 619, rigen las reglas generales en torno a la acumulación de pretensiones y/o procesos. Sólo aclara que se podrá deducir pretensión de resarcimiento conjuntamente con la de anulación de actos, o bien deducirla luego, como reclamo autónomo.

La remisión a las normales generales se presta a confusión en cuanto a que el art. 209 -2da parte- establece que la acumulación de procesos podrá darse, siempre que la sentencia que se dicta en un proceso pueda producir efectos jurídicamente relevantes en otro.

La idea de lo “jurídicamente relevante” es un concepto indeterminado de difícil delimitación, pues depende mucho de consideraciones subjetivas. Como ejemplo, podríamos decir que no está claro si eventualmente podría acumularse un apremio con un crédito a favor del administrado, puesto que liberarse total o parcialmente, ciertamente es un efecto jurídico relevante para el ejecutado.

VIII. Agotamiento de la vía administrativa

El art. 620 contempla el agotamiento de la vía administrativa sólo respecto de la impugnación de actos administrativos, aclarando que no es necesario, salvo que una norma específicamente así lo establezca.

El artículo no termina de ser claro, podría interpretarse a contrario sensu que la regla general es agotar la vía administrativa, salvo en los supuestos de impugnación donde la regla se invierte.

También sería atinado agregar en este punto dos supuestos que no están previstos: 1) cuando el acto administrativo definitivo de alcance particular hubiera sido dictado por la autoridad jerárquica superior con competencia resolutoria final; y 2) el supuesto de denegatoria tácita. Sería

interesante en este punto, brindar alguna precisión a semejanza de la ley Nacional 19.549 y el código de la CABA.

IX. El silencio administrativo

En cuanto al silencio administrativo, preceptúa el art. 621 que vencido el plazo legal que la autoridad administrativa tuviese para resolver una petición o recurso, y una vez transcurridos treinta días hábiles administrativos de fenecido, se presumirá la existencia de una resolución denegatoria o adversa para el interesado y quedará habilitada la instancia judicial.

El artículo no prevé el caso de respuesta ambigua por parte de la administración, ni la posibilidad atribuirle al silencio, en casos excepcionales, un sentido positivo.

Se entiende que la intención del codificador es proteger al administrado en el sentido de fijar la denegatoria como agotamiento de la vía. para posteriormente poder iniciar la instancia judicial, pero no siempre es la solución más favorable. Sería prudente, en este punto, considerar algunas cuestiones -por vía de excepción desde ya- donde el silencio tenga sentido positivo. Y a su vez, incorporar también aquellas respuestas que pueden ser ambiguas las cuales tampoco satisfacen de manera adecuada el reclamo frente a la administración.

Estimamos que si bien representa una ventaja para el administrado no tener que iniciar un amparo por mora para configurar el silencio, consideramos que entre el término legal para resolver una petición y/o recurso, sumado a los 30 días hábiles que exige el código, se termina generando un plazo demasiado excesivamente amplio.

X. La reclamación previa para el ejercicio de las acciones

El art. 622 establece como regla la previa reclamación en sede administrativa para el ejercicio de las acciones fundadas en la responsabilidad, dirigidas contra una autoridad administrativa, mientras que en el art. 623 se fijan las excepciones, consignando múltiples supuestos. Veamos: a) Los cobros fundados en la ejecución de sentencias; b) El resarcimiento fundado en la inconstitucionalidad de leyes o decretos; c) La pretensión de daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad extracontractual; d) El cese de vías de hecho producidas por la autoridad administrativa; e) En los supuestos en que resulte exigible el agotamiento de la vía administrativa previa, la interposición de la demanda importará la interrupción de los plazos para la presentación de los recursos; f) Cuando mediare una clara conducta de la demandada que haga presumir la ineficiencia cierta de acudir a una vía administrativa o cuando, en atención a particulares circunstancias del caso exigirla resultare, para el interesado, una carga excesiva o inútil; g) Cuando una norma expresamente la excluya.

