



ESTUDIO
Alvarado Velloso & Asociados
ABOGADOS

DICTAMEN

SOBRE EL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

PARA LA PROVINCIA DE CHUBUT¹

ADOLFO ALVARADO VELLOSO²

1. INTRODUCCIÓN

El Colegio de Abogados de la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia de Chubut, nos ha solicitado emitir dictamen³ fundado acerca del contenido y la viabilidad abogadil de un *Proyecto* de nuevo *Código Procesal Civil* presentado a la Provincia por el *Centro de Estudios de Justicia de las Américas* (CEJA), organismo internacional autónomo creado en 1999 por resolución de la *Asamblea General de la OEA*, dando cumplimiento de ese modo al plan de acción de la segunda *Cumbre de las Américas* en 1998 y a las recomendaciones de las reuniones de Ministros de Justicia y otros Ministros, Procuradores o Fiscales Generales de las Américas. La autoafirmada misión del CEJA es “apoyar a los Estados de la región en sus procesos de reforma la justicia”, para lo cual desarrolla actividades de capacitación, estudios e investigaciones empíricas, entre otras acciones.

¹ Efectuado por el autor con la activa colaboración de docentes de la asignatura procesal que lo acompañan en la Carrera de Posgrado *de Maestría en Derecho Procesal* que dirige en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario: Profesores EDUARDO TERRASA, CARLOS TRISTÁN GARCÍA MONTAÑO y GUSTAVO ACOSTA.

² Ver su [currículo](#).

³ Para la confección de este informe, hemos contado con muy escaso tiempo: quince días corridos, lo que resulta a todas luces insuficientes para lograr un completo estudio de tan extenso cuerpo legal.

Esta institución ha cambiado en los últimos años la persona de sus integrantes, suplantando a los iniciales –juristas claramente enrolados en el liberalismo propio de nuestras Constitucionales, ideólogos y autores del actual Código Procesal Penal de Chile⁴, confesa y claramente acusatorio– por otros⁵ que proclaman una filosofía decididamente inquisitoria⁶, como la que muestran sin disimulo alguno en el Proyecto al cual refiere este Dictamen.

Las autoridades actuales están constituidas por gente joven que, en su absoluta mayoría, carecen de experiencia abogadil o judicial y que, tal vez por ello, hacen pasar toda reforma por una nueva forma de gestión judicial que aleja al juez de la gente que debe ser juzgada⁷.

Y esto se ve rápidamente en el Proyecto en estudio: no se trata de un código que regule –realmente- procedimientos, sino de otro distinto que señala las diferentes formas en las que pueden solucionarse los conflictos de intereses. Lo que no está mal, pero no es procesal.

Esto se muestra con claridad en los primeros 50/60 artículos, donde se norman referencialmente soluciones auto compositivas, no teniendo nada que ver el tema con lo que es un *proceso*, tal como la entendemos los abogados en la Argentina y en este siglo.

El Proyecto comienza hablando de los *principios generales* que lo gobiernan y que no son, precisamente, procesales, para continuar exhibiendo la ideología autoritaria que lo gobierna y que, por ende, es claramente inconstitucional. Y en esa tónica, empodera inquisitorial y notablemente a los jueces en su relación con las partes procesales y sus abogados⁸, dándoles mayores poderes procesales de los que ac-

⁴ Que está funcionando relativamente bien, más allá de que –por desconocimiento de su filosofía y sus técnicas– no lo entienden muchos de sus operadores. Y ello, a no dudar, porque el Estado chileno dedicó varios millones de dólares para instrumentar y hacer sustentable la reforma, cosa que no ocurre en nuestro país y, mucho menos, en las Provincias, incapaces de contar con presupuesto adecuado para lograr tal sustentabilidad.

⁵ Ninguno de sus directivos visibles tiene obra alguna escrita sobre la materia ni tiene ostenta antecedentes académicos o abogadiles conocidos. Lo que nos hace preguntar: ¿de dónde sacan la teoría y la experiencia suficiente como para redactar con éxito las complejidades extraordinarias de un proyecto de tamaño envergadura cual lo es un Código Procesal..?

⁶ Y esto es, al menos, claramente extraño, toda vez que el CEJA está financiado por el *Global Affairs Canadá*, órgano oficial del gobierno canadiense.

⁷ Tal como ocurre en Guatemala y en Ecuador, por ejemplo, donde ya han tenido éxito con esta avanzada legislativa. Pero cabe destacar que en esos países imperan realidades absolutamente diferentes de las propias de la Argentina.

⁸ A los que convierte de hecho en meros gestores de trámites a efectuar en una *Oficina de gestión*.

tualmente tienen, pero quitándoles toda gestión diferente a la tarea de sentenciar, subordinando su actividad judicial a lo que disponga en cada caso una Oficina de Gestión Judicial⁹.

Contrario a estas ideas, es bien sabido por todos que un buen código procesal contempla y regula lo que es a todas luces la materia más política de la Carrera de Abogacía: la que estudia a los códigos procesales.

La gente en general cree que la materia más política es el *Derecho Político*, sin advertir que su contenido se concreta a enmarcar el origen de las ideas políticas y de los partidos políticos o, en su defecto, el *Derecho Constitucional*, cosa que se dice sin pensar en que éste se concreta a definir quién y cómo se ejerce el poder.

Si se revisa la *Constitución de los Estados Unidos de América*¹⁰, se verá que sólo contiene escasos siete artículos: uno en el que se establece quién es y qué hace el poder constituyente, dos en los que describe quién ejerce y qué hace el poder legislativo, dos en los que hace lo propio con el poder ejecutivo y otros dos que refieren igual al poder judicial. Como se ve, el texto originario no contiene declaraciones ni reconoce derechos a los particulares.

Más allá de todo esto, hemos afirmado que la materia procesal es la más política de todo lo que estudia un abogado, pues ella es la que se ocupa de cercenar¹¹ y abroquelar el poder del que más poder tiene: el juez de derecho en la esfera jurídica de un Estado.

Lo explicamos mejor: se afirma habitualmente que la persona importante de la Argentina es el Presidente la República o el Gobernador de la Provincia o el Jefe de Policía o el Jefe de las Fuerzas Armadas, según el caso. Y al sostener esto, no se piensa en que si cualquiera de ellos quiere meterse en nuestra casa, por ejemplo, necesariamente debe pedirle permiso previo a un juez (léase *expedición de orden de allanamiento*). Pero si el juez quiere meterse en nuestra casa, lo hace directamente y sin pedir permiso a nadie.

Detengamos el pensamiento por un instante en este funcionario, pues tiene mucho más poder del que muestra con la facultad de allanar *per se*: puede también excepcionar el cumplimiento de la ley (mataste, sí; pero lo hiciste en legítima defensa. Por

⁹ Que invade y sustituye la tarea propia de los jueces, haciéndolos dependientes de variopintos funcionarios administrativos. La ausencia de esta Oficina en el respectivo proyecto, fue la condición que pusieron los jueces santafesinos para aceptar una reforma procesal similar a la que aquí se critica.

¹⁰ Claro y directo origen de la nuestra.

¹¹ Ver, por ejemplo, el texto del art. 192 del actual Código Procesal Penal de Chubut.

tanto no te condeno...). Puede también quitarnos la libertad, la casa, los hijos, los bienes. Y como si todo ello fuere poco, interpretando la ley en función de las circunstancias propias de un caso, tiene el inmenso poder de elección entre diversos márgenes legales: frente a un homicidio simple, por ejemplo, ejerce la facultad de optar por una pena de 8, o de 9, o de 10, o de 15, o de 20 o de 25 años de prisión! Y para motivar una cualquiera de todas estas posibilidades, utiliza siempre los mismos argumentos, referidos a la peligrosidad del imputado, a las características del crimen y a la necesidad de punir... En suma: palabras que nada dicen y que dicen todo para justificar por qué la pena de 8 y no de 14 o viceversa.

Igual ocurre cuando se condena en lo civil a pagar un daño moral, que nunca está atado a un daño material fácilmente comprobable en su cuantía. Y así, con las mismas palabras y fundamentos se condena a cinco mil, o a cincuenta mil o a quinientos mil, etcétera.

A esta altura, cabe preguntar: a ese funcionario estatal que puede hacer tantas cosas a su voluntad y sin dar mayores explicaciones, ¿hay que darle más poderes de los que ya tiene o, a la inversa, hay que quitarle muchos de ellos, al igual que se lo hace desde antaño con cualquier otro funcionario del Estado?

Respondiendo a esa pregunta nació históricamente la idea misma de proceso: en el año de 1215, al expedir la *Carta Magna de Inglaterra*, JUAN SIN TIERRA abdicó del poder de juzgar y lo derivó a los propios pares del imputado...

Todo lo contrario ocurre en este Proyecto –perverso– convirtiendo en *método de investigación*¹² el *método de discusión*¹³ que hoy se practica en toda América latina, particularmente en lo penal.

Las diferencias entre uno y otro son manifiestas y generan sistemas de enjuiciamiento claramente antagónicos: el *acusatorio* o *dispositivo*, como lo es el proceso penal que se impone con singular rapidez en la Argentina desde el año de 1994 (con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, y que ya rige en casi todos los estados argentinos, incluso en Chubut), y el *inquisitorio* o *inquisitivo* que rige atenuadamente en todo el país y que este Proyecto potencia

¹² Donde el sujeto importante es el propio juez, no las partes, que en lo penal se han convertido en el objeto del proceso...

¹³ Donde las partes son los sujetos importantes, y el juez es el funcionario que se dedica a dirigir el debate y a resolver el litigio si no hay autocomposición previa,

hasta límites nunca vistos en los Estados con gobiernos más totalitarios del mundo¹⁴.

Destacamos finalmente este claro antagonismo pues el Proyecto en examen es obviamente inquisitorio y, por ende, autoritario. En cambio, el actual régimen procesal vigente en la Provincia de Chubut norma exactamente con filosofía contraria y antagonica, pues respeta a toda costa los principios propios del sistema acusatorio y, por ende, ostenta esencia libertaria, que luego se verán en detalle.

Y, a nuestro juicio, esta simple y sola circunstancia resulta suficiente para abandonar sin más el Proyecto en examen, toda vez que la normación procesal de un lugar dado debe ser coherente consigo misma, para lo cual se exige mínimamente que no haya contradicciones internas en el régimen legal¹⁵.

De mantenerse una normativa incoherente, como explicar en términos entendibles al hombre de a pie que sufre como nadie las injusticias, que ante el secuestro de un menor, seguido de violación seguida de muerte, por ejemplo, el juez interviniente en el respectivo proceso no puede investigar ni probar de oficio y, al mismo tiempo, el mismo sistema jurídico le impone al mismo juez el deber de hacer ambas cosas si un almacenero cualquiera pretende cobrar un queso que vendió al fiado a un cliente moroso? ¿No es decididamente absurdo? Es más: ¿no es monstruoso?

Para la mejor comprensión del planteo, mostramos seguidamente cómo operan estos sistemas de enjuiciamiento.

1.1. LA DESCRIPCIÓN DEL MÉTODO ACUSATORIO DE DEBATE

Es un método bilateral en el cual dos sujetos *naturalmente desiguales* discuten pacíficamente en *igualdad jurídica* asegurada por un tercero que actúa al efecto en carácter de autoridad, dirigiendo y regulando imparcial¹⁶, imparcial¹⁷ e independientemente¹⁸ el debate para, llegado el caso, sentenciar la pretensión discutida.

¹⁴ Refiero a las legislaciones procesales del Imperio Austrohúngaro de 1895, de la Alemania nazi de 1937, de la Italia fascista de 1940 y de las Repúblicas Socialistas Soviéticas en su código de 1971.

¹⁵ En efecto: este Proyecto impone al juez el deber de probar de oficio en su finalidad de buscar la verdad, *lo que está mal*. Y el art. 192 del Código Procesal Penal le veda al juez esta posibilidad, *lo que está bien*.

¹⁶ El principio de imparcialidad del juzgador es de tal importancia que es el que logra hacer efectiva la igualdad jurídica de las partes. Indica que el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente ese carácter: para ello, no ha de estar colocado en la posición de parte (imparcialidad) ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad) y debe poder

Como se ve, el método privilegia el valor *Libertad*, poniendo al juez al servicio de las partes para que ellas autocompongan o él mismo heterocomponga el litigio, privando en la especie una filosofía absolutamente liberal que tiene a las propias *partes* como centro y destinatarias del sistema.

Es valor entendido por la doctrina mayoritaria que un proceso se enrola en el sistema dispositivo cuando las partes son dueñas absolutas del impulso procesal (por tanto, ellas son quienes deciden cuándo activar o paralizar la marcha del proceso), y son las que fijan los términos exactos del litigio a resolver afirmando y reconociendo o negando los hechos presentados a juzgamiento, las que aportan el material necesario para confirmar las afirmaciones, las que pueden ponerle fin al pleito en la oportunidad y por los medios que deseen.

Como natural consecuencia de ello, el juez actuante en el litigio carece de todo poder impulsorio, debe aceptar como ciertos los hechos admitidos por las partes así como conformarse con los medios de confirmación que ellas aportan y debe resol-

actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (independencia). Esto que se presenta como obvio –y lo es– no lo es tanto a poco que el lector quiera estudiar el tema en las obras generales de la asignatura. Verá en ellas que, al igual que lo que acaece con el concepto de debido proceso, la mayoría se maneja por aproximación y nadie lo define en términos positivos. En realidad, creo que todos –particularmente los magistrados judiciales– sobreentienden tácitamente el concepto de imparcialidad pero –otra vez– nadie afirma en qué consiste con precisión y sin dudas. Por eso es que se dice despreocupada –y erróneamente– que los jueces del sistema inquisitivo pueden ser y de hecho son imparciales en los procesos en los cuales actúan. Pero hay algo más: la palabra imparcialidad significa varias cosas diferentes a la falta de interés que comúnmente se menciona en orden a definir la cotidiana labor de un juez. Por ejemplo, ausencia de prejuicios de todo tipo (particularmente raciales o religiosos), independencia de cualquier opinión y, consecuentemente, tener oídos sordos ante sugerencia o persuasión de parte interesada que pueda influir en su ánimo, no identificación con alguna ideología determinada, completa ajenidad frente a la posibilidad de dádiva o soborno; y a la influencia de la amistad, del odio, de un sentimiento caritativo, de la haraganería, de los deseos de lucimiento personal, de figuración periodística, etcétera. Y también es no involucrarse personal ni emocionalmente en el meollo del asunto litigioso y evitar toda participación en la investigación de los hechos o en la formación de los elementos de convicción así como de fallar según su propio conocimiento privado el asunto. Tampoco debe tener temor al qué dirán ni al apartamiento fundado de los precedentes judiciales, etcétera. Si bien se miran estas cualidades definitorias del vocablo, la tarea de ser imparcial es asaz difícil pues exige absoluta y aséptica neutralidad, que debe ser practicada en todo supuesto justiciable con todas las calidades que el vocablo involucra.

¹⁷ La *imparcialidad* es la condición que muestra quien no es parte en un proceso dado. El juez debe ostentarla siempre, precisamente por no ser parte procesal: consecuencia de ello es que jamás puede afirmar ni introducir hecho alguno al litigio, aunque a él le conste por el conocimiento privado que tiene acerca de su existencia. Y tampoco puede probar oficiosamente los hechos que las partes han afirmado, como obvio corolario de lo dicho recién.

¹⁸ La *independencia* ya ha sido definida en la nota N° 15. Aunque doctrinalmente es habitual referir el tema con exclusividad a la eventual relación de un juez cualquiera con el poder político de turno, esta ley lo refiere también a las partes, de cuya obediencia debida quiere desvincularlo y, además, a la idea de prejuicio.

ver ajustándose estrictamente a lo que es materia de controversia en función de lo que fue afirmado y negado en las etapas respectivas¹⁹.

Este antiguo sistema de procesamiento es el único que se adecua cabalmente con la idea lógica que ya se ha dado del *proceso*, como fenómeno jurídico irrepetible que une a tres sujetos en una relación dinámica.

Pero no sólo al litigio puramente civil se aplicó este sistema en el pasado remoto: existen noticias que muestran a este fenómeno respecto de la materia penal en las antiguas repúblicas de Grecia y en la misma Roma, en la época de los Comicios. Y es que la primitiva concepción del juicio penal exigía que fuera iniciado por un *acusador* (ya que prevalecía el interés particular del ofendido y sus parientes) quien actuaba contra el reo ante la persona que oficiaba como juzgador. Tanto es así que lo que hoy podría llamarse *proceso penal común* fue *acusatorio* desde antes del Siglo XII en numerosos países de Europa.

Para la mejor comprensión del tema en estudio, cabe recordar que el sistema *dispositivo* (en lo civil) o *acusatorio* (en lo penal), se presenta históricamente con los siguientes rasgos caracterizadores:

- ✓ el proceso sólo puede ser iniciado por el particular interesado. *Nunca por el juez;*
- ✓ el impulso procesal sólo es dado por las partes. *Nunca por el juez.*
- ✓ el juicio es *público* salvo casos excepcionales;
- ✓ existe paridad absoluta de derechos e igualdad de instancias entre actor (o acusador) y demandado (o reo)
- ✓ y el juez es un tercero que, como tal, es *imparcial* (no interesado personalmente en el resultado del litigio) *imparcial* (reiteramos que significa que no es parte²⁰), e *independiente* (no recibe órdenes ni ostenta prejuicios) de cada uno de los contradictores. Por tanto, el juez es persona *distinta* de la del acusador;

¹⁹ Por tanto: si las partes aceptan de consuno un hecho y, así, tal hecho está fuera del litigio, el juez debe aceptarlo aunque no le guste y le conste que no coincide con lo verdaderamente acaecido en el plano de la realidad social.

²⁰ Por tanto, lógicamente no debe ni puede hacer las tareas propias y exclusivas de las partes: afirmar, confirmar, alegar, impugnar, etcétera.

- ✓ no preocupa ni interesa al juez la búsqueda denodada y a todo trance de la *verdad real*²¹ sino que, mucho más modesta pero realísticamente, procura lograr el mantenimiento de la paz social fijando hechos para adecuar a ellos una norma jurídica, tutelando así el cumplimiento del mandato de la ley. Por ello es que carece de toda facultad para producir prueba de oficio;
- ✓ nadie intenta lograr la *confesión* del demandado o imputado, pues su declaración es un *medio de defensa y no de prueba*, por lo que se prohíbe su provocación (absolución de posiciones);
- ✓ correlativamente exige que, cuando la parte desea declarar espontáneamente, lo haga sin mentir. Por tanto, castiga la falacia²²;
- ✓ se prohíbe la tortura;
- ✓ el imputado sabe siempre de qué se lo acusa
- ✓ y quién lo acusa
- ✓ y quiénes son los testigos de cargo;
- ✓ etcétera.

A nuestro juicio, todo ello muestra en su máximo grado la garantía de la plena libertad civil para el demandado (o reo).

1.2. LA DESCRIPCIÓN DEL MÉTODO INQUISITIVO DE DEBATE

Es un método de enjuiciamiento unilateral mediante el cual la propia autoridad – actuando cual lo haría un pretendiente– se coloca en el papel de investigador, de acusador y de juzgador.

