



# Procesal Civil

## **Enfoque General Introdutorio**

1. ¿Qué es verdaderamente un principio procesal?
2. ¿Cuál es su utilidad?
3. ¿En la actualidad, debe hablarse de un ocaso o de una nueva fortaleza de los principios procesales?
4. Jerarquía relativa y conflictos entre principios procesales.
5. Los principios procesales con raíces constitucionales y convencionales.
6. Principios procesales consignados en las últimas leyes procesales argentinas.
7. ¿Cuál es la importancia de incorporar los principios procesales a la legislación?
8. La flexibilización de los principios procesales.

## **Enfoques particulares. Nuevos principios y nuevas derivaciones de los tradicionales**

1. El principio de tutela judicial efectiva. Real dimensión.
2. La proscripción de formas abusivas del campo del proceso civil.
  - 2.1. La reiteración de conductas abusivas, homogéneas o heterogéneas.
  - 2.2. La recusación sistemática o maliciosa.
  - 2.3. El llamado recurso ad infinitum.
3. El funcionamiento del iura novit curia en materia procesal civil.
  - 3.1. La reconducción de postulaciones y trámites. Condiciones y límites.
  - 3.2. El denominado recurso indiferente.
4. El concepto de bilateralidad de la audiencia y los procesos urgentes.
5. El principio de legalidad y los límites a la interpretación judicial.
6. El principio de congruencia y su posible adecuación en el seno de procesos con particularidades señaladas (debates que involucran los derechos de consumidores o usuarios, procesos ambientales o aquellos donde se han postulado tutelas preventivas).



# Procesal Civil

7. El principio de igualdad procesal y la Justicia de acompañamiento o de protección de la parte más débil
8. El principio de debida fundamentación de las decisiones judiciales y los principios de razonabilidad y de proporcionalidad.
9. El principio de cooperación procesal.
10. Principio de economía procesal. Su derivación: máximo rendimiento.
11. La oralidad en la hora actual: nuevas formas de intermediación procesal.
  - 11.1. La filmación de audiencias.
  - 11.2. La video conferencia como recurso para simplificar y abaratar trámites.



# Procesal Civil

PONENCIA GENERAL  
COMISION DE PROCESAL CIVIL  
Enfoque general y particular

por **Sergio J. BARBERIO** y **Juan A. COSTANTINO** <sup>1</sup>

## Enfoque general introductorio:

### 1. ¿Qué es verdaderamente un principio procesal?

*Retroceder hasta los principios,  
para avanzar hacia la justicia.*

La expresión que utilizamos de copete pretende anunciar la necesidad de reparar en los principios procesales. A los fines de conseguir el mejor diseño de un Proceso Justo es preciso volver hacia atrás, repasar y reforzar los cimientos del proceso, reeditar la preocupación por las bases que ya no son abstracciones de mera teoría, pues se erigen en pilares operativos de tutela.

Difícilmente podamos dar una respuesta certera al primer interrogante con que se inicia el temario. Casi diríamos que hay tantas definiciones de principio procesal como autores que se han ocupado de su estudio.

Pero comencemos con otra pregunta, que nos dará una visión sobre el escenario que transitan hoy los principios procesales. Qué es lo que

---

<sup>1</sup> Temas desarrollados por Sergio J. BARBERIO: Enfoque general: **1, 2, 5** y **6**. Enfoque particular: **2 - 2.1 - 2.2 - 2.3 - 3 - 3.1 - 4 - 9** y **10**. Temas desarrollados por Juan A. COSTANTINO: Enfoque general: **3, 4, 7** y **8**. Enfoque particular: **1- 3.2 - 5- 6 - 7- 8 - 11 - 11.1** y **11.2**, conforme la numeración del temario del Congreso.



## Procesal Civil

ocurre o lo que ha ocurrido (dentro y fuera del proceso) para que haya un renovado interés o un cierto reverdecir de los principios procesales?

La realidad transitada en las últimas décadas ha llevado el lastre de un severo aumento de controversias; incremento de la tardanza en la prestación de la tutela; mayor inaccesibilidad a la jurisdicción; encarecimiento de los costos procesales; burocratización del servicio; regulaciones procesales de antaño, austeras e impotentes para dar respuesta a los nuevos requerimientos; exceso ritual; abuso del proceso; inmovilismo de los operadores, entre tantas otras deudas.

Por el mismo carril, pero en sentido contrario, aparecen controversias que exceden el interés de partes singulares o derechos individuales (asoman intereses colectivos), nuevas legitimaciones, el proceso -o el conflicto- se ha hecho más complejo, las probanzas requieren de una científicidad antes inimaginada, ingresa la cultura digital, la salud como empresa, todo se globaliza; surgen también nuevos requerimientos y nacen otros paradigmas o prototipos como los procesos de protección o acompañamiento, intereses difusos, intereses de incidencia colectiva e individuales homogéneos, las tutelas preventivas, procesos urgentes y tutelas diferenciadas que reclaman una justicia temprana, satisfacción in natura, aquí y ahora, y ponen en crisis a las estructuras procesales ortodoxas; en fin, de una buena vez, se apunta la mira hacia la “tutela efectiva” de los derechos. También, se suma el cada vez mayor consenso internacional (que se refleja en Pactos, Convenciones y reformas constitucionales) por promover y establecer concretas y operativas garantías de los derechos humanos esenciales, consagrando “principios” que disciplinen los procedimientos hacia su efectiva defensa y disfrute.

Todo lo cual, si bien se mira, ha incidido en los principios procesales de la siguiente manera:

a) Se produjo un deslizamiento de los principios procesales y un cambio posicional de los principios entre sí, que alteró la grada jerárquica donde se situaban. La ubicación piramidal, en ciertos tramos, se presenta móvil.

Adquieren así protagonismo ciertos principios procesales que, hasta hoy, estuvieron en penumbra. Por su parte, a contrapelo de aquello, algunos



## Procesal Civil

principios que hasta hace poco tiempo permanecían intocados, ceden a una flexibilización que les quita el carácter de absolutos que ostentaban.

Presenciamos entonces, por ejemplo, cómo la sacrosanta cosa juzgada capitula ante el absurdo, la injusticia notoria o la verdad jurídica objetiva. Las nuevas pruebas científicas, al tiempo del interés superior del niño o del derecho a la identidad, ponen en jaque decisiones canceladas. Los principios de bilateralidad, congruencia y preclusión se flexibilizan y aggiornan a las necesidades concretas del conflicto (tutelas diferenciadas y urgentes). La intermediación se bifurca o se comparte interdisciplinariamente en los procesos de familia, violencia o relativos a menores e incapaces. Hay un mayor protagonismo -con implicancias en las decisiones judiciales- del principio de moralidad o buena fe (cargas dinámicas, valoración de la conducta, saneamiento).

Pero además, corolario de aquellos requerimientos que esbozamos como escenario, nacen *nuevos principios*. Inmediatamente se podrá debatir sobre si se trata de nuevos principios o, en rigor, de nuevas derivaciones o miradas optimizantes de principios ya existentes.<sup>2</sup> Pues bien, auténticos o consecuenciales, como fuere, entran a escena los principios favor processum, máximo rendimiento, proscripción del abuso de las formas, proporcionalidad, contextualidad, cooperación (como deber concreto, no una aspiración), clare loqui, oportunidad, y otros tantos que serán motivo de tratamiento en las respectivas comisiones de este evento.

Por último, aunque principalmente, cabe destacar la jerarquía adquirida y las repercusiones que trae el principio de la “tutela efectiva”.

**b)** La otra incidencia a que nos referíamos, se da en que los principios procesales se han convertido -no todos, claro- en normas de aplicación directa, en herramientas operativas que permiten resolver derechamente el conflicto. A la par de su mayor contenido axiológico (Justicia), se aplican con un sentido eminentemente práctico.<sup>3</sup>

Un rápido muestreo jurisprudencial indica numerosos supuestos en que la decisión jurisdiccional se apoya o fundamenta exclusivamente en uno o varios principios procesales.

<sup>2</sup> Relata el escritor mexicano, Juan Villoro, que lo nuevo existe en serie: es la última parte de una secuencia, requiere de algo que lo anteceda. (La Nación, adn cultura, octubre 2009).

<sup>3</sup> Ver nuestro punto 2.Cuál es su utilidad?



## Procesal Civil

Hecha la digresión, vayamos ahora al concreto interrogante que formula el primer punto del temario.

Como hemos dicho, la doctrina no ha tenido un lenguaje uniforme a la hora de especificar un concepto y clasificar los principios procesales. Sin perjuicio de pasar revista rápidamente a las distintas posturas al respecto, podemos anticipar que las diferencias doctrinarias, en nuestra opinión, residen principalmente en la catalogación del principio, su mayor o menor jerarquía y hasta en su denominación; pero no hay marcadas diferencias en el “sentido” de los principios procesales. Como sistema, garantía o principio, éstos se expresan generalmente como el norte, la idea aceptada y la luz que guía el camino por donde ha de transitar en proceso.

En la doctrina<sup>4</sup> se ha expresado que los principios procesales expresan valoraciones de la respectiva comunidad y, por lo tanto, deben interpretarse con sentido armónico a las necesidades propias del tiempo y del lugar en que han de aplicarse (Palacio). Son reglas básicas sin las cuales no hay debido proceso (Arazi). Constituyen las líneas directrices sobre las que se estructura un ordenamiento procesal (Podetti). Presupuestos de la política que condicionan y determinan un ordenamiento procesal dado (Diaz). Los principios son construcciones normativas jurídicas de índole subsidiario, producto de la más cuidadosa decantación técnica-sistemática de las normas que regulan un proceso dado; no excluyentes, en general de sus antítesis lógicas o de las consecuencias de éstas; que contribuyen a integrar los vacíos que presente la regulación normativa donde ven la luz; pero cuya primera misión es la de servir de faro para el intérprete, sea juez, legislador o tratadista, no equivoque el camino y olvide que toda solución procedimental propuesta debe armonizar con ella, so pena de introducir la incoherencia allí donde resulta más nefasta, es decir en el ámbito del proceso (Peyrano). Más recientemente, se diseña el cuadro a partir de los “Sistemas” (Falcón) o desde la concepción de “garantías” que presiden a distintos principios y éstos a reglas (Gozáñi). Una parcela autoral (mayoritaria) es coincidente en que los principios procesales surgen de cada

---

<sup>4</sup> Solo en este sector de la ponencia, a fin de aligerar la lectura, atento la profusión de autores -cuya obra es ampliamente conocida- no indicaremos la cita bibliográfica de cada uno.



## Procesal Civil

cuerpo legislativo en particular y se estructuran conforme las necesidades del tiempo y lugar. Otra visión, iusnaturalista, ubicaría los principios positivos -como los anteriores- nacionales o supranacionales por un lado y, por otro, los principios metapositivos superiores a todos ellos que surgen de valores supremos de justicia natural (Vigo).

A la hora de seccionar los principios para su estudio particular, algunos autores dividen las aguas en “principios inherentes al proceso” y “principios que rigen el procedimiento”; otros prefieren separar los “principios relativos al proceso en sí”, de los “principios que regulan la actividad de las partes y el juez”. También encontraremos quienes organizan el cuadro desde los “sistemas procesales”, dentro de los cuales ubican los distintos principios. Por lo general, se gira en torno a considerar a ciertos principios como “esenciales e invariables” y a acompañarlos por otros “de vigencia o protagonismo relativo” que tienen mayor fluctuación según las circunstancias históricas, políticas y legislativas que correspondan al ordenamiento en estudio.

Todas las apreciaciones son válidas, pues quizá dependa del lugar desde el que se mire a los principios. En algunos casos podemos decir que hay principios que funcionan además como garantías, dentro de un sistema de justicia; en otros casos, esos mismos principios -u otros- llegan a constituirse en presupuestos, tanto de un proceso válido como, asimismo, de un proceso Justo.

Esta circunstancia de un distinto atalaya desde el que se aprecian los principios, quizá se vea reflejada en la variada enumeración que la doctrina ha hecho de los mismos. Chiovenda dedica tratamiento a solo dos principios: el de economía y el de igualdad. Rocco, lleva la enumeración a cinco: igualdad, economía, disposición, unidad y formalismo; mientras que Wynnes Millar eleva a ocho el catálogo: bilateralidad, presentación por las partes, impulso, orden consecutivo, prueba formal, oralidad, intermediación y publicidad. En la doctrina nacional, Clemente Díaz se ocupa del análisis de los principios de bilateralidad, formalismo, autoridad, economía y moralidad. Palacio enumera los principios dispositivo, contradicción, escritura y oralidad, publicidad, preclusión, adquisición, economía, legalidad e instrumentalidad de las formas. Peyrano, en su obra específica sobre el



# Procesal Civil

tema, da tratamiento a los principios dispositivo-inquisitivo, autoridad, contradicción, moralidad, economía, intermediación, escritura y oralidad, publicidad-secreto y adquisición

En nuestra opinión, resulta conveniente mantener el lenguaje relativo a “principios” procesales por cuanto, además de ser la terminología que tradicional y generalmente se ha utilizado, brinda claramente la “idea” que sintetiza y trasunta su significado.

De manera tal, que los principios procesales son todos directrices, formadores, vigas maestras o guía indeclinable. Pero, al igual que las normas jurídicas, las garantías u otras figuras, tienen un orden de importancia o jerarquía, operan como presupuestos de existencia o de eficacia, se retroalimentan entre sí y desde el plano inferior van ascendiendo en la grada hasta los principalísimos que, asimismo, ofician de *predisponentes* hacia la existencia o funcionamiento de los otros.

En ese trance hemos señalado, como punto de partida, un orden de principios sobre la base inicial de ciertas cuestiones inherentes o esenciales al Proceso Justo, que apuntaladas luego por otras directrices (en casos, directa derivación de aquellos) serán el diseño particular de una orientación constitucional, legislativa o de regla más marcada.<sup>5</sup>

Así, los **Principios Esenciales** transitan por el reconocimiento de: **1) Existencia de un tercero dirimente extra-partes:** La figura de un Juez imparcial e imparcial, constituye un elemento ingénito de todo proceso y en ello se apoya la garantía de que a cada uno se dé lo suyo. Este principio es inmanente a la idea de un proceso justo y se erige en una cualidad insoslayable del proceso jurisdiccional. **2) Bilateralidad o contradicción:** La contienda entre dos sujetos no es concebible sin la participación de ambos. La aludida participación está dada en conferirle oportunidad a cada uno de ser oído y controvertir, sin perjuicio de la regulación específica en cuanto al momento u ocasión procesal de ejercerla. Tal miramiento, además de constituir un natural e inalienable derecho del justiciable, representa un mandato constitucional (art.18 CN). **3) Libre acceso e igualdad:** La igualdad

<sup>5</sup> BARBERIO Sergio-GARCIA SOLA Marcela, “*Principios generales del Proceso Civil. Diseño clásico y mirada actual*”, en la obra colectiva Principios Procesales, ed. Rubinzal Culzoni, en prensa. Id. en [www.elateneo.org](http://www.elateneo.org)





## Procesal Civil

ante la ley y la igualdad de tratamiento (art.16 y 75 inc.22 CN), aplicable a cualquier ordenamiento que se precie de Justo, requiere predisponer insoslayablemente de un proceso jurisdiccional al que cualquier justiciable, cualquiera sea su condición, pueda libremente acceder y pretender, con todas las prerrogativas, al mismo e igualitario servicio de justicia que su eventual contradictor. <sup>6</sup> **4) Finiquito del proceso:** El proceso no es mero recorrido, se ha ideado para obtener un finiquito y debe concluir, sin perdurar en una vigencia sine die. La resolución que le ponga fin no puede obviarse, y por lo demás será fundada en orden a asegurar la satisfacción de los derechos e intereses legítimos que se han hecho valer.

Podría afirmarse que los anteriores cuatro “principios esenciales”, constituyen elementales razones de nivel metapositivo que exige un orden natural de Proceso Justo.

Y si acaso realizamos una disgresión comparativa, o parabólica, con lo que clásicamente se ha ubicado como trinomio elemental, según el cual “la determinación de los conceptos de **Jurisdicción, Acción y Proceso** constituye la base fundamental, la piedra angular o, si se quiere, los primeros principios en que se apoya nuestra ciencia”<sup>7</sup>, no podremos ocultar la estrecha relación que tienen aquéllos principios procesales esenciales con el aludido trinomio. Pues, si bien se mira, la **jurisdicción** debe ubicarse en cabeza de un tercero extra partes (imparcial e imparcial) que, ante el ejercicio de la **acción**, actúa como consecuencia del reclamo de tutela (igualitaria) que postula un justiciable con derecho al acceso jurisdiccional, cualquiera sea su condición, y que se desarrollará en un **proceso** donde ambas partes puedan contradecir y proponer (bilateralidad, contradicción), solventándose así el conflicto tutelar con el finiquito del proceso en un plazo razonable y de manera definitiva.

Ahora bien, para que los anteriores postulados esenciales se desarrollen en armonía, es necesario que el proceso cumpla y se integre con las directrices de otros principios procesales que pueden denominarse reguladores y que desarrollan en sus pormenores a los esenciales, a veces

<sup>6</sup> “La ley... é reluze cuemo el sol, defendiendo a todos” (Lib.I, Tít.II, Fuero Juzgo).

<sup>7</sup> CARLOS Eduardo B., *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, Ed. Jurídica Panamericana, Santa Fe 2005, reedic., pág. 125.; en el mismo sentido: PODETTI J. Ramiro, *Teoría y Técnica del Proceso Civil (Ensayo de una sistemática del Derecho Procesal Argentino)*, Ed. Ideas, Bs.As., pág.65.



## Procesal Civil

atenuándolos o adaptándolos y aggiornándolos a los requerimientos de la hora. Estos principios reguladores forman bloques de principios-madre, sub-principios y consecuenciales, cuya presencia o intensidad es variable según las circunstancias históricas, políticas y sociales en que se enmarca la legislación y el contexto, dando ritmo, singularidad y eficacia al proceso, ya antes diseñado en su estructura medular por los principios esenciales que lo constituyen como tal .

Reconocemos que, en la actualidad, podría -o debería- agregarse a dichas bases esenciales al principio de la “Tutela Efectiva” que, incluso, prestigiosas voces ubican como el punto más alto de la escala valorativa (Berizonce). Sin embargo, sin aquellos postulados o principios esenciales, no hay proceso; y sin proceso no tenemos escenario donde situar a la tutela efectiva.

De modo que, aun admitiendo que la “tutela efectiva” sea la máxima aspiración en la satisfacción de los derechos -y lo es-, ubicándola en la cúspide, deberá igualmente hermanarse con aquéllos principios esenciales para que haya un debido proceso, predisponente, en el que pueda realizarse la magnánima satisfacción efectiva de tutela.

Por último, para intentar graficar lo que representan los principios procesales; o al menos dar un puntapié inicial hacia lo que se debatirá en este encuentro científico, elegimos un pasaje de novela:

En la obra de Italo Calvino, *Las ciudades invisibles*, cuya trama transita el encargo que hizo el emperador tártaro Kublai Kan para inventariar las ciudades bajo su dominio, se ubica un diálogo entre Marco Polo y Kublai Kan:

*-Marco Polo le describe un puente a Kublai Kan, y lo hace detalladamente piedra por piedra.*

*Entonces Kublai Kan lo interrumpe:*

*- Pero, cuál es la piedra que sostiene el puente ?*

*-Marco Polo responde: El puente no está sostenido por una sola piedra, es la línea del arco que ellas forman lo que sostiene el puente.*



# Procesal Civil

- *Kublai Kan increpó: Si lo único importante es el arco, por qué me hablas entonces de las piedras ?*

- *Porque sin piedras, no hay arco. - respondió Marco Polo -*

De donde: Si equiparamos el puente con el camino que hay que atravesar hacia la Justicia, el proceso Justo es el arco que lo sostiene. Los principios procesales esenciales, son las piedras que forman la línea del arco.

**Sin piedras no hay arco, sin arco no hay puente. Sin principios procesales esenciales no hay proceso Justo; y sin proceso Justo, no hay modo de acceder a la Justicia.**

De eso se trata, modestamente, cuando hablamos de principios procesales.

## 2. ¿Cuál es su utilidad?

En la utilidad de los principios procesales, ubicaremos -quizá- una mejor respuesta al interrogante desarrollado en el acápite anterior. Porque, precisamente, en la función y utilidad de los principios es donde hay un mayor concierto en la doctrina. Y más aún, bien podríamos ensayar que a partir de la utilidad y provecho de los principios, se justifica y edifica todo su estudio pues, en definitiva, cualquiera sea la denominación que otorguemos (principio, sistema o garantía) no caben dudas sobre la imprescindible y fructífera misión que cumplen.

Con motivo de aquél *renovado interés* en los principios, a que nos referimos en acápite anterior, nos permitimos dividir la utilidad de los principios en dos grandes grupos. Así, por un lado ubicaremos una utilidad “clásica”, ampliamente conocida y, por otro lado, destacaremos una “pujante” y revivida utilidad.

**Manifestaciones clásicas de utilidad:** En otra ocasión, nos referíamos a los aspectos utilitarios como las *funciones* de los principios



# Procesal Civil

procesales<sup>8</sup> que, desde un análisis paralelo, son predicables también en razón de su utilidad.