Sólo apuntaremos que las excepciones incluyen un abanico muy variado, y algunos (como el inc. f) de una tipicidad muy abierta, de tal suerte que la regla general se vea bastante desvirtuada, al punto que es difícil imaginar algún supuesto de operatividad. Por lo demás, no haber incluido este requisito le daría más coherencia al sistema en punto a la voluntariedad de los sistemas

consensuados de resolución de conflictos. Tampoco resulta verosímil que el Estado vaya a pagar voluntariamente algún reclamo.

La reclamación deberá presentarse por escrito ante el Ministerio del ramo o ante el órgano superior del respectivo ente autárquico. Deberá identificarse la pretensión y precisarse sus elementos fácticos, probatorios y jurídicos (art. 624).

La reclamación deberá resolverse dentro de los treinta días de iniciada. De negarse el reclamo, o de transcurrir el plazo antes mencionado, quedará habilitada la instancia judicial (art. 624 *in fine*).

XI. Reglas especiales de tramitación

El Artículo 631 establece que, por regla, el Proceso Contencioso Administrativo tramitará por las normas del proceso amplio (el que, conforme al artículo 530 y concordantes del Anteproyecto, es el previsto para los conflictos de mayor complejidad, siendo un proceso de conocimiento amplio, bajo un sistema de doble audiencia: la preliminar y de juicio). Sin embargo, se prevé la posibilidad de excepciones al proceso amplio en dos supuestos:

1) Excepciones que la propia Sección contemple: En este punto, resulta importante destacar que, más allá de lo que establece este artículo, la sección no contempla de manera expresa ningún supuesto en el que el Proceso deba necesariamente tramitar por las normas del proceso simple.

Únicamente se hace referencia al trámite para la acción de lesividad, para la que se reitera una vez más el principio general, estableciéndose que “*podrá tramitar mediante un proceso de conocimiento amplio o simple, teniendo en consideración a tal fin las particularidades del caso...*” (art. 630).

Como otras excepciones, podrían encontrarse el proceso para el levantamiento de la suspensión de la ejecución del acto administrativo (art. 634) y el proceso para la ejecución de sentencia –el que tramitará por las normas del proceso ejecutorio, arbitrando las medidas y modalidades más convenientes al tipo de pretensión declarada- (art. 638).

2) Lo que resulte de la gestión del caso: Esto último resulta acertado si se tiene en cuenta que, como premisa general, el anteproyecto prevé que el conflicto debe ser procesado mediante el esquema de tramitación más adecuado a las características del conflicto, pudiendo tanto las partes como el juez o la jueza proponer y asignar el trámite que consideren más apropiado, proporcional y razonable, conforme a la complejidad o sencillez del conflicto de que se trate. Ello también es concordante con la remisión que realiza el art. 616, que prevé la aplicación analógica de las Reglas Generales al Proceso Contencioso Administrativo.

En general, la regulación referida a las reglas de tramitación del Proceso Contencioso Administrativo resulta ser novedosa, por estar enmarcada dentro de la impronta general del Anteproyecto, en el que el conflicto debe ser procesado mediante el esquema de tramitación más adecuado a las características del conflicto. Ello es concordante con los Principios Fundamentales

de “Gestión del proceso” y de “Adaptabilidad, proporcionalidad e instrumentalidad de las formas procesales”, que se regulan en el Título Preliminar.

XII. Facultad de designar funcionario del área para asistir al representante del Estado en audiencia

Si bien el título del art. 632 refiere a la “facultad” de designar funcionario del área para asistir al representante del Estado en audiencia, se advierte que dicha actividad se impone como una obligación, en tanto se expresa que *deberá* comparecer a las audiencias que se fijen, “*además de quien represente al Estado, un funcionario designado al efecto por el Ministro, Secretario o Autoridad máxima del organismo estatal correspondiente, a fin de participar en la defensa de los intereses públicos comprometidos*”.

Además, se agrega que deberán concurrir con facultades suficientes para propiciar la solución del conflicto en todas sus formas posibles, incluyendo particularmente la potestad de lograr soluciones consensuadas del mismo.

Esta imposición también resulta ser novedosa, yendo de la mano con la impronta general del Anteproyecto. Se ve como un mecanismo coherente con la premisa general que subyace en todo el Anteproyecto, relacionada con la necesidad de promover la participación de las partes en la gestión del conflicto y la solución consensual del mismo. Es conteste con el Principio de “*promoción y prioridad de la solución consensual de conflictos*”, incorporado en el Título Preliminar –en el que expresamente se incluye al Estado como sujeto pasivo del deber de promover métodos de solución consensual de conflictos individuales y colectivos-.