Como se ve, el método privilegia el valor *Seguridad*, creando un método claramente autoritario que coloca al propio juez como eje y principal destinatario del sistema que, así, sirve al Estado para investigar y, eventualmente, controlar a las partes, quienes ni siquiera alcanzan –a veces– ser *sujetos procesales*. Tanto es así que, du-

²¹ Que, por supuesto, cede absolutamente ante la constitucional *presunción de inocencia* con el consiguiente brocárdico *in dubio, pro reo* cuya vigencia impide al juez probar de oficio o resolver según su conocimiento personal de los hechos litigiosos. De tanta importancia es ello, que se extendió a los jueces laborales, primero, y luego a los jueces de menores, a los de familia y, actualmente, a los jueces civiles, según la Comisión de Juristas de Costa Rica....

²² No como ocurre en los países de América, en los que la declaración ante el juez muestra una suerte de divertido deporte de las partes procesales, en absurda posición de descarada mentira. Claro está, esto se hace por interpretación de la garantía constitucional que establece que nadie está obligado a declarar en contra de sí mismo...

rante años, se ha entendido por los jueces penales que *el imputado es el objeto del proceso*, no su sujeto esencial.

De tal modo, y conforme a lo que ya se ha visto al recordar cómo se amplió paulatinamente el método con el correr de los siglos, puede decirse que sus características son:

- el *mismo juez* comienza, oficiosamente o por denuncia, las actuaciones del caso y se preocupa por hacer adelantar el juicio mediante el puntual ejercicio del impulso procesal;
- el *mismo juez* se encarga de buscar las pruebas que le puedan resultar aceptables para lograr el convencimiento de la rectitud de su acusación y, así, poder dormir en paz sin sufrir el peso de un cargo de conciencia por eventuales injusticias cometidas (cuando hay parte interesada también en la producción de alguna prueba, la actividad se cumple igual mediante el ejercicio de las denominadas *medidas para mejor proveer*);
- el *mismo juez* –que primero *investigó*, luego *imputó* y después *probó* la imputación– es quien ahora *juzga*;
- ya no interesa que el juicio sea escrito u oral, secreto o público. En rigor, el sistema pasa por el papel preponderante que el juez ejerce durante todo el proceso, para poder cumplir el compromiso que –se le ha enseñado– tiene con la Verdad y la Justicia.

Veamos ahora cuál es el método pensado y elegido por el constituyente de 1853.

1.3. LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA

La sancionada en el año de 1853 es un ejemplo absoluto de texto constitucional liberal y no autoritario pues es el reflejo del pensamiento triunfante en larga lucha contra implacable tiranía²³.

Su fuente inmediata fue el *Proyecto*²⁴ de Juan Bautista Alberdi, cuyos artículos 19 Y 20 transcribo en nota a pie de página para que se vea que el texto final de la Constitución nacional poco difirió de él ya que lo copió en gran parte.

²³ Obviamente, referimos a la del *Restaurador de las Leyes*, Brigadier General don Juan Manuel de Rosas.

²⁴ Este *Proyecto*, natural consecuencia de las *Bases* que escribiera el mismo autor, es el fiel reflejo de las ideas dominantes en la época, por lo que se considera importante presentarlo a continuación

Veamos ahora su artículo 18, que coincide con el texto correspondiente al cuerpo normativo sancionado en el año de 1994²⁵:

“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa.

“Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente.

“Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos.

“El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación.

“Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes.

“Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a

toda vez que su contenido normativo no puede ser más liberal. Veamos: estableció en su artículo 19 que

- ✓ “nadie puede ser condenado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso;
- ✓ ninguno puede ser juzgado por comisiones especiales ni sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa;
- ✓ nadie puede ser obligado a declarar en contra de si mismo;
- ✓ no es eficaz la orden de arresto que no emane de autoridad revestida del poder de arrestar y se apoye en una ley;
- ✓ el derecho de defensa judicial es inviolable;
- ✓ afianzado el resultado civil de un pleito no puede ser preso el que no es responsable de pena aflictiva;
- ✓ el tormento y los castigos horribles quedan abolidos para siempre;
- ✓ quedan prohibidos los azotes y las ejecuciones por medio del cuchillo, de la lanza y del fuego;
- ✓ las cárceles húmedas, oscuras y mortíferas deben ser destruidas;
- ✓ la infamia del condenado no pasa a su familia”.

Y el artículo 20 estableció ejemplarmente que “las leyes reglan el uso de estas garantías de derecho público. Pero el Congreso *no podrá dar ley que, con ocasión de reglamentar u organizar su ejercicio, las disminuya, restrinja o altere en su esencia*”

²⁵ La Constitución fue promulgada mediante Ley N° 24.430 en el *Boletín Oficial* del 10 de enero de 1995.

mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”.

En la misma tónica se encuentran otras normas que, por imperativo constitucional, también son leyes vigentes en la Argentina.

A título de ejemplo, citamos a

a) la *Declaración universal de los derechos del hombre* (proclamada el 10 de diciembre de 1948 por la Resolución de la Asamblea General 217 A de las Naciones Unidas, cuya normativa inserto a pie de página²⁶.

²⁶ “PREÁMBULO: *Considerando* que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; *Considerando* que el desconocimiento y el menoscabo de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias; *Considerando* esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión; *Considerando* también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones; *Considerando* que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad; *Considerando* que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y *Considerando* que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso; LA ASAMBLEA GENERAL proclama la presente DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

“*Artículo 1.-* Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

“*Artículo 2.-* 1) Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. 2) Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

“*Artículo 3.-* Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

“*Artículo 4.-* Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.

“*Artículo 5.-* Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

b) la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* conocida como *Pacto de San José de Costa Rica* (del 22 de noviembre de 1969), cuya normativa inserto completa a pie de página por su notable importancia en el tema que aquí se desarrolla²⁷.

“Artículo 7.- Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

“Artículo 8.- Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

“Artículo 9.- Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

“Artículo 10.- Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

“Artículo 11.- 1) Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. 2) Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito...”

²⁷ “Los Estados Americanos Signatarios de la Presente Convención, RECONOCIENDO su propósito de consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de la libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre; Que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que se ofrece el derecho interno de los Estados Americanos; Que estos principios han sido consagrados en la *Carta de la Organización de los Estados Americanos*, en la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* y en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional; Que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales tanto como de sus derechos civiles y políticos, y CONSIDERANDO Que la tercera conferencia internacional extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación a la propia carta de la organización y de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales, y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia. Han convenido en lo siguiente:

Parte 1 - Deberes de los Estados y derechos protegidos

Capítulo primero - Enumeración de deberes

Artículo 4.- Derecho a la vida.

...Artículo 8.- Garantías judiciales.

1. Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías: a) Derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, sino comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) Comunicación previa y detalla-

Como se ve, tanto la Constitución cuanto todas las leyes internacionales que se han aceptado como propias consagran un método de enjuiciamiento absoluta y definitivamente liberal y no autoritario como el *inquisitivo-nazi-fascista-soviético* que tanto sigue deslumbrando al procesalismo civil de América latina²⁸.

Toca ahora referir a los principales reparos que le encontramos al Proyecto de marrras.

2. EL INCREMENTO DE LAS FACULTADES DE LOS JUECES: SU EXCESIVO EMPODERAMIENTO

A título meramente ejemplificativo, se enumeran algunos de los poderes que el Anteproyecto les ha conferido a los jueces:

- En el caso de incumplimiento de los deberes de buena fe y lealtad procesal, pueden *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* (Título preliminar, Regla X).

da al inculpado de la acusación formulada; c) Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa d) Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por si mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la Ley; f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) Derecho a no ser obligado a declarar contra si mismo ni a declararse culpable; h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Artículo 9.- Principio de legalidad y retroactividad.

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la Ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

...EN FE DE LO CUAL, los Plenipotenciarios infrascritos, cuyos plenos poderes fueron hallados de buena y debida forma, firman esta Convención que se llamará "PACTO DE SAN JOSE COSTA RICA", en la ciudad de San José, Costa Rica, el veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve". Entró en vigor el 18 de julio de 1978.

²⁸ Y al cual responde exactamente el Proyecto en estudio.

- *Sancionar severamente la falta de cooperación* de cualquiera de las partes, auxiliares o terceras personas (Título preliminar, Regla XV).
- *Tener especialmente en cuenta las actividades que hayan facilitado u obstaculizado la gestión, desarrollo y resolución del proceso en plazo razonable*, al imponer las costas y regular honorarios (Título preliminar, Regla XV).
- Para el caso de que las partes no presten especial colaboración, *valorar su conducta como indicio grave al momento de decidir y también como fundamento para la imposición de costas* (art. 21).
- *Disponer una medida de prueba anticipada distinta de la solicitada*, cuando se pueda obtener a través de algún medio o fuente más conveniente o menos oneroso (art. 42).
- *Rechazar el recurso de revocatoria interpuesto contra una decisión de la Oficina judicial, sin previa sustanciación e imponer sanciones correctivas por su utilización abusiva o dilatoria*, cuando considere que carece de fundamentos o aparece como dilatorio. Esta última resolución no es impugnabile (art. 68).
- *Establecer la responsabilidad solidaria del letrado apoderado con el letrado patrocinante* (art. 78).
- *Determinar el trámite por el que deben sustanciarse las tercerías*, atendiendo a las circunstancias. Tiene, además, *amplias facultades para gestionar de la forma más conveniente el conflicto* (art. 93).
- *Rechazar sin más trámite los incidentes que sean improponibles, inadmisibles, manifiestamente inconducentes o meramente dilatorios* (art. 177).
- *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* (art. 324).
- *Desechar la prueba impertinente, inconducente, superflua o inútil* (art. 331).
- *Prescindir de una prueba pendiente de producción, cuando considere que de la ya acumulada resulta que ella no es esencial* (art. 340).
- *Abstenerse de valorar alguna de las pruebas producidas*, si estima que ella no es esencial y decisiva para la resolución del caso (art. 344).
- Una vez finalizado el examen de las partes, el juez *puede dirigir preguntas al testigo con el fin de aclarar sus dichos* (art. 372).

- Ordenar el careo entre testigos o entre éstos y las partes (art. 379).
- Ordenar la ejecución de planos, relevamientos, reproducciones fotográficas, cinematográficas o de otra especie, de objetos, documentos o lugares, con empleo de medios o instrumentos técnicos; exámenes científicos necesarios para el mejor esclarecimiento de los hechos controvertidos; y la reconstrucción de hechos, para comprobar si se han producido o pudieron realizarse de una manera determinada (art. 395).
- Negarse a decretar la inspección judicial, si estima que no aportará información significativa para el conocimiento del conflicto y su resolución (art. 400).
- Los jueces de Cámara sorteados a fin de resolver el recurso, en la audiencia preliminar, podrán interpellar a las partes y demás sujetos acerca de la tesis de su recurso o elementos relevantes que se plantean para la solución que se propone (art. 475).

Desde ya que en el mejor desarrollo del proceso civil está interesado el Estado. Eso es algo elemental. Aunque a partir de eso, que es obvio, no puede justificarse que, en el ejercicio de sus poderes discrecionales, el juez llegue al extremo de sustraer el derecho sustancial mismo de la esfera de disponibilidad del sujeto que es su titular, o que pierda su calidad de tercero imparcial, o que de cualquier modo vulnere la igualdad de las partes y el debate contradictorio, para citar sólo algunas de las *garantías procesales* que en nuestro derecho tienen jerarquía constitucional.

Es obvio señalar en qué enorme medida todo esto será sufrido personalmente por los abogados intervinientes.

3. EL DEBER DE COOPERACIÓN PROCESAL

En el Título preliminar del Anteproyecto se enumeran los *principios y reglas fundamentales* que se observaran en los procesos.

La Regla XV se refiere a la *cooperación procesal* y expresa: *todos los sujetos del proceso deben cooperar entre sí para que se obtenga una adecuada, justa y efectiva gestión del proceso y la resolución del conflicto. Los jueces sancionarán severamente la falta de cooperación de cualquiera de las partes, auxiliares o terceras personas*²⁹.

²⁹ Es meridianamente claro que el debate procesal es lucha, no un paseo alegre y despreocupado de las partes tomadas de la mano y caminando por el parque. Lucha pacífica. Sin armas, pero lucha al fin. De ahí que los españoles pregonan insistentemente la idea de igualdad de armas...

Por tanto, ¿no es decididamente absurdo –en un método de discusión y no de investigación– exigir a los contendientes que colabore uno con el otro en forma activa para ganar el combate? ¿No es

A su turno, el art. 324 dispone que ambas partes tendrán el deber de colaborar en el esclarecimiento de los hechos controvertidos, y el art. 327 extiende a todos los sujetos procesales, incluidos los auxiliares y terceras personas. A lo que debe agregarse que, en el caso de los conflictos colectivos, el deber de colaboración probatoria de las partes se encuentra agravado (art. 325).

En un sentido similar, el art 101, inciso a) les impone a las partes y sus defensores *el deber de colaborar activamente en la gestión del proceso, su composición, el esclarecimiento de los hechos controvertidos y la práctica probatoria*, en tarea encomendada que es claramente antagónica con la esencia de lucha, pacífica y sin armas, pero lucha al fin, que es el proceso judicial.

En lo que a los abogados concierne, parecería que éstos, más que perseguir el triunfo de su parte, deberían colaborar con el juez en la búsqueda de la “verdad” y la “justicia”, *aunque sea en contra de los intereses de su defendido*.

“Si este es el sentido de la buena fe o de la lealtad en el proceso civil –escribe MONTERO AROCA–, ese sentido es manifiestamente autoritario y desde luego incompatible con la concepción de un proceso hecho por dos partes que por esencia son parciales. Las ‘reglas del juego’, de cualquier juego, incluso el del proceso, deben ser observadas por los jugadores, naturalmente, pero a estos no se les puede pedir que todos ellos, los de un equipo y los del otro, colaboren en la búsqueda de cuál es el mejor de ellos, ayudando al árbitro a descubrir a quién debe declarar ganador, pues si las cosas fueran así no tendría sentido jugar el partido. El ‘juego’ se basa en que cada equipo luche por alcanzar la victoria utilizando todas las armas a su alcance, naturalmente respetando las reglas, y con un árbitro imparcial”³⁰.

Cabe agregar asimismo, conforme la Constitución Nacional, que no existe respecto de los defensores un efectivo deber de verdad, sino más bien una prohibición de

más lógico pedirle al demandado civil, por ejemplo, que pague al deudor que lo demanda en vez de exigirle que lo ayude a que le gane el pleito? ¿No es esto un disparate que riñe decididamente con la más elemental lógica?

Por lo demás, los contendientes –protagonista y antagonista– no están interesados en la búsqueda de la verdad –cual se afirma implícitamente en el Proyecto– sino en ¡ganar en lo pretendido o en lo resistido!

Si no se acepta la imprescindible necesidad que tienen ambas partes de discutir en situación de exacta igualdad jurídica y, por tanto, se mantiene en el proceso la natural desigualdad humana, ¿para qué hemos adoptado el proceso como método de debate? ¿No es ello una simple hipocresía? ¿No es más fácil y honesto continuar la antigua tradición del uso de la fuerza?

³⁰ MONTERO AROCA, JUAN, *El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria*, en elDial.com.

falsedad consciente: sólo deben abstenerse de realizar afirmaciones de cosas que saben que son falsas o servirse de pruebas cuya falsedad conocen. Por otra parte, los defensores tampoco tienen el deber de alegar hechos desfavorables a la tesis defensiva de su parte. Una interpretación contraria significaría poner restricciones no justificables al ejercicio de la acción, incompatibles con la garantía constitucional que asegura la inviolabilidad de la defensa en juicio. Tal como, exactamente, lo propone el Proyecto.

4. LAS FACULTADES LEGISLATIVAS DELEGADAS AL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

La mayoría de las facultades que se enuncian a continuación, corresponden en forma exclusiva y excluyente al Poder Legislativo:

- *Reglamentar la estructura y organización de la Oficina Judicial, sus funciones, atribuciones y cuestiones operativas* (arts. 50, 2º párr., 418, 3º párr. y 454).
- *Fijar el destino del importe de las multas*, cuando no esté establecido en el Código (art. 63, último párr.).
- *Reglamentar los registros, modalidades de designación, permanencia, remoción y sanción de los síndicos, peritos, intérpretes, traductores y demás auxiliares de justicia*, sin perjuicio de lo que en el Código o en leyes especiales se disponga (art. 72, último párr.).
- *Reglamentar el funcionamiento Registro provincial de amigos del tribunal* (art. 112).
- *Dictar normas relativas al registro electrónico de los actos procesales y su gestión* (art. 124, 1º párr.).
- *Reglamentar el uso de la firma digital* por los magistrados, funcionarios y empleados judiciales (art. 128).
- *Reglamentar el domicilio electrónico* (art. 132, 2º párr.).
- *Determinar los días y horas hábiles* (art. 147, 1º párr.).
- *Reglamentar el archivo del registro electrónico o físico de cada proceso concluido* (art. 156, 1º párr.).
- *Establecer los requisitos de la solicitud del beneficio de litigar sin gastos y de la declaración jurada* que debe prestarse para obtenerlo (art. 223).

- *Reglamentar las notificaciones por medios electrónicos, en todos sus aspectos (arts. 238, 1º párr. y 239, 2º párr.).*
- *Reglamentar el servicio de publicación de los edictos en la página Web del Poder Judicial, fijar el arancel y las excepciones, y la utilización de medios masivos o redes (art. 253).*
- *Reglamentar la difusión de los edictos por radio, televisión y otros medios (art. 255).*
- *Reglamentar todos los aspectos relacionados con la publicidad, citación y notificaciones en los procesos colectivos (art. 257).*
- *Determinar por vía reglamentaria qué personas no están calificadas para ser peritos o expertos (art. 382).*
- *Establecer la forma y fijar los presupuestos para que pueda considerarse conformado el precedente, a los fines de la unificación de la jurisprudencia (art. 438, 2º párr.).*
- *Establecer por vía reglamentaria el juez a quien le corresponda resolver el recurso de revocatoria cuando éste sea interpuesto contra una providencia simple dictada a pedido de la parte contraria, contra una sentencia interlocutoria o contra una sentencia definitiva cuando ella sea impugnada por este medio (art. 460, 4º y 5º párr.).*
- *Determinar por vía reglamentaria el juez que deba resolver el recurso de nulidad (art. 462, 3º párr.).*
- *Confeccionar y reglamentar el formulario a través del cual puede hacerse valer la pretensión monitoria (art. 549, 1º párr.).*
- *Reglamentar la subasta electrónica (art. 576, 6º párr.).*
- *Reglamentar la formación y administración de un Fondo de Procesos Colectivos (art. 592, 1º párr.).*
- *Determinar la aplicación del procedimiento de pequeñas causas a otros supuestos distintos de los previstos en el art. 598, sin importar la cuantía.*
- *Establecer las exigencias y procedimientos para el uso de tecnología que permita presentar demandas y solicitudes en línea a través de una plataforma electrónica (art. 603, 3º párr.).*

- *Reglamentar el medio por el cual el organismo administrativo de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes debe remitir al juzgado la solicitud de control de legalidad de la medida de protección excepcional (art. 682).*
- *Reglamentar el medio por el cual el servicio asistencial debe remitir al juzgado la solicitud de control de legalidad de la internación (art. 726).*
- *Dictar las medidas reglamentarias y cualquier otra que considere adecuada para asegurar el mejor cumplimiento de las normas y fines establecidos por el Código (art. 745).*

Sobre esa delegación de facultades legislativas a los tribunales superiores, hace ya varias décadas advertía CLARIÁ OLMEDO:

“Esto debe tener su límite, porque constitucionalmente el proceso regular y legal debe emanar directamente del Poder Legislativo. Éste no puede delegar en el Poder Judicial nada que sea sustancial en el trámite procesal o que de alguna manera influya en su sustancialidad, como sería la atribución de fijar límites para la competencia, establecer radios para la constitución de domicilio procesal, crear formalidades esenciales para las notificaciones y oficios en general, etc.”³¹

Ello ocasiona, además, un problema de difícil solución a la hora de resolver las impugnaciones de las disposiciones normativas adoptadas en ejercicio de esas facultades delegadas, pues cuando un juez dicta las normas que él mismo debe luego aplicar, los litigantes que impugnan la legitimidad de esas normas se ven privados del derecho a ser juzgados por un tribunal imparcial.

5. ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES EN PARTICULAR

Artículos 42/47

1. El artículo 42 del Anteproyecto, a diferencia del art. 329 hoy vigente que autoriza la producción anticipada de pruebas siempre que “pudiera resultar imposible o muy dificultosa en el período de prueba”, establece que: *No es necesario acreditar finalidad alguna, aun cuando se la utilice para conocer la fortaleza de su posición, conocer hechos que puedan justificar o evitar la proposición de la acción, diagramar su estrategia procesal, obtener información para componer el conflicto o conservarla fuente de prueba.*

³¹ CLARIÁ OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal*, Buenos Aires, 1989, Depalma, tomo I, p. 53.

Con esa amplitud, la norma proyectada podría facilitar las denominadas *fishing expeditions* (esto es, recolectar pruebas anticipadamente para luego encontrar en ellas las pretensiones a proponer). Además con esas diligencias previas a una demanda principal, que puede no deducirse jamás, se le generan a la persona respecto de la cual se solicitan una serie de cargas y obligaciones, entre ellas, la de afrontar el costo de su defensa realizando erogaciones que podría no recuperar jamás.

2. Se eliminó en este título toda referencia a los casos de urgencia que contempla el art. 330 del código vigente, que dice “*Si hubiese de practicarse la prueba se citará a la contraria, salvo cuando resultare imposible por razón de urgencia, en cuyo caso intervendrá el defensor oficial*”; en estos casos se busca resguardar la integridad de una fuente de prueba susceptible de ser destruida o alterada por el eventual oponente (por ejemplo, el caso del mal denominado “*secuestro de la historia clínica*”, que es en verdad un supuesto de inspección judicial preventiva). Del Anteproyecto se desprende que en todos los casos hay que noticiar a la contraria del aseguramiento que se pretende, ya que no prevé excepciones, lo que hace muy probable que la producción de las pruebas se termine frustrando.

3. El art. 43 del Anteproyecto establece que se podrá pedir la declaración de parte incluso antes de iniciado el proceso, lo que consideramos desacertado. Debí haberse mantenido una disposición similar a la que establece la última parte del actual art. 329, ya que la calidad de parte se adquiere a partir de la interposición de la demanda, y no antes.

Artículo 48

La norma proyectada comienza diciendo: *Previo al inicio de cualquier clase de conflicto o proceso individual o colectivo, el posible demandante podrá solicitar al tribunal cualquier tipo de medida cautelar, sea asegurativa o anticipatoria*. La generalidad de la norma es objetable, ya que ciertas medidas cautelares requieren como condición necesaria la previa interposición de la demanda, lo que descarta que pueda ser peticionada antes de presentada ella; tal es el caso de la anotación de litis regulada en el art. 316 del Anteproyecto, puesto que ésta, por su propia naturaleza, exige que ya se haya propuesto la pretensión principal.

Artículos 49/58

Según el art. 50, el Poder Judicial se organiza administrativamente 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 quedan sujetas a la reglamentación que dicte el Superior Tribunal de Justicia. Esto último constituye una ilegítima delegación, en favor del Poder Judicial, de atribuciones que la Constitución provincial asigna con exclusividad al Poder Legislativo (art. 135, inciso 19).

A ello debe sumarse que, cuando dicha Constitución se ocupa del Poder Judicial, claramente establece que es un poder autónomo e independiente de todo otro poder y que a él le *compete exclusivamente la función judicial* (art. 162), función que en los sistemas de derecho continental –como es el nuestro– está caracterizada por el sometimiento del juez a la ley.

La Oficina judicial “*tendrá como principal objetivo la atención al ciudadano, a su asistente legal y la asistencia a las juezas y jueces*” (art. 51). Con lo que, en todo lo relativo al trámite de la causa a excepción de las audiencias, el abogado defensor –cual si fuere un mero gestor administrativo– tendrá que entenderse con empleados y funcionarios de una compleja organización burocrática dotada de amplios poderes discrecionales, cuyas decisiones sólo serán impugnables ante el juez, mediante recurso de revocatoria, *si generan un perjuicio irreparable* (art. 68). Esta exigencia absurda limita arbitrariamente la facultad de las partes de impugnar una resolución que si bien es dictada por un órgano administrativo repercute sobre el proceso judicial. Además, se aparta de la disposición del art. 459 que, respecto del recurso de revocatoria contra las decisiones de los jueces, no exige gravamen irreparable.

Sin perjuicio de las demás funciones y atribuciones que podrá asignarle la reglamentación que dicte el Superior Tribunal, a la Oficina Judicial le compete:

- a) Asistir a los jueces en el cumplimiento del deber de controlar la duración razonable del proceso (art. 61, inciso a);
- b) Constatar si la representación invocada por quien se presenta en el juicio surge de algún tipo de registro o sistema público o privado de datos, en el caso de que el juez así lo disponga por medio de comunicación informática (art. 76);
- c) Autorizar poderes para juicio mediante acta labrada ante ella (art. 77);
- d) En los casos de revocación del mandato, renuncia del apoderado, muerte o incapacidad del poderdante, “el Tribunal y la Oficina judicial deberán instrumentar las

medidas y medios que de forma más ágil y segura permitan notificar a los herederos o representantes” (sic) (art. 79);

e) Citar a las partes, apoderados y patrocinantes, siendo deber de éstos acatar sus órdenes (art. 101, inciso f);

f) Si no se le acompañan al día siguiente al envío de la presentación electrónica los documentos que no pueden ser digitalizados, el juez y la Oficina judicial pueden hacer uso de todas las prerrogativas que le son asignadas para obtener la información, aperebir de las consecuencias legales de la falta de presentación de la documentación y sancionar la omisión (art. 121);

g) Juntamente con el área de informática, es responsable del registro electrónico de los actos procesales en las condiciones que establece el art. 128;

h) Prever y adoptar todos los mecanismos, medios y formas alternativas de comunicación visual, auditiva, sensorial y otras que permitan la inclusión de las personas que no hablen la lengua oficial, o que sean sordas o mudas (art. 126);

i) Ante ella se realizan las gestiones de mero trámite vinculadas con la gestión del caso (art. 129);

j) Si la presentación carece de firma, debe intimar verbal o electrónicamente su subsanación en el plazo de cinco días, bajo aperebimiento de tenerla por no presentada (art. 133);

k) Gestionar el domicilio electrónico y acordar con todos los sujetos intervinientes en el proceso otras formas de comunicación electrónica (art. 132);

l) Programar la agenda de audiencias y garantizar las condiciones para su adecuada y correcta celebración, para lo cual puede adoptar todas las medidas que sean necesarias (art. 135, inciso a);

m) Es responsable de la grabación de las actuaciones realizadas en audiencia (art. 135, inciso f) y de garantizar, en el ámbito de su respectiva competencia, la eficaz realización de la misma (art. 142);

n) Confeccionar y publicar la lista de las causas que se encuentren a despacho para resolver, con indicación de la fecha de ingreso y la del pronunciamiento, e informar al Superior Tribunal sobre los retrasos y las denuncias que cualquier sujeto procesal haya realizado. Idéntico proceder debe observar respecto de los restantes auxiliares de justicia, comunicándolo en tal caso a las entidades competentes (art. 152);

- ñ) Comunicar al Superior Tribunal de Justicia, de oficio o a requerimiento de las partes, el incumplimiento de las pautas del art. 145 (decisión no adoptada o cumplida en un plazo razonable), a fin de que adopte las medidas disciplinarias y operativas convenientes para la resolución oportuna del caso, lo que comprende la posibilidad de decretar “la pérdida automática de jurisdicción y su remisión a otra jueza o juez”. La Oficina judicial, al comunicar el incumplimiento, deberá elevar un informe acerca de la cantidad de casos pendientes y demás condiciones que estime relevantes a tal fin (art. 154);
- o) Mantener un control permanente de la ejecución de las actividades fijadas con el fin de evitar dilaciones o contratiempos en la causa, informando al juez sobre los pormenores que requieran su intervención (art. 166);
- p) Autorizar la declaración jurada del peticionario del beneficio de litigar sin gastos (art. 223);
- q) Conceder o denegar, total o parcialmente, el beneficio de litigar sin gastos (art. 224);
- r) Instrumentar y gestionar modos alternativos de comunicación, pudiendo en caso de urgencia, gravedad, compromiso o celeridad, comunicarse con cualquier autoridad pública o particular, por cualquier medio técnico de comunicación que tenga a su disposición (art. 240);
- s) Requerir información acerca del domicilio de las personas demandadas (art. 273);
- t) Dictar las providencias simples (art. 418);
- u) Prestar asistencia para la eficiente organización y desarrollo de la instancia de impugnación y sus cometidos, de conformidad con la reglamentación que al efecto dicte el Superior Tribunal de Justicia (art. 454) y sortear el orden de votación entre los jueces de cámara (art. 472);
- v) Llevar adelante la gestión de la ejecución, adoptando toda clase de medidas que permitan realizarla de modo adecuado, oportuno y eficaz (art. 563);
- w) En el procedimiento de pequeñas causa, juntamente con el juez, tiene un deber calificado de impulsar y gestionar oficiosamente el conflicto sometido a juzgamiento, poniendo mayor énfasis en los principios de adaptabilidad y proporcionalidad (art. 600);
- x) En el procedimiento de violencia familiar y de género, tiene el deber de controlar el cumplimiento de las medidas protectorias a través de los organismos de control

habilitados a tal fin o las seccionales de Policía de la Provincia del Chubut que correspondan, informándolo al juez (art. 707), entre otras facultades. A los fines señalados, la Oficina judicial cuenta con amplias facultades para concertar y concretar las gestiones administrativas que sean necesarias para garantizar los cometidos y decisiones de la función jurisdiccional (art. 167)³².

Por otra parte, debe ponderarse también que el Anteproyecto les impone a los jueces *el deber de no incurrir en intromisiones en el ejercicio de las funciones administrativas de la Oficina Judicial*, salvo requerimiento expreso del funcionario responsable o en los casos legalmente previstos. Y establece, asimismo, que su intromisión injustificada será considerada falta grave a todos los efectos (art. 61, inciso k).

2. Si el tribunal que conoce del asunto en la instancia revisora considera que el juez *a quo* carecía de competencia material, el art. 56 *le impone el deber declarar la nulidad de la sentencia impugnada y resolver positivamente el conflicto*, salvo que carezca de algún elemento de hecho o probatorio relevante.

La disposición se refiere al supuesto de que las partes no hubieran cuestionado la competencia del juez *a quo*, ni –obviamente– éste la hubiera declinado oficiosamente.

En nuestra opinión, la declaración oficiosa de nulidad de una sentencia definitiva aparece como una “sanción” injustificada y desmedida, ya que un juez incompetente, sigue siendo igualmente un juez, y dado que las partes no objetaron su aptitud para resolver el litigio, no se advierte el fundamento de esa declaración de nulidad. Más aún, si se tiene en cuenta que la solución que propone la disposición proyectada (resolver positivamente el conflicto) priva a las partes del derecho a la doble instancia.

Artículos 132/134

El domicilio procesal o *ad-litem* configura un caso de domicilio especial, pues sus efectos se circunscriben a un determinado proceso y, como regla general, tiene la vigencia de su duración, careciendo de relevancia fuera del mismo.

³² Como se ve, se han desjudicializado nada menos que veintisiete actividades importantes, convertidas ahora en simples actuaciones administrativas a realizar por la siempre tan temida e insoportable burocracia de turno, a la cual debe someterse el juez. Y, por supuesto, los ya de por sí sufridos abogados, a quienes les rogamos recordar al inolvidable personaje de empleada pública mal educada que pergeñó Antonio Gasalla...

El art. 132 del Anteproyecto regula cuáles son los domicilios exigidos por la ley procesal, disponiendo que ellos son: el real, el constituido y el constituido electrónico. Sin embargo, respecto del domicilio constituido no establece ninguna disposición similar a la contenida en el art. 40 del CPCC vigente, que dice “...deberá constituir domicilio legal dentro del perímetro de la ciudad que sea asiento del respectivo juzgado o tribunal...”, limitación territorial que parece apropiada, por lo que nos parece un desacierto haberla eliminado. La finalidad de dicha exigencia consiste en fijar de forma inequívoca una sede especial a la que sea dable acceder lo más sencilla y económicamente posible.

Por otro lado, el proyecto no trae apercibimiento alguno ante la falta de constitución del domicilio especial, haciendo sólo referencia a los domicilios real y electrónico.

Hay que recordar que la exigencia de constitución de domicilio no es un deber, sino una *carga procesal*. Entendiéndose por carga el imperativo jurídico que, con motivo del proceso, una parte tiene respecto de sí misma, y su incumplimiento no es sancionable ni constreñible; el incumplidor sólo pierde una facultad, derecho o chance por falta de ejercicio oportuno de la actividad requerida.

Asimismo, el Anteproyecto establece: *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.* Esto último es objetable desde el punto de vista constitucional, ya que la reglamentación debería provenir de una ley dictada por la Legislatura.

Artículos 135/144

1. El art. 135 del Anteproyecto, al establecer las reglas generales de celebración de las audiencias, dispone en el inciso b) que *la ausencia o retiro del juez o de los magistrados genera la nulidad de la respectiva actuación, la que podrá ser planteada en cualquier momento por cualquier sujeto, inclusive por quien haya consentido el vicio.* La norma en análisis regula excepcionalmente una nulidad absoluta y de orden público, por lo que no puede hablarse de “consentimiento del vicio”.

2. El art. 141 regula cuáles son las consecuencias de la inasistencia injustificada a las audiencias, haciéndolo de una manera cuando menos imprecisa, ya que se limita a expresar “En caso de inasistencia injustificada de las partes a las audiencias prelimi-

nar, de juicio o multipropósito, corresponderá:...””, sin establecer si la justificación de la inasistencia debe realizarse antes de su celebración, o si se cuenta con un plazo con posterioridad a ella para realizar dicha justificación y, en este caso, cuál sería el plazo, como tampoco se determina si alcanza con invocar la causa de la inasistencia o si, además, debe probarse y por qué medios.

Asimismo, y respecto a los severos apercibimientos que se regulan para la incomparecencia a cualquiera de las audiencias, fácil es imaginar que serán principalmente perjudicadas las personas vulnerables, puesto que son ellas las que más inconvenientes pueden tener para hacerse presentes en las audiencias (piénsese por ejemplo, cuando el juzgado se encuentre a gran distancia de su domicilio).

La norma dispone que si quien no comparece es el actor *su inasistencia se considerará como desistimiento del proceso*; en tanto que, *cuando la ausente es la demandada, la audiencia continuará, perdiendo la oportunidad procesal para el ejercicio de sus derechos*. Como claramente se puede apreciar de la simple comparación de los apercibimientos, existe una notoria desigualdad en el tratamiento de las partes procesales, que indiscutiblemente perjudica al demandante.

Artículos 145/154

1. El art. 150 del Anteproyecto regula el cómputo de los plazos, haciendo una clara diferencia entre los que se establezcan en una audiencia y aquellos otros que se fijan fuera de ella o cuando no exista la obligación de concurrir. En estos últimos casos, es claro que el plazo comienza a correr a partir del día siguiente (hábil, según lo dispone el primer párrafo del artículo en análisis) al de la notificación de la providencia que lo estableció. Sin embargo, respecto de la primera hipótesis (plazos que se establezcan en una audiencia), de una interpretación *a contrario sensu* de lo normado por el art. 150 podría interpretarse que comienzan a correr desde el mismo día en que fue notificada la providencia, lo que no parece correcto. En rigor, se confunde la forma en que la parte queda notificada de la decisión que fija el término, con el modo en que éste debe contarse. Sea cual fuere la forma en que la parte quede notificada de la decisión que fija cualquier tipo de plazo, éste debe comenzar a contarse a partir del día siguiente al de su notificación, tal como lo expresa el art. 6 del Código Civil y Comercial, que dice: “día es el intervalo que corre de medianoche a medianoche. En los plazos fijados en días, a contar de uno determinado, queda éste excluido del cómputo, el cual debe empezar al siguiente”.

2. Por otro lado, el art. 151 reglamenta la renuncia de los plazos, estableciendo que *ella podrá hacerse verbalmente en audiencia, por escrito o en el acto de la notificación personal de la decisión que lo señale*, olvidando que la renuncia a los plazos además se puede efectuar de manera tácita, cuando la parte beneficiada con el plazo, realiza la actividad idónea antes del vencimiento del termino previsto.

3. Asimismo, el art. 152 se aparta de lo regulado por el actual art. 34 CPCC en cuanto al plazo para el dictado de las simples providencias, ya que proyecta una norma que expresa: *En las actuaciones que se generen por fuera de audiencia las juezas, jueces y magistrados deberán dictar las decisiones que involucren ejercicio de función jurisdiccional en el plazo de tres (3) días las providencias simples...*, omitiendo toda referencia a los casos de urgencia que si prevé el citado art. 34 que dice: “3º. Dictar las resoluciones con sujeción a los siguientes plazos: a.) Las providencias simples, dentro de los TRES (3) días de presentadas las peticiones por las partes o del vencimiento del plazo conforme a lo prescripto en el artículo 36 inciso 1), e inmediatamente, si debieran ser dictadas en una audiencia o revistieran carácter urgente”.

Dicha omisión es desacertada, ya que mantener una norma similar a la que dispone el art. 34 actualmente vigente, además de contribuir de manera eficiente a la celeridad procesal, evita la proliferación de actividad procesal –de las partes, del juez y de los auxiliares de ambos– originada de manera exclusiva en la falta de respuesta oportuna a una petición de mero trámite, lo que redundaría también en beneficio del propio órgano judicial y no sólo de los litigantes.

4. Finalmente, el art. 154 del texto propuesto en el proyecto de reforma, dispone que *cuando se incumplieren las pautas establecidas en el artículo 145 de este Código sin que se hubiera pronunciado o efectivizado el derecho reconocido en tiempo oportuno, la Oficina Judicial comunicará de oficio o a requerimiento de las partes tal circunstancia al Superior Tribunal de Justicia a fin de que éste 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*. Si bien parece correcto establecer algún mecanismo ante el retardo en la emisión de las resoluciones por parte del juez, la norma propuesta tiene algunas falencias, por un lado, le otorga un poder discrecional a la Oficina Judicial de comunicar de oficio el retraso al Superior Tribunal de Justicia, lo que podría utilizarse en algunos casos si y en otro no, probablemente dependiendo dicha circunstancia de la persona del juez de que se trate. Además, por otro lado, no

se establece mecanismo alguno cuando el retraso provenga por la inactividad del propio Superior Tribunal de Justicia.

Artículos 194/208

1. El Anteproyecto prohíbe en su artículo 194 la recusación sin expresión de causa, modificando de esta manera lo regulado por el art. 14 del actual código procesal.