Reseñamos ahora que los principios procesales resultan de insoslayable rendimiento para:

**A)** Explicar y justificar el sentido de un ordenamiento procesal, otorgándole una impronta que lo presenta como un conjunto armónico y dotado de sentido, no caótico ni estructurado al azar.

**B)** Facilitar el estudio comparativo de los distintos ordenamientos procesales, porque su examen permite ubicar o encasillar a un cuerpo legislativo dentro de un sistema procesal dado. En alusión a esta función que cumplen los principios procesales, señala Chiovenda que los procesos de las diferentes épocas y aún los distintos procesos de una misma época y de un mismo lugar, se distinguen entre sí por la diversidad de los principios que los informan.<sup>9</sup> El aserto, sin embargo, puede adquirir cierta relatividad en la actualidad a poco que se repare en aquellas coincidencias jurídicas básicas (principios esenciales) en las que confluyen la mayor parte de los ordenamientos procesales modernos como, por ejemplo, las elementales garantías hacia la satisfacción de los derechos fundamentales.

**C)** Ofrecer criterios ponderativos ante la colisión de derechos o entre normas de igual jerarquía.

**D)** Justificar e identificar la razón de ser, o el por qué, de determinadas instituciones procesales.

**E)** Actuando los principios como informadores del ordenamiento, permiten enriquecer la labor del intérprete para descifrar el alcance o sentido de una disposición legal ambigua, oscura o compleja, obteniéndose un criterio valorativo válido y que ilumine la tarea *interpretativa*.

Tal labor interpretativa se presenta necesaria y reiterada en los tiempos que corren, pues asistimos a una creciente e incesante sumatoria de leyes (que se ha dado en llamar inflación legislativa), además dispersas y muchas veces contradictorias e inarticuladas con otras normas del ordenamiento vigente, todo lo cual da pábulo a numerosos supuestos de

---

<sup>8</sup> BARBERIO Sergio-GARCIA SOLA Marcela, “*Los principios del proceso civil. Diseño clásico y mirada actual*”, en la obra colectiva “Principios Procesales” ed. Rubinzal-Culzoni, en prensa; Idem en [www.elateneo.org](http://www.elateneo.org)

<sup>9</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, edición esp. 1922



## Procesal Civil

ambigüedad u oscuridad que cabrá al Juez desentrañar. No es menos cierto que las deficiencias de técnica legislativa coadyuvan también hacia la opacidad de la norma. Sobre esto último, destaca De Oliveira, que los significados expresados en el lenguaje jurídico, son habitualmente ambiguos y opinables..., de ahí la necesidad permanente de contextualizarlos para poder extraer la decisión justa y adecuada al caso concreto, *especialmente con la ayuda de los principios*.<sup>10</sup>

**F)** Oficiar como inapreciable herramienta de *integración normativa* ante los supuestos no previstos por norma alguna (lagunas). Se erigen así los principios, a la par de otros recursos como la costumbre o la analogía, en un derecho supletorio que amplía notablemente la capacidad de respuesta del ordenamiento jurídico y, en especial, del poder jurisdiccional. Aquí reside, hoy por hoy, una de las ventajas más lucrativas de este actual reverdecer de los principios procesales. Pues en el escenario actual de un mundo globalizado y complejo, que transita lo que se ha denominado como aceleración de la historia, invadido de una fuerza tecnológica arrolladora y con creciente aparición de nuevos paradigmas, resulta harto frecuente -sino cotidiano- que el derecho regulado carezca de todas las respuestas, se presente insuficiente y padezca de lagunas. Allí entonces, adquieren protagonismo los principios procesales como valiosos instrumentos de integración.

**G)** Actuar como un *cartapacio guía* para la tarea del legislador. Cualquier pretendida reforma en el ordenamiento procesal que no repare en los principios que lo cimentan, constituiría un desacierto, una irrupción inorgánica en el sistema vigente, con riesgos de contradicción normativa e incoherencia sistémica. Desde antaño se ha sostenido que los principios sirven de base previa y fundamental para estructurar las leyes procesales.<sup>11</sup> Y también últimamente se ha insistido en la inconveniencia de insertar institutos ajenos al sistema de enjuiciamiento vigente o hacer retoques asistemáticos que dificultan la tarea de aplicación e interpretación.<sup>12</sup> Una eventual reforma legislativa, total o parcial, no puede prescindir de un dato

<sup>10</sup> DE OLIVEIRA, Carlos A., “El Proceso Civil desde la perspectiva de los derechos fundamentales”, en Jurisprudencia Santafesina N° 81, pág.61, ed. Jurídica Panamericana.

<sup>11</sup> PODETTI, J. Ramiro, *Tratado del Proceso Laboral*, ed. Ediar, Bs.As. 1950, T° I, págs. 192/193.

<sup>12</sup> BERIZONCE, Roberto O., “El proceso civil. Modelo teórico y realidad”, en LL 2005-F-1238.



# Procesal Civil

previo que suministran los principios: cuál es el proceso que se tiene, el que se quiere y el que se puede.

**Manifestaciones de pujante o revivida utilidad:** Los principios procesales revisten, en la actualidad, un marcado protagonismo en la solución -concreta y cotidiana- de los conflictos. Sin perjuicio de lo expuesto en el acápite anterior, se reflota hoy su utilidad para las más variadas hipótesis de tutela. Su estudio ya no se limita a las vigas maestras o directrices formadoras de un ordenamiento dado, a la integración o labor interpretativa de normas oscuras, sino que exceden aquellas coordinadas para erigirse en verdaderos mandatos de justicia en los que el juez suele fundarse derechamente -a veces como único sostén- para arbitrar el procedimiento del caso o brindar sin cortapisas la tutela requerida.

La circunstancia de alinearlos en derredor del Proceso Justo o, según el caso, calificarlos como garantías, justifican buena parte -sino todo- del moderno edificio del derecho procesal. Pero veamos:

# Los principios tienen un claro contenido axiológico.<sup>13</sup> Hoy, sin duda, se muestran preocupados por la Justicia y su utilización apunta directamente a la solución Justa del conflicto (efectiva, temprana, real, responsable).

# Son convalidantes y justificatorios de nuevas instituciones procesales, como la sentencia anticipada y medidas autosatisfactivas. Desde su rango constitucional<sup>14</sup>, el principio de la "tutela efectiva" legitima y da apoyo al funcionamiento -y aplicación concreta- de dichas figuras de creación pretoriana.

# Visto que la Constitución -puede decirse- es operativa, los principios se convierten en normas operativas, de aplicación puntual y directa. La aludida constitucionalización de los principios, se ha dicho, es superadora del concepto de principio general para convertirlos en normas de aplicación directa.<sup>15</sup>

# Operan para el reacomodamiento de las formas con fines de tutela y permiten, a partir de su ideario, construir procedimientos coyunturales o vías

<sup>13</sup> Los principios encarnan valores cuya realización se busca decididamente. Asevera Robert Alexy, en este sentido, que "principios y valores son lo mismo, una vez con ropaje deontológico y otra vez con ropaje axiológico" (Alexy, R. "El concepto y la validez del Derecho")

<sup>14</sup> Art. 15 C Bs.As; Arts. 43 y 75 inc.22 CN.

<sup>15</sup> PICO I JUNOY, Joan. "Las garantías constitucionales del proceso", ed. Bosch, Barcelona 1997



# Procesal Civil

alternativas de respuesta efectiva, algunas de las cuales han resultado plasmadas más tarde en el derecho codificado.<sup>16</sup>

# Descienden de la abstracción y se aplican con un sentido eminentemente práctico.

# En ocasiones, con su sola invocación se deslinda el mecanismo de tutela, aquí y ahora (con norma, sin norma o pese la norma).

### **3. ¿En la actualidad, debe hablarse de un ocaso o de un fortalecimiento de los principios procesales?**

No cabe duda que en el proceso moderno existe un fortalecimiento de los principios procesales, expandiéndose los mismos con distintas denominaciones y en las distintas temáticas de los procesos.

Así por ejemplo, no sólo se han diagramado “nuevos” principios o reglas procesales para el proceso civil en general, sino que es habitual en el análisis de la doctrina y de los precedentes judiciales verificar como existen y se han diagramado principios específicos para, por ejemplo, los procesos de familia, el laboral, principios de derecho procesal comunitario o transnacional.

En esta línea de pensamiento recordamos que Chiovenda en su “Curso de Derecho Procesal Civil” sostenía que un proceso puede ser diverso de los otros en la medida de la aplicación de determinados principios, principios diferentes y conciliación de los mismos en alguna medida.

El principio de la oralidad según el cual las deducciones de las partes normalmente deben ser hechas de viva voz en audiencia, es decir en aquél momento y lugar dados en que el juez escucha a las partes y dirige la marcha de la causa: lógica derivación es el principio de la intermediación y

---

<sup>16</sup> Figuras tales como el mandato preventivo, cautelares atípicas, dinámica probatoria, recalificación o reconducción de postulaciones, revisión de la sentencia firme, expansión de la cosa juzgada, o el incipiente diseño de las tutelas diferenciadas, entre tantas otras, son instituciones y herramientas cuyo nacimiento ha sido derivación pretoriana y extensiva de la interpretación doctrinaria de un elenco de principios procesales, expresos o implícitos. En algunos casos, a la postre recibieron consagración legislativa, en otros continúan dando sus frutos sin contar aún con norma expresa.



## Procesal Civil

correlativamente el de concentración que con el fin de hacer posible los otros 2 principios impone la reunión de toda la actividad probatoria en una sola sesión o en un número limitado próximas unas a otras.

Desde el punto de vista del impulso procesal referencia y diferencia el principio del impulso procesal de parte al principio del impulso procesal de oficio.

Según que la aportación del material de hecho (hechos y pruebas) compete exclusivamente a las partes (principio de disposición –o de la iniciativa o de la responsabilidad- de las partes), o esté admitida, en mayor o menor medida, la injerencia del juez en esta operación (principio inquisitivo o de la iniciativa del juez); injerencia que no se concibe sino en el proceso oral. Conforme se desenvuelva el proceso secretamente, o bien se admita, en mayor o menor medida, a las partes y a extraños presenciar o conocer los actos procesales (principio de la publicidad).

Si aplica, más o menos ampliamente, el principio de que la inobservancia del orden legal o la expiración del tiempo fijado para actividades procesales determinadas, tenga por consecuencia la preclusión de la facultad de realizar o continuar esas actividades (principio de la preclusión).

Esta referencia es la prueba más evidente que desde aquella época hasta el día de hoy los principios procesales se han expandido en forma genérica y específica.

Sin perjuicio de reconocer que cada autor puede tener su clasificación o enumeración docente o autoral, lo cierto es que existe coincidencia en la categorización de principios procesales básicos aplicables a todo tipo de proceso, entre ellos –en nuestro entender el principal- el de contradicción que hace efectiva la garantía de la defensa en juicio del art. 18 de la Constitución Nacional y art. 8 inc. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

En este sentido referenciamos lo que oportunamente hemos pensado podría elevarse a la categoría de principio o regla procesal, para todo tipo de procesos. Nos referimos al principio o regla “FAVOR PROCESSUM”.





## Procesal Civil

Hemos advertido en la jurisprudencia, en su ejercicio moderador de las rigideces legales, determinadas pautas de actuación y resolución que nos han motivado a enunciar un principio que, opinamos, se torna de aplicación general dentro de un proceso, cualquiera sea su rama específica.

Este principio al cual hemos denominado como favor processum indicaría que en caso de duda, tiene que darse o mantenerse la vida del proceso o darle viabilidad al acto intentado por quien quiere mantenerlo vivo, o deduzca una alternativa que favorezca el derecho de defensa en juicio.

Su sustento más remoto y bien que mucho más omnicompreensivo, se encuentra en el derecho romano, que acuñó el brocardo jurídico *aequitas in dubio praevallet*.

Como ya enunciaríamos, la doctrina judicial ha venido dando certeras pautas sobre el particular, bien que en casos puntuales y sin el sustento de una enunciación o denominación general.

Así, para las distintas etapas del proceso civil, se ha hecho sendero con algunos de éstos enunciados:

a.-) En materia de caducidad de instancia debe prevalecer una interpretación de naturaleza restrictiva por las consecuencias que este instituto produce en el proceso. De allí que en su admisión debe actuarse con criterio estricto.

Ha de estimarse como una medida excepcional, y por lo tanto de aplicación restrictiva y ordenada a mantener la vitalidad del proceso (Sup. Corte Bs. As., A y S 1973-II-248 ó DJBA v. 101, p. 21 ó LL 152-405; Sup. Corte Bs. As., A y S 1979-I-1096 ó DJBA v. 117, p. 38; DJBA v. 119, p. 556; v. 120, p. 45 ó JA 1981-II-335 ó LL 1982-A-583, sum. 4522; A y S 1985-II-498 ó DJBA v. 130, p. 1; A y S 1985-II-606 ó DJBA v. 130, p. 114 ó DJ 1986, v. 2, p. 34 ó LL 1986-E-710, 37.491-S; DJBA v. 134, p. 230).

b.-) En caso de duda sobre si el escrito en que se expresan agravios reúne o no los requisitos para tenerlo por tal, ha de estarse por la apertura de la 2ª instancia, que implica una garantía más, para el que tiene un derecho legítimo para hacer valer en justicia; existe expresión de agravios, aunque induzca dudas la precariedad de sus fundamentos, ya que toda interpretación que tienda a la caducidad o renuncia de un derecho, debe ser



## Procesal Civil

restrictiva (C. 1ª. Apels. Bahía Blanca, sala 2ª., SP LL 1981-340; C. 1ª., sala 3ª., La Plata, SP LL 1979-502, 184 SP).

c.-) La declaración de nulidad de un acto procesal constituye un remedio excepcional, último, al que debe recurrirse solamente cuando el vicio no puede subsanarse en forma alguna, sino con el acogimiento de la sanción. De allí, que sea de interpretación restringida, por lo cual en caso de duda acerca de la existencia de la violación o defecto, la nulidad no puede ser declarada (Sup. Corte Bs. As., DJBA, v. 108, p. 56; LL 1976-B-64; JA 1976-IV-índice: Ver nulidad, sums., 4, 5 y 14; ó C. 1ª., sala 2ª., La Plata, causa 148.666, reg. Int. 483/71; C. 1ª., sala 3ª., La Plata, causa 143.333, reg int. 554/70; 146.196, reg int. 39/71; 147.329, reg int. 198/71; C. 2ª., sala 1ª., La Plata, causa B.35.932, reg int. 548/72).

d.-) En materia de nulidad por falta de acreditación de la personería invocada en término (art. 48 CPr. Nación y Prov de Bs. As.), se ha impuesto que en caso de duda debe estarse por la no declaración de nulidad o aceptar la posibilidad de la ratificación tácita por parte del mandante.

e.-) En la órbita recursiva ordinaria por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se ha fijado como pauta que si el litigante no aclaró expresamente qué tipo de recurso interponía contra la sentencia de la Cámara Federal o Nacional –si el ordinario o el extraordinario- tiene que entenderse que efectivizó el primero que le brinda una mayor operatividad al tratar las cuestiones de derecho propias de un extraordinario federal, y las de hecho inmanentes al recurso ordinario (Fallos 118-142 y 119-13; en el mismo sentido, Fallos 122-405; 144-192 (JA 17-7); 153-124 (JA 28-789)).

En el área de lo legislado existen matices que apuntan a resultados similares; así por ej.:

a.1.-) No se puede declarar la nulidad del acto si no obstante su irregularidad, ha logrado la finalidad a que estaba destinado.

b.1.-) El sobreseimiento en el proceso ejecutivo.

c.1.-) El denominado recurso de consulta para la sentencias que declaren la demencia.

d.1.-) En el recurso de inaplicabilidad de ley en Prov de Bs. As la ley 10.481 introdujo una modificación al art. 280 CPr estableciendo que si se omitiere el



# Procesal Civil

depósito previo –recaudo de admisibilidad para este recurso extraordinario en la Prov de Bs. As.-, o se lo efectuare en forma insuficiente o defectuosa, se hará saber al recurrente que deberá integrarlo en el término de cinco días con determinación del importe, bajo apercibimiento de declarársele desierto el recurso. El auto que así lo ordene se notificará personalmente o por cédula.

e.1.-) Similar principio legal para quien omitiere integrar –total o parcialmente- el depósito previo como recaudo formal para la admisibilidad de la queja por denegatoria del recurso extraordinario federal (art. 286, in fine, CPr.).

Estos son, a guisa de ejemplo, algunas de las aplicaciones jurisprudenciales y legislativas del principio que enunciamos, enancándose alguno de ellos en una cierta desformalización del proceso, sobre todo en el área de los recursos.-

## **4. Jerarquía relativa y conflictos entre principios procesales Valores que priorizan un principio con respecto a otro.**

Dentro de los ordenamientos jurídicos democráticos de Latinoamérica y con visión amplia del mundo jurídico, conocidos,, y en términos generales existe un orden de prelación normativa que sería el siguiente:

1. Tratados internacionales - Constitución Nacional.
2. Leyes.
3. Decretos-leyes.
4. Reglamentos.
5. Ordenanzas municipales.
6. Resoluciones.

En lo que se refiere a los tratados internacionales, si bien no existe consenso en lo que se refiere a su prelación sobre la Constitución Nacional (motivo por el cual hemos colocado en el mismo nivel a ambos sistemas legales), lo real y concreto es que en la jurisprudencia de la Corte Suprema



# Procesal Civil

de Justicia de la Nación tienen decisiva incidencia en las sentencias que se dictan. Su inclusión en el orden de prelación obedece a una tendencia mundial que en los siglos XVIII y XIX incluyó los derechos individuales y en el siglo XX los derechos humanos. Los tratados internacionales contemplados hasta el momento en nuestra Constitución son de integración (art. 75, inc. 24) y de derechos humanos (art. 75, inc. 22).

Los 10 tratados sobre derechos humanos incluidos en el mencionado inciso 22 del artículo 75 de la Constitución son:

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;
- Declaración Universal de los Derechos Humanos;
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica);
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo;
- Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio,
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial;
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer;
- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes;
- Convención sobre los Derechos del Niño

Así como dentro del ordenamiento jurídico existe un plexo normativo con distintos órdenes de prelación o preferencia, lo mismo ocurre con los principios generales del derecho y en el caso que nos ocupa con los principios básicos procesales.

Así, por Ej. la libertad de expresión es y debe ser una de las libertades preferidas en un Estado democrático pues en un orden de prelación ajustado al espíritu de nuestra organización republicana la libertad de expresión ocupa un lugar primordial entre los bienes merecedores de protección jurídica.

Pero los derechos plasmados en la Constitución nacional no son absolutos, sino que son pasibles de reglamentación razonable, el ejercicio



## Procesal Civil

de un derecho debe guardar armonía con los restantes. Tampoco el derecho a la libertad de expresión es absoluto; respecto del cual si bien hay un acuerdo casi unánime en sentido del no ejercicio de la censura previa, sí se han reconocido otro tipo de límites a dicha libertad tales como el derecho a la vida privada, al honor y a la propia imagen.

La Corte Suprema de Justicia Argentina se ha preocupado por destacar que el derecho a la libre expresión no es absoluto y que origina responsabilidades establecidas por ley, para casos de abusos producidos a través del ejercicio del mismo. Así lo estableció en 1918 en la causa "Menéndez c/ Valdez", en "Ponzetti de Balbín c/ Editorial Atántida S.A." y en el caso "Campillay" en el que el Alto Tribunal expresa que "... el derecho a la libre expresión e información no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador pueda determinar a raíz de los abusos cometidos mediante su ejercicio... Si bien en el régimen republicano la libertad de expresión... tiene un lugar eminente que obliga a particular cautela en cuanto se trata de deducir responsabilidades por su desenvolvimiento, puede afirmarse sin vacilación que ello no traduce en el propósito de asegurar la impunidad de la libre expresión.

La función social que hoy en nuestra sociedad moderna cumplen los medios de difusión, supone que han de actuar con la más amplia libertad, pero el ejercicio del derecho de expresarse no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran el de la integridad moral y física de las personas y en particular de los menores.

En un enjundioso trabajo autoral (Saux, Edgardo I. LA LEY 2004-B, 1071) analiza meticulosamente los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en lo referido a la colisión de derechos o garantías de la carta magna.

Refiere que reiteradamente se ha consignado que cuando la cuestión a resolver enfrenta derechos o garantías de rango constitucional, debe propenderse a su conciliación. Doctrinariamente se ha sostenido al respecto por Barcesat que la mención a "todos" y "para todos" que la Constitución Nacional propone en los arts. 14, 18 y 116 expresa una doble igualdad: la de los sujetos y la de los derechos enunciados por ella.



## Procesal Civil

Desde otra óptica, es conocido al respecto el respetable punto de vista sustentado por Miguel Ekmekdjian , para quien cualquier derecho puesto en situación de conflicto con el derecho a la dignidad debía ceder ante él. Similar preocupación ha sido compartida desde la perspectiva también constitucionalista por Bidart Campos , quien estima que a igual jerarquía de normas constitucionales no importa igual valía de los derechos en ella consagrados, ya que indudablemente los derechos a la vida o a la libertad "valen más" que el derecho de propiedad o el de huelga. Miguel Padilla considera en el punto que en realidad existen dos categorías de derechos: los de nivel superior, vinculados a los atributos esenciales de la personalidad humana (como el derecho a la vida, la integridad física, la libertad ambulatoria, la igualdad y la dignidad), y los de nivel inferior, donde se ubican todos los demás.