A la luz de dicha premisa, resulta lógico que, en el caso de que una de las partes en un conflicto sea el Estado, es imprescindible la comparecencia de funcionarios dotados de facultades para participar activamente, e incluso negociar e intentar llegar a soluciones consensuales. Se advierte que en la norma no se regula expresamente la forma de citación al Organismo Estatal correspondiente, es decir si se debe cursar notificación directamente al mismo, o la misma se realiza por intermedio de la Fiscalía de Estado.

Por último, restaría ver si el resto de la normativa provincial se encuentra compatibilizada o, en su caso, adaptar la misma, dejando establecido de qué manera corresponderá dotar a estos funcionarios -en sede administrativa- de las facultades requeridas para lograr soluciones consensuadas. Ello para que la actividad que desplieguen en el proceso resulte válida y eficaz a efectos de arribar a acuerdos transaccionales o conciliatorios válidos. Cabe destacar que, por ejemplo, en la Provincia de Buenos Aires se encuentra expresamente vedada la posibilidad de arribar a acuerdos transaccionales por el Fiscal de Estado (Decreto Ley N° 7543/69), salvo expresa autorización del Poder Ejecutivo. De igual modo, cabría destacar que todo acuerdo arribado en juicio deberá ser aprobado por acto administrativo.

XIII. Accesibilidad o remisión de actuaciones administrativas

El artículo 633 prevé la remisión de las actuaciones administrativas, de manera similar a la prevista en la Ley N° 12.008 (esto no se incluye expresamente en la Ley Nacional N° 19.549 ni la Ley N° 189/99 de CABA).

En el Anteproyecto no se establece una sanción por el incumplimiento. En la Ley N° 12.008 se establece que *“Si la autoridad requerida no remitiere los expedientes en el plazo correspondiente, el Juez proseguirá la causa (...) tomando como base la exposición de los hechos contenida en la demanda, sin perjuicio de la facultad de la demandada de ofrecer y producir toda la prueba que estime corresponder a su derecho”*.

XIV. Cumplimiento de la sentencia ejecutoriada contra el Estado

El título VI se encarga de regular el cumplimiento de la sentencia ejecutoriada contra el Estado. En general, se establece una regulación similar a la de la ley N° 12.008 de la Provincia de Buenos Aires.

La redacción de las normas no es del todo clara. Sin embargo, se entiende que se diferencian diversos tipos de sentencias:

1. Si las mismas no son de dar sumas de dinero: El plazo para su cumplimiento debería ser el que establezca la sentencia. En caso de que la misma no se expida al respecto, se deberá entender que la autoridad administrativa dispone de 60 días computados desde la notificación de la sentencia.
2. Si las mismas son de dar sumas de dinero que no sean de naturaleza alimentaria -o que siendo de naturaleza alimentaria sobrepasan las tres remuneraciones del gobernador: Se entiende que se deberá cumplir con los requisitos de los artículos 640 y 641 (que regula la inclusión en el presupuesto).
3. Si las mismas son de dar sumas de dinero de naturaleza alimentaria cuyo importe total no sobrepase tres remuneraciones del gobernador: se les da prioridad, estableciéndose que están exentos de los requisitos de los artículos 640 y 641 –aunque no se fija el plazo para su cumplimiento, el que, se entiende, debería ser menor al fijado para las anteriores-.

La norma se enrola en el principio de “Tutela judicial efectiva”, intentando mecanismos para el cumplimiento oportuno de la decisión. Además, se entiende que la misma tiene una finalidad proteccionista hacia aquellos créditos de carácter alimentario (siempre y cuando no sobrepasen las tres remuneraciones del gobernador), buscando el cumplimiento de las sentencias que los determinan con mayor premura. Sin embargo, de la lectura del texto proyectado, no resultan del todo claras cuáles son las pautas que deberán aplicarse al cumplimiento de aquéllas sentencias, sugiriendo una relectura de su redacción.