La decisión no parece acertada, puesto que la recusación es el medio acordado por la ley para apartar del conocimiento de un determinado proceso al juez cuyas relaciones o situación con alguna de las partes o con la materia controvertida sean susceptibles de afectar la garantía de imparcialidad que es inherente al ejercicio de la función judicial, que se la debe garantizar con máxima amplitud.

Varios son los argumentos que aconsejan el mantenimiento de este instituto, y se pueden agrupar de la siguiente manera:

a) Desde el punto de vista histórico, la institución fue aplicada por la mayoría de las legislaciones procesales que surgieron en la República Argentina desde el comienzo del derecho patrio, como así también en las legislaciones procesales latinoamericanas; así por ejemplo, en Santa Fe está regulada desde el Código de 1880 (art. 1035), manteniéndose hasta la actualidad (art. 9), y en Mendoza la mantiene el Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de Mendoza, sancionado en 2017, en su art. 13.

b) Desde el punto de vista político, es conveniente mantener o incorporar la recusación sin expresión de causa, que es de mayor prestigio que la recusación con causa, que obliga a sostener cosas difíciles de probar, como es la imparcialidad de un juez.

Además, es uno de los medios más eficaces que pueda ponerse en manos de los litigantes para sustraerse a la potestad de los malos jueces. Pues, por muy amplias que sean las causas de recusación, hay muchas otras que el legislador no puede prever sin darles una extensión inusitada y que el litigante no podría expresarlas, pero que son suficientes para hacerle temer por el destino de sus derechos.

Siempre quedan al descubierto otros supuestos de porqué las partes podrían estar interesadas en apartar al juez, entre los que se pueden citar: recelo de su ciencia, recelo de su decencia, de su agilidad; o porque siendo la pretensión una cuestión muy debatida, se presiente que fallará en contra, dado que se conoce su “manera de pensar” o decisiones similares al caso.

c) Desde el punto de vista constitucional, la garantía del juez natural debe entenderse asegurada cuando interviene uno de los muchos jueces designados por el Estado con anterioridad al hecho del proceso. No se ve por qué, entonces, se sostiene que el recusante “designa” el órgano que aplicará la jurisdicción del estado, cuando en realidad se trata de una opción entre los jueces preexistentes. Por otro lado, son varias las instituciones de las cuales las partes pueden valerse a los fines de la “elección” del juez que entenderá en su conflicto, entre ellas podemos mencionar, la elección de un domicilio especial y los efectos que produce el mismo (Arts. 75 y 78 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina), la prórroga de la competencia territorial aceptada por la generalidad de las legislaciones, ya sea esta expresa o tácita; la prórroga de la competencia por turno o la prórroga de la competencia material en aquellas legislaciones que la permiten; y en última instancia, la posibilidad que tienen las partes de someter el conflicto a arbitraje (Art. 1649 del Código Civil y Comercial de la República Argentina); sin embargo, nunca se discutió la constitucionalidad de estas posibilidades.

d) Desde el punto de vista práctico, no se puede asegurar que sea sólo utilizada como “chicana” procesal, ya que según lo regulan la mayoría de las legislaciones, de ella pueden valerse tanto el actor como el demandado; además, ese fundamento podría ser utilizado para atacar todas las instituciones del derecho procesal, ya que el abogado malicioso se puede valer de las excepciones, del ofrecimiento de prueba, de los incidentes, de los recursos, etc., para dilatar el proceso.

Además, reconociendo que este instituto puede dar lugar a abusos, las legislaciones han restringido su utilización, y así, se lo limita a una vez por instancia, y a una vez por parte (aunque estas sean plurales), y no a todos los jueces o en todos los tipos de trámites.

Por otro lado, la última parte del artículo 195 introduce la denominada “causal genérica o presunción legítima”: con ella se toma partido a favor de la teoría que sostiene que las causales de recusación no son taxativas, sin embargo, ella no suple el vacío dejado por la supresión de la recusación sin expresión de causa, puesto que puede ser más agravante, ya que abre una discusión que afecta la dignidad del magistrado y proporciona a los litigantes de mala fe la oportunidad de obstaculizar el procedimiento, alegando agravios supuestos, que ni siquiera están previstos en ley, sino librados a la apreciación judicial. Y más aún, suponiendo un caso en que dicha causal fuese rechazada porque la misma no existía o no logró ser probada, debemos preguntarnos en qué situación queda el juez respecto de la partes luego de esa resolución; tal vez lo más aconsejable sería excusarse, ya que de otra manera se po-

dría sospechar de una cierta animosidad contra la parte que invoco la supuesta causal de recusación, es decir, se llegaría al mismo resultado (apartamiento del juez) a través de la recusación sin expresión de causa, sin la necesidad de transitar todo un procedimiento previo.

Finalmente, y no menos importante, es la circunstancia de que invocando una causal se puede herir o agravar a terceros ajenos al proceso.

2. Por último, el artículo 203 reglamenta la interpretación de las causales de recusación, que identifica con el título de “interpretación estricta”, y dispone en el texto que éstas deben analizarse “restrictivamente”, lo que es incorrecto, ya que “estricto” es aquello que no admite excepciones o diferentes interpretaciones o que se aplica de una forma única y precisa; y “restrictivo” es aquello destinado a disminuir o reducir los límites de algo; por lo tanto, la interpretación no debe ser restrictiva sino, en todo caso, estricta, que no es lo mismo.

Artículos 220/229

1. Bajo el título de *exenciones legales*, el Anteproyecto contempla aquellos supuestos en los que el *beneficio de gratuidad* procede por disposición directa de la ley y se funda en el carácter que revisten los sujetos beneficiarios (art. 220). Esta exención conlleva para el Estado el deber de eliminar los obstáculos de cualquier tipo que dificulten, entorpezcan o restrinjan el acceso a la justicia y comprende la tasa de justicia, las costas y cualquier otro tipo de imposición económica. También habilita a que se efectivice la asistencia legal y el asesoramiento integral, gratuito y de calidad (arts. 221 y 96) y exime de prestar contracautela (art. 297, inciso b), del depósito del anticipo de honorarios a favor de los peritos (art. 388 y 389) y del depósito para interponer recursos extraordinarios (art. 480).

2. El *beneficio de litigar sin gastos* procede, en cambio, a favor de las personas que no cuenten con recursos suficientes para solventar los gastos del proceso, sin que obste a su concesión “la circunstancia de tener el peticionario lo indispensable para procurar su subsistencia, cualquiera fuere el origen de sus recursos” (art. 222).

El Anteproyecto ha producido un *cambio de modelo* en lo que al beneficio de litigar sin gastos se refiere³³. Ya no es necesario que quien aspira a él promueva un proceso de conocimiento incidental tendiente a comprobar que por cargas de familia u

³³ Y parece haberse inspirado en el Código procesal civil y comercial de la provincia de Santa Fe (art. 333, según la reforma introducida por la ley provincial 13.615), al que sigue en algunos aspectos.

otras circunstancias no puede sufragar los gastos del proceso concreto respecto del cual solicita el beneficio. Le basta con formular una petición, cuyo fundamento será la declaración jurada firmada ante un funcionario de la Oficina Judicial³⁴, que debería prestar el interesado personalmente³⁵, y en la que expresará que no cuenta con recursos suficientes para afrontar los gastos de su defensa (art. 223). Cumplidos estos recaudos, el juez debe dar vista por cinco días a la Oficina de Tasa de Justicia dependiente del Superior Tribunal para que fiscalice el contenido de dicha declaración y su consistencia, tomando en consideración la capacidad económica y financiera del solicitante en relación con la cuantía del proceso (art. 224, 1º párr.). Finalmente, será un funcionario de la Oficina Judicial, y no el juez, quien conceda o deniegue el beneficio de litigar sin gastos. Contra la denegación cabe el recurso de revocatoria para ante el juez que corresponda (art. 224, 2º párr.).

El beneficiario estará exento, total o parcialmente, del pago de la tasa de justicia, las costas y los demás gastos judiciales hasta que mejore de fortuna (art. 227). Y queda eximido también de prestar contracautela (art. 297, inciso b), del depósito del anticipo de honorarios a favor de los peritos (art. 388 y 389) y del depósito para interponer recursos extraordinarios (art. 480).

Como contrapartida, la ley le da al litigante contrario y al Fisco la facultad de oponerse a la franquicia obtenida en la forma recién explicitada, imponiéndoles la promoción de un proceso de conocimiento abreviado, de carácter incidental, dentro del plazo de cinco días de anoticiados de la resolución que la concede (art. 225, 2º párr.).

Artículos 230/237

1. En el presente capítulo, el Anteproyecto sigue la regulación del CPCC actual (arts. 60 a 68), introduciendo solamente algunas modificaciones.

El art. 230 establece que, luego de notificada la rebeldía, las sucesivas resoluciones se tendrán por notificadas automáticamente el día hábil posterior a su dictado, a diferencia de lo que dispone el art. 60 del código vigente, según el cual serán notificadas por ministerio de la ley (martes y viernes).

³⁴ La solicitud de litigar sin gastos *no se formula mediante declaración jurada*, como erróneamente expresa el art. 223: la declaración jurada es el *fundamento* de la petición de litigar sin gastos. Por lo que podría perfectamente ocurrir que la solicitud de litigar sin gastos fuera formulada por el mandatario judicial. En tal caso, éste debería acompañar a aquélla la declaración jurada prestada personalmente por su mandante.

³⁵ Si bien la disposición no lo dice expresamente.

2. En lo que respecta a los efectos de la declaración de rebeldía, encontramos una inconsistencia entre el tercer párrafo del art. 231, que dispone que, en caso de duda, la rebeldía declarada y firme constituirá *presunción favorable de los hechos lícitos afirmados por quien obtuvo la declaración*, y la última parte del primer párrafo del art. 269, según la cual, de no contestarse la demanda en el plazo establecido se *tendrán por ciertos los hechos pertinentes expuestos en ella*, salvo prueba en contrario.

La contradicción señalada es consecuencia de haberse seguido dos sistemas incompatibles entre sí: Por un lado, el del art. 231, según el cual a falta de contestación a la demanda sólo constituiría el fundamento de una *presunción simple o judicial* que faculta al juez a establecer, en oportunidad de dictar la sentencia, si el silencio del demandado ha de ser tenido o no como admisión de los hechos afirmados por su contraria. Por el otro, el del art. 269, con arreglo al cual la falta de contestación a la demanda implica sin más la admisión de los hechos articulados por el actor, eximiendo a éste de la carga de producir actividad confirmatoria alguna, salvo –claro está– que se trate de cuestiones en las que esté interesado el orden público.

3. De manera inexplicable, el Anteproyecto elimina la norma del actual art. 67 CPCC que, bajo el título de *prueba en segunda instancia*, dispone: “Si el rebelde hubiese comparecido después de la oportunidad en que ha debido ofrecer la prueba y apelar de la sentencia, a su pedido se recibirá la causa a prueba en segunda instancia, en los términos del artículo 263, inciso 5º apartado a). 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.”. Consideramos esta eliminación un desacierto.

4. La sentencia dictada en rebeldía es impugnabile a través de la pretensión autónoma de cosa juzgada írrita (arts. 237, 442 y ss.).

En los casos en que la rebeldía se deba a un vicio en la notificación, el rebelde no solo tendrá la oportunidad de invocarla a través de un incidente de nulidad promovido durante el curso del proceso, sino también mediante la referida pretensión autónoma de cosa juzgada írrita, la que puede entablarse hasta seis meses contados desde que se conoció o pudo conocerse la existencia del vicio (art. 446). Aunque quedarían fuera del alcance de estas impugnaciones los casos en que la parte no pudo comparecer por fuerza mayor o por no haber tenido conocimiento del pleito, supuestos que contemplan también los códigos procesales que regulan el denominado recurso de rescisión.

Artículos 238/258

1. En estos artículos el Anteproyecto regula de una manera poco clara el sistema de notificaciones, ya que si bien establece reglas generales y excepciones a ellas, proyecta normas que se contradicen entre sí o que se superponen, lo que seguramente generará confusión a los operadores a la hora de determinar en qué forma quedan notificados y desde cuándo comenzarán a contarse los plazos.

2. El art. 238 establece que todas las comunicaciones de providencias, autos y sentencias, como regla general, deben notificarse electrónicamente, y de manera excepcional personal o físicamente (es decir, mediante la cédula tradicional). Seguidamente expresa que el Superior Tribunal de Justicia reglamentará los aspectos relacionados con las notificaciones electrónicas, lo que es redundante, dado que se superpone con lo que se establece en el art. 257.

3. El art. 239 establece que *los actos procesales se comunican oralmente en las audiencias, por medios electrónicos y, excepcionalmente cuando las normas de este Código lo establecen, personalmente, por cédula en soporte papel u otros medios análogos*. En rigor, se notifican resoluciones judiciales y no los actos procesales en general.

Salvo los producidos en las audiencias –prosigue la disposición que analizamos– los actos quedan notificados por “medios electrónicos” y, excepcionalmente, por cédula en soporte papel o medios análogos. Sin embargo, en su penúltimo párrafo expresa que *también quedan notificados automáticamente mediante su publicación accesible en los medios utilizados por la Oficina Judicial para su conocimiento y, a su turno, el art. 241 indica que publicado el acto procesal y/o actuación en el sistema, haya ingresado o no el interesado, se lo tiene por notificado*, lo que parece una contradicción, que seguramente ocasionará confusión acerca del modo y del tiempo en que las partes quedan notificadas de la resolución en cuestión, y no hay que perder de vista que en materia de notificaciones procesales la seguridad y la certeza son valores que deben privilegiarse sobre cualesquiera otros, ya que sólo así puede garantizarse un adecuado derecho de contradicción entre las partes.

Por otro lado, los motivos que obstan a la notificación automática están regulados de una manera imprecisa, y resultará sumamente compleja la demostración de esos motivos.

4. En el art. 240 se enuncia que *la Oficina Judicial puede acordar con toda persona que intervenga en el proceso una forma electrónica o digital de comunicación, siempre y cuando las constancias sean trasladables al registro electrónico del caso*. Esta

disposición sólo se comprende en la medida en que se interprete que está dirigida a aquellas personas que interviniendo en el proceso, no revisten la calidad de partes, pues, para estas últimas, existe la carga de constituir domicilio electrónico.

5. El art. 242 establece cuales son los casos especiales en los que las decisiones se notifican por cédula, acta notarial, carta documento o cualquier otro medio físico o electrónico.

De la lectura de los arts. 238 y 239 surge que la regla en materia de notificaciones es la notificación electrónica, razón por la cual no se comprende porqué en el art. 242, en el que se regulan los casos especiales de notificación, se introdujo la frase “o cualquier otro medio electrónico”.

En cuanto al acta notarial, consideramos que no había necesidad de incorporarla, dado que con las notificaciones por medio de la oficina o por vía postal se dejan cubiertas las posibilidades de notificación por las que puede optar la parte. Por otro lado, se observa que el escribano a quien se encomiende la notificación será siempre una persona contratada y, a menudo, cercana al litigante que requiere sus servicios. Esta situación torna a la notificación notarial menos confiable que las anteriores, pues en estos casos no es frecuente que se dé una relación entre quien notifica y las partes y, ciertamente, jamás una relación contractual. Los enormes perjuicios que pueden ocasionarse con una notificación falsa justifican extremar recaudos, desaconsejando la notificación notarial. Por lo demás, los altos costos de este tipo de notificación disuadirían su utilización en forma habitual, por lo que su implementación no contribuiría a la celeridad del sistema. En resumen, con la notificación notarial hay poco que ganar y muchísimo que perder.

6. Por otra parte, el art. 243 dispone que *los Ministerios Públicos y demás funcionarios judiciales, toman conocimiento del estado del trámite, de los actos procesales y/o documentación, mediante el acceso al registro electrónico del caso a través de los sistemas de gestión o de notificaciones, del mismo modo como lo hacen las partes y sus letrados*. No obstante, en contradicción con ello, en su último párrafo el artículo establece que *los funcionarios que deban tomar conocimiento quedan notificados en el domicilio electrónico asignado*.

7. El art. 253 establece que el Superior Tribunal de Justicia reglamentará el servicio, fija el arancel y las excepciones de las notificaciones por edictos, como así también la utilización de medios masivos o redes. Estas disposiciones, al igual que la del art. 238, se superponen con la regulada en el art. 257, por lo que se la considera innecesaria.

8. En el art. 255 se determina que en todos los casos en que este Código autoriza la publicación de edictos a pedido del interesado o de oficio, el juez, la jueza o el tribunal puede ordenar que aquéllos se difundan por radiodifusión, televisión u otros multimedios, y que los gastos de publicación serán solventados por el solicitante o por el Poder Judicial en caso de ordenarse de oficio, pero que en todos los casos integra las costas del juicio; lo que nos parece objetable, puesto que en los casos en que sea el propio tribunal el que decida de oficio hacer uso de este medio de comunicación que es mucho más costoso que los tradicionales, no sería justo que luego integre las costas del juicio.

9. En los procesos colectivos, 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. La solución no parece correcta, pues en principio, según la regla que regula el anticipo de costas, la parte que realiza determinada actividad tiene que solventar el costo que genera con ella, y en todo caso, en los supuestos de que esa parte cuente con beneficio de litigar sin gastos o existan circunstancias especiales que puedan afectar el acceso a la justicia, debería ser el Estado quien solvente provisionalmente dichos gastos, y no la parte contraria.

10. Finalmente, el art. 257 expresa de manera general que el Superior Tribunal de Justicia reglamentara todos los aspectos relacionados con las notificaciones, con lo que no estamos de acuerdo. La disposición proyectada contiene una delegación legislativa inadmisibles a favor del Superior Tribunal de Justicia.

Artículos 259/268

1. El art. 259 regula los requisitos extrínsecos generales del escrito de demanda. En su inciso a) comienza diciendo que el escrito debe contener nombre, número de documento de identidad del demandante, domicilio real y el constituido, electrónico, teléfono y correo personal, y asimismo dispone que el apoderado o asistente letrado, deberá *denunciar el domicilio constituido*. Surge del texto de la norma propuesta que el actor tendría la carga de *denunciar* dos domicilios constituidos: uno, el de la propia parte, y el otro, el de su apoderado o asistente letrado, lo que no es correcto, ya que debe admitirse uno solo por cada persona que revista la calidad de parte. Admitir la posibilidad de que exista más de uno traería serías complicaciones

a la hora de determinar cuándo la parte queda notificada y desde cuando comenzarían a contarse los plazos.

Por otro lado, la expresión “denunciar el domicilio constituido” es impropia. El domicilio *ad-litem* no es preexistente al proceso, sino, por el contrario, se constituye una vez iniciado éste; por lo tanto, la expresión correcta sería “constituir domicilio procesal o *ad-litem*”.

En el inciso c) se dispone que *la imposibilidad del cumplimiento en especie de una obligación, no conlleva su conversión automática en una pretensión pecuniaria. El juez deberá respetar las opciones sustitutivas que postule el actor, siempre que sean razonables, proporcionales, adecuadas y se haya resguardado el contradictorio. En caso [de] que se trate de pretensiones integradas, especiales o complejas, es conveniente determinar las múltiples conductas o bienes que integrarían la pretensión o condena y las actividades que podrían realizarse para su satisfacción.* De modo poco claro y preciso, se regula la posibilidad de acumular pretensiones de manera inicial.