Otro destacado constitucionalista -Rosatti-, propone alguna suerte de test a los fines de enunciar pautas que permitan una eventual categorización de los derechos fundamentales según características propias de los mismos, bien que asumiendo la relatividad de su aplicación estricta. Al respecto, se tendrá cuenta su reglamentariedad (en el sentido de que los derechos que no requieren reglamentación parecen de una estructura ontológica más "fuerte" que los que sí la reclaman, como v.g. el derecho a réplica del art. 14 del Pacto de S. José de Costa Rica -Adla, XLIV-B, 1250-); la perspectiva de ser suspendidos o no (v.g. la declaración del estado de sitio puede suspender el derecho de reunión, pero no el derecho a ser juzgado por un juez imparcial); la renunciabilidad (en principio son renunciables los derechos patrimoniales y no lo son los extrapatrimoniales, pero en ambos casos hay excepciones relevantes, como la irrenunciabilidad de ciertos derechos previsionales o alimentarios, y la renunciabilidad del derecho a la intimidad o al honor); su explicitud o implicitud (en principio, los derechos explícitamente tutelados en la carta fundamental parecieran más consistentes que los implícitos, mas sin embargo algunos han postulado que precisamente los derechos implícitos son prevalentes por ser más obvios); y su carácter fundante o derivado (v.g. el derecho a la vida es fundante, ya que sin él no podrían ejercerse otros derechos derivados, como el derecho a la libertad de expresión o a la libertad ambulatoria).



## Procesal Civil

Ricardo Lorenzetti señala sobre la cuestión que así como el conflicto entre "reglas" en un sistema codificado se resuelve en el plano de la validez, cuando la colisión es entre principios intrasistémicos se requiere un análisis de capacidad argumentativa llamado "juicio de ponderación", según los postulados de Robert Alexy.

Según Lorenzetti, en ese juicio pueden darse tres hipótesis:

Colisión entre bienes patrimoniales y extrapatrimoniales: deben prevalecer los últimos.

Colisión entre bienes patrimoniales: la solución es cuantitativa (eficiencia-optimización de recursos).

Colisión entre bienes extrapatrimoniales: cabe el juicio de ponderación.

En nuestro entender los grados de conflicto que puedan suscitarse en el proceso, tienen en el primer grado de prelación al derecho de defensa en juicio el cual –enfrentado con todos los demás principios procesales- los supera, por ser la piedra angular del funcionamiento de un sistema procesal republicano y democrático desde los orígenes del proceso hasta nuestros días.

La defensa en juicio constituye cuestión procesal trascendente y su indebido tratamiento es causal de arbitrariedad, es que en fórmula omnicompreensiva lo referencia Morello en el acápite de su magna obra "El proceso justo", Edit. Librería Editora Platense SRL, Bs. As., abril de 1994, con los siguientes parámetros:

*"El derecho a ser oído es un derecho constitucional fundamental y el significado literal de "debido proceso de ley" es el de un proceso justo. Lo cual expresa que ninguna persona puede ser privada de su vida, libertad o propiedad sin una oportunidad (adecuada y efectiva, agregamos) de ejercer la defensa de sus derechos (SCHWARTZ, Administrative Law, Boston Little Brown and Cº, 1985, Sec. 5.1, pp. 202-203, cita y trad de Raúl SERRANO GEYLS, "Derecho constitucional de Estados Unidos y Puerto Rico", Ed. Colegio de Abogados de Puerto Rico, 1988, vol. II, p. 1075)."*

*"La Corte de Justicia de la Nación ha establecido que la garantía de la defensa en juicio impone la posibilidad de ocurrir ante un órgano jurisdiccional en procura de justicia (CS, Fallos, 276:157; 281:235; 303:2063, entre otros)"*



# Procesal Civil

## 5. Los principios procesales con raíces constitucionales y convencionales

Podemos delinear como principios con raíces constitucionales a aquellos que, de modo explícito o implícito, anidan en la Constitución. A la par, los de raíz convencional, como referidos a los contenidos o declarados por la convenciones internacionales, generalmente incorporados, también de modo expreso o implícito, a la Constitución.

En la segunda mitad del siglo pasado y comienzos del actual se ha producido un fenómeno, denominado constitucionalización del proceso, a través de la consagración -y preocupación- en los textos constitucionales de ubicar herramientas -y fijar principios- para asegurar la efectiva protección o disfrute de los derechos reconocidos. Vale decir que, amén del pujante reconocimiento de los derechos esenciales del hombre, se distinguen las *garantías* para el aseguramiento efectivo de tales derechos; y las susodichas garantías se traducen en principios procesales que han de guiar los procedimientos que harán efectiva la realización de aquellos derechos. El derecho se garantiza a través de los medios procesales predispuestos para su efectividad.

Según la corriente en la que nos enrolemos el derecho reconocido por la constitución y la garantía, no son lo mismo. Para algunos, cualquier derecho es tal por estar reconocido en una ley; pero cuando ese mismo derecho está insertado en la Constitución, se convierte en una garantía. Para otros, los derechos son los establecidos por la ley o la Constitución -aquí con mayor rango- y las garantías son los medios procesales que aseguren su disfrute o realización. En suma, y desde cualquier mirador, cuando ciertos principios procesales se incluyen de modo directo -o implícito- en el texto constitucional, se produce una jerarquización del principio y una guía indeclinable para los procedimientos que eventualmente regulen las leyes para su ejercicio.





## Procesal Civil

En los últimos treinta o cuarenta años se ha profundizado una dimensión trasnacional de la justicia, a partir de nuevos postulados que, de modo similar, se receptan en diferentes latitudes y se relacionan tanto con los derechos fundamentales, racionales y aceptados por la civilización moderna, como con las garantías procesales para su protección, celebrándose así los Pactos internacionales y Convenciones<sup>17</sup> a las que han adherido la enorme mayoría de países, incluido el nuestro.<sup>18</sup>

El maestro Morello<sup>19</sup>, ha señalado, con referencia al proceso civil, a los siguientes principios que integran la aludida dimensión trasnacional o globalmente acordada:

- Libre acceso a los tribunales de justicia para la tutela de los derechos e intereses legítimos sin ninguna discriminación razonable.
- Formas adecuadas de tutela efectiva obtenida de los órganos jurisdiccionales.
- Juez independiente, imparcial y preconstituido por la ley.
- Defensa inviolable en condiciones de paridad, con posibilidad de valerse de prueba admisible y pertinente.
- Resolución de la pretensión en un plazo razonable y por decisión fundada.

Los principios procesales que al primer punto del temario denominamos como principios esenciales, tienen su arraigo constitucional; de allí también que prestigiosa doctrina los encolumna -junto con otros- como garantías constitucionales. Tales principios son esenciales o fundacionales pues, sin ellos, no se trata ya de concebir un proceso Justo sino que no hay modo de pensar siquiera que haya proceso. A la par de aquellos -o inmediatamente después- se alistan otros principios que hacen de tal proceso un Proceso Justo.

<sup>17</sup> \*Convención sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica (Ley 23054), \*Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, \*Declaración Universal de los Derechos Humanos, \*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, \*Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (Ley 17722), \*Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (Ley 23179), \*Convención contra la Tortura y otros tratos Inhumanos Degradantes (Ley 23338), \*Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (Ley 23849), \*Convención para la Sanción y Prevención del Genocidio (Dec.Ley 6286/56).

<sup>18</sup> Sin perjuicio de las reformas constitucionales operadas en algunos países que, derechamente, incorporaron instrumentos procesales que hagan real y concreta -cuando no directamente operativa-la garantía declarada.

<sup>19</sup> MORELLO, Augusto M., *El Proceso Justo*, ed. Lexis Nexis, 2da. edic., Bs.As. 2005.



## Procesal Civil

En los últimos tiempos se ha reforzado e incrementado la gama de principios que adquieren el rango constitucional. Este fenómeno, en definitiva, no apunta a otra cosa que a lograr la efectiva garantía y concreta satisfacción de los derechos, dando así contenido palpable y manifestación puntual a la Justicia que -dicho sea de paso- consagra el Preámbulo de la Constitución argentina con una -hoy por hoy- mucha mayor operatividad que la que otrora imaginaron los constituyentes.

La trascendencia en el incremento de principios procesales con raíz constitucional o convencional se aprecia a poco que se repare en dos consecuencias: Por un lado, fija un criterio rector para la constitucionalidad -test- de las leyes vigentes o que en lo sucesivo se dicten o modifiquen; y por otro lado, se convierten tales principios en normas operativas de aplicación directa.

Así por ejemplo, sin perjuicio de los ya citados principios esenciales de igualdad, imparcialidad, contradicción y finiquito, advertimos que en el principio de la “tutela efectiva” es un claro principio consagratorio de los *medios* que la constitución manda arbitrar para que la tutela prometida sea real, concreta y a tiempo satisfecha.

Picó Junoy enumera entre los componentes del principio constitucional de la tutela efectiva: al derecho de acceso a los tribunales; a un proceso sin dilaciones indebidas; a obtener una sentencia fundada en derecho congruente; a la efectividad de las resoluciones judiciales; y a un recurso legalmente previsto.<sup>20</sup> Del mencionado principio se desprenden otros principios y sub principios que, a su vez, garantizan o mejoran el funcionamiento efectivo de aquella tutela. (Vbgr., no es posible un proceso sin dilaciones indebidas, sin no se articula con la concreción del principio de buena fe y la proscripción de las formas abusivas del proceso). Atento la cantidad de garantías que se ubican dentro de la tutela efectiva es probable que, por ello, hay autores que ubican a dicho principio como el máximo punto de la escala constitucional.

La existencia, entonces, de principios procesales con raíz constitucional o convencional, permite dar utilidad y operatividad a dichos

---

<sup>20</sup> PICO I JUNOY Joan, “Las garantías constitucionales del proceso”, ed. JM Bosch, Barcelona 1997, pág. 40 y ss.



## Procesal Civil

principios facilitando la faena jurisdiccional de atender los novísimos y complejos reclamos de tutela. Por caso, el rango constitucional del principio de imparcialidad conlleva a que puedan modificarse las causales de apartamiento de los jueces -generalmente taxativas- y que la jurisprudencia pueda establecer (con miras a la satisfacción constitucional) nuevas circunstancias que permitan la recusación o directamente la declaración de inconstitucionalidad de un procedimiento.<sup>21</sup>

Ahora bien, dentro del agrupamiento de principios con raíz constitucional, y dado su incremento, se produce un deslizamiento en la grada y una flexibilización en su interpretación y ejercicio.<sup>22</sup> Es que si bien no puede dejar de reconocerse una jerarquización entre los principios, podrá existir el trance de enfrentarse dos principios de igual raíz y allí deberá calibrarse la aplicación específica de uno frente al otro, pero sin lesionar o alterar el esquema racional o directriz que pueda establecer otro más amplio.

La cuestión relativa a la jerarquía de los principios no es parte del tema a nuestro cargo y será tratado en otro ítem de esta ponencia general. Diremos solamente que la aludida constitucionalización de ciertos principios conlleva al replanteo sobre la jerarquía de los mismos -aún dentro de la misma constitución-. Por caso, según se ha dicho, si bien existe una especie de jerarquía móvil de los principios procesales, existen otros de carácter no negociable, y ello conduce a una profunda valoración de las circunstancias puntuales a resolver (ej. Principio de inocencia vs. Interés superior del niño).<sup>23</sup>

### **6. Principios procesales consignados en las últimas leyes procesales argentinas.**

---

<sup>21</sup> Tal lo ocurrido en distintos precedentes de la CSJN relativos a la justicia de instrucción y sentencia en cabeza del mismo juez -que algunos denominan imparcialidad objetiva-. Asimismo, las innumerables derivaciones que se asignan a la adopción del principio acusatorio.

<sup>22</sup> Ver nuestro punto 4: El concepto de bilateralidad de la audiencia y los procesos urgentes.

<sup>23</sup> DIAZ CANTON F., su exposición en las Jornadas Preparatorias del XXVI Congreso Nacional, en la UNL, Santa Fe 2010.



## Procesal Civil

Al abordar este punto decidimos señalar, más que los principios procesales, a las distintas instituciones que han consagrado últimamente las leyes argentinas y en virtud de las cuales puede deducirse el principio procesal que reconocen. Asimismo, no es desdeñable mencionar algunas leyes sustanciales que, igualmente, estatuyen mecanismos procesales para la mejor satisfacción de los derechos que las mismas reconocen.

La enumeración que a continuación se formula no agota, por supuesto, el listado de novedosas normativas que, dispersas en nuestro inmenso país, se han producido en los últimos tiempos. El aporte de los ponentes y participantes de este XXVI Congreso Nacional, seguramente engrosará la nómina.

*#La medida autosatisfactiva* constituye una figura que, como hemos dicho, encuentra justificación en el principio procesal de la “tutela efectiva”.

Han recepcionado legislativamente la medida los códigos procesales de las Provincias de Chaco (arts. 232 bis), La Pampa (art.305), Formosa (art. 232 bis), Corrientes (arts. 785/790), Santiago del Estero (art.37) y San Juan (art.675)

Con distintos textos, los distintos ordenamientos han consagrado el mecanismo consistente en un proceso, con recortada o ninguna sustanciación, que frente a situaciones de coyunturas especiales, donde suele campear la urgencia y existe un derecho ostensible, agota su trámite con el mismo dictado de la resolución respectiva.

Los ordenamientos de Chaco, Formosa y Santiago del Estero<sup>24</sup>, registran similar redacción, no así los textos de las provincias de La Pampa, Corrientes y San Juan.<sup>25</sup>

*#El proceso monitorio* se presenta como variante de los procesos de respuesta inmediata. En dicho proceso se encuentran involucrados los principios de economía procesal (en sus tres manifestaciones, tiempo, dinero y esfuerzo), concentración, y de algún modo también el derecho a una tutela

---

<sup>24</sup> El ordenamiento santiagueño incorporó, además, las cargas probatorias dinámicas (art.382) y ha sido pionero en la regulación puntual de la acción autónoma de nulidad (art.178/184).

<sup>25</sup> Vid. BARBERIO Sergio J., “*La medida autosatisfactiva en el Código Procesal de la Provincia de Corrientes*”, en LL Litoral ; id. “*La medida autosatisfactiva*”, ed. Jca.Panamericana,Santa Fe 2006.



## Procesal Civil

expedita ante situaciones creditorias que -como se ha dicho- no admiten una discusión seria ante la evidencia documental (en la Argentina se ha optado por el monitorio documentado). Se caracterizan por la *postergación del contradictorio*, el que recién se hace efectivo a postrer del auto monitorio mediante la oposición del demandado.

En los últimos cuatro años, los códigos procesales de las Provincias de Entre Ríos, Río Negro y San Juan (aplicable su montaje, también al juicio de desalojo), legislan sobre este tipo de proceso.

Un poco más atrás en el tiempo, el CPCC de Santa Fe incorporó un procedimiento cuasi monitorio -que se denominó inyuccional- para el cobro de las costas (art. 260)

*#Medida Innovativa. Tutela anticipada.* La medida cautelar innovativa que, amén de cautelar, se erige frecuentemente en un anticipo de mérito, total o parcialmente coincidente, goza de un recepción jurisprudencial abultadísima pero, sin embargo, tímidamente se ha plasmado en los códigos procesales.<sup>26</sup>

En la reforma del año 2006 ingresó la medida cautelar innovativa en el CPCC de la provincia de Corrientes (art. 232 bis). El CPCC de la provincia San Juan (el más reciente en la sucesión de reformas) ha incorporado expresamente a la medida cautelar innovativa en su art. 232.

Como *tutela anticipada* (con medida innovativa o sin ella) aparecen enrolados los Códigos de las provincias Río Negro (art. 230), La Pampa (art.231) y, más cercano en el tiempo, el código de San Juan (arts. 232 y 242) que le ha dedicado mayor tratamiento.

*# Reposición in extremis.* Institución que goza de gran predicamento doctrinario y jurisprudencial, ha sido incorporada al CPCC de la provincia de Corrientes (art. 241 bis) y al CPCC de Santiago del Estero (art.252).

*# Restitución cautelar (anticipatoria) del inmueble en el juicio de desalojo.* Figura ésta incorporada al CPCCN hace ya unos años (art.680 bis)

---

<sup>26</sup> Con excepción de la doctrina que interpreta al art. 231 CPCCN, como comprensivo de ambos efectos (paralizante y retroactivo).



## Procesal Civil

y receptada también -implícitamente- en los códigos procesales de las provincias que adoptaron la innovativa anticipatoria. Otros ordenamientos han previsto la restitución del inmueble en el desalojo en modo expreso, como Entre Ríos, Santiago del Estero y San Juan.

#*Ley 24240 de defensa del consumidor*. De conformidad a las últimas reformas operadas en la LDC (26361), se consagran institutos procesales vinculados con los principios de “economía procesal”, “máximo rendimiento”, “cooperación” y “tutela efectiva”.

Así, la legislación apuntada establece la *dinámica de la carga probatoria* (art.53); *el deber de colaboración de las partes* (art.52/53); y el efecto *erga omnes* de la sentencia (art.54).

# *Ley del ambiente (25675)*. Se vislumbra a lo largo de su articulado el recibimiento de los principios de tutela preventiva, economía procesal, máximo rendimiento, cooperación y tutela efectiva.

A su comienzo, el art. 4 de la ley enumera una serie de principios que gobiernan la interpretación y finalidad de la misma, así “congruencia”, “precautorio”, “equidad” y “prevención”

El art. 33 establece el *efecto expansivo* de la cosa juzgada. El art. 32 prevé las *tutelas de urgencia* o medidas cautelares que pueden disponerse aún de oficio. Regula un amplio margen de sujetos legitimados y, podría decirse, fija algunos lineamientos para el diseño de las acciones colectivas.

# *El Código Procesal Laboral de la provincia de Santa Fe* (Ley 13.039), recientemente reformado, incorporó figuras ágiles y novedosas que -aún bajo el paraguas del principio protectorio laboral- no dejan de ser innovadoras herramientas con compromiso en los principios de economía procesal, máximo rendimiento y, por supuesto, la tutela efectiva.

En su nuevo articulado mantiene (con mejoras) la *audiencia preliminar*. Incorpora la *carga dinámica de la prueba* y, entre otras novedades, establece un *procedimiento abreviado*<sup>27</sup> que facilita la tutela inmediata -cuando el derecho es palmario, casi indiscutible- pero que no

<sup>27</sup> De filiación autosatisfactiva y monitoria.



# Procesal Civil

excluye (a la postre, si no se dan los recaudos) promover el procedimiento común.

## 7. ¿Cuál es la importancia de incorporar los principios procesales a la legislación?

La positivación constitucional de los valores comporta, en cuanto a su estructura jurídica: (i) Su transformación en reglas prescriptivas y vinculantes; (ii) Su condición de metanormas orientadas a la producción de otras normas; (iii) La estabilidad de sus características estructurales; y (iv) Una relación de complementariedad, y no de jerarquía. Asimismo, y en relación con su específico rol constitucional. *Pérez Luño* atribuye a los valores una función *fundamentadora*, desde el momento que son el núcleo básico e informador de todo el ordenamiento; una función *orientadora*, ya que dirigen el ordenamiento hacia metas o fines predeterminados, y una función *crítica*, dado que sirven como criterio o parámetro de valoración de hechos o conductas. En razón de lo dicho, destacan el hecho que los principios constitucionales, una vez determinados, adquieren proyección normativa y, al igual que los valores, son instituciones jurídicas vinculantes para los poderes públicos. Por último, y a propósito de las peculiaridades que reviste la interpretación de los valores y principios constitucionales, *Freixes y Remotti* postulan que esta debe seguir las reglas generales de la interpretación jurídica, no obstante lo cual debe considerarse, a partir de su especial estructura normativa y su función constitucional, una serie de singularidades que, para los efectos que aquí nos interesan, se pueden resumir como sigue: (i) Tanto valores como principios tienen, respectivamente, una estructura jurídica estable y permanente, mientras que, por otra parte, su función constitucional es flexible y dependiente de múltiples circunstancias que pueden generar una pluralidad de opciones; (ii) Cuando entre los valores subyacentes a las normas exista conflicto o, en su caso, lo exista entre los principios extraídos de las mismas, debe encontrarse una interpretación que no anule ninguno



# Procesal Civil

de los valores o, en su caso, principios; (iii) Ni entre principios por un lado ni entre valores superiores por otro, puede establecerse un orden jerárquico interno, ya que la Constitución no lo determina Freixes y Remotti (1992), pp. 98-105.

## 8. La flexibilización de los principios procesales.

Se conjetura que Gayo nació bajo el gobierno de Trajano, quien gobernó entre los años 98 y 117 de nuestra era.

Fue profesor de derecho, pero pese a su eximia fama de jurista no gozó del “uis publicae respondendi”.; No obstante ello fue nombrado en la Ley de Citas otorgándosele a sus escritos un valor imperativo para los jueces, compartiendo tal distinción junto a Papiniano, Paulo, Ulpiano y Modestino.