Sección VI

Proceso laboral

Centrándonos en la regulación de los procesos laborales, en forma previa es dable advertir que el Código General de Procesos de Chubut está concebido como un cuerpo uniforme de regulación de todos los procesos no penales, siguiendo la lógica del Código Modelo del IIDP. En el mismo, a modo de columna vertebral se regula una matriz común aplicable a todos y regulaciones mínimas en torno a aquellos aspectos que revisten especialidad en cada materia, entre los cuales encontramos el contencioso administrativo, de familia y laborales.

Claramente el texto chubutense se enrola en una regulación integral de los procesos civiles (rectius: no penales), lo cual incluso ya ha sido así previsto en otras legislaciones (v.gr. Tierra del Fuego); a diferencia de otras jurisdicciones provinciales que desde hace años mantienen tradicionalmente una norma procedimental separada de los códigos procesales civiles y comerciales (Así: Ley 18.345 en la Justicia Nacional de la CABA, la Ley 11.653 en Pcia. de Buenos Aires, etcétera) aunque sí disponiendo su remisión supletoria a las mismas, técnica legislativa que aún se mantiene en la Provincia de Buenos Aires a la luz de la “Ley de Procedimiento Laboral” Nro. 15.057 de 2018⁽⁴⁸⁰⁾.

Sin perjuicio que se desconoce si la pertinente ley de aprobación del Código General derogará o dejará sin efecto la LEY XIV - N° 1 (Antes Ley 69) o si sancionará una ley que complemente el procedimiento laboral chubutense, lo cierto es que el citado código contempla una serie de normas respecto a los procesos laborales *a priori* de un modo completo, que atiende y amolda a las particularidades que afloran en los conflictos laborales e incluso se amalgaman y sintetizan a los principios y mandas del Derecho del Trabajo y Seguridad Social celosamente reconocidos y protegidos por normas sustanciales, constitucionales y convencionales. El derecho procesal laboral no puede separarse de las bases teóricas del derecho sustantivo pues, al ser realidades inescindibles, el primero constituye instrumento para el cumplimiento del segundo (⁴⁸¹).

Claramente el diseño y estructura procesal establecida parecen acordes a dar debida respuesta en un plazo razonable (⁴⁸²) a reclamos donde están en juego derechos sociales y créditos de carácter alimentario, habiéndose cargo de las dilaciones y demoras que habitualmente insumen el tránsito de un proceso judicial a fin de evitar que respuestas jurisdiccionales tardías acentúen la hiposuficiencia características del obrero que debe acudir a los estrados para defender sus derechos.

⁴⁸⁰ Sobre la evolución de la legislación procesal bonaerense véase y ampliase en: SOSA AUBONE, Ricardo Daniel, Ley de Procedimiento Laboral 11.653, Tomo I, pág. 6, L:E.P. 2004 y en los Fundamentos de la Ley 15.057, publicado en <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/f-15057.html>

⁴⁸¹ Sobre la relación entre las normas procesales y sustanciales, véase: MORELLO, Augusto M. y otros, “Lectura procesal de temas sustanciales”, LEP, 2000 y CAÑAL, Diana Regina (2011). Decisiones Judiciales. La relación entre normas de fondo y de forma. (1° ed.): Buenos Aires: Editorial Errepar

⁴⁸² El tiempo en el proceso no es oro, sino justicia (Véase: Eduardo Couture, Proyecto de C.P.C., Depalma, Bs. As., 1945, p. 37, citado por Devis Echandía, H. “Teoría General del Proceso”, Ed. Universidad, 1997 haciendo referencia a los recursos extraordinarios, pero aplicable a lo aquí expuesto.

En efecto, de la fisonomía de los procesos establecidos en forma general, sus esquemas de tramitación (arts. 530, 531, 536, 536 inc. d, 538, 548 inc. b, entre otros del código proyectado), así como de los principios y reglas fundamentales orientadores y de aplicación (Título Preliminar), rol de los jueces, conducta de colaboración y cooperación de las partes, presupuestos de dictado de medidas cautelares (art. 308 inc. c), así como disposiciones diseminadas a lo largo del articulado del texto proyectado sobre otros institutos procesales, surge que los mismos van en consonancia y son compatibles con postulados acordes a una justicia de protección, al principio protectorio, a la hiposuficiencia y con la calidad de sujeto de “preferente tutela constitucional” de los trabajadores (Conf. CSJN, 14/09/04, “Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA SA”; 21/09/04, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA”; 01/09/09, “Pérez, Aníbal c/ Disco SA”, 24/11/09; entre otros).