Del inciso h) del mismo artículo surge que se deben ofrecer todas las fuentes y medios probatorios que se pretenda utilizar para comprobar los hechos enunciados. El sistema que sigue actualmente el código procesal civil, para los juicios ordinarios, con ofrecimiento de la prueba luego de contestada la demanda y, en su caso, la reconvenición, presenta indudables ventajas: -1- Evita que el actor se vea en la necesidad de ofrecer prueba sobre todos los hechos afirmados en su demanda, siendo que –muy probablemente– buena parte de esos hechos no será controvertida por el demandado; -2- Ocasiona también la producción de prueba innecesaria o superflua. Por una suerte de inercia, se suele producir toda la prueba ofrecida, sin tener en cuenta que los hechos a que refieren algunas de esas pruebas no han sido controvertidos; -3- Evita la proliferación de incidentes generados con motivo de la prueba que puede proponer el actor con respecto a los hechos nuevos que adujere el demandado en su responde, cuando se discute acerca de la novedad de éstos. Esta difícil cuestión no siempre se resuelve adecuadamente, generándose consecuencias indeseables y un verdadero dilema del cual es difícil salir: Si el juez adopta una posición favorable a admitir este tipo de prueba, sin reparar demasiado en la efectiva novedad de los hechos, el demandado se encontrará en una situación desventajosa con relación al actor, puesto que este último tendrá dos oportunidades para ofrecer prueba. Si, en cambio, el juez tiene un criterio restrictivo respecto de la admisión de este tipo de prueba, y siempre que efectivamente se trate de hechos nuevos introducidos por el demandado en su contestación, terminará perjudicado el actor, puesto que al tiempo de formular su demanda no podía prever (ni tampoco

debía hacerlo) los hechos que habría de articular el demandado al contestarla; y -4- El ofrecimiento de la prueba con la demanda y la contestación fomenta la actitud del demandado de negar algunos hechos afirmados por el actor, que en otras circunstancias no habría negado, aprovechándose de que éste no ofreció prueba respecto de esos hechos.

Asimismo, dado que se contempla una audiencia preliminar, parece más adecuado que la proposición de la prueba tuviera lugar en la última etapa de esa audiencia, luego de que las partes hayan efectuado la alegación de todos los hechos y se hayan expedido también sobre los hechos alegados por su contraria, admitiéndolos o negándolos. De esa manera, se evitaría que –en contravención al principio de bilateralidad – se termine produciendo prueba sobre hechos que no han sido afirmados. Además, se reduciría la controversia fáctica y, consecuentemente, el ofrecimiento de pruebas innecesarias.

2. El art. 266 prevé la impugnación por vía de revocatoria de la resolución que declara la improponibilidad de la demanda, sin decir nada con relación a si también resulta apelable o no. La norma no es clara y puede dar lugar a diversas interpretaciones, dado que la denegación del trámite de la causa sería recurrible tanto por vía de revocatoria (art. 461, inc. b), como por apelación (art. 464, incs. a y b), conforme con el régimen general de ambos recursos, pero como el art. 266 solo prevé la impugnación por vía de revocatoria, bien podría concluirse que en el caso especial del supuesto previsto en este artículo, la apelación se encuentra vedada.

3. El artículo 267 regula la postulación conjunta de la demanda y la contestación, haciendo sin limitación alguna, a diferencia del art. 339 del código vigente, que expresa que: “Quedan excluidas de esta disposición las acciones fundadas en el derecho de familias”. Asimismo, el art. 267 incorpora los “acuerdos procesales”. Desde siempre se ha aceptado que las partes pueden acordar modificaciones respecto de ciertos aspectos del proceso, cuando que se litigue sobre derechos disponibles, que no afecten el orden público. Sin embargo, según la norma propuesta, los efectos de estos acuerdos se generan una vez aprobados judicialmente, y no “a partir de la celebración del acuerdo de voluntades o a contar desde que se lo haga valer en un proceso”, tal como se sostiene en el ámbito doctrinal³⁶.

³⁶ PEYRANO, JORGE W., *Estado de situación del instituto de los negocios jurídicos procesales*, en “Revista de derecho procesal, 2017-2, Los contratos y el negocio jurídico procesal”, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, p. 54.

Artículos 269/274

1. El plazo de quince días para contestar el traslado de la demanda, previsto por el art. 269, es demasiado corto, particularmente en el caso de personas vulnerables. Si sabido es que la lentitud de los procesos nada tiene que ver con la mayor o menor extensión del término de los traslados, sino, antes bien, en la extensión de los tiempos muertos entre acto procesal y acto procesal, ¿por qué no dar un plazo de treinta (30) días para el cumplimiento de un acto tan trascendental como la contestación a la demanda, siendo que tal extensión no tendría ninguna incidencia en la duración total del juicio? Con mayor razón, si no hay emplazamiento previo.

2. En lo que respecta a los efectos de la falta de contestación a la demanda (art. 269), véase el comentario al art. 231.

3. El art. 272 expresa que *la primera citación a juicio se hará por medio de la cédula o acta notarial que en copia se entregará al demandado en su domicilio real o habitual o presunto, si aquél fuere habido*. Como puede observarse, esta norma no reproduce la contenida en el art. 342 del código vigente, que dice: “La citación se hará por medio de cédula que se entregará al demandado en su domicilio real, si aquél fuere habido, juntamente con las copias a que se refiere el artículo 121...”. Dado que la notificación con copias asegura que el demandado tome conocimiento preciso de la demanda desde el momento mismo de su notificación, incluso antes de acceder a esta información a través de medios informáticos, los que pueden no ser de fácil acceso para algunas personas, no se comprende su eliminación, atento a que asegura un correcto ejercicio del derecho de defensa.

Por otro lado, establecer un apercibimiento tan fuerte para la falta de contestación a la demanda, como es *tener por ciertos los hechos pertinentes expuestos* en ella, salvo prueba en contrario, es sumamente riesgoso para el demandado, teniendo en cuenta que no solamente se lo notifica sin copias de la demanda, sino que, además, se establece que, de no encontrárselo para efectuar la notificación, el art 272 dispone que “se procederá según se prescribe en los arts. 250 y 251 del presente código”; es decir, por “medios masivos, redes o edictos”. Lo correcto sería remitir al el mecanismo previsto en el art. 249. Es más, si nada se hubiera establecido, se aplicaría esta última disposición.

4. Respecto de la notificación por acta notarial, véanse las observaciones al art. 242.

Artículos 278/287

1. Dentro de un sistema dispositivo los hechos constitutivos del litigio son aportados por las partes. Además, el debido proceso exige dar a una parte la oportunidad de pronunciarse acerca de todo hecho enunciado por la otra y, en su caso, ofrecer contraprueba. Un hecho nuevo –esto es, acontecido o verificado luego de la traba de la litis– no puede ser tenido en cuenta si alguna de las partes no manifiesta su voluntad de incorporarlo al proceso, y sin oír a la otra a su respecto. De lo contrario, se desnaturaliza el sistema dispositivo y se cercena el derecho de contradicción de alguna de las partes. Así pues, los códigos procesales que permiten la consideración de oficio de hechos nuevos –tal como lo prevé el art. 281 y también el art. 421, inc. c) del Anteproyecto–, resultan, en este aspecto, inconstitucionales.

Por lo demás, el artículo bajo análisis se autocontradice, en la medida en que, por un lado, reconoce a las partes el derecho a ofrecer pruebas sobre los hechos nuevos, pero, por el otro, permite alegarlo y sustanciarlo recién en la vista de la causa, no siendo posible a estas alturas producir las pertinentes.

2. Que se imponga contestar la demanda y oponer las excepciones de fondo conjuntamente con las excepciones procesales, como lo prevé el art. 282, no es un sistema respetuoso ni considerado con el abogado. No tiene sentido colocar sobre la espaldas de los abogados de las partes la carga de deducir y contestar todas las excepciones (y además ofrecer la pruebas correspondientes), si el litigio terminará por incompetencia, falta personería, cosa juzgada o litispendencia, por ejemplo. En el caso del defecto legal el contrasentido es evidente: naturalmente el demandado no puede contestar una demanda que no entiende.

Por lo demás, la necesidad de oponer la excepción de prescripción “en la primera presentación en el juicio”, prevista por el art. 3962 del Código Civil derogado, jamás tuvo sentido. Ahora bien, dado que el art. 2553 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación iguala la oportunidad del acuse de prescripción con el resto de las excepciones, la disposición del art. 282 que mantiene la desigualdad no parece razonable.

3. La disposición del art. 283 establece que la incompetencia material es declarable de oficio, lo cual es correcto por cuanto la materia es una pauta de competencia improrrogable. Sin embargo, debió ponerse un límite temporal a la declaración oficiosa, habida cuenta de que es absurdo y, ciertamente, atentatorio contra la celeridad y la economía procesal, que el juez se declare incompetente en un estado avanzado del juicio, en la sentencia misma, o que incluso pueda hacerlo el tribunal de

alzada, como erróneamente lo establece el art. 56 (véase el comentario a esta disposición). En este sentido, sería recomendable que la norma previese que, salvo el caso de la competencia por conexidad, la respectiva cuestión de incompetencia podrá ser promovida por las partes, por la vía que corresponda, antes de habérsela consentido y, de oficio por el juez, al momento de admitir la demanda.

Abona esta conclusión, la circunstancia de que la asignación de competencia se relaciona con una mera distribución de tareas, sumada al hecho de que el dictado de una sentencia por un juez incompetente por razón de la materia –al fin de cuentas, un funcionario del Estado investido de poder jurisdiccional, como todos los demás jueces–no puede poner en juego la validez de la sentencia, como sí sucede en otros casos, como, por ejemplo, en la falta de personería en el procurador.

4. En realidad, no existe ninguna razón para vedar el recurso de apelación contra una decisión que declaró la falta de personería del actor, si se lo prevé en los demás casos (art. 287). Todas las resoluciones que ponen fin a excepciones previas deben ser apelables, sobre todo cuando ponen fin al proceso. El art. 464, incs. a) y b), así lo dispone.

Artículos 323/344

1. El enunciado relativo a la carga de la prueba que contiene el primer párrafo del art. 324³⁷ carece de utilidad, ya que nada agrega a la distribución del *onus probandi*, que –como es sabido– se lleva a cabo a través de las disposiciones del derecho de fondo aplicables para la solución del caso individual sometido a la decisión del juez. En el mejor de los casos, sería una “norma en blanco”, en tanto su contenido está dado por las normas del derecho sustantivo aplicables al caso concreto conforme a las afirmaciones de hecho formuladas por las partes y las pruebas por ellas suministradas³⁸.

2. La facultad que el cuarto párrafo del art. 324 le confiere a los jueces de *(re)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*, viola el principio de legalidad y vuelve a la actividad judicial irracional y arbitraria. Como con acierto ha puntualizado ROSENBERG, “las normas sobre la

³⁷ “Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de las reglas o normas que invocar como fundamento de su pretensión, defensa o excepción.”

³⁸ Véase PATTI, SALVATORE, *Le prove. Parte generale*, en Iudica, Giovanni y Zatti, Paolo, “Trattato di diritto privato”, Milán, Giuffrè, p. 48.

carga de la prueba no pueden deducirse del resultado del proceso singular, sino que deben establecerse independientemente de todo proceso sacándolas de las normas abstractas del derecho a aplicarse”³⁹.

Con referencia a esta última afirmación, cabe agregar que en la actualidad entre los teóricos del derecho se está abriendo paso la idea de que la distribución de la carga de la prueba se lleva a cabo a través de *reglas secundarias* (Alchourrón, Rodríguez y Sucar, Bayón, Rodríguez, Moreso y Rodríguez), que son reglas que se ocupan, precisamente, de la incertidumbre fáctica. Y algunos de esos autores también vinculan la distribución de la carga de la prueba a la *derrotabilidad procedimental*, en el sentido de que una pretensión procesal puede ser derrotada por la contraparte en el juicio si ésta prueba que concurre una excepción. Lo que obliga –según MORESO y RODRÍGUEZ– a tomar en consideración el juego recíproco entre las normas primarias y secundarias de un sistema jurídico, porque son estas últimas las que se ocupan, entre otras cuestiones, de distribuir la carga de la prueba entre las partes de un proceso⁴⁰.

Al autorizar a los jueces a dejar de lado las normas (sustantivas) que distribuyen la carga de la prueba, creando “su propia norma para el caso concreto”, la disposición que analizamos permitiría alterar la solución legal que aquéllas prevén, por lo que no cabe duda de su inconstitucionalidad.

Con la solución propuesta se afecta también la predecibilidad de las decisiones judiciales, que es un componente esencial de la seguridad jurídica; y al debilitarse la regla (general), cada caso exigiría una solución individualizada, con el consecuente aumento de la litigiosidad. A ello debe sumarse, asimismo, que el ejercicio de esa facultad por el juez habrá de traducirse en una merma o reducción del deber de motivar las sentencias.

Un caso particular es el que prevé el art. 1735 del Código civil y comercial, ya que es la propia ley de fondo la que autoriza la *redistribución judicial de la carga de la prueba*. En efecto, con arreglo a esta disposición⁴¹, si el juez, ponderando cuál de las

³⁹ ROSENBERG, LEO, *La carga de la prueba*, Montevideo, 2002, B de F, traducción de Ernesto Krotoschin, 2ª ed. en castellano, pp. 17-18.

⁴⁰ MORESO, JOSÉ JUAN y RODRÍGUEZ, JORGE LUIS, *Estudio introductorio* al Libro de Alchourrón, Carlos E., “Fundamentos para una teoría general de los deberes”, Madrid, 2010, Marcial Pons, p. 25.

⁴¹ El art. 1735 CCyC dispone: “No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.” El art. 1735 debe relacionarse con su inmediato anterior, que establece una regla expresa sobre la carga de la prueba: Art. 1734: “Excepto disposición legal, la carga de

partes se halla en mejor situación para aportar la prueba, considera pertinente distribuir la carga de la prueba de un modo diferente de lo que establece el art. 1734, debe comunicarlo por anticipado a las partes, de modo de permitirles ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.

En verdad, esa comunicación previa no sólo debe tener por objeto que *las partes puedan ofrecer y producir prueba*, sino también *alegar los hechos que configuran la culpa o la ausencia de ella* sobre los que la prueba debe versar, puesto que el juez ha cambiado la regla de carga de la prueba que habría debido aplicar si no hubiera tomado esa decisión. Recuérdese también que la prueba debe recaer sobre los hechos alegados en el proceso (art. 323).

El problema puede ilustrarse con el siguiente ejemplo: Según la regla *legal* de distribución de la carga de la prueba aplicable al caso concreto sometido a la decisión del juez, sobre el actor pesaba la carga de afirmar y probar los hechos constitutivos de la culpa que le atribuyó al demandado. Sin embargo, el juez, entendiendo que este último estaba en mejores condiciones de probar los hechos que configuran la ausencia de culpa de su parte, dispuso modificar la regla siguiendo este criterio, y así lo hizo saber. Como consecuencia de esta decisión, no cabe duda de que sobre el demandado pesa ahora una carga de alegación y prueba que antes no tenía; o para decirlo de otro modo, que ahora rige una regla distinta de la que regía al tiempo en que él contestó la demanda. Admitido esto, no cabe duda entonces de que se le debe dar al demandado la posibilidad de alegar y probar los hechos que configuran la ausencia de culpa⁴².

Pero ocurre que ese objetivo no parece alcanzable con una disposición como la del art. 324 del Anteproyecto, habida cuenta de que el ofrecimiento de la prueba por las partes es anterior a la audiencia preliminar o multipropósito (la prueba debe ofrecerse con la demanda, la reconvenición y la contestación a ambas –arts. 259, inciso h, 275, 1º párr., 279 y 329–). Y si bien es cierto que el art. 533, inciso i) autoriza a la parte que resulta gravada con la prueba como consecuencia de la redistribución realizada por el juez en la audiencia preliminar a contradecirla y, en su caso, a ampliar su ofrecimiento probatorio, no queda claro si dicha parte cuenta efectivamente con la posibilidad de alegar los hechos pertinentes sobre los cuales la prueba debe recaer.

la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega”.

⁴² Particularmente, si se tiene en cuenta que a partir de la decisión del juez de modificar el *onus probandi*, en ausencia de prueba, será el demandado quien pierda el pleito.

3. El art. 324 dispone que *ambas partes tendrán el deber de colaborar en el esclarecimiento de los hechos controvertidos*, deber que la regla preliminar XV y el art. 327 extienden a todos los sujetos procesales, incluidos los auxiliares y terceras personas. En el caso de los conflictos colectivos, el deber de colaboración probatoria de las partes se encuentra agravado (art. 325).

Asimismo, el art 101, inciso a) les impone a las partes y sus defensores el *deber de colaborar activamente* en la gestión del proceso, su composición, el esclarecimiento de los hechos controvertidos y la práctica probatoria. De lo que se extrae que los abogados, más que perseguir el triunfo de su parte, deberían colaborar con el juez en la búsqueda de la “verdad” y la “justicia”, aunque sea en contra de los intereses de su defendido. “Si este es el sentido de la buena fe o de la lealtad en el proceso civil –escribe Montero Aroca–, ese sentido es manifiestamente autoritario y desde luego incompatible con la concepción de un proceso hecho por dos partes que por esencia son parciales. Las ‘reglas del juego’, de cualquier juego, incluso el del proceso, deben ser observadas por los jugadores, naturalmente, pero a estos no se les puede pedir que todos ellos, los de un equipo y los del otro, colaboren en la búsqueda de cuál es el mejor de ellos, ayudando al árbitro a descubrir a quién debe declarar ganador, pues si las cosas fueran así no tendría sentido jugar el partido. El ‘juego’ se basa en que cada equipo luche por alcanzar la victoria utilizando todas las armas a su alcance, naturalmente respetando las reglas, y con un árbitro imparcial”⁴³.

Además, respecto de los defensores no existe un efectivo deber de verdad, sino más bien una prohibición de falsedad consciente: sólo deben abstenerse de realizar afirmaciones de cosas que saben que son falsas o servirse de pruebas cuya falsedad conocen. Por lo demás, los defensores tampoco tienen el deber de alegar hechos desfavorables a la tesis defensiva de su parte. Una interpretación contraría significaría poner restricciones no justificables al ejercicio de la acción incompatibles con la garantía constitucional que asegura la inviolabilidad de la defensa en juicio.

4. No estamos de acuerdo con el amplísimo poder discrecional que se le concede a los jueces de realizar un examen preliminar acerca de la *pertinencia o conducencia* de la prueba ofrecida por las partes que los habilita a desestimar sin más no sólo aquellas pruebas que califiquen de impertinentes o inconducentes, sino también a las que consideren superfluas o inútiles (art. 331), ya que ello, a más de colocar al

⁴³ Montero Aroca, Juan, El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria, en elDial.com.

juez en una situación muy cercana al prejuzgamiento, podría terminar vulnerando el “derecho a la prueba”, sobre todo en aquellos casos en los que la parte intenta probar hechos secundarios (prueba indirecta).

5. También nos parece objetable la facultad que se les confiere a los jueces de prescindir de una prueba pendiente de producción cuando “de la ya acumulada resultare que no es esencial” (art. 340). Además del prejuzgamiento que el ejercicio de esa facultad lleva implícito, podría privarse a la parte de una prueba que un examen posterior más profundo podría revelar que en verdad era esencial.