La referencia a Gayo la iniciamos en función de ser uno de los más claros expositores del funcionamiento procesal de las “Legis acciones”, denominadas de esta manera porque eran creadas por las leyes o porque estando ajustadas a las mismas palabras de la ley debían ser observadas de manera sacramental, inmutable e imperativa.

Anota Di Pietro en GAIUS, “INSTITUTAS” (Texto traducido, notas e introducción por Alfredo Di Pietro), Ediciones Librería Jurídica, La Plata, 1967 p. 280 nota 11 que: Esta etapa de las legis acciones fue la más antigua de la historia procesal romana. Se las encuentra estructuradas a partir de la ley de las XII Tablas (come. Pomponius, D. 1,2, 2, 6) pero no obstante esta opinión coincidente con lo que dice Gaius en este párrafo, cabría entender que la ley de las XII Tablas no hizo sino recoger legislativamente un sistema procesal que ya tenía vigencia de antiguo (cfme. Bekker, Aktionen, I, p. 18; Noailles, Du droit sacré au droit civil, p. 49; en tal sentido, H. Lévey Bruhl, Recherches sur les Actions de la Loi, interpreta que la palabra “lex” hace más bien referencia al conjunto de costumbres imperantes en los clanes). Sus caracteres principales eran: a) Sólo se podía accionar en determinados días, que eran los dies fasti, ver infra, IV, 29 y nota; b) El juicio o sea la





## Procesal Civil

resolución del diferendo estaba precedido de una serie de ritos consistentes en palabras y gestos que formaban la legis actio propiamente dicha, los cuales, como veremos en las notas siguientes estaban estrechamente vinculadas a la religión romana; c) Tal cual lo dice Gaius refiriéndose al caso de una acción prevista en la ley decemviral (actio de arboribus succisis – XII Tabs., 8, 11; Girard, Textes, 19) predomina un formulismo extremado, lo cual tiene también su explicación en la religión romana; en efecto, los ritos religiosos exigían el pronunciamiento de ciertas y solemnes palabras (certa et solemnia verba, cfme supra I, 112; D. 1, 2, 2, 6; Cicer., pro domo sua, 47) de tal modo que una equivocación trae como consecuencia la inutilidad del acto (Cicer., de har resp., 23), hasta tal extremo que según lo relata Plinio (Hist nat., 28, 11), los supremos magistrados se valen de una bien determinada liturgia y para no omitir o pronunciar fuera de tiempo alguna palabra, hacían que otro lo precediera al que debía pronunciar la fórmula, leyéndole las palabras precisas y se recurría también a un tercero que controlaba la posibilidad de cualquier error; d) El control de estas fórmulas estuvo en manos de los Pontífices, hasta que un escriba del célebre Pontífice Appius Claudius, llamado Cneius Flavius, -hijo de un liberto-, substrajo la redacción de las fórmulas y las libró al conocimiento público.

De ésta manera si alguien demandase por el “corte de vides” en la acción, por esta denominación habría perdido el juicio, ya que debía haber nombrado la palabra árboles, debido a que la ley de las XII tablas, sobre la cual reposa esta acción por “corte de vides”, habla de una manera general de árboles cortados

No cabe ninguna duda que una buena cuota de flexibilización se ha ido introduciendo en todas las ramas del derecho, civil, penal, comercial, laboral –de fondo y de forma-.

Aún el más básico de los principios, que es el derecho de defensa en juicio presenta mutaciones, según el tipo de proceso en el cual sea invocado.

Cuando la Suprema Corte de los Estados Unidos tuvo que determinar cuales eran los alcances de la garantía constitucional del debido proceso legal, dijo que esta garantía se limita a asegurar al demandado “his day in Court”; nada más que un día ante el tribunal con una razonable oportunidad



# Procesal Civil

de ser escuchado, correspondiendo a la ley procesal determinar en que consiste ese día ante el tribunal o, en otros términos la medida de la necesaria defensa ante la justicia.

Decíamos que aún este, el más básico de los principios procesales se ha ido flexibilizando según el tipo de proceso en que se ejercite.

Así, por ejemplo, en el juicio de amparo –que sólo contempla la respuesta mediante un informe circunstanciado, que no constituye propiamente contestación de demanda- la Corte Suprema de Justicia de Nación enunció el marco de defensa del demandado bajo el acápite de la “bilateralidad suficiente” señalando que el hecho que en el amparo debe regir el principio de defensa en juicio ello no significa crear para el amparo un procedimiento ordinario.

Pero sí que la omisión de la intervención del accionado lesiona la garantía de defensa en juicio, pudiendo ocasionar la nulidad del trámite.

En una segunda etapa se comenzó a tipificar el marco de defensa en la Ley 16986, como “bilateralidad específica”, lo cual nos demuestra como, el más sagrado de los principios procesales con garantía constitucional (art. 18) y supranacional (art. 8 Pacto de San José de Costa Rica) presenta mutaciones y flexibilizaciones de acuerdo al tipo de procesos en que se lo invoque o se lo pretenda hacer valer.

## **Enfoque particular:**

### **1. El principio de tutela judicial efectiva. Real dimensión**

**El derecho a la tutela judicial efectiva es la posibilidad de reclamar a los órganos judiciales la apertura de un proceso para obtener una resolución motivada y argumentada sobre una petición amparada por la ley. Significa la prevalencia del fondo sobre la forma,**



# Procesal Civil

**el contenido sobre el continente, de forma que prime siempre el principio "pro actione".**

**Así desde el vértice de la pirámide jurídica transnacional, El Pacto de San José de Costa Rica, lo diagrama de la siguiente forma:**

## ARTICULO 8.- GARANTIAS 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 inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, sino comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) Comunicación previa y detallada 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 presente 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.



## Procesal Civil

3. La confesión del inculpado solamente es valida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podra 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.

Sintetizando radiográficamente los principios de la tutela procesal efectiva en el proceso trasnacional, la secuencia sería la siguiente:

En el derecho a la jurisdicción eficaz: “toda persona tiene derecho a ser oída”. (CS. Suárez Mason, C. G. 13/8/1998; CS. Urteaga, F.R., 15/10/1998; Informe 70/99, Argentina, 4/5/1999 e informe 21/100, Argentina, 29/2/2000).

En la duración razonable del proceso: “toda persona tiene derecho a ser oída, ..... dentro de un plazo razonable”. (Comisión IDH, Resolución N° 17/89 del 13/4/1989; informe anual 1988-1989, OEA/Ser L/V/II. 76, Doc. 10, 18/9/1989, pág. 38 y ss.)

En lo referido a la competencia, independencia e imparcialidad de los tribunales :“toda persona tiene derecho a ser oída, dentro de un plazo razonable, ....por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial”. (CIDH, informe anual 1997 y posteriores)

En la determinación de los derechos y obligaciones civiles :“toda persona tiene derecho a ser oída, dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, ....para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

En cuanto al derecho al recurso, etapa que forma parte de la tutela procesal efectiva “durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas.... Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. (CIDH, informe 55/97, caso 11137, J.C. Abellia, argentina, 18/11/1997, informe anual 1997, p. 277 y ss., párrafo 252)

El derecho a la tutela judicial efectiva ha sido materia de profuso análisis jurisprudencial y doctrinario en la Corte Interamericana de Derecho Humanos y en este sentido la línea de pensamiento es uniforme al fijar el contenido, que se irradia a todas las fases de un proceso, de cualquier



## Procesal Civil

naturaleza que este fuere en todas sus etapas, desde sus inicios hasta la ejecución de la sentencia.

En este sentido podemos referenciar las siguientes pautas generales: donde la Corte se ha ido pronunciando sobre las garantías de los art. 8 y 25 de la CADH PARA PROCESOS ADMINISTRATIVOS, o de corte o estructura sancionatorio:

En el caso “Ivcher Bronstein c/Perú” se demostrò que, la Dirección General de Migraciones y Naturalización, entidad de carácter administrativo, fue la autoridad que dictó la “resolución directoral” que dejó sin efecto el título de nacionalidad del señor Ivcher Bronstein. Por esta razón el Tribunal estimò pertinente considerar la aplicación del artículo 8 de la Convención Americana a los hechos del presente caso en el contexto del proceso administrativo.

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<sup>28</sup>” a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos<sup>29</sup>.

La Corte ha establecido que, a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, las garantías mínimas establecidas en el numeral 2 del mismo precepto se aplican también a esos órdenes y, por ende, en éstos el individuo tiene derecho al debido proceso en los términos reconocidos para la materia penal, en cuanto sea aplicable al procedimiento respectivo<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Cfr. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 27.

<sup>29</sup> Cfr. *Caso del Tribunal Constitucional*, *supra* nota 8, párr. 69.

<sup>30</sup> Cfr. *Caso del Tribunal Constitucional*, *supra* nota 8, párr. 70; y *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos* (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11, párr. 28.



## Procesal Civil

Atendiendo a lo anterior, la Corte estimò que tanto los òrganos jurisdiccionales como los de otro caràcter que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana<sup>31</sup>.

En este sentido, pese a que el artículo 8.1 de la Convención alude al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, dicho artículo es igualmente aplicable a las situaciones en que alguna autoridad pública, no judicial, dicte resoluciones que afecten la determinación de tales derechos<sup>32</sup>.

En el caso concreto, existieron suficientes elementos para afirmar que durante las actuaciones administrativas que se realizaron para elaborar el Informe No. 003-97-IN/05010 (*supra* párr. 76.p), la Dirección General de Migraciones y Naturalización no informó al señor Ivcher que su expediente de nacionalización no se hallaba en los archivos de la institución, ni le requirió que presentara copias con el fin de reconstruirlo; no le comunicó los cargos de que se le acusaba, esto es, haber adulterado dicho expediente e incumplido el requisito de renuncia a su nacionalidad israelí, y, por último, tampoco le permitió presentar testigos que acreditaran su posición.

No obstante lo anterior, dicha Dirección emitió la “resolución directoral” que dejó sin efecto legal el título de nacionalidad del señor Ivcher. De tal forma culminó un proceso que, como se ha señalado, se llevó a cabo con la presencia exclusiva de las autoridades públicas, en especial de la Dirección General de Migraciones y Naturalización, y durante el cual se impidió al señor Ivcher intervenir con pleno conocimiento, en todas las etapas, a pesar de ser la persona cuyos derechos estaban siendo determinados. (Caso Escher:

Caso Abal Cornejo; Trabajadores Cesados del Congreso c/Perú; Ríos vs. Venezuela ).

### **El derecho a la tutela judicial efectiva en España.**

1) El artículo 24 de la Constitución española de 1978.

<sup>31</sup> Cfr. *Caso del Tribunal Constitucional*, *supra* nota 8, párr. 71.

<sup>32</sup> Cfr. *Caso del Tribunal Constitucional*, *supra* nota 8, párr. 71.



## Procesal Civil

El artículo 24 de la Constitución Española de 1978 establece que

“1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

El precepto establece cuatro grandes grupos de derechos: a) el derecho de acceso a los tribunales, que es el derecho a la tutela judicial efectiva en sentido estricto; b) el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley; c) las garantías constitucionales genéricas de todo proceso, o derecho al proceso debido; d) las garantías constitucionales específicas del proceso penal.

El art. 24 CE es, con mucha diferencia, el precepto de la Constitución más frecuentemente invocado en materia de derechos fundamentales; y ello, sencillamente, porque permite impugnar ante el Tribunal Constitucional, por la vía del recurso de amparo, prácticamente cualquier resolución judicial definitiva con independencia de cuál sea el grado del órgano judicial a quo o la importancia objetiva del asunto<sup>33</sup>. Baste pensar que, según datos de la Memoria 1999 del Tribunal Constitucional, más de cuatro quintos de todos los asuntos llegados al Tribunal Constitucional fueron recursos de amparo en los que se alegaba alguna violación del art. 24 CE.

Mediante esa ingente jurisprudencia producida al hilo de recursos de amparo que invocan el art. 24 CE, el Tribunal Constitucional ha ido adaptando el

---

<sup>33</sup> Véase DÍEZ-PICAZO, L.M. y YÁÑEZ VIVERO, F., “El derecho a la tutela judicial efectiva”, [www. iustel.com](http://www.iustel.com).



# Procesal Civil

derecho procesal y, más aún, la práctica forense a las exigencias de un moderno Estado democrático de derecho.

El TC ha entendido además que algunas de las garantías del apartado segundo del artículo 24 CE no son sólo predicables del proceso penal, sino también de todos los demás procesos (civil, contencioso-administrativo, social, militar).

2) El derecho de acceso a los Tribunales.

El primer significado de la tutela judicial efectiva es que todo derecho o interés legítimo - es decir, cualquier situación jurídicamente relevante - debe poder hacerse valer, llegado el caso, en un proceso ante un verdadero órgano judicial, quedando constitucionalmente prohibida toda forma de denegación de justicia (STC 31/2000).

La tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24 C.E. consiste, como en tantas ocasiones ha declarado el Tribunal Constitucional (STC 100/1988) «en el derecho que tienen todas las personas al acceso a los órganos jurisdiccionales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos con arreglo a las normas de competencia y procedimiento legalmente establecidos», a obtener de los mismos una resolución fundada en Derecho, tras un proceso en el que se garantice adecuadamente el derecho de defensa de los afectados y se respete, entre otros, el principio de contradicción, así como la igualdad entre las partes [SSTC 93/1984], puesto que, como se dijo en la STC 9/1981, no ha de olvidarse que el art. 24.1 CE contiene un mandato implícito al legislador -y al intérprete- consistente en promover la defensa, en la medida de lo posible, mediante la correspondiente contradicción.

De tal mandato, pues, se deriva el deber positivo de corregir cualquier situación que pueda calificarse como indefensión, concepto este que una constante jurisprudencia constitucional identifica con aquella limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales [STC 98/1987] no sin dejar sentado que la indefensión de alcance constitucional es algo diverso de la indefensión meramente procesal, y debe alcanzar una significación material produciendo una lesión efectiva [STC 102/1987] o, en otras palabras, «un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa» [SSTC 98/1987, 149/1987, 155/1988 y 145/1990, entre otras].





## Procesal Civil

Por lo demás, las situaciones de indefensión han de valorarse según las circunstancias de cada caso [STC 145/1986], sin que por ello la idea misma de indefensión deba limitarse, restrictivamente, «al ámbito de las que puedan plantearse en los litigios concretos sino que ha de extenderse a la interpretación desde el punto de vista constitucional de las leyes reguladoras de los procesos» [STC 48/1984], fundamento jurídico 1.º].

3)El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado reiteradamente tratando de precisar el significado y sentido de este derecho fundamental. Ya en la STC (Pleno) 93/1988, de 24 de mayo, recogiendo doctrina anterior, se indicaba que «el derecho reconocido en el art. 24.2 CE es al Juez ordinario "predeterminado por la Ley", y a este respecto ha de recordarse que este Tribunal ya ha tenido oportunidad de precisar el significado y alcance de esa remisión a la ley. Por una parte, en el sentido de que la predeterminación por ley significa la preexistencia de unos criterios, con carácter de generalidad, de atribución competencial, cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el Juzgado o Tribunal llamado a conocer del caso, siendo la generalidad de los criterios legales la garantía de la inexistencia de jueces "ad hoc" (STC 101/1984, de 8 de noviembre). Por otro lado,... "la interpretación sistemática entre el art. 24.2 y el 117. 3, ambos de la Constitución, pone de manifiesto que la garantía de la independencia e imparcialidad de los jueces, que constituye el interés directo protegido por el derecho al juez ordinario predeterminado (STC 47/1983, de 31 de mayo), radica en la ley" (STC 101/1984)».

4)Las garantías de todo proceso.

Del art. 24.2 CE se desprende un conjunto de garantías que, si bien se originaron en el proceso penal, la jurisprudencia constitucional las considera exigibles a todo proceso (civil, social, contencioso-administrativo y militar)<sup>34</sup>. Suelen denominarse colectivamente como "derecho al proceso debido". Dichas garantías son, en sustancia, las siguientes: imparcialidad del juez, publicidad del proceso, posibilidad de asistencia de abogado, prohibición de las dilaciones indebidas y utilización de los medios de prueba disponibles.

<sup>34</sup> Véase DÍEZ-PICAZO, L.M. y YÁÑEZ VIVERO, F., "El derecho a la tutela judicial...", *op. cit.*



## Procesal Civil

El derecho a la imparcialidad del juez implica que éste, además de estar legalmente predeterminado, debe mantener una actitud de distanciamiento y neutralidad con respecto al objeto del litigio y a los litigantes. De aquí que la ley deba prever causas de abstención y recusación para aquellos casos en que el juez tiene interés en el objeto del pleito o vinculación personal, en un sentido u otro, con alguna de las partes. Ello es exigible en virtud del derecho al juez imparcial (STC 147/1982). Ahora bien, este derecho no se agota en las causas de abstención y recusación. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que es bastante sensible en los últimos tiempos a los problemas relativos a la imparcialidad judicial, señala que ésta no sólo implica un requisito subjetivo -consistente en la relación desapasionada del juez con el asunto-, sino también un requisito objetivo consistente en que no debe pesar sombra alguna de duda sobre el tribunal por cualesquiera otras circunstancias (sentencia *Academy Trading c. Grecia* de 4 de abril de 2000).

El derecho a la publicidad del proceso constituye la máxima garantía de transparencia del mismo y, por consiguiente, de su regularidad y de la posibilidad de someterlo a crítica. El art. 120.1 CE, en efecto, dispone que “las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento”. Existe, así, una regla general de publicidad del proceso. Esta, ciertamente, no es absoluta; pero las excepciones a la misma no sólo habrán de estar expresamente previstas por las leyes procesales sino que, además, no pueden ser caprichosas o arbitrarias (STC 30/1982).

El derecho a la asistencia de abogado tiene como finalidad asegurar una mínima igualdad de armas entre los litigantes y, sobre todo, evitar que pueda achacarse el resultado del proceso a la falta de asesoramiento y defensa por un técnico en derecho (STC 47/1987). Se trata de un derecho que opera con independencia de que la situación económica del litigante le permita o no adquirir los servicios de un abogado en el mercado, pues la Constitución exige que el legislador diseñe algún sistema de asistencia letrada gratuita para “quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar” (art. 119 in fine CE).

El derecho al proceso debido requiere que todo proceso se desarrolle y concluya “sin dilaciones indebidas”. El Tribunal Constitucional,



# Procesal Civil

inspirándose directamente en una larga y consolidada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para apreciar la existencia de una dilación indebida, establece tres indicadores que deberán ser aplicados prudencialmente: a) la complejidad objetiva del asunto; b) la actitud de las partes, ya que no puede alegar dilaciones quien ha tenido un comportamiento negligente u obstruccionista; c) la diligencia mostrada por el juez o tribunal.

Por último, el derecho al proceso debido incluye el derecho “a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa” (art. 24.2 CE). Ello implica que tiene derecho a proponer y a que el juez acuerde la práctica de todos aquellos medios de prueba que resulten “pertinentes”; pertinencia que es sinónimo, conjuntamente, de legitimidad y relevancia. En definitiva, debe ser cada parte - no el juez, de manera paternalista- quien decida qué y cómo probar.

## 2. La proscripción de formas abusivas del campo del proceso civil.

El principio procesal que aquí reseñaremos es una manifestación del principio de moralidad o buena fe. Clemente Díaz ha conceptualizado a éste último como el conjunto de reglas de conducta presididas por el imperativo ético a que deben ajustar su comportamiento todos los sujetos procesales. La buena fe, lealtad, veracidad y probidad son predicados que se involucran en el principio de moralidad; inclusive son concreciones positivas de la legislación en materia de moralización del proceso.<sup>35</sup>

La preocupación por el abuso en los derechos procesales no es novedad y ya en Congresos anteriores, la procesalística se ha ocupado de ello.<sup>36</sup> Hoy, sin embargo, se propone su tratamiento como *principio procesal*

---

<sup>35</sup> DIAZ, Clemente, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, ed. Abeledo-Perrot, Bs.As.1968, Tomo I, pág. 264 y ss.

<sup>36</sup> XI Congreso Nacional de Derecho Procesal, La Plata 1981, conclusiones comisión 1; XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe 1995, conclusiones comisión 1 tema II; Ver: AA.VV, *Abuso Procesal*, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, coordinada por Juan A. Rambaldo y dirigida por Jorge W.Peyrano, ed. Rubinzal-Culzoni, 2001.



## Procesal Civil

-consecuencial o derivado del principio de moralidad<sup>37</sup>- con nuevas facetas y una trascendente e ineludible vigencia; casi diríamos, con una imperiosa “necesidad” de rescatar su ideario.

La realidad judicial con sobrecarga de causas, las razones presupuestarias estatales que mantienen vacancias jurisdiccionales sine die, poca infraestructura tecnológica, un foro altamente competitivo y de variopinta formación, valores éticos en crisis, compleja conflictividad moderna y, en fin, esa contracara (mencionada al punto 1 de esta ponencia) que se da entre un sistema e instituciones colapsadas por un lado, frente a las nuevas situaciones y puntuales requerimientos de tutela otrora inimaginables, por el otro, sin duda predisponen un escenario de tierra fértil para que ramifique el abuso. Como en el conocido dicho popular: a río revuelto, ganancia de pescadores; solo que aquí los pescadores serían los sujetos procesales oportunistas, indolentes, desentendidos de la responsabilidad que exige la hora actual, que con desapego hacen del proceso una “revuelta” donde la verdad o la tutela efectiva poco importan.<sup>38</sup>

A qué nos referimos con la proscripción de las formas abusivas del campo del proceso civil ?