Particularidades

Habiendo esbozado en forma somera, rapsódica y genérica algunas generalidades del Código General proyectado y sus incidencias sobre los procesos laborales, pasamos a exponer brevemente algunas consideraciones o peculiaridades sobre su articulado, sobre la regulación de ciertos institutos o aspectos del proceso laboral, especialmente que conlleven alguna novedad u omisión respecto a las regulaciones ya conocidas y existentes.

Obviamente, lo aquí expuesto reviste una aproximación apriorística, si se permite teórica y en base a una comparación con regulaciones ya conocidas, sin perjuicio de las nuevas y mayores cavilaciones que surgirán una vez entrada en vigencia del texto sub examine.

I. Tipo y características del procedimiento.

Tradicional e históricamente las normas procesales provinciales que han regulado los procesos laborales se han clasificado en: a) Procedimiento *escrito y doble instancia* y b) Procedimiento *oral en instancia única, obviamente con la limitación y exactitud de toda clasificación, más aún cuando cada normativa tiene matices, particularidades y peculiaridades propias cuyo análisis exceden el presente*. Así, entre los procedimientos de escritura y doble instancia (a) encontramos: Nacional (Ley 18.345), Catamarca (Ley 4.799), Chaco (Ley 2383, Ley 7434 de 2014), Corrientes (Ley 3.540), Entre Ríos (Ley 5.315), La Pampa (Ley 986), Misiones (Ley 2.884), Neuquén (Ley 921), Salta (Ley 5.298), San Luis (Ley 2.642), San Juan (Ley 5.732), Santa Cruz (Ley 1.444), Santa Fe (Ley 7.945), Chubut (Ley 69) y Tierra del Fuego (Dto. 454). Por otro lado, encontramos entre los segundos (b) Buenos Aires (ley 11.653) (aunque esta tradición se ha modificado con la ley 15.057 de 2.018⁴⁸³), Tucumán (Ley 6.204), Córdoba (Ley 7.987) Formosa (Ley 639) La Rioja (Ley 3.372) Jujuy (Ley 1.938) Mendoza (Ley 2.144) Rio Negro (Ley 1.504) Santiago del Estero (Ley 3.603). Tradicionalmente la oralidad estaba ligada a la instancia única, garantizada generalmente por la organización de un Tribunal colegiado, de manera que sus pronunciamientos se manifiestan como la obra colectiva de varios jueces. El texto chubutense proyectado emplea

⁽⁴⁸³⁾ Sobre la misma véase GRILLO CIOCHINI, Pablo A. Título: “La nueva Ley de Procedimiento Laboral bonaerense. Un cambio posible y eficaz”, LA LEY 02/11/2018, 02/11/2018, 1, Cita Online: AR/DOC/2340/2018.-

procesos “orales” mediante el esquema de “procesos por audiencias”, siendo escriturarios los actos postulatorios e instancias recursivas, con una “doble instancia” de decisión de los pronunciamientos por un órgano jurisdiccional superior, lo cual a nuestra opinión abastece en debida forma el "debido proceso" ya que en términos de la propia CIDH incluye las garantías mínimas previstas para el proceso penal también respecto de las demás materias (⁴⁸⁴).

II. Esquema y trámite de los procesos. Procesos monitorios.

Como se advierte el Código General tiene prevé una reducción de tipos procesales tradicionalmente conocidos, dando flexibilidad al esquema de tramitación de los procesos contemplando las características del conflicto (conf. arts. 163 inc. a, 164, 530 y ccdtes. del CPG). Amén de ello, establece entre los procesos de conocimiento o declarativos los procesos amplios (arts. 530 a 535) con doble audiencia, una preliminar y otra de juicio y los procesos simples con una sola audiencia multipropósito (arts. 536 a 538). Para ambos tipos de esquemas menciona – enunciativamente- los conflictos pasibles de dichos trámites, mencionando como “proceso simple” (art. 536 inc. d) las controversias originadas en el despido intempestivo de mujeres embarazadas o en periodo de lactancia, de dirigentes sindicales o supuestos de discriminación.