6. Por último, tampoco compartimos la disposición contenida en la segunda parte del art. 344, según la cual los jueces *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*. Con ello se vulnera una garantía de las partes, cuya principal función consiste en hacer posible un posterior control sobre las razones expuestas por el juez como fundamento de su decisión⁴⁴. El juez debe tomar en consideración todos los elementos de prueba disponibles –analítica y conjuntamente considerados– para la determinación positiva o negativa del hecho de que se trate. Resultaría irracional que el juez no tuviese en cuenta algunos elementos probatorios, sin dar las razones por las cuales los considera irrelevantes; especialmente –como dice Michele Taruffo– “cuando éstos sean contrarios a la conclusión que el juez ‘quiere’ conseguir”⁴⁵.

Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reiteradamente ha sostenido que la motivación “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”⁴⁶; que el deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada a la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática⁴⁷. Por tanto, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afec-

⁴⁴ Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, p. 435 y ss.

⁴⁵ *Ibíd*em, pp. 313, 425.

⁴⁶ C.I.D.H, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 107; caso Apitz Barbera y otros (“Corte primera de lo contencioso administrativo”) vs. Venezuela (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 5 de agosto de 2008, párr. 77, y caso Escher y otros Vs. Brasil (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 6 de julio de 2009, párr. 208.

⁴⁷ Cfr. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela, supra nota 121, párr. 77 y Caso Escher y otros Vs. Brasil, supra nota 147, párr. 208.

tar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias⁴⁸.

Asimismo, ha sostenido que la motivación demuestra a las partes que ellas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores⁴⁹. Por todo ello, el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso.

Artículos 345/355

El Anteproyecto cambió la denominación de esta sección, remplazando el término “Prueba de confesión”, que usa el código vigente, por la expresión “Declaración de parte”, introduciéndose de esta manera un cambio radical en este tipo de prueba.

Muestra de esto se encuentra en el texto del art. 345 proyectado, que dice *cada parte podrá ofrecer su propia declaración o pedir la declaración de la contraria o de quien tuviere un interés jurídico propio respecto del resultado del proceso*; es decir, se prevé la posibilidad de ofrecer la declaración de un litisconsorte.

Asimismo, el art. 347 establece que *las partes serán interrogadas y declararán de acuerdo con las normas establecidas para los testigos, con las modificaciones establecidas en el presente*. La disposición no pondera las diferencias que existen en la parte y el testigo, puesto que este último debe prestar juramento o promesa de decir verdad sobre lo que se le pregunte, sin ocultar nada de lo que pudiere conducir al esclarecimiento de los hechos (art. 371), y su incumplimiento está penado (delito de falso testimonio). En cambio, en nuestro sistema penal no existe el delito de perjurio.

⁴⁸ Cfr. Caso Yatama Vs. Nicaragua, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párrs. 152 y 153; Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 153, y Caso Escher y otros Vs. Brasil, supra nota 147, párr. 139. Asimismo, la Corte Europea ha señalado que los jueces deben indicar con suficiente claridad las razones a partir de las cuales toman sus decisiones. Cfr. ECHR, Hadjianastassiou v. Greece, judgment of 16 December 1992, Series A no. 252, para. 23.

⁴⁹ Cfr. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela, supra nota 121, párr. 78. Por su parte el Comité de Derechos Humanos consideró que cuando un tribunal de apelación se abstuvo de fundamentar por escrito la sentencia, ello reducía las posibilidades de éxito del acusado si solicitaba autorización para apelar ante un tribunal superior impidiéndole así hacer uso de un remedio adicional. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Hamilton v. Jamaica*, Communication No. 333/1988, CCPR/C/50/D/333/1988, 23 de marzo de 1994.

Si bien el sistema actual de “prueba confesional” ha sido motivo de críticas fundadas, el sistema adoptado por el proyecto de reforma dista de ser el adecuado. Los cuestionamientos centrales, se podrían resumir en: 1) Crea una desigualdad en los aperecebimientos ante la inasistencia del actor y del demandado a la audiencia respectiva; 2) Además, no se comprende que se haya eliminado que las personas jurídicas públicas declaren a través de oficios, ya que los funcionarios que actúan por ellas podrían no recordar hechos que conocieron en el ejercicio de sus funciones, los que constarán, por otra parte, en muchos casos, en libros o expedientes que les será necesario consultar; 3) Era un momento oportuno para quitar la posibilidad de que el juez interrogue a las partes, tal como acontece en el sistema acusatorio penal; 4) En cuanto a la enfermedad del declarante, se prevé solamente la justificación de aquella que se contrae con anticipación a la audiencia, no aquella que se produce el mismo día de celebración de la audiencia; asimismo, tampoco se regulan los casos de fuerza mayor que se presentan el mismo día de la audiencia; 5) Finalmente, la regulación de la hipótesis de ausencia del país, tiene aperecebimientos gravísimos, cuya única finalidad se justifica con la premisa de no suspender la audiencia bajo ningún punto de vista, lo que no parece correcto.

Artículos 418/429

1. El art. 418, en su segundo párrafo, equipara las providencias simples a las de mero trámite y, además, enuncia cuáles serían dichas providencias, lo que resulta sobreabundante.

2. Con respecto a la reglamentación de la oficina de gestión por parte del Superior Tribunal de Justicia, remitimos a lo expuesto en la introducción.

3. El art. 421 dispone en la última parte del inciso c), que *la conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones*. La valoración judicial de la conducta procesal de las partes tiene como antecedente lejano el parágrafo 2°, del artículo 116 del Código Procesal Civil italiano de 1942, que dice: “El juez puede deducir argumentos de prueba de las respuestas que las partes le den según el artículo siguiente (interrogatorio no formal de las partes), de su rechazo injustificado a consentir las inspecciones que él ha ordenado y, en general, del comportamiento de las partes en el proceso”.

Esta clase de normas son propias de un modelo procesal colaboracionista o solidario, en el cual las partes tienen el deber de colaborar (particularmente en materia

probatoria) con el juez en la búsqueda de la verdad en el proceso para llegar a una justicia concreta en el caso. En este sentido, se sostiene que las conductas procesales de las partes que atentan contra el principio de moralidad procesal (obstrucción u ocultamiento de la verdad, conductas temerarias, tácticas dilatorias, abuso o fraude procesal, etc.), pueden llegar a constituirse en un elemento de convicción para el juez al momento de sentenciar.

Pues bien, partiendo de la idea de proceso -diametralmente opuesta a la corriente publicista- como un método de resolución de conflictos, es un sinsentido imponerle a las partes el deber de colaboración, pues va en contra de la lógica misma del proceso, que es disputa dialogal, argumentativa y pacífica, pero disputa al fin, al cabo de la cual una triunfa y la otra pierde. O como bien lo describe el Prof. Montero Aroca: “Podríamos decir también que el proceso implica metafóricamente una suerte de lucha, o una batalla, en la que se participa sólo cuando se considera imprescindible para la defensa de los derechos que se creen propios, nunca por gusto ni por recreo, y en la que, por tanto, no se trata de colaborar para que gane el mejor, sino de ganar. Obviamente se trata de una “lucha” en la que no todo vale, en tanto que la misma se regula por el derecho, y por ello nadie sostiene que en esa “lucha” todo sea lícito o válido; afirmar que alguien sostiene semejante cosa es un claro ejercicio de maniqueísmo. No todo vale, pero no puede imponerse a las partes, y a los abogados de las mismas, que contribuyan a que venza la contraria”.

Asimismo, si tal método de discusión es de corte netamente adversarial y dispositivo, lo que implica, entre otras cosas, que la actividad probatoria es exclusivamente de parte, con fundamento en el imperativo jurídico del propio interés, inferir o extraer elemento de convicción y/o resolución de la conducta de las partes -violatorias del principio procesal de moralidad- no parece condecirse con dicho modelo de proceso.

No se desconoce la relevancia de la moralidad durante el debate como uno de los principios necesarios para que el proceso sea tal, es decir, como una de las directrices fundamentales que deben ser imprescindiblemente respetadas para lograr un sistema de resolución de conflictos coherente con el ideario republicano consagrado en nuestra Constitución Nacional. Sin embargo, se discrepa por completo con la posibilidad de que la conducta de las partes pueda ser utilizada como elemento de convicción para la resolución de la causa, atento a que tal idea tergiversa y compromete seriamente el sagrado derecho constitucional de defensa en juicio, y más aún cuando dicha tesis se plasma en una norma expresa del Código.

Norma, que en la mayoría de los casos, consagra preceptos generales, expresiones flexibles y/o vagas que hacen especialmente difícil identificar cuáles son las conductas que pueden valorarse judicialmente por ser violatorias de aquéllas premisas de márgenes difusos, concediéndole al juez un amplio margen de discrecionalidad a la hora de resolver. Más aún, este tipo de normas son doblemente indeterminadas y, por ende, doblemente de peligrosas: en primer lugar, porque parten de presupuestos jurídicos indeterminados, cláusulas generales o normas en blanco (no se sabe qué tipo de conductas en el proceso son valorables como elemento de convicción); y en segundo lugar, porque la consecuencia jurídica es igualmente indeterminada (no se conoce cómo va a interpretar o valor y, en definitiva, resolver el juez a partir de dicha conducta).

Como ejemplo de todas las desventajas que acarrea la consagración normativa de la valoración de la conducta de las partes como elemento de convicción por parte del juez, basta con repasar la exótica y confusa jurisprudencia que ha proliferado a luz del último párrafo del artículo 163 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, o norma análoga de los códigos procesales locales: 1) La falta de diligencia puesta de manifiesto por una de las partes en la etapa probatoria (CN Civ. Sala M, 13-6-90, JA, 1992-IV-142 sum.1), 2) Que una de las varias negativas incluidas en la contestación de la demanda haya sido desmentida por prueba directa; o el ocultamiento deliberado de la verdad (CCC, Lomas de Zamora, Sala 2º, 2.2.93, JA, 1995-I, síntesis); 3) El ofrecimiento de una prueba menos idónea, pudiendo hacerlo respecto de la prueba encaminada a probar el hecho (ofrecimiento de la prueba de testigos para probar la autenticidad de una firma, pudiendo recurrir a la prueba caligráfica); 4) Las respuestas dadas por las partes cuando son citadas a fin de suministrar explicaciones sobre el objeto del pleito (art. 36 inc. 2, a), o son interrogadas en los términos del art. 415 del C.P.N; 5) El ejercicio abusivo de los derechos procesales; por ej. el correr con los términos a la contraparte (Quien se limita a negar los hechos, en el juicio sumario, y al décimo día de la apertura pide la clausura del período probatorio, luego de los alegatos el llamamiento de autos para sentencia, etc.).

Artículos 499/507

1. El CPCC Chubut hoy vigente (art. 69, 1º párr.) establece: *La parte vencida en el juicio deberá pagar todos los gastos de la contraria, aun cuando ésta no lo hubiese*

solicitado. El Anteproyecto alteró la primera parte de dicha disposición y suprimió también el sintagma adverbial con que culmina (art. 499, 1º párr.).

La formulación normativa propuesta contiene un error conceptual. La parte vencida debe (ser condenada a⁵⁰) pagar *los gastos de su contraria*, y no a afrontar *las costas del proceso*, como erróneamente enuncia la primera oración del art. 499. La condena en costas al vencido sólo obliga a éste a pagar las costas causadas a instancia del vencedor. Respecto de las costas causadas a instancia del vencido, aunque él también debe responder por ellas, la obligación no se origina en el hecho de haber resultado vencido y condenado en costas, sino en la circunstancia de haberlas causado, lo que es bien distinto⁵¹.

Asimismo, no hay razón que justifique haber abandonado el criterio seguido por los códigos procesales del país, incluido el CPCCN y el código actualmente en vigencia en la provincia del Chubut, que exime a las partes de la carga de requerir la eventual imposición de costas a la contraria. Habida cuenta de que para que se actualice el supuesto de hecho de la norma que ordena al juez condenar en costas al litigante vencido debe haber una parte vencida, lo que recién se determinará en oportunidad de dictarse la sentencia definitiva o interlocutoria, según sea el caso, carece de sentido imponerle al litigante esa carga.

2. Se mantiene la exención de costas librada al arbitrio judicial; aunque a diferencia del código vigente, el Anteproyecto especifica taxativamente los motivos que habilitan tal exención, intentando limitar el ejercicio abusivo que habitualmente se hace de dicha facultad. Lo que nos parece objetable es que se haya incluido, como uno de esos motivos, “la conducta obstructiva y abusiva de la contraria vencedora en el proceso” (art. 499, 3º párr. *in fine*).

Con la generalidad con que se describen la condición de aplicación y la consecuencia jurídica de esta última disposición, que como *sanción* por una supuesta conducta obstructiva y abusiva exime al vencido de rembolsar las costas causadas a instancia del vencedor, se desconocen, en primer lugar, los principios de legalidad y tipicidad (véase el comentario a los arts. 508/512, nº 2).

⁵⁰ Como lo dispone el art. 251 del CPC de Santa Fe, que reza: “La parte vencida *será* siempre *condenada a pagar las costas* del juicio o incidente...”, pues en rigor la consecuencia jurídica expresa una *directiva para el juez*, a quien le impone el deber de condenar en costas al vencido. Hasta tanto no exista esa condenación, no habrá nacido la obligación de reembolso a cargo del perdedor. En el mismo sentido, véanse también los arts. 91 del Código procesal civil italiano y 394.1 de la Ley de enjuiciamiento civil española actual.

⁵¹ TERRASA, EDUARDO, *Las costas en el CPCC santafesino*, en Alvarado Velloso, Adolfo –Director–, “Costas judiciales”, Rosario, Juris, 2011, p. 65-66.

“[E]l ideal de imperio de la ley –escribe Francisco Laporta– exige que la sanción, reacción lesiva o pena que se une al incumplimiento de las normas de conducta esté cuidadosamente definida previamente. En el derecho penal esto se expresa en el principio *nulla poena sine lege*, pero la exigencia vale igual para cualquier consecuencia lesiva que se adhiera a la violación de una norma, sea esta penal o administrativa. Es decir, las normas sancionatorias, tanto si adoptan la forma de inflicción de un mal (pena) como la forma de expropiación de un bien (pérdida de un bien o derecho) han de determinar e institucionalizar la naturaleza de esa sanción, el cuánto, el cómo se padece y los procedimientos prefijados para administrarla. Las sanciones y penas, que son las vías mediante las que se expresa máximamente la naturaleza del orden jurídico como el orden que administra el uso de la fuerza en la sociedad, afectan con la máxima intensidad la autonomía personal hasta determinar que pueda incluso desaparecer en grados importantes. Por ello el ideal de imperio de la ley impone sobre ellas un imperativo de precisión y control extraordinariamente exigente.”⁵²

En segundo lugar, los redactores del Anteproyecto no han tenido en cuenta que la condena en costas al vencido se basa en el hecho objetivo de la derrota y que, primordialmente, busca resguardar la integridad del derecho que la sentencia reconoce a la parte vencedora.

En tercer lugar, no debe perderse de vista que la decisión que condena en costas al vencido o la que –en su caso– lo exime de ellas *se dicta sin sustanciación previa*. Por lo que, si la exención se basara en la conducta obstructiva y abusiva del vencedor, ella sería, para éste, una sanción claramente inconstitucional. La potestad sancionatoria de los tribunales no puede quedar al margen de las garantías que la Constitución Nacional les reconoce a todos los habitantes de la Nación. No es admisible, pues, que ese ámbito de libertad que la Constitución tan cuidadosamente ha diseñado en sus arts. 18 y 19 deje de ser operativo frente a las sanciones disciplinarias que aplican aquéllos (véase el comentario a los arts. 508/512, nº 3).

En cuarto lugar, debe agregarse que el recurso de apelación que regula el Anteproyecto no procede contra las decisiones que imponen costas, regulan honorarios o aplican sanciones disciplinarias (art. 464).

Por último, compartimos la opinión doctrinal que sostiene que bajo el lema moralizador del “abuso del proceso” se esconde una “deriva autoritaria”, la cual, con la

⁵² LAPORTA, FRANCISCO J., *El imperio de la ley. Un visión actual*, Madrid, 2007, Trotta, p. 94.

excusa de privilegiar los “valores del sistema”, en el fondo, limita la libertad de acción de las partes⁵³.

3. Además del supuesto referido en el apartado anterior, el Anteproyecto les otorga a los jueces la facultad de condenar en costas a los litigantes, sus defensores y ciertos terceros como *sanción por haber incurrido en abuso procesal, mala fe, falta de colaboración, incomparecencia a una audiencia de conciliación*, etc. De este modo, los jueces pueden: 1) Condenar en costas a la parte incumplidora de los deberes de buena fe y lealtad procesal (Título preliminar, X); 2) Tener especialmente en cuenta la cooperación procesal o la falta de ella al imponer las costas y regular honorarios (Título preliminar, XV); 3) Considerar si la parte demandada no asistió a la audiencia de mediación, al decidir sobre las costas del juicio (art. 18); 4) Tomar la colaboración de las partes en la actividad conciliadora como fundamento para la imposición de costas (art. 21); 5) Ponderar la comparecencia personal de las partes a la audiencia de conciliación y que los representantes de las personas jurídicas hayan tenido conocimiento del caso y facultades para transigir, a la hora de decidir sobre las costas del proceso (art. 22); 6) Imponer al tercerista, al embargado y a los profesionales que los hayan asistido legalmente, las costas y una multa en forma solidaria, cuando resultare probada la connivencia del tercerista con el embargado (art. 93); 7) Imponer al litigante que actúe con temeridad o de mala fe la obligación de pagar las costas (art. 104); 8) Imponerle al testigo el pago de las costas, si legalmente citado no compareciere sin justa causa (art. 361); 9) Dejar sin efecto el beneficio de gratuidad en los procesos colectivos, en caso de comprobada mala fe o abuso del proceso (art. 507).

4. El art. 502 ha desnaturalizado por completo el supuesto de imposición de costas al parcialmente vencedor hoy correctamente regulado en el art. 73 CPCC Chubut. Inexplicablemente, la disposición proyectada no ha contemplado las siguientes circunstancias relevantes que caracterizan a la *pluspetición inexcusable*, a saber: 1) El *allanamiento parcial del demandado*, en el escrito de contestación a la demanda, a la cantidad que en definitiva reconozca la sentencia; y 2) La necesidad de que el valor de la condena no dependa legalmente del arbitrio judicial, de juicio pericial o de rendición de cuentas⁵⁴.

⁵³ TARUFFO, MICHELE, *El abuso del proceso*, en “Revista de la maestría en derecho procesal”, Pontificia Universidad Católica del Perú, vol. 6, nº 2 (2016), pp. 7-29, en <http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprosesal>.

⁵⁴ Véase PALACIO, LINO E., *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, tomo III, pp.382-383.

5. Según el art. 464, contra la decisión que impone costas no procede el recurso de apelación⁵⁵. Cabe el recurso de revocatoria (art. 459, 2º párr.), que en este caso –previa sustanciación– debe resolverlo “un juez distinto de aquel que dictó la resolución impugnada” (art. 460, 4º párr.), aunque el código proyectado no determina cuál es ese juez: lo deja librado a la reglamentación que dicte el Superior Tribunal de Justicia (art. 460, 5º párr.). Se trata de una *impugnación horizontal*, para ante un juez que está en la misma instancia (grado de conocimiento) que el que dictó la decisión recurrida.

Si se da alguno de los motivos que contempla el art. 462, procedería también el recurso de nulidad, cuyo conocimiento y decisión –al igual que el de revocatoria– estará a cargo de un juez –del mismo grado– distinto del que emitió la decisión impugnada, que también será determinado por la reglamentación del Superior Tribunal de Justicia. Como en el caso anterior, esto último importa –en nuestra opinión– una delegación legislativa claramente inconstitucional (arts. 135, inciso 19, y 162, Constitución provincial).