Someramente, se trata de impedir -y neutralizar- la utilización de las herramientas procesales, o del proceso mismo, con fines exacerbados más allá de la verdadera intención -y finalidad- que tuvo el ordenamiento al consagrarlas.

En este sentido, se ha dicho que el abuso procesal es un inadecuado ejercicio objetivo de poderes, deberes funcionales, atribuciones, derechos y facultades en que puede incurrir cualquiera de los sujetos -principales o

---

<sup>37</sup> El Iº Congreso Nacional de Derecho Procesal (Córdoba 1939) ya reclamaba, en sus conclusiones, la vigencia y tratamiento por los códigos del principio de moralidad.

<sup>38</sup> Pregonaba Morello hace una década: “Cuántas son, no ya de manera excepcional sino casi “normalmente” en el común de la litigiosidad, las conductas de una parte (o de ambas) que dejan de ser la manifestación de las habilidades y destrezas de la defensa, para utilizarlas con el propósito de colocar a la otra en la necesidad de sufrir una pérdida irrecuperable de tiempo o de desplegar una actividad superflua, onerosa y desgastante, que complica el accionar del jurisdicción, hiriendo en la sien a la cooperación procesal, que así pierde su signo axiológico y hace desaparecer la base sustentadora del deber de lealtad, probidad y buena fe...” (MORELLO Mario A. “*Derecho Material y Derecho Procesal, senderos bifurcados que hoy se reencuentran*”, en revista El Derecho, 09-02-00, pág.3).



## Procesal Civil

eventuales- intervinientes en un proceso civil dado, y que genera consecuencias desfavorables para el autor del abuso.<sup>39</sup>

La doctrina, como se sabe, ha diferenciado el abuso “del” proceso y el abuso “en” el proceso, lo que también se ha traducido en expresiones tales como abuso “con el proceso” o “en el proceso”. Se ubica así, entonces, un abuso que consiste en la generación misma del proceso, con su sola iniciación, frente a otro tipo de abuso que se perpetra -ya dentro del proceso- en uno o varios de sus actos o etapas. Tales distinciones conllevan separar el abuso en dos grandes categorías; por un lado, la conducta abusiva que se desarrolla en la sucesión o postulación de diversos actos procesales particulares durante el trámite del proceso (sobrecargada actitud incidental, cautelar excesiva, conducta obstaculizante, incesante ejercicio recursivo, etc.); y por otro lado, el abuso que consiste en servirse ya del proceso mismo con fines espurios (demanda groseramente improponible, extorsiva, innecesaria, o el proceso fraudulento promovido en connivencia de ambas partes, etc.) .

Es dable afirmar que el abuso procesal no se configura necesariamente cuando se viola o incumple una disposición adjetiva puntual; es decir, que no requiere de la violación normativa, sino que basta con que la utilización del acto procesal (regulado expresamente o no) exceda, exorbite y, en definitiva, *abuse del uso* desviándose del cauce normal y regular de su ejercicio.

En general, todos los ordenamientos consagran las facultades jurisdiccionales para que, en el caso concreto, el Juez pueda prevenir o sancionar la conducta procesal abusiva.<sup>40</sup>

En algunos casos se fijan normas concretas con referencia -directa o indirecta- al abuso; así por ejemplo el art. 208 CPCCN<sup>41</sup> en cuanto establece

---

<sup>39</sup> PEYRANO, Jorge W, “Abuso de los derechos procesales”, en la obra colectiva del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal *Abuso de los derechos procesales*, ed. Forense, Río de Janeiro 2000, pág. 71.

<sup>40</sup> Vid. arts. 21, 22 CPCCSFE; arts. 34 inc.5, 36, 45 CPCCN y respectivos de cada ordenamiento provincial.

<sup>41</sup> Art. 208 CPCCN: “... Salvo en el caso de los arts.209 inc 1) y 212, cuando se dispusiere levantar una medida cautelar por cualquier motivo que demuestre que el requirente *abusó o se excedió en el derecho* que la ley otorga para obtenerla, la resolución lo condenará apagar los daños y perjuicios si la otra parte lo hubiere solicitado..”



## Procesal Civil

la responsabilidad de aquél que abusare del instituto cautelar. Similar conclusión puede advertirse en el art. 551, aunque no mencione el término *abuso*.<sup>42</sup> En otras disposiciones, en cambio, si bien no se alude expresamente a la proscripción del abuso procesal, cabe colegir de su texto que el adecuado funcionamiento de tales normas puede evitar circunstancias abusivas. Tal es lo que ocurre, en el mismo ordenamiento, con el art. 204 al prevenir oficiosamente perjuicios innecesarios al cautelado facultando al Juez para dictar una medida distinta a la solicitada o limitarla. Y en materia probatoria, verbigracia, el art. 415 otorga al Juez la herramienta para extirpar el abuso en las sucesivas repreguntas u observaciones que formulen las partes en la audiencia.

Si bien suele caracterizarse (o estigmatizarse) al abuso en la persona del demandado -quien se supone más interesado en dar largas al asunto-, lo cierto es que el abuso procesal puede cometerse por los distintos sujetos intervinientes de modo directo o indirecto en el proceso (juez, actor, demandado, auxiliares u otros funcionarios judiciales).

Con relación a las partes se ha dicho que el abuso llevado a cabo por el actor consiste en un abuso en el derecho de acción; mientras que, si quien desnaturaliza las facultades es el demandado, éste ejerce abusivamente su derecho de contradicción. Por nuestra parte pensamos que, aunque pueda sostenerse en términos muy generales que el actor ataca y el demandado defiende, se ejerce el derecho de contradicción indistintamente por ambos sujetos, lo que importaría que ambos puedan abusar de él.

De un muestreo doctrinario y jurisprudencial se rescatan actitudes representativas del abuso procesal ante: la promoción innecesaria de medidas preparatorias, el exceso de postulación en las medidas cautelares, notificaciones innecesarias al domicilio real o laboral con la finalidad de provocar presiones o incomodidades al destinatario, las infundadas e injustificadas solicitudes de suspensión de términos, el planteo una saga de incidentes donde solo luce la sinrazón, la recusación sistemática, la

---

<sup>42</sup> No obstante, en cuanto la norma alude a que *hubiese litigado sin razón valedera, u obstruido el curso normal del proceso con articulaciones manifiestamente improcedentes, o de cualquier manera hubiese demorado injustificadamente el trámite*, se trata de claros supuesto en que el ejecutado ha abusado de las herramientas a su alcance.



## Procesal Civil

deducción de revocatoria solicitando apertura de la causa a prueba para luego no ofrecer ninguna, las cataratas de repreguntas y preguntas ampliatorias hacia el declarante cuando la audiencia testimonial, el descomedido retiro del expediente del juzgado y la criticable reticencia a su pronta devolución, etc.<sup>43</sup>.

Para determinar si el acto es -o no- abusivo podemos recurrir simplemente al análisis del acto mismo, en su finalidad y contexto, o bien inmiscuirnos en la intencionalidad del sujeto que lo produce. Sobre el particular, un sector de la doctrina ha sostenido que debe mediar un factor subjetivo de atribución (dolo o culpa grave) en el sujeto abusador. Mientras que, otra porción de la doctrina, se inclina por una atribución puramente *objetiva*. En nuestra opinión, basta con que la conducta reprochada o el acto procesal que se intenta, objetivamente se aparte de la finalidad con que lo cobija el ordenamiento, provocando (con independencia de la intención del sujeto) un retardo innecesario al decurso procesal o un perjuicio injustificado a quien deba soportarlo. En todo caso, la deliberada intencionalidad (factor subjetivo) será coadyuvante a la aplicación de sanciones al sujeto que abusa (la parte, su letrado o ambos).

Dado que en numerosas circunstancias son difusos los límites entre el abuso procesal y el debido ejercicio -legítimo- del derecho de postulación y contradicción, cabe señalar que de la realización del acto abusivo o conducta obstruccionista debe emerger diáfananamente patentizando el desvío. Por ello, la interpretación acerca del carácter abusivo del acto debe hacerse con suma prudencia y, ante la duda, permitir y no sancionar la conducta en apariencia abusiva. No cabe, por supuesto, interpretar como abuso a cualquier actitud equívoca, error o desacierto procesal de la parte, tampoco al legítimo derecho de cuestionar las decisiones, ni a la sinrazón de lo postulado cuando plausiblemente podría discutirse. Si bien, debe

---

<sup>43</sup> No abundaremos aquí sobre el abuso procesal por parte del poder jurisdiccional, por cuanto encierra la particularidad del sujeto comitente y la tipificación del acto abusivo difiere de la que puedan cometer las partes. Desde la doctrina se han señalado como supuestos de actos abusivos del tribunal a los traslados innecesarios, el exceso ritual, exigir el cumplimiento de pruritos burocráticos que no trae la ley, los "criterios" del juzgado, antedatar providencias, el llamamiento de autos cuando la ley no lo requiere, el despacho de medidas para mejor proveer con el fin de prorrogar el dictado de la sentencia, etc. Algunos autores califican a este ejercicio antifuncional como "abuso de poder".



# Procesal Civil

sancionarse severamente el ejercicio de las malas artes en el proceso, como forma ejemplar de prevenir su desnaturalización, a la par debe ponerse especial atención y medida para que el principio que nos ocupa (proscripción del abuso) no sea un obstáculo o vallado para el libre ejercicio del derecho de defensa.

Como se ha dicho, no hay que “abusar del abuso”, so pena de desvirtuarlo y de condenar al destierro una herramienta inapreciable para que las argucias procedimentales no obstaculicen la obtención del oro de la Justicia.<sup>44</sup>

Los expuesto conlleva la dificultad de establecer, a priori o como catálogo, cuáles son las medidas tendientes a declarar -antes, durante y después de cometida- como antifuncional a una conducta y, en su caso, qué hacer con el acto abusivo y con el sujeto abusador. Dado que las posibilidades de generarse un abuso son ilimitadas y variadas según sea el acto o estadio procesal en que se desarrollen, no siempre corresponderá la misma decisión por parte del Oficio, ni puede establecerse un orden en que éstas han de tomarse; sin embargo, intentaremos un breve -y provisorio- listado de soluciones, conjuntas o alternativas:

#Principiemos por señalar, como premisas, que la calificación del acto como abusivo puede sobrevenir a pedido de parte o de oficio. Luego, que el acto abusivo no debe generar perjuicios a la parte contraria y es preferente -claro- prevenir o evitar que ocurra, más que sancionar el suceso a la postre. Por último, quien abusa no puede obtener rédito alguno de su conducta.

# Indicación por el juez (a modo de prevención) de que la conducta asumida se encuentra cercana o a punto de ser considerada como abusiva.

# Proveer recortando lo postulado y adecuándolo a extremos que no impliquen desvío.

# Rechazo *in limine* de la postulación abusiva de que se trate.

# Rechazo y privación de trámite posterior (abreviación o pretermisión) cuando el acto abusivo se concrete de modo sistemático o por “reiteración”.

---

<sup>44</sup> PEYRANO Jorge W., Conferencia pronunciada el 6-12-06 en la Facultad de Derecho de la UBA, en ocasión de un acto en homenaje al profesor Dr. Lino Palacio.





## Procesal Civil

# El acto puede ser fulminado en sus efectos, a través de la declaración de nulidad (art.169 CPCC).

# Aplicar sanciones (al letrado, las partes o ambos) como consecuencia del acto abusivo (falta a la lealtad, probidad y buena fe).

# Condenar en costas al letrado, cuando así corresponda y el ordenamiento lo haga posible.

# Comunicación al tribunal de ética o disciplina del respectivo Colegio Profesional.

# Generar responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados (arts.1067 y ss. CC)

Por último, aunque quizá debimos hacerlo al inicio, unas palabras referidas a la valoración, como principio procesal, de la proscripción del abuso en el proceso civil. La circunstancia que, como dijimos, sea consecencial del principio de buena fe implica admitir que el proceso no puede desarrollarse de otro modo que no sea en ése marco.

Últimamente el procesalista español Joan Picó Junoy, ha afirmado que el principio de buena fe tiene rango constitucional.<sup>45</sup> Para ello analiza que, sin perjuicio de su recepción normativa en la LEC, todo accionar contrario a la buena fe (el abuso es una modalidad) provoca un estancamiento o alteración en el proceso que incide en el derecho a la tutela efectiva, en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y, en fin, a que existe un límite en el ejercicio antisocial de un derecho. Discurre luego que, además, existe un fundamento constitucional explícito indirecto en el art. 17 del CEDH (aplicable por el art. 10.2 de la Constitución española) en cuanto prohíbe el abuso del derecho.<sup>46</sup>

Pero lo cierto es que -aún si se discuta su rango constitucional-, existe una evidente y urgente necesidad de rescatar el principio de moralidad en el proceso civil de hogaño. Y también, hacer un llamado a repasar ese error

---

<sup>45</sup> PICO I JUNOY, Joan , “*El principio de la buena fe procesal. Su fundamento constitucional*”, en Principios Procesales, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, ed. Rubinzal Culzoni, edición en prensa.

<sup>46</sup> Colegimos que es dable analizar, en la Argentina, si la incorporación a la Constitución Nacional a través del art. 75 inc. 22, de la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts.29 y 30 casi idénticos al 17 del CEDH) no derivaría en un miramiento similar al que realiza el profesor Picó Junoy.



# Procesal Civil

conceptual de la “defensa”, que consiste en suponer que hay que obtener a todo trance, per fas et nefas, lo que al cliente le “interesa” (aunque no sea un interés protegido). Así, el abuso procesal se hace carne y se convierte el letrado en un sablista del cliente, se interpreta el proceso como una lid y se pierde la conciencia de esa “empresa común” que es el proceso como herramienta de tutela.

## **2.1. La reiteración de conductas abusivas, homogéneas o heterogéneas.**

Como se ha desarrollado en acápite anterior, estando en juego la garantía constitucional a la defensa de que goza el justiciable, la interpretación y calificación de una actividad procesal como abusiva debe ser cuidadosa, merituada y sumamente prudente a fin de no coartar la susodicha prerrogativa esencial.

Vale decir que existen actos que quizá -internamente- son desarrollados con el solo propósito obstructivo y a sabiendas de la sinrazón; pero que no obstante, aisladamente considerados o en su sola manifestación, no dan miga para calificarlos como abusivos. Recordemos que el acto procesal abusivo no representa necesariamente una violación a una norma específica; es decir, la actividad suele encuadrarse como un acto autorizado por el ordenamiento, pero lo que se vulnera es la *finalidad* de dicha disposición normativa, pues se recurre a ella con fines que exacerban el objeto para el cual fue concebida.

Lo que propone este punto del temario, a nuestro entender, apunta a advertir cuándo varios actos procesales y actitudes desplegadas por el litigante, consideradas en su conjunto, denotan que ha habido un ejercicio antifuncional del derecho de defensa.

La doctrina lo ha denominado como abuso “contextual” o “por reiteración”, que se configura merced a la acción coordinada de una pluralidad de conductas, a veces de igual tenor y otras de distinta naturaleza, en la que el juez debe desentrañar si dicha pluralidad de conductas



# Procesal Civil

responde a un plan encaminado a dificultar la sustanciación del principal, de un incidente o actividad recursiva.<sup>47</sup>

Las sucesivas conductas obstruccionistas, generalmente suscitadas a través de incidentes y cuestionamientos hacia las providencias de trámite, pueden ser difícilmente ponderables a fin de calificarlas (y otorgarle las consecuencias) como abusivas. No obstante, indirectamente, por otro carril, tal vez conducen a una valoración de la conducta con incidencia, no ya en el achaque al acto procesal abusivo, sino en lo que a la postre se decida en la sentencia definitiva sobre el fondo del asunto (ya sea que conceptualicemos al comportamiento de las partes en el proceso como un medio, argumento o fuente de prueba).<sup>48</sup>

Pero aquí, en el abuso contextual o por reiteración, la apreciación de las conductas o actos -en apariencia abusivos- tiene la finalidad de proscribir e impedir que la sucesión de actuaciones antifuncionales demoren, obstruyan o perjudiquen la marcha del proceso *hacia* la sentencia, con independencia de la valoración que a la postre se haga en la decisión de mérito.

Bien se ha sostenido que, ante la contextualidad y puntos de conexión que reúnen los actos en apariencia abusivos, un modo de ir perfilando o aclarando a los litigantes sobre el desvío en el que están -o pueden llegar a estar- incursos, es el ejercicio de la profilaxis preventiva por parte del juez. En este sentido se aconseja que el Juez advierta al litigante que su conducta -o tentativa- está a punto de ser considerada abusiva en el contexto de las anteriores o por “reiteración” de otras ya desplegadas.<sup>49</sup>

## 2.2. La recusación sistemática o maliciosa.

---

<sup>47</sup> PEYRANO Jorge W., *Apuntes sobre dos temas poco transitados del abuso procesal* en Procedimiento Civil y Comercial 1, ed. Juris, Rosario 2002, pág. 138.

<sup>48</sup> Ej. art.163 inc. 5° CPCCN. Ver también AA.VV., “*Valoración judicial de la conducta procesal*”, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, ed. Rubinzal Culzoni, Sta.Fe 2005.

<sup>49</sup> Vid. OTEIZA Eduardo, “*Abuso de los derechos procesales en América latina*”, publicación del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Forense, Rio de Janeiro 2000, pág.23, citado por Peyrano Jorge en *Op.Cit.*



## Procesal Civil

La facultad de recusar a un magistrado constituye un derecho inherente al proceso por cuanto, según siempre se ha afirmado, tal apartamiento intenta preservar la imparcialidad (rectius, aventar las sospechas de parcialidad) del órgano jurisdiccional.

El tema a proponer no es la recusación en sí misma, sino la circunstancia de si puede hacerse de ésta (como prerrogativa procesal que es) un uso abusivo que merezca los reproches que hasta aquí se han señalado para dichos actos antifuncionales.

La recusación (con o sin causa) bien que puede ser utilizada con la finalidad con que la ley la ha instituido (imparcialidad) o también -claro, como toda herramienta del ordenamiento- puede servir para dar largas al asunto con un finalidad obstaculizante.

Los ordenamientos procesales argentinos regulan de muy distinto modo el procedimiento de la recusación pero en todos, eso sí, siempre está latente la posibilidad de que se utilice el mencionado instituto en forma abusiva. Lo que ocurre es que en algunos puede abortarse con mayor facilidad el ejercicio abusivo, mientras que en otros la aparente legalidad del procedimiento de recusación impide señalar -de antemano- que existe abuso procesal.

Pero, en qué consiste la recusación sistemática o maliciosa ?

Pareciera, antes de continuar, que la recusación sistemática está referida a una sucesión reiterada de recusaciones, mientras que la maliciosa puede ser aquélla seguidilla o bien concretarse maliciosamente en un solo ejercicio -no reiterado- de la facultad de recusar. En ambos casos, claro, puede haber sin duda un abuso de la prerrogativa procesal. Pero apuntamos, en definitiva, a la repetida e incesante recusación -sin causa y con causa - del o los magistrados, de quien o quienes los sustituyan, y aún de quienes se avoquen (ad hoc o por sorteo) al tratamiento de la susodicha recusación.

Ante la simple formulación de una recusación sin causa, en principio, no se advierten cuestiones que conlleven de qué preocuparse. Pero supongamos que la recusación sin causa se introduce fuera del plazo



## Procesal Civil

previsto en la norma para ejercitarla o en un tipo de proceso en los que la ley no lo permite y, más todavía, supongamos que se recusa sin causa por segunda vez (cuando la mayoría de los ordenamientos prevén una sola oportunidad). En tales supuestos, la recusación será desestimada.

El CPCCN no regula el trámite posterior ante la recusación sin causa rechazada, pero sin embargo se ha sostenido que cabe el recurso de reposición y apelación por tratarse de una providencia dictada sin sustanciación y que causa agravio no reparable a posteriori.<sup>50</sup>

En el CPCC de Santa Fe (art.15) se prevé que en los casos de denegatoria de la recusación -con o sin causa-, se elevarán los autos al Superior para que la decida.

Vale decir que, en los dos supuestos mencionados, aún ante la recusación sin causa extemporánea o groseramente inadmisibles, el recusante habrá logrado la paralización del proceso y su demora, por cuanto los autos se elevarán a la Alzada para que ésta decida e, ínterin, el juez estará impedido de avocarse al desarrollo de la causa. De rondón, la pirueta abusiva resulta gratuita pues no se prevé sustanciación posterior a la denegatoria, con lo que no se devengan costas.

Hasta aquí podría decirse -o por lo menos dudarse- que la recusación antedicha importa el ejercicio de una facultad procesal y que, por intentarse, no cabe señalar una conducta abusiva o maliciosa del recusante. Pues, como se ha visto, la interpretación de una conducta como antifuncional o abusiva debe ser estricta.

Pero avancemos más en el supuesto y veamos a qué se refiere la doctrina y la jurisprudencia cuando alude a la recusación sistemática y maliciosa.