Acorde a las características de los créditos y controversias del derecho del trabajo, las cuales giran en rededor de derechos sociales y de características alimentarias, el Código prevé (art. 645) como regla –amen de la ya cita flexibilidad y excepciones previstas en el propio código- pare el trámite del procedimiento jurisdiccional de los conflictos individuales y colectivos las normas del “proceso simple”.

A su vez, prevé el deber de atención prioritario y pronto despacho de las resoluciones, ello en virtud del carácter alimentario ya apuntalado (art. 647).

Por otro lado, entre los procesos que no requieren mayor ámbito de cognición, para pretensiones que contengan una obligación líquida o fácilmente liquidable, cierta, exigible y no condicionada recepta los llamados “procesos monitorios” (arts. 648 y sgtes.), entre los cuales prevé “Haber adeudados; indemnización por despido directo sin expresión de causa; por muerte del trabajador o empleador, fuerza mayor o económicas, indemnización agravada contemplada en el artículo 80 de la LCT⁴⁸⁵; o restitución de cuota sindical”)(art. 648 inc. b). Asimismo, el texto en consideración prevé entre los supuestos de trámite por proceso monitorio el proceso de exclusión de tutela sindical (art. 650), reinstalación o modificación de condiciones de trabajo (art. 651), reclamo de pago de sumas de dinero que se sustente en instrumento público o privado que traiga aparejada ejecución, el reclamo de pago de sumas de dinero líquida o fácilmente liquidable que no requiera debate causal o de derecho en cuanto a su existencia, la de restitución de cuota sindical, la consignación de documento o del pago de créditos laborales (art. 652), en estos

⁴⁸⁴) Ver SOSA, Toribio E., "Doble instancia vs. Doble conforme", ED 11-5-2016, p. 1.

⁴⁸⁵ No resulta buena técnica legislativa de una norma procesal consignar el numero de un artículo de una ley fondal, ello a los efectos de evitar desactualizaciones ante reformas de las leyes sustanciales.

últimos supuestos sin perjuicio de la facultad del juez o jueza de indicar un procedimiento más adecuado.

III. Complementariedad y supletoriedad.

Conforme surge del art. 642 proyectado, lo que no se encuentre dispuesto en el título del proceso laboral se aplicará las disposiciones del Código, primando las específicamente previstas en el título a las que genéricamente se establezcan para todos los tipos de procesos.

IV. Principios del sistema protectorio del trabajador. Facultad judicial de decidir *ultra petita*.

En el artículo 643 expresamente se establece no sólo que para la aplicación de las normas procesales de esta sección y en el ámbito de la justicia del trabajo debe interpretarse a la luz de las reglas y principios del proceso laboral, del derecho laboral sustancial y el conjunto de principios que configuran el sistema protectorio de los trabajadores, sino también se prevé entre las mismas “...*la facultad del juez o jueza de decidir ultra petita...*”

Así en el artículo 648 recepta esta posibilidad de pronunciarse en más de lo pedido en supuesto cuando los hechos que originen el reclamo de pago de sumas, salarios, prestaciones o indemnizaciones sugieren montos distintos a los reclamados; así como cuando se condene el pago de diferencias salariales o de sumas abonadas sin recibos, o créditos nacidos de relaciones laborales no registradas o que lo estén de modo deficiente también podrá condenar la integración de aportes y contribuciones de la seguridad social.

De este modo se recepta la flexibilidad del principio de congruencia⁴⁸⁶, otorgando un preponderante rol y función al juez interviniente en procura de la justicia del caso, la verdad jurídica objetiva y ponderando los derechos en juego y el sistema protectorio de los trabajadores haciéndose cargo de su hiposuficiencia. Obviamente esta facultad judicial se reconoce en el texto proyectado resguardando debidamente el debido proceso, el derecho de defensa de la parte demandada, la igualdad de las partes y asegurando el contradictorio. Así, para ello establece los supuestos donde la citada facultad puede emplearse.