Artículos 508/512

1. El Anteproyecto estatuye el *deber del juez* de sancionar las conductas indebidas y asegurar el cumplimiento de sus decisiones. A tal efecto, de oficio o a petición de parte, debe imponer multas, *astreintes* y otras sanciones pecuniarias no tipificadas, tanto a las partes –aunque actúen con beneficio de litigar sin gastos o exención legal– como a cualquier otro sujeto que participe en el proceso, con fines correctivos, disuasivos o coercitivos.

2. Las disposiciones del Anteproyecto –y, en particular, la del art. 509– vulneran el principio de legalidad, sobre el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Volcoff, Miguel Jorge y otros c/ BCRA”⁵⁶ –con consideraciones aplicables *mutatis mutandis* a la cuestión que estamos analizando– sostuvo que:

Si bien el “derecho administrativo penal” puede manejarse por sus características definitorias con cierta relatividad en relación con determinados aspectos

⁵⁵ Aunque la última parte del art. 469 da por sentado lo contrario, esto es, que el recurso de apelación es admisible respecto de la imposición de costas y la regulación de honorarios cuando se apela la sentencia o auto que las contiene. En verdad, parece difícil que pueda aceptarse en este caso esa dualidad de medios de impugnación: apelación contra la sentencia y revocatoria contra la parte de ella que impone las costas, teniendo en cuenta sobre todo que la primera la resuelve el tribunal de alzada y la segunda un juez del mismo grado que el que emitió la decisión recurrida.

⁵⁶ Sentencia de 1º de noviembre de 2011, Fallos, 334:1241.

como, por ejemplo, en lo que hace a la estructura misma de los tipos de infracción –que admite la remisión a normas de menor jerarquía–, así como un modo distinto de graduar las sanciones y ciertas particularidades procesales que serían inadmisibles en un enjuiciamiento penal, jamás puede apartarse del respeto a la garantía constitucional de la ley previa. Dicho de otro modo: una cosa es considerar que la previsión no estrictamente penal puede ser más laxa en cuanto a la configuración del aspecto subjetivo de la conducta (dolo o culpa) o en lo relativo a la intensidad de afectación del bien jurídico (daño potencial o real en palabras del *a quo*) y otra muy distinta es considerar que la sanción de multa por una infracción, no debe condicionarse a que ésta se encuentre prevista como tal en una norma anterior al hecho. Ello es así por cuanto, más allá de esas características propias, no es dudoso el carácter represivo de la norma. Por consiguiente, el carácter de infracción –y no de delito– no obsta a la aplicación de las **garantías constitucionales básicas** que se fundan en la necesidad de que exista una ley para que una persona pueda incurrir en la comisión de una falta pasible de sanción (énfasis en el original).

3. La regulación que contiene el Anteproyecto en lo que respecta a la aplicación de multas y sanciones conminatorias no ha respetado las denominadas *garantías procesales mínimas*.

En la jurisprudencia internacional, un acontecimiento precursor del progresivo reconocimiento de que las garantías constitucionales básicas son aplicables en el procedimiento sancionatorio administrativo lo encontramos en la decisión adoptada por el Comité de Derechos Humanos (institución que asegura el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) en el caso “Y. L. c/ Canadá”, de 7 de diciembre de 1981, en la que se sostuvo que las garantías establecidas en el artículo 14.1 del Pacto no se limitan a procesos de carácter civil en sentido estricto, añadiendo que el alcance de dicha cláusula no depende de la naturaleza jurídica del órgano cuya decisión se impugna ni del carácter del procedimiento previsto en el ordenamiento jurídico interno de cada país⁵⁷.

Aunque ha sido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia debe servir de guía para la interpretación de los preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la que ha definido con mayor claridad la cuestión, sentando una línea jurisprudencial que parece irreversible. En el caso “Baena, Ri-

⁵⁷ Sánchez Santander, Juan Manuel, *Las garantías constitucionales del proceso penal y la necesidad de su aplicación en el procedimiento administrativo*, en <https://elblogdederecho.files.wordpress.com>, pp. 20-21.

cardo y otros vs. Panamá”, sentencia de 2 de febrero de 2001⁵⁸, la Corte equiparó las sanciones administrativas a las penales en lo que respecta a la aplicación de las denominadas “garantías mínimas”. En los considerandos del referido precedente, la Corte sostuvo –entre otras cosas– lo siguiente:

106. En relación con lo anterior, conviene analizar si el artículo 9 de la Convención es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo, evidentemente, a la penal. Los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a esta última. Sin embargo, es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva.

107. En suma, en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a los seres humanos: la represión.

124. Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.

⁵⁸ La página oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede verse en: <http://www.corteidh.or.cr>.

125. La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes.

128. La Corte Europea se ha pronunciado sobre este tema, señalando que: ... los principios enunciados en el párrafo 2 (art. 6-2) y 3 (a saber los incisos a, b y d) [... de la Convención Europea de Derechos Humanos], se aplican *mutatis mutandis* a los procesos disciplinarios a los que se refiere el inciso 1 (art. 6-1) de la misma forma en que se aplican a los casos en que una persona es acusada por una infracción de carácter penal. (Nota: *inter alia*, Eur. Court. H.R., Albert and Le Compte judgment of 10 February 1983, Series A no. 58, para. 39.)

El Anteproyecto tampoco ha previsto, para la aplicación de las multas y sanciones conminatorias que regula, un procedimiento contradictorio previo con las debidas garantías constitucionales, razón por la cual no se ajusta a la recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, expresada en su informe nº 83/09, de fecha 6 de agosto de 2009⁵⁹, que exhortó al Estado argentino a adoptar *las acciones necesarias para asegurar que las sanciones disciplinarias⁶⁰ sean aplicadas a través de procedimientos realizados conforme al debido proceso legal*.

4. Con arreglo al art. 464, contra la decisión que impone sanciones disciplinarias no procede el recurso de apelación. Cabe el recurso de revocatoria (art. 459, 2º párr.), que –previa sustanciación– debe resolver “un juez distinto de aquel que dictó la resolución impugnada” (art. 460, 4º párr.), aunque el código proyectado no determina cuál es ese juez; ello queda librado a la reglamentación que dicte el Superior Tribunal de Justicia (art. 460, 5º párr.). Es una *impugnación horizontal*, para ante un juez que está en la misma instancia que el que dictó la decisión recurrida.

De darse alguno de los motivos que contempla el art. 462, procedería también el recurso de nulidad, cuyo conocimiento y decisión –al igual que el de revocatoria– estará a cargo de un juez –del mismo grado– distinto del que emitió la decisión impugnada, que será determinado por la reglamentación del Superior Tribunal de Justicia.

⁵⁹ Caso 11.732, Informe No. 83/09, Horacio Aníbal Schillizzi Moreno (Argentina).

⁶⁰ En el caso, los jueces de la Sala "F" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal habían sancionado a un abogado a cumplir tres días de arresto por "maniobras destinadas a obstruir el curso de la justicia".

5. La acumulación de sanciones que autoriza el art. 511 (*multas y otro tipo de sanción procesal*) está en contradicción con el principio de *non bis in ídem*.

6. La segunda oración del primer párrafo del art. 512, según la cual: “La decisión que fija la multa es pasible de cumplimiento provisional, debiendo ser depositada en juicio, quedando permitido el cobro compulsivo del valor luego de que la sentencia favorable a la parte devenga en firme” (sic), adolece de imprecisiones y de errores gramaticales y conceptuales. Aparentemente, lo que los redactores habrían querido decir en la primera parte de la disposición transcrita es que el sancionado puede depositar en pago el importe de la multa para evitar la ejecución provisional de la decisión impugnada, atento a que los recursos –como regla– se conceden en efecto no suspensivo (art. 452). Además, no se comprende la parte final, por la cual se supe dita la ejecución forzada de la multa a la *firmeza de la sentencia favorable a la parte*. ¿Se refiere a la sentencia definitiva favorable a la parte contraria? Aunque ello tampoco tiene sentido, puesto que el valor de las multas se destina al Poder Judicial.

Artículo 531:

Esta norma deja librada la determinación del trámite por el que habrá de sustanciarse la pretensión, al criterio y la discrecionalidad del juez. Sin embargo, el art. 135, inc. 19º de la Constitución provincial establece, entre las atribuciones de la Legislatura, la de dictar los códigos procesales, resultando una facultad no delegable.

Teniendo en cuenta que un código procesal debe determinar el procedimiento aplicable a cada tipo de pretensión, la norma observada encubre una delegación tácita de facultades de la Legislatura al Poder Judicial, en cada caso concreto. A nuestro juicio, esta facultad del juez vulnera el principio de legalidad.

Si la variación del procedimiento previsto para la sustanciación de una pretensión fuera admisible, en todo caso debería ser facultad del actor (no del juez), y condicionada a la elección del trámite más amplio que regule el Código.

Artículo 533

Inc. a):

El artículo implementa una conciliación a cargo del juez, en la que éste debe involucrarse intensamente. Siendo evidente que un juez que adopta un rol activo en una

conciliación suele perder la imparcialidad –y más aún, estando autorizado a presentar a las partes los precedentes del caso–, la norma intenta solucionar el problema estableciendo que ello no implica prejuzgar, lo que, al fin de cuentas, es otorgar al juez un salvoconducto, precisamente para ello. La realidad no puede ser negada; si el juez prejuzgó, prejuzgó, solo que ese prejuzgamiento será impune.

Además, un juez que se involucra con la conciliación también suele autocondicionarse antes del dictado de la sentencia. ¿Cómo sentenciar una falta de legitimación para obrar, si durante la audiencia de conciliación el juez intentó que el demandado pagara al actor una suma importante de dinero? Por otro lado, si el juez lograra vencer su autocondicionamiento, ¿qué opinión del sistema de justicia se llevará el demandado, si durante el juicio fue presionado por aquél a satisfacer parcialmente una pretensión del actor, que finalmente se declaró prescripta?

Siempre será preferible que la conciliación se encuentre a cargo de un funcionario que no sea el juez. Éste es, precisamente, el menos indicado para intervenir en el acto.

Inc. e):

De la redacción de la norma se desprendería que la conciliación es la primera actividad a desarrollar en la audiencia preliminar. Luego de ésta, el juez resolvería las excepciones previas. Sin embargo, parecería mejor invertir la secuencia: la resolución de las excepciones debería ser anterior a la audiencia. De lo contrario, podríamos encontrarnos con el problema de haber arribado a una conciliación parcial, a partir de la cual el demandado, más tarde declarado no legitimado pasivo, hubiera pagado una parte sustancial de la pretensión.

Inc. g):

Este inciso estaría permitiendo resolver alguna de las pretensiones mediante el dictado de una sentencia –en el caso, por ejemplo, de una cuestión de puro derecho–, continuando la tramitación del juicio, a los efectos de la sustanciación del resto de las pretensiones. En suma: se estaría posibilitando el dictado de dos o más sentencias de fondo en un mismo pleito. No negamos que la herramienta podría ser útil, pero al mismo tiempo advertimos que, dado lo novedosa que ella resultaría para el sistema judicial argentino, su reglamentación debería ser un poco más minuciosa.

Inc. k):

No se entiende cuál es la razón para diferir la resolución de una medida cautelar para la oportunidad de la celebración de la audiencia preliminar. ¿Por qué no podría

resolvérsela con anterioridad, siendo que la decisión sobre el levantamiento podría ser urgente?

Inc. l):

Negar la apelación de las decisiones que rechacen excepciones previas –entre ellas, la falta de legitimación y la prescripción manifiestas–, y simultáneamente concederla en el caso de otras excepciones sustanciales, como el pago, por ejemplo, no parece ser coherente ni sistémico. Tampoco se entiende por qué la falta de legitimación y la prescripción deban tener regímenes recursivos diferentes, según se trate de excepciones manifiestas –y, por tanto, tramiten como previas–, o no.

En cualquier caso, la negación de la doble instancia para cuestiones de fondo como la legitimación y la prescripción, viola el derecho a la doble instancia.

Artículo 535:

Este artículo reglamenta la audiencia de juicio. Su inciso f), apartado 3) establece que “toda prueba no agotada al concluir la audiencia de juicio precluirá, salvo que el juez entienda, objetiva y fundadamente, necesaria su producción”.

Entendemos que precluir prueba declarada oportunamente pertinente por el juez, por el hecho de que no haya sido producida con anterioridad a la audiencia, sin culpa del oferente, es absolutamente arbitrario, aunque se cuente con el derecho a replantearla en segunda instancia (cfr. art. 476).

Por lo demás, no habría forma en que el juez de primera instancia pudiese declarar necesaria la producción de la prueba no producida antes de la audiencia, sin incurrir en un claro prejuzgamiento. En efecto, si con anterioridad a la audiencia, toda la prueba ha sido declarada pertinente y, por tanto, necesaria para la resolución del pleito, sólo podrá decirse que ya no lo es, declarando que el hecho que con dicha prueba quería probarse, se encuentra acreditado mediante la producción de otras pruebas. Declarar esto antes de la sentencia es, precisamente, un prejuzgamiento.

El problema podría tener solución si la audiencia de juicio se fijara recién luego de producida toda la prueba pertinente, que no deba rendirse en la audiencia (por ejemplo, peritajes, informes, inspección judicial).

Finalmente, del inciso h) se deduciría que, en principio, la sentencia se dicta en forma oral, lo que resultaría sumamente inconveniente por razones de seguridad jurí-

dica: la cosa juzgada exige una documentación clara, que pueda ser fácilmente acreditable en todo tiempo y lugar.

Artículos 539 y 540

El art. 539, además de disponer la aplicación analógica de las reglas generales en todo lo que no esté previsto en el Título III para los procesos especiales, establece que es deber del juez y facultad de la partes *proponer, administrar y adaptar las reglas comunes de modo adecuado y proporcional al tipo de conflicto, sujetos e intereses en disputa*.

Esto último tiene relación con lo que se establece en el Título preliminar, en el apartado XIV, según el cual: “[l]a 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”.

En nuestra opinión, este deber impuesto a los jueces vulnera el *principio de legalidad*. La Constitución provincial, entre las *atribuciones de la Legislatura*, expresamente consagra la de *dictar los códigos procesales* (art. 135, inciso 19). A su vez, cuando se ocupa del Poder Judicial, establece que es un poder autónomo e independiente de todo otro poder y que a él le *compete exclusivamente la función judicial* (art. 162), función que en los sistemas de derecho continental –como el nuestro– está caracterizada por el sometimiento del juez a la ley.

El sometimiento estricto a los procedimientos –escribe Francisco Laporta– es una dimensión fundamental de la idea de imperio de la ley. “Esto es lo que constituye de modo más inmediato el límite formal al poder que establece ese ideal. Y ello configura uno de los perfiles más característicos de la vigencia del ideal: la actuación ordenada y pautada de los individuos y órganos que ejercen el poder de conformidad con las normas previas de los procedimientos que garantizan la calidad formal del método de decisión”⁶¹.

⁶¹ LAPORTA, FRANCISCO J., *El imperio de la ley una visión actual*, Madrid, 2007, Trotta, p. 99.

Artículos 541 y 542

En lo que respecta a la determinación del procedimiento aplicable a las *acciones* posesorias y reales, el art. 542 establece que tramitarán por el proceso declarativo simple o *el que determine el juez* de oficio o a proposición de las partes, atendiendo a las circunstancias del caso. La disposición es pasible de la crítica formulada al art. 539.

La última oración del art. 542 concede también la posibilidad de optar por el procedimiento monitorio. La disposición no establece a favor de quien se ha establecido esa opción, pero no puede no parece que pueda ser en beneficio de otro que no sea el demandante.

Artículos 543/547

1. El art. 543 enuncia los supuestos en que el desalojo tramita por la vía del *proceso monitorio*. La regulación de este procedimiento, con las fuertes restricciones y limitaciones que le impone al derecho de defensa del requerido, resulta inadecuada para tramitar cualquier tipo de pretensiones (véase, *infra*, comentario a los arts. 548/559). En el caso particular del desalojo, nos parece que, además es incompatible con lo que establece el art. 546 (desalojo que involucre niñas, niños y adolescentes) y, particularmente, con la Observación general Nº 7: *El derecho a una vivienda adecuada*, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, transcrita al final de Anteproyecto como *Referencias externas*. La inconsistencia es evidente.

Por otra parte, aunque se le imprimiera al desalojo el trámite del *proceso simple* (art. 543, último párr.), las características propias del trámite (art. 538) y la exigüidad de todo los plazos (art. 537, inciso a), lo muestran igualmente inadecuado, no sólo para el desalojo que involucre niñas, niños o adolescentes, sino también, en general, para cualquier persona que se encuentre en condición de vulnerabilidad.

2. El Proyecto ha eliminado, sin dar ninguna razón al respecto, las disposiciones relativas a los legitimados pasivos, las notificaciones y la condena de futuro que, respectivamente, contienen los arts. 692, 694 y 700 CPCC Chubut, hoy vigente.

3. El primer párrafo del art. 547 establece que la sentencia que se dicte en los procesos de desalojo, derivada de cualquiera de sus posibles trámites, una vez firme, tiene *efecto de cosa juzgada material respecto de todos los demandados y ocupantes identificados*. Ello no es compatible con la propia naturaleza del juicio de desalojo, cuya sentencia no prejuzga acerca de la posesión o del dominio que cualquiera

de las partes pueda alegar respecto del bien cuya recuperación se solicita⁶². Por eso mismo, algunos códigos procesales provinciales, como es el caso del de Santa Fe (art. 526), establecen que el resultado del juicio de desalojo no podrá hacerse valer en contra de los derechos de posesión o dominio que las partes invocaren en otro juicio, lo que significa que la sentencia sólo tiene efectos de *cosa juzgada formal*.

4. El segundo párrafo del art. 547 dispone: “La sentencia se hará efectiva contra todos los que ocupen el inmueble, sea que se hubieren identificado como ocupantes o no, aunque no se hubiesen presentado en el juicio”. Esta disposición, que es similar a la del art. 699 del CPCC hoy vigente, no nos parece compatible con lo que establece el último párrafo del art. 544, según el cual: “Si se omitiere 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”. Esta última, a su vez, está en contradicción con lo que dispone el art. 545 en sus incisos a) y b).

Artículos 548/560

1. Ante todo, cabe señalar que en el Anteproyecto hay dos disposiciones que llevan el mismo número (art. 549).

2. Dentro de los *Procesos declarativos especiales*, el Proyecto ha introducido este particular procedimiento inspirado en los modelos que regulan algunas provincias argentinas.

El procedimiento monitorio es un ingenioso instrumento que tiene su origen en el derecho intermedio italiano, cuya finalidad principal consiste en obtener rápidamente la creación un título ejecutivo judicial. Lo característico de este procedimiento –decía CALAMANDREI– está en que esa finalidad se alcanza “*desplazando la iniciativa del contradictorio del actor al demandado*”⁶³. Mientras que en el proceso de conocimiento ordinario el título ejecutivo no nace sino después de que el pretendido acreedor haya instaurado regularmente el juicio contradictorio, el que resulta perfectamente superfluo en todos aquellos casos en los que el demandado comparecido nada tiene que oponer a la pretensión del actor, o cuando directamente se abstiene de comparecer, en el procedimiento monitorio el juez emite, *sin previa contradicción*, un requerimiento de pago dirigido al (supuesto) deudor, señalándole al mismo tiempo un plazo dentro del cual éste puede, si le interesa, provocar el deba-

⁶² PALACIO, LINO E., *Derecho procesal civil*, tomo VII, pp. 79 y ss.