En el mismo caso hipotético antes expuesto, sumémosle ahora la recusación *con causa* del magistrado al que pasaron las actuaciones inmediatamente después de deducida la anterior recusación (art.16 CPCCN y que incluso puede aún no estar decidida por la Cámara la primer objeción); o bien, en el caso santafesino, la recusación *con causa* del juez que continúa ahora interviniendo porque la Cámara ya devolvió los autos rechazando la anterior incausada. En cualquier caso, rechazada por el juez la recusación

<sup>50</sup> Cam.Nac.Civ, Sala E, 05-08-97, en LL 1998-B-265.



## Procesal Civil

con causa, otra vez el trámite, otra vez la Alzada, quizá apertura a prueba, y otra vez la alongadera.<sup>51</sup>

Y la actitud del recusante, todavía puede continuar. Aunque dependiendo de la regulación particular que contenga cada ordenamiento provincial, igualmente es posible -por qué no-, que una vez elevada la cuestión al Superior se recuse allí a uno o dos de los miembros de dicho Tribunal -con y sin causa-. Luego, e inmediatamente, como broche, se recuse al magistrado designado para integrar la Sala o Tribunal que se forma a los efectos de resolver la recusación de aquél.

Representativo de cuanto hemos mencionado son los conceptos vertidos por la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, donde se dijo: “No cabe hacer lugar al planteo del impugnante relativo a que el pedido de separación de uno de los Camaristas no mereció el trámite legal correspondiente, desde que la irregularidad procesal acusada fue expresamente tratada por el a quo y puede resumirse así: **a)** Los reiterados planteos de apartamiento de los jueces, sin fundamento valedero que los haga procedentes, demuestran una desconsideración de la investidura de los magistrados como así también una actitud de claro menoscabo a la credibilidad de la justicia al insistirse sin razón en alegados temores de parcialidad. **b)** Dada la trascendencia y gravedad que trasunta el acto por el que se recusa con causa a un juez, la jurisprudencia uniformemente ha señalado que su interpretación debe ser hecha con medida, pues implica un desplazamiento anormal de la competencia. **c)** Un contexto de reiteradas pretensiones recusatorias, de planteos de revocatoria a cada decisión jurisdiccional que se expida por proveído; de reiterada impetración de nulidades; de expresa manifestación de advertencia dirigida al tribunal respecto a que no se aceptará como válida ninguna actuación que de dicho magistrado dependan, indican no sólo la interposición de actos menoscabantes del buen orden del proceso, *sino también la configuración de conductas abusivas que tienden a obstaculizar dicho proceso*. Por lo que ante estos actos es correcto que el Juez a cargo de la dirección y orden del

---

<sup>51</sup> Se nos dirá seguramente que, en el caso del CPCCN, se establece la sanción (art.29) para el caso que la recusación sea declarada maliciosa. Es verdad, pero ello no es así en todos los ordenamientos y, asimismo, tal señalamiento ocurre *ex-post* y sin que pueda ése correctivo impedir el objetivo retardatario que buscaba la abusiva recusación.



## Procesal Civil

proceso -en su caso el vocal de una Cámara que lleva el trámite- desestime in limine -por el mérito de la instancia- o declare la inadmisibilidad del acto. Pues, *si a cada reiterada presentación se le diera el trámite que la ley prevé para la utilización normal de los medios que regula para que el proceso cumpla su fin, no caben dudas que ese abuso del proceso trae aparejado un serio obstruccionismo a la norma y a una ordenada marcha del mismo.* Siendo ello así, la postulación del impugnante queda reducida a un mero disenso acerca de la interpretación que cabe atribuirle a normas procesales, más de manera alguna demuestra que en el caso los Jueces hayan quebrantado el trámite de ley”.<sup>52</sup>

Advertido el tribunal de la incipiente sucesión de conductas (contextuales y homogéneas), será oportuno el señalamiento al recusante de que en tal o cual circunstancia no será admisible la recusación o que, verbigracia, el tribunal ad-hoc que se forme a los efectos de resolver la recusación interpuesta o el mismo magistrado que la integre a esos efectos, no puede ser recusado<sup>53</sup>. Tal profilaxis preventiva, no solo va alertando sobre la posible incursión en una conducta abusiva, sino que permitirá el rechazo in limine de la eventual recusación y con privación del trámite que -en otras circunstancias- correspondería imprimir a la recusación normalmente encaminada.

Por último, si bien la mayoría de los códigos procesales regulan las hipótesis limitativas de la recusación, cuándo, cómo, en qué tipos de procesos, y tienen prevista la desestimación in limine del planteo -incluso sanciones para el recusante malicioso-, corresponde a los tribunales un dedicado análisis de las conductas recusatorias abusivas del proceso, con provechosa aplicación de lo que brinda la normativa y *con la creación pretoriana de mecanismos proscriptivos del abuso*. Sin perjuicio, por supuesto, de la sanción que corresponda al litigante que ha violado sistemáticamente la buena fe, lealtad y colaboración que es de esperarse en el proceso.

<sup>52</sup> CS de Santa Fe, 30-06-04, “D.M.G s/Queja”, LL Litoral 2004-908.

<sup>53</sup> En la provincia de Santa Fe existe criterio consolidado, y jurisprudencia plenaria, en el sentido que los vocales integrantes del tribunal formado para resolver una recusación o excusación de otro vocal, no son recusables. Dado que el recusante no puede desconocer dicha circunstancia, la recusación en ésos términos se ubica rayana al abuso o conducta maliciosa.



## Procesal Civil

### 2.3. El llamado recurso ad infinitum.

Como variante del abuso procesal se ubica la figura denominada “recurso ad infinitum”. Se quiere expresar con ello, la conducta reiterada y sucesiva en la actividad de recurrir; esto es, cuando ante cualquier decisión jurisdiccional, se la recurre y tan pronto sea decidida -mejor, desestimada-, se recurre nuevamente y así infinitamente.

Peyrano ha explicitado la figura como una acumulación y sucesión de recursos carentes de todo fundamento y que complejizan, grandemente, la tarea judicial, aumentan la sobrecarga de tareas que normalmente pesa sobre los estrados judiciales y sumen en la desesperación a los justiciables que resultan ser víctimas de tal proceder abusivo. Cada resolución adversa sirve de excusa para plantear nuevos recursos ostensiblemente improcedentes que, cuando son dirimidos en sentido contrario, dan pie a nuevos recursos.<sup>54</sup>

En ocasiones el abuso se concreta con la interposición de un solo recurso, claramente inadmisibles pero que, no obstante, provoca la interrupción abusiva buscada. Verbigracia, deducir un recurso de reposición contra la resolución que desestima -precisamente- una reposición anterior y que, para colmo, conforme el ordenamiento resulta irrecurrible; o también, deducir reposición contra la providencia que impulsa el trámite en el juicio principal luego de no concederse la apelación, con argumento en que se ha interpuesto el recurso directo o queja (cuando, se sabe, su mera introducción no es suspensiva), merece sin duda el rechazo y -además- el reproche. Pues está claro que tal actividad recursiva responde a dos únicas razones, o se intenta un acto claramente abusivo y retardatario o bien es producto de un manifiesto desconocimiento del derecho.<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> PEYRANO Jorge W., *El recurso ad infinitum*, en JA 2006-I-1055. Íd. *Anotaciones sobre una válida derivación del principio que proscribe el abuso procesal: el llamado recurso ad infinitum*, en Principios Procesales, obra colectiva, ed. Rubinzal-Culzoni, en prensa.

<sup>55</sup> En otra ocasión dábamos cuenta que actitudes como ésta, en algunos ordenamientos, provocan la condena en costas al letrado (BARBERIO Sergio J., “*Acerca de ciertas expresiones y usos forenses*” en Doctrina y Jurisprudencia Procesal Civil y Comercial, N° 2006-I, ed. Juris, Rosario, pág.8).





## Procesal Civil

A primera vista, puede señalarse que el ejercicio del rechazo *in limine* de la postulación aparece como el remedio adecuado con lo que siempre -o casi siempre- suele ponerse coto a la actividad recursiva abusiva.<sup>56</sup>

Pero la concreta cuestión que aquí nos ocupa -recurso ad infinitum- refiere a la repetitiva y sucesiva impugnación que, obviamente dada su insistencia, no se conmueve ni amedrenta con el rechazo expedito.

La jurisprudencia ha dado muestras del repudio que merecen las susodichas conductas abusivas aplicando sanciones disciplinarias al letrado, por ejemplo, cuando mediante un desmesurado ejercicio de su ministerio, éste ha conseguido una notable postergación en el trámite de la causa, con olvido de que el proceso es concebido como una empresa de buena fe; pues desestimado que fuera el pedido para que bajen los autos, en cinco oportunidades interpuso, sin solución de continuidad, recursos de revocatoria contra cada una de las providencias dictadas por el Presidente del Tribunal para dar trámite a las apelaciones deducidas.<sup>57</sup>

En otros supuestos se ha procedido, además, a aplicar condenaciones pecuniarias (multas) al letrado o parte abusadora e, incluso, haciendo uso de las herramientas que el ordenamiento provincial permite, se ha sancionado con la pérdida del derecho a honorarios si la conducta ha sido clara e indubitablemente obstruccionista.<sup>58</sup>

El tribunal también podría, si la primera reposición o incidencia hubiere sido sustanciada con generación de costas, disponer de oficio la aplicación de las normas (ej. Art. 69 CPCCN, 326/328 CPCCSFE) que prevén la valla para promover otro incidente si no se han abonado previamente las costas del anterior.

Pero tales correctivos, no obstante, pueden no dar finiquito a la sucesión recursiva que podría continuar y, por otra parte, aquéllas mismas decisiones -las sancionatorias u obstativas- podrían ser también recurridas.

---

<sup>56</sup> Ya de inicio sostenemos -y aún no hemos ingresado a la recursiva reiterada y sucesiva- que el ejercicio de la susodicha facultad (rechazo *in limine*) no es habitualmente utilizada por los jueces; puesto que, a veces por inercia, otras por comodidad, o también por enrolarse en un exacerbado y mal entendido garantismo, se dispone traslado e imprime trámite al recurso -o postulación- aunque aparezca a todas luces como improcedente, inoportuno con relación al estadio de que se trate o carente de todo fundamento.

<sup>57</sup> CSJ Salta, 04-03-09, “Pérez c/Saeta” en LL Noroeste 2009-550.

<sup>58</sup> Cám. Apel. Civ. Com., Sala IV, San Pedro (Jujuy), 23-06-09, “Quiroga c/ Municip. de San Pedro”, en [www.justiciajujuy.gov.ar](http://www.justiciajujuy.gov.ar)



## Procesal Civil

Ante ello se han ensayado soluciones que van desde el rechazo in limine que ya hemos mencionado, pasando por la pretermisión de trámites (omitir la notificación al abusador sobre la desestimatoria para evitar que nuevamente la recurra), e impulsar de oficio el trámite de la causa para que acceda al paso procesal siguiente o etapa más avanzada.<sup>59</sup>

Tampoco sería desdeñable -para abortar los efectos del abuso- sumar decisiones tales como instruir al personal del juzgado para que no se agregue el escrito recursivo reiterativo al expediente, se forme legajo, escrito suelto o pieza separada, pero que no provoque alteraciones al devenir del proceso principal.

Y ello así, por cuanto aunque la postulación o recurso sea groseramente inatendible y merezca, como contrapartida, el rechazo in limine, multas o el apercibimiento que fuere; no obstante ello, ante cada recurso *ad infinitum* el expediente ingresará al despacho, el tribunal deberá proveer y así, mientras tanto, el proceso seguirá estancado sin poder encaminarse.

Sin duda se trata de decisiones enérgicas, poco simpáticas, pero que al fin y al cabo, en el trance, no son otras que las potestades jurisdiccionales del oficio como director del proceso.<sup>60</sup>

Repárese que aquí no estamos pensando en un conducta aisladamente abusiva o en un recurso o postulación incorrecta, meramente carente de fundamentos y que, abstractamente considerada pueda encuadrarse dentro del legítimo derecho de defensa del justiciable; por el contrario, la situación *ad infinitum* descrita nos presenta a un sujeto abusador que no cesa en su actitud ni lo amilana el correctivo, que insiste y desafía, y que pretende -por decirlo de alguna manera- tomar por asalto al tribunal.

Ocurre que, la controversia con quien abusa del proceso y aún los correctivos o decisiones desestimatorias -ex post-, no siempre logran impedir la rémora obstaculizante y consecuente tardanza en el desarrollo del proceso. Por ello, las soluciones antes expuestas, y otras que responderán

<sup>59</sup> PEYRANO Jorge W., “*El recurso ...*”, *Op. Cit.* Algo similar, cuando la causa se ubique en la Alzada, prevé el Código General del Proceso (Uruguay), facultando al tribunal a resolver derechamente y en forma anticipada si fuere evidente la finalidad de retardar innecesariamente el proceso.

<sup>60</sup> Ej. arts. 34, 35, 36 y 45 CPCCN y similares de los distintos ordenamientos provinciales.



# Procesal Civil

al ingenio de los magistrados, permiten que se cumpla con uno de los postulados del principio de proscripción del abuso del proceso, cual es, que el acto abusivo no provoque daño a quien se perjudica con él y que el sujeto abusador no se beneficie u obtenga -ni aún a lo Pirro- la ventaja o el efecto retardatario que pretende.

### 3. El funcionamiento del *iura novit curia* en materia procesal civil.

#### 3.1. La reconducción de postulaciones y trámites. Condiciones y límites.

La calificación y encuadramiento normativo (sustancial) por parte del juez, prescindiendo de la calificación que le hubieren dado las partes, constituye un atributo que no admite discusión a esta altura de la ciencia procesal. Vale decir que, en ejercicio del principio *iuria novit curia*, el juez tiene la facultad -y el deber- de subsumir los hechos suministrados por los litigantes en la norma jurídica material que a su juicio corresponde, siendo ésta coincidente, o no, con la invocada por los litigantes. Tal miramiento, incluso, campea en distintas disposiciones del ordenamiento.<sup>61</sup>

La innumerable cantidad de pronunciamientos con reiterada aplicación del susodicho brocárdico y la doctrina conteste sobre el punto, conduce a que no nos explayemos sobre sus derivaciones en ése sentido. Mencionaremos, solo a modo de ejemplo, que fuera de los supuestos cotidianos se ha echado mano al *iuria novit curia* para justificar la declaración oficiosa de inconstitucionalidad de una norma<sup>62</sup> o para declarar la insanía en un proceso donde se postulaba la inhabilitación.<sup>63</sup>

<sup>61</sup> Art. 163 inc. 6 del CPCCN; Art. 17 CPCC Jujuy: *Corresponde al juez calificar la relación substancial en litis y determinar las normas que la rigen. Al aplicar el derecho puede prescindir o estar en contra de la opinión jurídica expresada por las partes. No está obligado a analizar en su resolución todas las argumentaciones legales de los litigantes.* Por su parte, el CPCC santafesino indica en su art. 243, que: *Los hechos constitutivos de la litis son los que proceden jurídicamente de la demanda y su contestación y de las peticiones formuladas en ella, sea cual fuere la calificación que se les hubiese dado.*

<sup>62</sup> CSJN, 27-09-01, “*Mill de Pereira*”, en LL 2001-F-886. Ítem en “*Banco Comercial de Finanzas*”, 19-08-04.

<sup>63</sup> Trib. Coleg. de Familia N° 5 de Rosario, 27-10-93, “*S.R.A s/Inhabilitación*”, en Jurisprudencia Santafesina (JS) nro. 5, febrero de 1994, pág. 41.



## Procesal Civil

La cuestión que aquí nos ocupa, empero, refiere a la concreta utilización del *iuria novit curia* con relación a la norma procesal. Esto es, al encuadramiento de oficio de lo postulado por las partes con un formato, instituto o trámite distinto al que éstas propusieron.<sup>64</sup>

Las manifestaciones del *iuria novit curia* en materia procesal se expresan a través de lo que se ha denominado reconducción y recalificación de postulaciones.

Digamos someramente que la reconducción/recalificación de postulaciones es una derivación del citado principio *iuria novit curia* y que faculta al magistrado tanto para, según el caso, indicar al peticionante el por qué de la inadmisibilidad y señalar asimismo cuál es la forma adecuada, como para derechamente encuadrar la petición “calificándola” en la norma del rito o formato procesal que atañe a lo propuesto e imprimiendo el trámite que a su juicio corresponde.

La facultad en glosa (o potestad/deber) bien puede utilizarse durante el desarrollo del proceso ante el ejercicio de distintas postulaciones de las partes, o bien, primariamente puede calificarse *iuria novit curia* ante la presentación del escrito introductorio. Luego, también, la calificación oficiosa se efectúa en oportunidad de resolver e, incluso, de revisar una sentencia en instancias superiores.

El ejercicio *ex-officio* durante los actos de desarrollo o impulso procesal se relaciona con lo que se ha denominado función docente de las resoluciones judiciales<sup>65</sup>, y se advierte cuando la judicatura reemplaza descomedidos úcase como “oportunamente”, “aclare y se proveerá”, “ocurra donde corresponda”, por otras providencias más indulgentes donde indica al peticionante el punto de su error y señala, asimismo, cuál es el camino correcto; todo lo cual redundará en actividad saneadora, evita reiteraciones ociosas, reduce el desgaste y facilita el acceso a la jurisdicción (sin que nada de ello ofenda al principio dispositivo).

---

<sup>64</sup> Una de las facetas de la aludida facultad, la ubicamos en el art. 319 del CPCCN.

<sup>65</sup> PEYRANO Jorge W., “*Soluciones procesales*”, ed. Juris, Rosario 1995, pág. 5



## Procesal Civil

Ahora bien, como dijimos, es a través de la reconducción o recalificación donde se aprecia con mayor entidad el ejercicio del *iuria novit procesal*.<sup>66</sup>

Peyrano distingue entre reconducción y recalificación, reservando la primera para los supuestos en que inmediatamente se advierte del error al postulante y se reconduce lo peticionado; mientras que la recalificación se pone en marcha al final del proceso en oportunidad de dictarse resolución. Por su parte, García Solá, si bien no advierte grandes diferencias conceptuales entre una y otra, coincide en que una diferencia estaría dada en la oportunidad de su ejercicio.<sup>67</sup>

Para nosotros, si bien puede ser dable discernir diferencias entre la reconducción y la recalificación, con una intención pedagógica o unificatoria del lenguaje procesal, no creemos que sea ello determinante hacia el sentido de la facultad en estudio o que -estrictamente- luzcan serias consecuencias entre una y otra. Pareciera sí, que la oportunidad en la que se realiza la *estimación iuria novit curia* tendría incidencia en las posibilidades de que el postulante readecúe o reencauce su planteo.

También, podría ensayarse, que la recalificación es la causa y la reconducción el efecto. Puesto que, ante la recalificación dada por el tribunal éste ordena reconducir -se imprimirá probablemente otro trámite y las partes deberán adecuar las presentaciones- de allí en adelante. La reconducción entonces responde a la recalificación, pero no siempre a la inversa.

Así, cuando la recalificación se produce al inicio o durante el trámite de la causa, conlleva reconducción porque se adecuará el trámite de allí en más; mientras que cuando la recalificación se produce en la sentencia definitiva, ya no habrá posibilidad de reconducción por cuanto el proceso ha finiquitado y agotado su trámite.

---

<sup>66</sup> Ante la postulación mal encuadrada, el juez puede advertir de ello y mandar a que el postulante la corrija. En el mismo supuesto, el juez puede derechamente “calificar” distinto y proveer de conformidad a la nueva situación.

<sup>67</sup> Los autores citados, si bien aceptando la facultad aludida, mantienen distintas posturas sobre el concepto de cada una y en cuanto al momento en que puede ejercerse la misma. Puede verse: PEYRANO Jorge W., “*El iuria novit curia procesal: la reconducción de postulaciones*”, en ED revista del 28-3-01, id. en “Procedimiento Civil y Comercial-Conflictos Procesales”, T° 1, ed. Juris, Rosario 2002; y GARCIA SOLA Marcela, “*Fundamento, aplicaciones y límites del iuria novit curia, en especial referencia a la materia procesal*”, en “Cuestiones Procesales Modernas”, Rev. La Ley, suplemento especial, oct/05, pág.120.



## Procesal Civil

De otra parte, si entendemos que hay recalificación cuando el juez *califica* distinto a como lo hicieron las partes o, incluso, cuando la Cámara o Superior Tribunal califican distinto a como lo hicieron los tribunales de grado; entonces la recalificación puede hacerse tanto al inicio del trámite, durante, o en la sentencia definitiva. En los dos primeros casos conlleva reconducción, no así en el último.

Sin duda, y esperamos que así sea, surgirá de este Congreso una posición que establezca univocidad a los términos o *nomen iuris* de un instituto que, en su sentido y finalidad, la jurisprudencia y doctrina tienen perfectamente aprehendido.

Ahora bien, con prescindencia de la denominación que se prefiera para cada oportunidad (reconducción/recalificación), lo que importa destacar es la facultad jurisdiccional de *encuadrar* o *catalogar* lo postulado por las partes -aún lo decidido en otra instancia- en un modo distinto y encasillándolo en la normativa o figura procesal que corresponde. Y ello, es un claro ejercicio del *iuris novit curia* en su faz procesal.