V. Medidas cautelares y autosatisfactiva.

⁴⁸⁶ Sobre el punto: DE LOS SANTOS, Mabel – Los valores en el proceso civil actual y las consecuentes necesidad de reformular los principios procesales – Revista Jurisprudencia Argentina – 2001 págs. 752 y sigs, PODETTI, J. Ramiro – Tratado del proceso...op.cit. Tomo I, pág. 324, entre otros.

Amén de las disposiciones generales contenidas en el Código General respecto a las medidas cautelares, las cuales son de aplicación a los procesos laborales (v.gr. art. 308 inc. 3 y art. 550 respecto a procesos monitorios) y de las medidas cautelares “anticipadas” del art. 48, se advierte la ausencia de una norma específica en el proceso laboral que aseguren de modo urgente –y si se quiere de modo autosatisfactiva- de prestaciones de tipo asistencial como podrán ser las debidas por un infortunio laboral. Este tipo de normas se observan en el art. 18 Ley 11.653 y arts. 21 y 22 de la novísima ley 15.057, ambas bonaerenses.

VI. Carga de la prueba.

El artículo 649 del Código elaborado establece una carga probatoria especial en los procesos donde se controvierta el monto por cobro de salario, sueldo u otras formas de remuneración en dinero o en especie, imponiéndole el *onus probandi* de contrariar el reclamo a cargo del empleador. Dicha manda que impone una inversión a la regla tradicional de “quien alega debe probar” resulta acorde no sólo con la hiposuficiencia de todo trabajador frente a su empleador, a la calidad alimentaria de los créditos del mismo, sino que además va en consonancia con la aplicación de la carga dinámica de la prueba⁴⁸⁷ a la hora de establecer las obligaciones de las partes del proceso en atención a quien está en mejores condiciones probatorias. Así en el supuesto estipulado en dicha norma, sin dudas es la parte demandada quien –a priori- se encuentra en mejores condiciones de acreditar o refutar los elementos necesarios para una justa solución de la controversia.

VII. Impulso.

Maguer que entre las facultades del órgano jurisdiccional se encuentran facultades y deberes que traslucen el impulso de los procesos, así como que en el punto VIII del Título preliminar se establece como gestión de los mismos su impulso, sería adecuado su expresa previsión y acentuación en el marco de las disposiciones del proceso laboral tanto de su magistratura como de las partes y el Ministerio público. Una norma de tales características sería acorde a normas existentes en otros ordenamientos provinciales, en normas proyectadas (vgr. Art.5 Anteproyecto CPCyC de la Nación de 2019). En este sentido la Ley 15.057 de 2018 de la Pcia. Buenos Aires en su artículo 11 así lo recepta, ubicándose dentro de las legislaciones que otorgan pleno impulso de oficio al órgano jurisdiccional (v. Art. 15 Ley 7.987 Córdoba, Art. 36 Decreto 1.079/10 – T.O. Ley 7.945 – C.P.L. Santa Fe, Art. 19 Ley 2.144 Mendoza, Arts. 12 y 13 Ley 3.540 Corrientes, Art. 4 L.P.L. La Pampa, Art. 41 Ley 7.434 de Chaco, Art. 30 Ley 1.444 Santa Cruz, Art. 10 Ley 5.298 Salta, Art. 46 Ley 18.345 C.A.B.A., Art. 38 Ley 4.799 Catamarca, Art. 4 Ley 5.764 La Rioja, Art. 7 Ley 5.315 Entre Ríos, Arts. 18 y 19 L.P.L. Chubut, Art. 28 Ley 921 de Neuquén, Art. 11 Ley 7.049 Santiago del Estero, Art. 39 Ley XIII Nº 2 Misiones).

VIII. Gratuidad laboral – Pluspetición.

⁴⁸⁷ Sobre la carga probatoria en materia laboral, véase: MAZA, Miguel A., Ley de Organización y Procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo, dir. por Amadeo Allocatti y coord. por Miguel Ángel Pirolo, 2ª ed., t. 2, p. 142.