⁶³ CALAMANDREI, PIERO, *El procedimiento monitorio*, Buenos Aires, El Foro, traducción de Santiago Sentís Melendo, p. 25. Cursiva en el original.

te deduciendo oposición; con la consecuencia de que, a falta de oposición formulada en tiempo, el requerimiento de pago adquirirá eficacia de título ejecutivo. El instituto se inspira en la idea de que el requerido de pago es el mejor juez para evaluar la utilidad de abrir o no la discusión⁶⁴.

Sin perjuicio de las múltiples variantes que presenta en las distintas legislaciones que lo regulan, la doctrina procesal europea distingue dos tipos fundamentales de procedimiento monitorio: *puro* y *documental*.

El *procedimiento monitorio puro* presenta dos notas esenciales: a) La orden condicionada de pago se libra por el juez con base en la sola afirmación, unilateral y no probada, del acreedor⁶⁵. En otras palabras, no es preciso aportar a la petición monitoria ninguna base documental, siendo suficiente para que el juez le requiera el pago al deudor la mera afirmación de la existencia de una deuda por parte del (pretensio) acreedor; y b) La simple oposición, no motivada, del deudor reduce a la nada el requerimiento de pago, de modo tal que el juicio de conocimiento que puede eventualmente desarrollarse no se dirige a decidir si la orden de pago debe ser revocada o mantenida, sino a decidir *ex novo* sobre la pretensión originaria, como si la orden de pago no hubiera sido nunca emitida⁶⁶. Este es el modelo que adopta el Código procesal civil alemán y también el que prevé el Reglamento (CE) Nº 1896/2006, del Parlamento europeo y del Consejo, que regula el denominado “proceso monitorio europeo”, que se ha aplicado en todos los Estados miembros de la Unión Europea, excepto Dinamarca, desde 2008⁶⁷.

El *procedimiento monitorio documental*, por el contrario, se caracteriza: a) por exigir la acreditación, mediante documentos, de los hechos constitutivos del crédito invocado. Si el peticionario logra convencer al juez, éste emitirá el decreto de requerimiento al deudor, *inaudita altera parte*, y si el deudor no hace oposición en un plazo determinado, el decreto se vuelve ejecutivo y adquiere el valor de una sentencia pasada en cosa juzgada, alcanzándose de ese modo el objetivo propio del procedimiento monitorio⁶⁸; y b) porque la oposición del deudor no hace caer sin más el

⁶⁴ Ídem.

⁶⁵ Ibídem, p. 33.

⁶⁶ Ídem. Véase SATTÀ, SALVATORE, *Manual de derecho procesal civil*, Buenos Aires, E.J.E.A., traducción de Santiago Sentís Melendo, volumen II, p. 192.

⁶⁷ A través de él se persigue el cobro de créditos dinerarios no impugnados derivados de relaciones jurídicas transfronterizas de naturaleza civil y comercial.

⁶⁸ Véase REDENTI, ENRICO - VELLANI, MARIO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2011, Giuffrè, con la collaborazione di Carlo Vellani, p. 583; Satta, *Manual*, op.cit., pp. 205 y ss.

requerimiento de pago, sino que abre una etapa contradictoria en la que el tribunal debe valorar el fundamento de la oposición y, según sea el resultado, resolver si el requerimiento de pago debe ser mantenido o no. Con la oposición se abre un procedimiento ordinario de control de la legitimidad del decreto mismo y, además, de mérito sobre la existencia del derecho invocado por el acreedor⁶⁹. Este es, prototípicamente, el modelo que sigue el Código procesal civil italiano.

3. En el ámbito de los países latinoamericanos encontramos el denominado “proceso de estructura monitoria”, como el que contempla el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y que regulan países como Uruguay, y también algunas provincias argentinas, el que si bien guarda cierta similitud con el procedimiento monitorio documental italiano, no se identifica plenamente con él.

El *proceso de estructura monitoria* se explica en función de las características propias del “juicio ejecutivo” que rige en las naciones latinoamericanas, inspirado fundamentalmente en la LEC española de 1855. Esta ley y la posterior de 1881 –como es sabido– fueron inmunes a la influencia francesa (ejecución *pura*). En ellas se regulaba un procedimiento mixto de ejecución y de conocimiento limitado que –en lo esencial– reproducía el *processus executivus* del Derecho común, caracterizado por el hecho de que la ejecución propiamente dicha no se llevaba a cabo hasta que, si el deudor se oponía, dicha oposición fuera desestimada en la sentencia de remate. Era ésta, por tanto, la que se terminaba ejecutando, y no el título ejecutivo que constituía el fundamento de aquél.

“Evidentemente –escribe ANDREA MEROI–, se trata de un problema que afecta a toda la región como heredera de la tradición española de las LEC 1855/1881, tanto así que el ‘monitorio’ del Código General del Proceso uruguayo o del Código Modelo del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (inspiradores del Anteproyecto ARAZI – KAMINKER – MORELLO y legislados en algunos códigos procesales provinciales) apuntan claramente a solucionarlo”⁷⁰. “[P]ara ese entendimiento –agrega– el ‘monitorio’ procede en los casos de pretensiones ejecutivas, desalojos, entrega de cosas, entrega efectiva de herencia, pacto comisorio, escrituración forzada, división de condominio, etcétera, obrantes en ‘documentos auténticos’, ‘instrumentos públicos’ o ‘reconocidos notarial o judicialmente’”⁷¹.

⁶⁹ *Ibíd.*, p. 584.

⁷⁰ MEROI, ANDREA A., *El procedimiento monitorio y la propuesta de “Justicia 2020”*, en Jorge A. Rojas (Coordinador), “Análisis de las bases para la reforma procesal civil y comercial”, Rubinzal-Culzoni.

⁷¹ *Ibíd.*

Las notas distintivas de este *proceso de estructura monitoria* son las siguientes: si el juez entiende que la demanda cumple los requisitos, en lugar de intimar el pago al deudor, como acontece en el juicio ejecutivo tradicional, dicta directamente – *inaudita altera parte*– la sentencia de remate. Notificado el deudor de dicha *sentencia*, cuenta con un plazo para oponer excepciones y, en caso de que así lo haga, se abre una etapa de conocimiento limitado que obsta a la ejecución de aquélla. Por el contrario, si el deudor no opone excepciones, la sentencia adquiere firmeza.

Sobre ese modelo, se ha sostenido:

“Ciertamente, esta modalidad no se corresponde con el procedimiento monitorio europeo que tanta admiración provoca por sus rotundas estadísticas. Como bien analiza Pérez Ragone, en todos estos casos se ha incurrido en el ‘error’ de confundir (o, peor, identificar) el monitorio con los procesos de ejecución: ‘4. El proceso monitorio no es un ‘proceso de ejecución’ ni se confunde o debe confundirse con éste. Es un proceso especial fuera de los procesos de ejecución. Pertenece más bien a una faz cognitiva (proceso especial) y no ejecutiva. 5. El objetivo de las formas monitorias es acceder a un título ejecutivo judicial en favor del requirente que permita la apertura de la ejecución. Similar al proceso de conocimiento ordinario se hace valer una pretensión de contenido condenatorio para obtener un título ejecutivo judicial. El monitorio es la puerta de la ejecución, no la ejecución misma”⁷².

4. Según el Anteproyecto, el “proceso monitorio podrá utilizarse para reclamar y procesar cualquier tipo de pretensión que contenga una obligación líquida o fácilmente liquidable, cierta, exigible y no condicionada” (art. 548, 1º párr.). “Entre otros supuestos, se aplicará a controversias que versen sobre: a) Obligación de dar o restituir bienes, cosas o valores ciertos y determinados; b) 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 Ley de Contrato de Trabajo; o, restitución de cuota sindical; c) División de condominio; d) Obligación personal de otorgar escritura pública, transferencias o cancelaciones de prendas e hipotecas; e) Ejecución de hipotecas, prendas, títulos de valores, comerciales, fiscales o de cualquier otro legalmente reconocido o creado, con excepción de la sentencia judicial; f) Cesación de vías de hechos o contra actos arbitrarios o manifiestamente ilegítimos, de particulares o autoridad pública, que restrinjan, amenacen o lesionen derechos o garantías fundamentales en los términos de los artículos 54 y 111 de la Constitución provincial,

⁷² MEROI, *El procedimiento monitorio...*, con cita de PÉREZ RAGONE, ÁLVARO J., *Consideraciones en torno al proceso monitorio. Utilidad y funcionamiento de la estructura y técnica monitoria*, Ponencia al Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza, 2005, p. 23.

mandamientos de prohibición o ejecución de conformidad con lo previsto en los artículos 58 y 59 de la Carta Magna provincial y exigibilidad de derechos fundamentales. Sin perjuicio de lo que pidan las partes en contrario y que fuera materia de gestión del caso” (art. 548).

De otras disposiciones del Anteproyecto surge que también pueden tramitarse por el procedimiento monitorio: a) Las pretensiones posesorias y reales, si se optare por ese procedimiento (art. 542 *in fine*); b) La pretensión de desalojo en los supuestos del art. 543; c) Las pretensiones basadas en relaciones de consumo, si el juez considera que no existen cláusulas abusivas (art. 552); d) Las pretensiones de exclusión de tutela sindical (art. 650), de reinstalación y modificación de las condiciones de trabajo (art. 651) y las que a título enunciativo menciona el art. 652; e) Las pretensiones monitorias vinculadas al derecho de familia (art. 654, inciso k) y, en particular, de fijación y cobro de alimentos (art. 670), de violencia familiar y de género (art. 699) y de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes, cuando sea “un caso de ilicitud o pretensión fehaciente” (art. 713).

5. Para demandar por la vía monitoria, se exige que “la obligación respectiva se acredite de alguna de las siguientes formas: a) Mediante documentos, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentren, que aparezcan firmados por el deudor o con su sello, impronta o marca o con cualquier otra señal, física o electrónica, proveniente del deudor; b) Mediante facturas, certificaciones, telegramas o cualquier otro documento que, aun unilateralmente creados por el acreedor, sean de aquellos que habitualmente documentan los créditos y deudas en consonancia con la relación existente entre acreedor y deudor; c) Mediante el contrato respectivo, los recibos periódicos de pago y/o cualquier otro documento idóneo vinculado” (art. 549). Se establece, además, que en los casos vinculados a violaciones manifiestamente arbitrarias o ilegítimas de derechos fundamentales, *bastará con la manifestación juramentada* del peticionario (art. 549, último párr.).

6. No estamos de acuerdo con que este procedimiento pueda ser utilizado para la extensa y variada gama de pretensiones que se prevén. El monitorio es adecuado y práctico para la protección rápida y eficaz de créditos dinerarios, líquidos y exigibles, respecto de los cuales la experiencia de los países europeos ha mostrado buenos resultados. Es el caso, por ejemplo, de los créditos provenientes de trabajos prestados por profesionales y por medianos y pequeños empresarios: servicios médicos, informáticos, de arquitectos, trabajos realizados por albañiles, plomeros, mecánicos, etc., que suelen tener la particularidad de que, o son cancelados ante el mero requerimiento de pago o no se formula oposición, supuesto este último que

permite al acreedor obtener rápidamente la formación de un título ejecutivo que servirá de base a la futura ejecución forzada⁷³.

En lo que respecta a las pretensiones de *división de condominio*, de *desalojo* (por vencimiento del plazo o falta de pago, cuando se invoque un comodato precario o se funde en la denuncia de una ocupación por usurpación del inmueble) y de *dar o restituir bienes, cosas o valores ciertos y determinados*, la aplicación del procedimiento monitorio no es aconsejable, entre otras razones, por las dificultades que ha de generar –para el requerido– el cumplimiento de la *sentencia monitoria* en el breve plazo que ésta fije, y también por la complejidad que involucrará, en su caso, la determinación de si el pago cumple los requisitos de identidad e integridad, sumado a ello que con ese trámite pueden resultar vulnerados derechos fundamentales. Con mayor razón debe desecharse en los casos en que estén directamente involucradas las *garantías expresamente reconocidas por la Constitución provincial* (art. 584, inciso f), o cuando la pretensión se base en *relaciones de consumo* o persiga la *restitución internacional de niñas, niños y adolescentes*.

Adviértase que, ni siquiera en aquellos ordenamientos que han optado por un procedimiento monitorio puro, en el que la simple oposición hace caer sin más el requerimiento de pago, se habilita esa vía para otro tipo de pretensiones que no sean las dinerarias. Con mayor razón, en un procedimiento monitorio como el que regula el Anteproyecto, que exige que la *oposición fundada del deudor* se haga valer en un plazo absolutamente exiguo (véase el art. 537, al que remite el art. 554⁷⁴) y a través de una verdadera demanda iniciadora de un juicio declarativo.

7. El diseño adoptado produce la inversión de la posición procesal de las partes respecto de su posición sustancial: el sujeto pasivo de la pretensión monitoria (supuesto deudor) se convierte procesalmente en actor en el juicio de oposición, en tanto que el sujeto activo de aquélla (pretense acreedor), se convierte a su vez en demandado⁷⁵. Con esa inversión, no sólo se impide o dificulta la defensa del requeri-

⁷³ Véase MONTERO AROCA, JUAN et al., *Derecho jurisdiccional II Proceso civil*, Valencia, 2016, tirant lo Blanch, 24ª ed., p. 822.

⁷⁴ La disposición del art. 537, que forma parte de las *Disposiciones generales del Proceso simple*, en su primer inciso establece que “a) Todos los plazos serán de tres (3) días, con excepción de la contestación de demanda que será de cinco (5) días y de aquellos plazos que específicamente se contemple para determinado actos en el proceso regulado en este Título”. De su interpretación literal surge que el plazo para deducir oposición es de tres días, dado que –técnicamente hablando– deducir oposición a la sentencia monitoria no es lo mismo que contestar la demanda. En cualquier caso, aunque una interpretación *a fortiori* conduzca a aplicar el plazo de cinco días, éste seguiría siendo igualmente insuficiente.

⁷⁵ REDENTI - VELLANI, op.cit., p. 594.

do, sino que además se recarga el trabajo de los tribunales, habida cuenta de la mayor complejidad que conllevan las pretensiones meramente declarativas negativas, a lo que debe sumarse la confusión que suele provocar esa inversión de roles procesales en lo que respecta a la interpretación de la distribución de la carga de la prueba entre las partes⁷⁶.

Además de las pesadas cargas que se le imponen al requerido para oponerse a la sentencia monitoria, el art. 557 establece una limitación probatoria (la prueba para fundar la oposición no puede limitarse, en ninguno de los supuestos, exclusivamente a la declaración de testigos) y se lo amenaza también con imponerle una multa equivalente al treinta por ciento (30%) del monto de la condena monitoria en el caso de que la oposición sea rechazada *in limine* o se declare infundada (art. 556).

8. Debe tenerse en cuenta también que el Anteproyecto –a diferencia de lo que disponen los códigos de las provincias argentinas que regulan el procedimiento monitorio– no exige como requisito de admisibilidad la presentación de *documentos auténticos*. Es más, en algunos supuestos ni siquiera exige que el documento esté firmado por el deudor. Y en los casos de violaciones manifiestamente arbitrarias o ilegítimas de derechos fundamentales, basta con la *manifestación juramentada* del peticionario (art. 549, último párrafo).

Por eso mismo, nos parece también objetable que, junto con la pretensión monitoria, el solicitante pueda “requerir la medida cautelar que estime pertinente para garantizar la realización de la pretensión monitoria entablada” (art. 550), sin que se le exija prestar contracautela.

9. No estamos de acuerdo con los modos de notificación que establece el primer párrafo del art. 553. Dado que están en juego garantías constitucionales de primer orden, la notificación al requerido *por cédula, acta notarial o por cualquiera de los medios fehacientes equivalentes*, sin ningún requisito adicional, no resulta adecuada. Con mayor razón debe desecharse la notificación *por medios masivos, redes o edictos* que autoriza el segundo párrafo del art. 553 para el caso de que el requirente no conozca el domicilio actual del requerido, ni pueda acreditar un último domicilio conocido (art. 251). Por el contrario, es menester poner especial énfasis en la

⁷⁶ Aunque no siempre se lo entiende así, se deberían aplicar las reglas ordinarias de distribución de la carga de la prueba, teniendo en cuenta la posición sustancial de las partes. Véase REDENTI – VELLANI, op.cit., pp. 596-597. Picó i Junoy, Joan, *El proceso monitorio una visión española y europea de la tutela rápida del crédito*, en: <https://es.scribd.com/document/283133974/JoanPicoIJunoy>.

notificación *personal* o con estrictos recaudos que maximicen el conocimiento efectivo del requerimiento de pago⁷⁷.

La *efectiva notificación al requerido* es la columna vertebral del sistema. El conocimiento efectivo es “un elemento decisivo para la constitucionalidad misma — además del buen funcionamiento— del procedimiento monitorio. De lo contrario, nos encontraríamos frente a una ilegítima condena de quien no se puede demostrar que haya tenido el más mínimo conocimiento de que una resolución judicial se dictó en su contra”⁷⁸.

El requerido no sólo debería tomar efectivo conocimiento de la intimación de pago, sino que además debería ser informado de las severas consecuencias que provoca la falta de oposición. En un procedimiento monitorio puro esas consecuencias desfavorables pueden ser evitadas mediante la presentación por el requerido de una simple oposición, incluso a través de un formulario que (en algunos sistemas) el requirente debe adjuntar a la notificación. En cambio, en un modelo como el que sigue el Anteproyecto, que impone al requerido la *pesada carga* de proponer en un brevísimo plazo (tres o cinco días, según se interprete el art. 537, al que remite el art. 554) una demanda iniciadora de un juicio declarativo, que debe tramitar por la vía del *proceso simple* e ir acompañada de toda la prueba, el derecho de defensa del requerido se pone en grave riesgo. Piénsese que en ese breve plazo deberá conseguir un abogado que lo defienda y éste a su vez proponer en lo que quede de ese breve plazo la demanda de oposición.

⁷⁷ MEROI, ANDREA A., *Procedimiento monitorio*, cit.

⁷⁸ *Ibíd.*

6. CONCLUSIONES

A base de todo lo expuesto, concluimos en que el Proyecto:

1. es legalmente asistémico con el ordenamiento procesal penal vigente en la Provincia, toda vez que ostenta una filosofía claramente inquisitiva;
2. es inconstitucional, por no respetar el claro contenido del sintagma *debido* proceso ínsito en el derecho de todo ciudadano de poder ejercer, llegado el caso, de una defensa inviolable pues impone:
 - a. el deber de colaboración incompatible con la esencia misma del proceso, que es lucha. Pacífica, pero lucha al fin;
 - b. el deber judicial de probar de oficio;
 - c. normas que impiden el constante mantenimiento de la igualdad de las partes procesales
3. es autoritario al extremo, pues empodera notablemente a los jueces al imponerles deberes de actuación oficiosa respecto de partes y abogados aun en asuntos de naturaleza transigible.
4. desconoce la esencia misma de la función abogadil, al considerar implícitamente que el profesional es la causa de los males del proceso y sujetarlo a toda suerte de sanciones y convertirlo en mero tramitador ante difusa oficina que le impide acceso directo a un juez.

Es cuanto podemos dictaminar en el tiempo asignado al efecto.

ADOLFO ALVARADO VELLOSO

EDUARDO TERRAZA – TRISTÁN GARCÍA MONTAÑO – GUSTAVO ACOSTA

5 de julio de 2019