**-Aplicación:** Es con motivo de los procedimientos especiales, tutelas de urgencia, diferenciadas, y en general lo que denominamos procesos de respuesta inmediata, donde se advierte con mayor frecuencia -o necesidad- el ejercicio del *iuris novit curia* procesal.<sup>68</sup>

Con referencia a la medida autosatisfactiva, por ejemplo, puede ocurrir que ante el desconocimiento puntual del novedoso ideario de la medida, o ante la duda sobre proponerla por no estar legislada<sup>69</sup>, el interesado recurra a introducir un proceso declarativo (que en rigor no le interesa promover) y ponga todo su esfuerzo en obtener una medida cautelar con sostén en dicho proceso; medida ésta que, por caso, agota lo realmente pretendido. Como variante, también puede acontecer que el peticionante ha propuesto y desarrollado acabadamente los presupuestos de

---

<sup>68</sup> El reseñado ejercicio de *iuris novit curia* tiene base normativa en algunas legislaciones. Así, por ejemplo, la ley de amparo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, prevé expresamente la facultad de reconducción cuando dispone que si la acción de amparo (en principio inadmisibles) pueda tramitar por las normas de otro tipo de proceso, *el juez podrá reconducir* el trámite y la parte adecuar su demanda a la reconducción formulada -art.6° ley 2145-.

<sup>69</sup> Exceptuamos, claro, los códigos de Chaco, Formosa, La Pampa, Corrientes y Sgo. del Estero.



## Procesal Civil

probabilidad del derecho, urgencia, y expresa pretender solo el objeto satisfactivo, pero no ha elegido correctamente la vía.

Ante tales hipótesis, u otras similares -donde quepa, claro, una decisión urgente o diferenciada- cabe preguntarse si el tribunal debe limitarse a proveer según el encuadramiento procedimental que ha hecho el solicitante y de acuerdo a lo estrictamente postulado, o bien, si puede realizar una recalificación o reconducción de lo solicitado. Entendemos que en tales circunstancias, un juez activo y corresponsable en la prestación de tutela, tiene la facultad (deber) de encuadrar iuria novit curia la postulación.<sup>70</sup>

En este sentido se han dado supuestos donde el actor introdujo una demanda mere declarativa que el tribunal juzgó inadmisibile -fundado en la subsidiariedad del art. 322 CPN-, pero iuria novit curia y garantizando la tutela efectiva, se instó al requirente para que adecuara su presentación a los términos del amparo.<sup>71</sup>

También, haciendo uso de la facultad antedicha, se ha sostenido que: “Aún cuando el amparista recurrió a la acción de amparo, por el principio iura novit curia cabe encuadrar procesalmente la petición formulada en la figura de la llamada medida autosatisfactiva, cuyo eventual otorgamiento por la vía judicial agota la prestación médica necesaria en este momento para su salud.”<sup>72</sup>

Ahora bien, en no pocas ocasiones la recalificación y reconducción se produce por un tribunal Superior cuando con motivo de apelación o por competencia originaria, los tribunales de mayor grado han recalificado decisiones o encuadramientos realizados en la primera instancia.

---

<sup>70</sup> En paralelo con las situaciones comentadas, sospechamos, que ante la hipótesis en que el peticionante de tutela tenga los recaudos más que cumplidos para el despacho de una medida cautelar, pero que sin embargo no resultan suficientes para el dictado de una medida autosatisfactiva o anticipo de mérito; quizá, ante la presencia de un periculum in damni, el magistrado no se contente con rechazar -sin más- la postulación autosatisfactiva o anticipatoria y, en su lugar, decrete una medida cautelar (ej. prohibición de innovar o medida innovativa), exigiendo contracautela si fuere del caso, sometida al régimen de cumplimiento y caducidad propio de las providencias precautorias. El postulante obtendría así la tutela necesaria, conjurando el riesgo de irreparabilidad, y debería demandar en los 10 o 15 días siguientes, según el ordenamiento, o bien adecuar la presentación a los términos de la calificación dada por el tribunal.

<sup>71</sup> Cam. Fed. Nac. Cont. Adm., Sala II, 26-02-03, “*Lettinich de Cocazza*”, citado por Marcela García Solá en *Op. Cit. “Fundamento, aplicaciones y ...”*, pág. 124.

<sup>72</sup> Juzg. Crim. y Corr. Transición Mar del Plata, Nº. 1, 23/05/2001, “B., A.”, JA 2001-IV-566; similarmente se aplicó iuria novit curia el trámite de autosatisfactiva en Juzg. Nac. Civ., Nº 67, 08/09/1999, “R. D., J. S. c. Obra Social de la U. O. M.” JA 2001-II-452. Ver jurisprudencia relacionada en BARBERIO Sergio J., “*La Medida Autosatisfactiva*”, ed. Panamericana, Santa Fe, 2006.



## Procesal Civil

El caso “Faiart” fue señero en la Provincia de Santa Fe por dar recibimiento a la medida autosatisfactiva en un tribunal de Alzada. Pero en ése pronunciamiento, además, se destacó la calificación iuria novit curia que venimos reseñando: La actora había solicitado una medida cautelar innovativa tendiente a que se ordene a dos entidades bancarias no abonar ciertos cheques librados contra su cuenta, suscriptos por los directores a favor de sí mismos. El tribunal de primer grado rechazó la medida cautelar innovativa. Apelada que fue tal decisión, el tribunal de alzada revocó la sentencia e hizo lugar a lo peticionado por la actora, pero recalificando la petición como medida autosatisfactiva.<sup>73</sup>

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha recalificado reiteradamente, en supuestos atinentes a su propia competencia, indicando la vía procesal correcta y -en muchos casos- otorgando plazo a los litigantes para adecuar la postulación al trámite reconducido.<sup>74</sup>

La CSJN, en la misma tesitura, ha reconducido en más de una ocasión dando trámite de amparo a una acción declarativa o visceversa; incluso, también derechamente ha mandado correr traslado de la demanda declarativa (otrora amparo)<sup>75</sup>

Un llamativo supuesto de doble reconducción, en cada instancia, se ha dado en una causa decidida por la Cámara Federal de Bahía Blanca. En primera instancia el peticionante introdujo una medida autosatisfactiva. El tribunal de grado desestimó la medida y, en su lugar, encauzó la petición como acción mere declarativa de inconstitucionalidad. Apelada tal decisión,

---

<sup>73</sup> Cám Apel. Civ. y Com. de Rosario, Sala II, 18-09-98, “Faiart Argentina SA s/ Med. Cautelar innovativa”, en Jurisprudencia Santafesina (JS), N° 35 págs. 57 y 62, ed. Panamericana. Dijo la Cámara: “Ante la particularísima excepcionalidad del caso -acreditado como está el impedimento para demandar por resultar previamente necesaria la asamblea societaria que habilite la acción social de responsabilidad contra los directores y que este juicio tiene relativa conexidad con la medida cautelar solicitada- y revelados los elementos propios de la urgencia, el perjuicio irreparable y mas que la probabilidad fuerte del derecho o ilegitimidad de la acción, la invocación de normas legales impeditivas de las conductas sindicadas como ilegítimas y causantes del perjuicio irreparable, aplicando los principios del “iuria novit curia” es dable advertir que nos hallamos en un terreno particularísimo que la doctrina ha dado en llamar “medidas autosatisfactivas”. Lo dispuesto por el art. 261 inc. 2° de la LS importa una norma expresamente impeditiva en línea con las circunstancias del caso”.

<sup>74</sup> SCBA, 13-09-02, “Rezzónico”, B-64.229; 06-10-04, “Ciarlantini”, I-67986

<sup>75</sup> CSJN, 12-09-96 en “Pcia. Sgo. del Estero c/Gobierno Nacional s/amparo”; íd. 18-12-07 en “Di Benedetto F. c/Pcia. Bs. As. s/ amparo”.





## Procesal Civil

la Cámara recondujo nuevamente e imprimió el trámite de amparo disponiendo, asimismo, una prohibición de innovar como medida cautelar.<sup>76</sup>

**-Condiciones y límites:** Como en toda actividad oficiosa, frente a los clásicos postulados del principio dispositivo (involucrada la congruencia) y del derecho de defensa, se presenta la no siempre definida cuestión atinente a los límites de aquella actividad. Esto es, hasta qué punto las aludidas facultades de recalificación y reconducción pueden -o deben- ejercerse sin que ingresen en terreno propio de lo que es potestativo -y disponible- por las partes involucradas.

Cuando se trata del iuria novit curia ejercido en función de orden en el proceso, como una profilaxis tendiente a evitar dilaciones, desgaste, repeticiones inútiles y aún a prevenir nulidades o estancamientos, estimamos que debe ser amplio el recibimiento de la reconducción pretoriana; pues, por un lado, contribuye a lo que nos referimos párrafos antes como función docente de las decisiones jurisdiccionales, y por el otro, está asimismo enmarcada dentro de los deberes y potestades funcionales -emparentados, además, en el principio de autoridad- de la jurisdicción.<sup>77</sup>

La reconducción así concebida, no solo aparece útil sino inmediatamente necesaria cuando las postulaciones erróneas responden a la ambigüedad u oscuridad de la norma que, incluso puede tener criterios jurisprudenciales encontrados. En otros casos puede ocurrir que la novedad del conflicto, o su complejidad, plantea nuevas situaciones a consecuencia de una avalancha legislativa<sup>78</sup>; o también, por qué no, la incorrecta selección del instituto o herramienta procesal puede ser la contracara de un error anterior del propio tribunal. En épocas de transición legislativa, ante una nueva regulación o ante la reforma del ordenamiento procesal que, sin embargo, mantiene el anterior, la reconducción lejos de ser recortada -entendemos- debe ser estimulada para que incluso el tribunal vaya fijando y alertando sobre los criterios que se sucederán en adelante.<sup>79</sup>

<sup>76</sup> Cám. Fed. de Bahía Blanca, Sala 2º, 30-04-02, in re “Fasulo A. c/ Estado Nacional”.

<sup>77</sup> Arts. 34 inc.5º, 36, 319 y 337 2º párr. del CPCCN.

<sup>78</sup> Vaya como ejemplo, circa 2001/2003, la sucesión de leyes, decretos y resoluciones ministeriales, más las consecuentes modificaciones a cada una de ellas, que se dictaron con motivo de la emergencia económica.



## Procesal Civil

La cuestión puede presentarse más espinosa cuando se trata de la reconducción de la figura o concretamente ante la recalificación hecha en la sentencia definitiva.

Conjeturamos, que puede válidamente parangonarse este *iuria novit curia procesal* con los aceptados criterios que lo refieren a su faz *material*. Pues si no se han gestado objeciones acerca de que el juez deba aplicar en la sentencia el derecho correspondiente, con independencia del que han invocado las partes, es decir, que debe hacer el correcto encuadramiento normativo sustancial (arts. 34 inc.4 y 163 inc.6 CPCCN), no aparecen razones para sostener que no pueda hacerlo en lo referente al encuadramiento procesal de lo postulado. Liminarmente, si no hay indefensión en aquél supuesto (material), no la hay -o no debería haberla- en esta otra manifestación del principio.

Claro que, así como en el *iuria novit curia -material-*, no obstante, el juez debe respetar la plataforma fáctica suministrada por las partes y no alterar la esencia de lo que éstas *pretenden -su causa-*; en su derivación procesal (recalificación/reconducción) no debe alterarse el principio de igualdad ni afectarse el derecho de defensa.

Desde otro cristal podría decirse que el derecho material es, el que es. El proceso, en cambio, cuenta con la particularidad de que involucra un debate, con formas preestablecidas, con cargas y deberes, con herramientas predispuestas que condicionan o motorizan la defensa según aquellas, en fin, con despliegues estratégicos acerca del modo, forma y oportunidad de las respectivas postulaciones. Y, pese a ciertas previsiones, el proceso se va *haciendo* en la medida del desarrollo que le imprimen sus protagonistas.

Sin embargo, esto que parece de toda esencia de un principio dispositivo como método de debate, puede entintarse con un principio dispositivo a ultranza o bien combinarse con una visión del proceso civil moderno (Justo, ecuánime, más cerca de la verdad objetiva que de la

---

<sup>79</sup> Actualmente, en la provincia de Santa Fe, se sustancian los procesos laborales con distintos códigos procesales. Las causas ya existentes a la fecha de entrada en vigencia de la reforma (Mar/10), continúan rigiéndose por el código anterior (Ley 7945); mientras que las iniciadas a partir de su vigencia, tramitan por el nuevo código (Ley 13.039). Similar acontecimiento ocurrió, ya hace algunos años, con el proceso contencioso administrativo santafesino ante el paralelo de las Leyes 4106 y 11.330. En la Provincia de Buenos Aires, se sucedieron frecuentes supuestos de reconducción en materia de amparo por mora con motivo de las leyes 7166 y 12.008.



# Procesal Civil

ficción, herramienta de paz social pero también -o principalmente- un instrumento de tutela) en el que el Juez, respetando las garantías de los contendientes, es Director del proceso.

Bajo este último concepto, el Juez del siglo XXI utiliza -en provecho de un mejor proceso- la potestad del iuria novit curia respetando la igualdad de las partes, el derecho de defensa y la congruencia. Límites que, como en el caso de casi todos los principios procesales, no son a priori absolutos, sino que admiten regulaciones y variaciones técnicas en su ejercicio de acuerdo a las razones de oportunidad, eficacia o particular coyuntura del conflicto.

El límite entonces, no es más que la *razonabilidad*, el ejercicio moderado, prudente y sesudamente calibrado de un *buen hacer* jurisdiccional.

No se nos escapa que la reconducción o recalificación, en materia de medidas autosatisfactivas o de tutelas de urgencia, no siempre será sencillo ni podrá darse en todos los supuestos. Las circunstancias del caso, especialmente en cuanto a la recalificación, requerirán un detenido análisis de conveniencia pudiendo, en ocasiones, quizá, quedar abortada la susodicha facultad judicial si se ha dado traslado de la medida o postulación al destinatario, éste ha desplegado su estrategia o conducta- en función de la solicitud primigenia y se ha dictado sentencia. Pero aún así, no obturamos un bienvenido ejercicio, prudente y adecuado, del iuria novit curia procesal cuando se trate de requerimientos de respuesta inmediata donde está en juego -casi siempre en este tipo de institutos- un derecho esencial del justiciable.<sup>80</sup>

## 3.2. El denominado recurso indiferente.

Uno de los pilares que sostiene la operatividad del denominado recurso indiferente, contiene una adecuada cuota de desformalización.

<sup>80</sup> Repárese, por caso, en el reforzamiento del principio de autoridad, flexibilización de las formas y de la congruencia y una cierta atipicidad de trámites que se propone (cada vez con mayores adhesiones) para los conflictos de familia o relativos a menores y adolescentes.



## Procesal Civil

El perfil del mismo –de origen alemán- fue ya sintetizado magistralmente por Falcón (Enrique M. Falcón, “El recurso indiferente”, LL 1975-B-1140 y s.s.), quien recorta de la siguiente manera: “Llamamos recurso indiferente, o también recurso paralelo, a aquel que, sin ser el que la ley prescribe expresamente para el caso; o que siéndolo se han omitido elementos formales; produce no obstante los mismos efectos, respecto de la procedibilidad de la vía recursiva, que el recurso correctamente articulado”.

La atenuación del principio dispositivo, las no siempre claras resoluciones judiciales que dificultan a veces al litigante determinar la alternativa recursiva a seguir (casos de duda entre el recurso extraordinario de nulidad o el de inaplicabilidad de ley) y las sobreabundantes y variables posibilidades recursivas que dificultan en algunos casos determinar con precisión matemática el recurso a interponer, son algunos de los fundamentos que afirman la posibilidad de la recepción de este recurso indiferente a “unisex”, como gráficamente ha dado en denominarlo alternativamente Morello.

En ocasiones ni aún para el propio titular de una cátedra de derecho procesal civil, como abogado litigante, le resulta sencillo determinar el tipo de recurso a interponer, en mayor medida en el área de los recursos extraordinarios provinciales, pues la propia sentencia a recurrir entrelaza cuestiones de inaplicabilidad de ley, nulidad, inconstitucionalidad provincial y normas violadas de la constitución nacional.

Cuando el Prof. JORGE W. PEYRANO genera el denominado principio del máximo rendimiento, lo sintetiza de la siguiente forma:

” El principio procesal civil del máximo rendimiento-derivación válida de la economía procesal y en especial de su especie la economía de esfuerzos- consagra soluciones que procuran aprovechar todas las potencialidades de una actuación o acto procesal realizado y también las que pudiera contener una etapa procesal. Analiza la potencialidad de aplicación de este principio en las distintas etapas del proceso civil, desde la demanda, hasta la etapa de ejecución de la sentencia y en uno de sus apartados se detiene en el área recursiva.

Recuerda que en el caso “Casal”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo aplicación confesa en materia procesal penal del principio del



## Procesal Civil

máximo rendimiento; actuando de manera activista y pretoriana. De ahora en más, en consecuencia, la casación penal debe abarcar el juicio de hecho, con alguna reserva en lo que atañe al respeto escrupuloso del principio de inmediación procesal. Y en lo específicamente relacionado con el tema que nos ocupa, considera que el supuesto del denominado “recurso indiferente” (19)FALCÓN, Enrique, “El recurso indiferente” en La Ley 1975-B 1139. “ es, en cambio, distinto. Su uso no implica reconfiguración de algún recurso o la creación de uno nuevo de tinte pretoriano. Si algo caracteriza el funcionamiento del “recurso indiferente” –de gran predicamento en Alemania y con alguna aceptación en Argentina- es que funciona con lo que se tiene. Falcón nos informa sobre él lo siguiente: “Dentro de esta categoría procesal llamamos recurso indiferente, o también recurso paralelo, a aquel que sin ser el que la ley prescribe expresamente para el caso (o que siéndolo, se han omitido elementos formales) produce no obstante los mismos efectos, respecto de la procedibilidad de la vía recursiva, que el recurso correctamente articulado”( FALCÓN, Enrique, “Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial”, Santa Fe 2009, Editorial Rubinzal Culzoni, tomo VIII, página 88.). Podrá, vg. haberse equivocado la recurrente al interponer el recurso que no era el adecuado al tipo de resolución impugnada, pero de todos modos se considerará que ha planteado el que correspondía y se procederá en consecuencia. Obviamente, la viabilidad del recurso indiferente posee límites y presupuestos (por ejemplo, la falta de claridad de la resolución cuestionada), pero como fuere es una interesante válvula de escape de rigores formalistas (Ibídem, página 92.)

El recurso indiferente, pues, sí pareciera ajustarse en mayor medida a los límites reconocidos para el funcionamiento del principio procesal civil del máximo rendimiento.”.

La reforma del ZPO del año 2002 y sus modificatorias y complementarias hasta el año 2005 y en la actualidad mantienen, en materia de procedencia de los medios de impugnación el principio de beneficio o de recurso indiferente.

En la valiosa traducción y comentarios a dicha normativa, realizados por los Dres. ALVARO J. PEREZ RAGONE y JUAN CARLOS ORTIZ PADILLA, Edit. Konrad Adenauer Stiftung, Uruguay, 2006, nos explican, en



# Procesal Civil

el análisis de la fuente directa el cauce actual del recurso indiferente, diciéndonos en la página 118 que: “Así, un recurso es procedente e idóneo si puede ser admitido en relación con determinada resolución, si es clara la naturaleza de esta y del correspondiente medio impugnativo (regla general). Pero el recurso será igualmente procedente si por él se pretende impugnar una resolución que aparece con carácter de providencia, pero que en realidad es una sentencia definitiva. Allí, aun cuando el a quo haya errado sobre la naturaleza en tanto resolución judicial del pronunciamiento emitido, la inidoneidad formal del recurso no puede perjudicar al recurrente.”

## **4. El concepto de bilateralidad de la audiencia y los procesos urgentes.**

El principio de bilateralidad o bilateralidad de la audiencia, tradicionalmente, se ha denominado en forma indistinta como principio de *contradicción*, *controversia* o *defensa en juicio*. La doctrina mayoritariamente lo ubica como manifestación de lo normado en los arts. 16 y 18 de la Constitución Nacional y también, a partir de la reforma constitucional del año 1994, podría incluirse el art. 75 inc.22 en cuanto los Tratados allí mencionados lo consagran. Amén de principio procesal constituye, entonces, una garantía constitucional.

Reseñado someramente, su ejercicio -o disfrute- consiste en que las decisiones jurisdiccionales solo concluyan de manera definitiva cuando ambas partes han tenido la oportunidad de ser oídos. Es así que en el proceso las partes deben tener razonables y adecuadas oportunidades de poder controvertir, ofertar pruebas y controlar las de su contraria como, asimismo, cuestionar o recurrir lo que se hubiere decidido con o sin su intervención. Se lo identifica con el aforismo *auditu et altera pars*.

Para satisfacer la mentada garantía bastará con otorgar al justiciable la oportunidad de ser oído. No se requiere, por supuesto, repetidas oportunidades ni tampoco que el sujeto efectivamente haga uso de ella.

Al inicio de esta ponencia (pto.1) calificamos al aludido principio como *esencial*, lo que implica que no puede ser abrogado o suprimido. Empero, lo



## Procesal Civil

dicho no obsta a que -como veremos- pueda regularse, limitarse o postergarse su ejercicio.