El principio de gratuidad se encuentra consagrado en el Art. 646 del proyecto remitido. La Corte Suprema ha determinado en forma específica que los trabajadores gozan del beneficio de gratuidad en todas las etapas de cualquier reclamo administrativo o judicial derivado de una relación de trabajo⁴⁸⁸.

En tal sentido, la frase incluida en la manda en cuestión, que establece que la *gratuidad comprende todos los gastos que se exijan realizar para la tramitación del proceso*, debería, a nuestro entender, rezar lo siguiente: “Esta gratuidad comprende todos los gastos que se exijan realizar para la tramitación de todas las etapas de cualquier reclamo administrativo y/o judicial”.

Ello toma aún más fuerza en las aclaraciones efectuadas por el máximo tribunal en el referido precedente en que se indica que la gratuidad abarca aun reclamos que se apoyen en normativa que no sea propiamente laboral o que tramiten por procedimientos judiciales distintos a los que se aplican comúnmente a los juicios laborales.

Respecto a la pluspetición, sin perjuicio de las disposiciones generales contenidas, resultaría encomiable la inclusión de una norma que sancione la evidente pluspetición en los reclamos laborales. Ello en virtud que la protección que legalmente se le da a los trabajadores no puede amparar el uso abusivo de sus derechos, muchas veces efectuándose reclamos signados por la pluspetición en su afán de obtener un mayor poder negocial.

IX. Sistema recursivo respecto a Ley 27.348 complementaria de la ley sobre Riesgos del Trabajo.

Sin perjuicio que a la fecha la Provincia de Chubut no adhirió a la Ley 27.348, sería loable que el Código Proyectoado establezca expresamente el procedimiento de revisión de las resoluciones dictadas por las autoridades administrativas en el marco del sistema de Riesgos del Trabajo como lo hace el art. Art. 2 inc j. de la Ley 15.057 bonaerense, aunque sólo respecto a su competencia.

X. Procedimiento de exclusión de tutela sindical.

El texto ideado, en su artículo 650 estipula que la pretensión de exclusión de la garantía de tutela sindical tramitará por el proceso monitorio, con el requisito específico de anunciar cuál será la sanción que introducirá en el proceso posterior. En realidad, si bien la misma va en sintonía con un trámite compatible con los derechos en juego, lo previsto por la legislación fondal –art. 52, ley 23.551- y lo resuelto por la CSJN en autos F.477.XLVII, “Fate S.A.I.C.I. c/ Ottoboni, Víctor Octavio s/ exclusión tutela sindical (sumarísimo)”, lo cual valió el cambio de la doctrina legal de la SCBA in re L. 114.451, “Fate S.A.I.C.I. contra Ottoboni, Víctor Octavio. Exclusión de tutela sindical”, 20/12/2017, hubiere sido adecuado que todo se sustancie y resuelva en un solo proceso, ello no sólo en debido respeto de la libertad sindical sino además en celeridad y economía procesal.

⁴⁸⁸ CSJN 4/2012 (48-K) Kuray, David Lionel s/ recurso extraordinario.

Comisión de Jóvenes Procesalistas - Delegación Buenos Aires

Acosta, Marina Isabel

Aban Burgos, Guillermo

Cazaux, Diego (Coordinador)

Coroli, Antonela

Gisvert, María Victoria (Coordinadora)

González, Rocío

Morquecho, Lara

Pelle Delgadillo, Leticia

Rivera, Agustín

Rivera, Andrés

Salvatierra, Juan Cruz

ⁱ DE SANTO, Víctor: "Nulidades procesales", Bs. As., Editorial Universidad, 1999, pág 271.

ⁱⁱ PALACIO, Lino E.: "Derecho Procesal Civil", Bs. As., Abeledo-Perrot, tomo V, 1975, pág. 13

ⁱⁱⁱ Art. 255: "El recurso de apelación comprende el de nulidad por defectos de la sentencia".

^{iv} DE SANTO, Víctor: "Nulidades procesales", Bs. As., Editorial Universidad, 1999, pág 274.

^v FALCÓN, Enrique M.: "Tratado de derecho procesal civil y comercial", Bs. As., Rubinzal-Culzoni, Tomo VIII, 2009, pág. 328

^{vi} Ibidem, pág. 333.