Nuestros clásicos ya anunciaban situaciones en que se permite, excepcionalmente, la ejecución de una providencia antes de ser notificada (inaudita pars) cuando en caso contrario podría ponerse en peligro un derecho, pero sin que ello impida la oposición posterior<sup>81</sup>. Y colegimos que cuando Eisner<sup>82</sup>, con relación a este principio, expresa que se oirá a la otra parte para que se expida o al menos consentir o impugnar lo que se decida, está dejando entrever que la bilateralidad puede ser trasladada a un momento posterior al dictado del auto o providencia. Por otra parte, los digestos procesales contienen variadas disposiciones de reducción o postergación de la bilateralidad.<sup>83</sup>

De manera tal que el ejercicio del derecho que otorga el principio en glosa, no es ilimitado.<sup>84</sup> Ni tampoco debe confundirse *bilateralidad* con *paralelismo*; sin derogarla, la bilateralidad puede ser anterior, coetánea o posterior. Razones técnicas u operativas, de oportunidad y eficacia, conducen a que excepcionalmente se restrinja, acote o postergue la “ocasión” de ser oído.

Establecidos de modo introductorio los lineamientos del principio de bilateralidad, ingresaremos a la cuestión concreta que propone el temario, esto es, la *actuación de la aludida bilateralidad frente a los procesos urgentes*.<sup>85</sup>

<sup>81</sup> ALSINA Hugo A., *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Tomo 1, Editorial Ediar, 2da. edic., Bs.As. 1963, pág.459.

<sup>82</sup> EISNER Isidoro, “Sobre principios rectores del Proceso Civil”, en *Revista de Estudios Procesales*, Rosario 1970, N° 4, pág.52.

<sup>83</sup> Así, por ejemplo, se prevé la *postergación* del contradictorio en: las razones de urgencia que justifican el despacho de prueba anticipada (326 CPCCN), las diligencias preliminares (323 CPCCN), en las medidas cautelares (198 CPCCN) o en los procesos monitorios consagrados en algunos ordenamientos (art.472 CPCCER, art. 454 CPCCSJUAN). También se regulan hipótesis de *restricción* o *acotamiento* del contradictorio, en el caso de la demanda de alimentos (643 CPCCN), los interdictos (622 CPCCN), la ausencia de traslado en el amparo (Ley 16896), la limitación de defensas en el proceso ejecutivo (542 CPCCN), el coto a la apelación en ciertas decisiones (366, 379 CPCCN), el efecto devolutivo en los recursos (198 CPCCN), entre otras.

<sup>84</sup> La garantía de defensa en juicio no supone que los litigantes deban ser oídos en cualquier momento y sin ninguna restricción de forma; las leyes procesales pueden reglamentar el ejercicio de tal derecho, restringiéndolo o limitándolo, para hacerlo compatible con análoga facultad de los demás litigantes y con el interés social de obtener una *justicia eficaz* (CSJN, JA 6-135; Fallos 62-338; 304-708)

<sup>85</sup> A fin de darle tratamiento tal como se titula en el temario del Congreso, incluimos bajo dicha denominación a las sentencias anticipadas, despachos interinos de fondo, medidas autosatisfactivas, medidas cautelares innovativas con anticipo y generativas, procedimientos especiales y las medidas



# Procesal Civil

La aparición en escena de los denominados *procesos urgentes* ha puesto en aprietos al tradicional y ortodoxo concepto de bilateralidad de la audiencia. También se suman, en virtud de ello, discusiones relativas a la jerarquía, posicionamiento y flexibilización de los principios procesales.

Las instituciones antes mencionadas (relacionadas con la tutela urgente o preferente) contienen dos puntos o temáticas que justifican -o provocan- su especial tratamiento de cara al principio de bilateralidad. Por un lado, su novedad que se enfrenta a los moldes clásicos de controversia como, asimismo, que casi todas ellas carecen de tipicidad o regulación normativa. Y por el otro, fundamentalmente relacionado al tema que nos convoca, es que en su mayoría los procesos urgentes transitan por un recorte, restricción o aplazamiento temporal del contradictorio.

La constante preocupación por una justicia civil más efectiva, que dé a cada uno lo suyo en tiempo real (o tiempo fructífero), llevó a poner atención en postulados tales como la “justicia oportuna” o la “tutela efectiva”, fijando incluso la mira en una prevención o evitación del daño, antes que su resarcimiento. También, como se ha dicho, el debido proceso se reconoce tan importante y esencial para el que deba defenderse como para aquél que es postulante o reclamante de tutela. De manera que, con motivo de los procesos urgentes, la visión actual del contradictorio o bilateralidad se ha expandido más allá del aquél apotegma cerrado, añejo y puramente individualista que limitaba el concepto a la sustanciación plena y *previa*. Dicho de otro modo, la regulación técnica de la oportunidad de su ejercicio se ha flexibilizado perdiendo la estrictez de que gozaba.

Es así que, hoy por hoy, puede advertirse la alteración al mecanismo clásico de bilateralidad, en tres distintas manifestaciones:

- 1) Acentuación de un marcado recorte o postergación del contradictorio;
- 2) Bilateralización o traslado en donde habitualmente no lo había o, como regla, no se daba en modo *previo*.

---

relativas a las *tutelas diferenciadas* -reconociendo que la doctrina utiliza distintas denominaciones y alcances para cada uno-





## Procesal Civil

3) Expansión del concepto “ser oído” a sujetos que no son parte principal o el reemplazo de éstos por la voz de otros auxiliares.

Veamos:

-Recorte o postergación del contradictorio:

Por lo general, las circunstancias fácticas que dan lugar a la proposición de un proceso urgente o postulación de respuesta inmediata -cuando no tutela diferenciada- están signadas por una cuestión de apremiante urgencia, derecho ostensible y mucho más que verosímil -en ocasiones *privilegiado* por el derecho sustancial-, exposición a un daño adicional o irreparable y desventaja posicional de armas frente al reclamado o destinatario de la decisión. Coyunturas éstas que se dan, a veces en forma conjunta, otras en forma indistinta.

De modo tal que, la bilateralidad, puede ser recortada o postergada a fin de asegurar la efectividad de aquellas decisiones. Aunque en rigor, como veremos, tal recorte sucede con mucha menos frecuencia de lo que se cree.

Si hay un instituto que generó resistencia por ser su decisión definitiva o agotadora del trámite y dictarse -casi siempre- inaudita parte, es la *medida autosatisfactiva*.

Es cierto que, en sus albores, la ligazón que mantuvieron las medidas autosatisfactivas con las medidas cautelares -por la falta de regulación de aquéllas-, llevó a que inicialmente se sostenga que la medida autosatisfactiva debía despacharse sin audiencia previa al destinatario. Numerosa doctrina sostuvo tal tesitura<sup>86</sup> y la jurisprudencia se encolumnó en el mismo sentido.<sup>87</sup> Pero este criterio no se mantiene en la actualidad.

Por nuestra parte hemos sostenido que la medida autosatisfactiva, en principio, debe despacharse luego de oír (como oportunidad) a la contraria. Sólo se dispondrá inaudita parte cuando la urgencia impostergable, la

---

<sup>86</sup> Así lo propiciaba PEYRANO Jorge W. en sus primeros trabajos sobre la materia (“*Lo urgente y lo cautelar*”, en JA 1995-I-899), aunque luego revisó tal postura admitiendo una módica o comprimida sustanciación (“*Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas*”, en Rev. La Ley del 16-2-1998 (LL 1998-A)

<sup>87</sup> Juzg. Crim. y Correc. Transición Quilmes, N° 3, 14-09-01, JA 2001-IV-458; Juzg. 1° Inst. de Circuito de Ceres, 13-07-01, “*Córdoba c/EPE*”; Cámara Federal de Apel. de la Seg. Social, Sala I, 30-06-2003, “*Alvarez, G. c/ Estado Nacional*”.



## Procesal Civil

inminencia de daño o la noticia previa al destinatario puedan frustrar la orden o empeorar la situación que se pretende remover, tornándola así inconveniente.<sup>88</sup>

Si bien estas últimas circunstancias -de urgencia o peligro de frustración- estarán presentes en la mayoría de los casos, no es dable suponerlo ab initio o regular el instituto sobre la base de que así será invariablemente. En suma, admitimos como válida la merma de contradicción si así lo requiere el caso concreto; pero cuando un mínimo de contradictorio sin ningún riesgo *pueda* darse, entonces *debe* darse.<sup>89</sup> Hemos propuesto, en ése sentido, que la medida autosatisfactiva es una herramienta de utilidad ante los supuestos en que -aún sin urgencia- el derecho del postulante se presenta ostensible, prácticamente indiscutible y la simpleza u obviedad de la cuestión no requiere de un tratamiento más extenso que el proceso autosatisfactivo en una sola *vista previa*.<sup>90</sup>

Ahora bien, además de lo anterior, existen circunstancias de ribetes especiales en donde es impostergable anticipar todo o parte de lo pretendido, sea por la vía de una tutela coincidente, diferenciada, preferente, sentencia anticipada<sup>91</sup> o medida cautelar coincidente<sup>92</sup>, etc. Asimismo, con referencia a la sentencia anticipada, se afirma que solo puede disponerse luego de contestado el traslado de la demanda o bien dictarse luego de una comprimida sustanciación.<sup>93</sup>

Si bien, como hemos visto, *el dictado inaudita parte no es la regla*; en ciertos casos puede ser necesario -para su efectividad- realizar un minus o postergación de la bilateralidad y es ello -precisamente- lo que ha motivado el tratamiento de este ítem como punto del temario del Congreso.

---

<sup>88</sup> BARBERIO Sergio J., *La Medida Autosatisfactiva*, ed. Jca. Panamericana, Santa Fe 2006, págs. 121 y 154.

<sup>89</sup> Acotado, claro, a un breve traslado o convocatoria a audiencia.

<sup>90</sup> BARBERIO Sergio J., *op.cit.*, pág.157

<sup>91</sup> En nuestra opinión, la sentencia anticipada propiamente dicha corresponde dictarla luego de respondido el traslado; pero no obstante, existen situaciones de anticipo parcial de mérito (CSJN, Camacho Acosta), los denominados despachos interinos de fondo o medidas cautelares (innovativas) coincidentes en todo o parte y en donde, según el caso, podría disponerse la orden sin traslado previo al destinatario.

<sup>92</sup> El dogma de que lo otorgado por una medida cautelar en ningún caso puede coincidir con lo pretendido en el mérito, se encuentra en franca revisión y discusión.

<sup>93</sup> PEYRANO Jorge W., *Tendencias y proyecciones de la doctrina de la tutela anticipada*, en Revista de Derecho Procesal N° 2002-I, Rubinzal Culzoni, pág. 575/76



## Procesal Civil

Qué ocurre entonces con la bilateralidad frente a este tipo de situaciones o procesos urgentes en los que se acude al dictado *inaudita pars*?

Las razones apremiantes o situaciones de coyunturas especiales que dan lugar al despacho de un anticipo del mérito o al dictado de una medida autosatisfactiva, ameritan regular o excepcionalmente posponer (como en tantos otros supuestos) el ejercicio del contradictorio. Y tal miramiento no es más que prorrogar la oportunidad o trasladar “la ocasión” en que la contraria hará uso del contradictorio.<sup>94</sup>

De otra parte, si enfrentamos el derecho del postulante a obtener una “tutela efectiva”, frente al derecho del reclamado a ser oído “previamente”, no estaremos en rigor intentando desplazar el principio esencial de contradicción o bilateralidad por el de tutela efectiva, ambos de apoyatura constitucional. Puesto que, ya sea que optemos por las posturas sostenedoras de que toda prerrogativa constitucional posee igual jerarquía, o bien, que los derechos protegidos se ordenan jerárquicamente en escalas de mayor o menor valor, o que ascendamos en la escala de principios hasta un nivel suprapositivo del principio de Justicia; llegado el caso puntual, habrá que acudir a un *balancing* de los intereses, riesgos y opciones que surgirán de las pretensiones y material fáctico concreto, sin que pueda anticiparse una solución *prima facie* o en abstracto.<sup>95</sup> De modo tal que no se trata de que un derecho ceda o pueda ser desplazado por el otro. Ambos principios procesales (bilateralidad y tutela efectiva) tendrán miramiento y protección; pero cuando la secuencia fáctica no permita que la prerrogativa se ejerza al unísono, se dará atención prioritaria en el tiempo a uno y otro.

---

<sup>94</sup> Así, por ejemplo, los cuerpos normativos que ya han incorporado la medida autosatisfactiva a su ordenamiento procesal (La Pampa, Chaco, Formosa, Corrientes, Santiago del Estero y San Juan) prevén los distintos recursos o procesos de impugnación por los que puede optar el afectado e incluso, ínterin, obtener bajo fianza el levantamiento de la medida o la suspensión de sus efectos. Asimismo, para aquellas latitudes donde no estuviere legislada se ha dicho: “cuando existe un serio peligro de frustración del derecho si se demora la decisión, es posible decretar la providencia postergando el debate para una oportunidad posterior, y es posible fundar la decisión en las disposiciones sobre medidas cautelares genéricas. Pero ello, debe realizarse con un criterio de prudencia que tiene que ver con la ponderación de los intereses afectados y el acierto en la decisión.”( Cám.Nac.Com., Sala B, 30-04-01, in re “Tanco M.F.”; íd. Cám.Fed.Seg.Soc., Sala III, 30-08-02, “Altmann”).

<sup>95</sup> Si hay algo que caracteriza, además, a este tipo de procesos, es que no hay una regla a priori sobre su trámite, se flexibilizan las formas y se adaptan los proveimientos a las especiales particularidades de la tutela postulada.



## Procesal Civil

En suma, en los denominados procesos urgentes o de respuesta inmediata, serán las razones de proporcionalidad, urgencia, efectividad, necesidad u oportunidad según el caso, las que determinarán que el derecho que dimana del principio de bilateralidad o contradicción se ejerza *ex ante* o *ex post*, lo que de ningún modo implica eliminarlo.<sup>96</sup>

- Bilateralización, antes infrecuente:

A la par, y a contramano de lo reseñado en punto anterior, se advierte que en los procesos urgentes suele ahora disponerse sustanciación en supuesto procesales que -como regla- no recibían ese tratamiento.

Desde antaño se señaló como característica de las medidas cautelares su despacho *inaudita pars*. Y, dada tal cautelaridad, se mantuvo el dogma aún con la extensión de los efectos que se ha operado en algunas medidas cautelares (prohibición de innovar) y a la aparición de otras de nueva factura (medida innovativa).

En otra ocasión ya hemos sostenido que las medidas cautelares pueden disponerse previo traslado a la otra parte.<sup>97</sup> Vale decir que una medida cautelar no deja de ser tal, ni pierde su carácter y virtudes, por disponerse un previo traslado antes de su dictado.

Por supuesto que, en la mayoría de los casos, se dispondrá sin sustanciar en función de las particulares razones de urgencia o peligro, pero ello no es absoluto. Con lo cual, puede decirse que el dictado *inaudita parte* es la regla en materia cautelar, pero no una regla inflexible o aplicable en cualquier caso sin discriminación. En sentido similar pareciera enrolarse Arazi, quien sugiere la modificación al art. 198 CPCCN en cuanto dispone el dictado de medidas cautelares *inaudita parte*.<sup>98</sup>

---

<sup>96</sup> Llamativamente, el proceso monitorio (ya regulado en algunas provincias argentinas), que es considerado un proceso urgente o de respuesta inmediata, no ha merecido los embates que sí han recibido otros tipos de tutela urgente por postergarse el contradictorio. Paradójicamente, pareciera que las *razones del tráfico* justifican trasladar la bilateralidad, pero no así las *razones de tutela* urgente o preferente.

<sup>97</sup> BARBERIO Sergio J., “*Suspensión de los efectos de la sentencia impugnada*”, en la obra colectiva “La impugnación de la sentencia firme”, Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2006, pág.376.

<sup>98</sup> ARAZI Roland, “*Tutela anticipada como medida cautelar innovativa*”, en Revista de Derecho Procesal, N° 2009-2, Rubinzal Culzoni, pág.184.



## Procesal Civil

A partir de de un nuevo funcionamiento en algunas medidas cautelares -o más extenso ámbito de aplicación- se ha comenzado a analizar la posibilidad (rectius, conveniencia) de disponer en ciertos casos un vista previa al afectado.

Antes de continuar diremos, claro, que el límite o freno a la vista previa está dado en: **a)** razones de urgencia o peligro de daño inminente ó **b)** cuando el conocimiento previo por el cautelado pueda poner en riesgo la efectividad de la medida o frustrar el derecho.

Retomando con los supuestos de cautelares que exorbitan sus clásicos efectos, encontramos los despachos cautelares en el proceso de familia<sup>99</sup>, la prohibición de innovar, medida innovativa (anticipatoria, coincidente o generativa) o aquellas que disponen la suspensión de los efectos del acto atacado. Circunstancias todas, en las que en miras a una mejor tutela –y en protección también de los derechos del destinatario de la orden- se impone un conocimiento jurisdiccional que supere el grado de verosimilitud y que, en muchos casos, puede estar esclarecido a partir de oír la voz de la contraria.

- Extensión del concepto “ser oído”:

El permanente delineamiento del Proceso Justo ha contribuído a la formulación de las tutelas diferenciadas y cuantos procedimientos de urgencia o de tutela preferente se han esbozado desde la doctrina y jurisprudencia.

Los aludidos procesos, además de lo reseñado en los dos puntos anteriores, conllevan la particularidad de dar intervención -o interactuar preponderantemente- con otros sujetos que no son estrictamente parte actora o demandada. Esto es, se escuchan -o propone escuchar- otras voces además de los partícipes primarios.

Así ocurre, verbigracia, en los procesos de familia -o vinculados a las relaciones de familia y minoridad- donde se aconseja escuchar al menor

---

<sup>99</sup> PEYRANO Jorge W., “Anotaciones sobre algunas singularidades de la tutela cautelar familiar”, en Revista de Derecho de Familia N° 39, Lexis-Nexis Abeledo-Perrot, pág.100; KIELMANOVICH, Jorge L., “Los principios del proceso de familia”, en Revista de Derecho Procesal N° 2002-1, Rubinzal Culzoni, pág. 30.



# Procesal Civil

aunque éste no reviste stricto sensu la calidad de parte<sup>100</sup>. Incluso, a partir de la incorporación de la Convención de los Derechos del Niño, se sostiene la participación directa del menor a través de un profesional especializado en la materia.<sup>101</sup>

Otro tanto ocurre con los gabinetes interdisciplinarios y la necesaria palabra del profesional técnico del caso y previo a disponer alguna medida de trascendente impacto en el grupo familiar (ej. Ley 11.529 Sta. Fe), o analizar la conveniencia o seriedad de lo que se postula.<sup>102</sup> De modo que, se advierte sin dificultad una expansión en el concepto de ser “oído” que no se limita a las partes directamente involucradas.

Del mismo modo, la intervención de sujetos tales como el Ministerio Público que en casos asiste a la parte, en otras la representa o, incluso, interviene en paralelo y en forma necesaria, constituye otra muestra de la interacción de otros sujetos -no siempre parte- que es conveniente u obligatorio oír.

## **5. El principio de legalidad y los límites a la interpretación judicial.**

## **6. El principio de congruencia: Adecuación en los procesos con particularidades señaladas (debates que involucran los derechos de consumidores o usuarios, procesos ambientales o aquellos donde se han postulado tutelas preventivas)**

Estamos en pleno conocimiento de la tendencia publicística del proceso civil en todas sus etapas.

La renovación, actualización, y flexibilización de principios clásicos del proceso ha sido y es tratado por la más prestigiosa doctrina nacional.

No obstante esta corriente, es nuestro pensamiento que el principio

---

<sup>100</sup> KEMALMAJER de CARLUCCI, Aída G., “Principios procesales y Tribunales de Familia”, en Jurisprudencia Argentina, revista del 20-10-93, pág.5

<sup>101</sup> Vid. LUDUEÑA, Liliana G., “Derecho del niño a ser oído. Intervención procesal del menor”, en Revista de Derecho Procesal N° 2002-2, Derecho Procesal de Familia, Rubinzal Culzoni, pág. 157.

<sup>102</sup> Puede verse VILLAVERDE, María S., “Los equipos técnicos en el proceso de familia de la provincia de Buenos Aires”, en Revista de Derecho Procesal N° 2002-1, Derecho Procesal de Familia, Rubinzal Culzoni, pág. 265 y ss.



## Procesal Civil

de congruencia tiene que mantenerse dentro de su molde clásico por lo menos en lo referido a los procesos de contenido patrimonial con pretensiones de libre disponibilidad legal.

Este principio nos parece básico en la medida en que si las partes pueden donar, renunciar, y disponer de su derecho mediante cualquier acto gratuito u oneroso no vemos porque no puede formalizar esta disposición dentro del proceso, ya sea en forma expresa o tácita. Incluso la propia Corte Interamericana tiene aceptado que cuando ante sus estrados se ventilan cuestiones patrimoniales, los intervinientes pueden disponer libremente de sus contenidos, en forma total o parcial.

Por ende la corriente expansiva del principio de congruencia, que le estaría dando al magistrado de cualquier instancia la facultad de conceder derechos patrimonialmente disponibles de las partes constituye en nuestro entender violación del derecho de propiedad y de defensa en juicio.

La elección de un profesional no competente por parte del actor o el demandado no puede de ningún modo ser salvada por el magistrado al momento de dictar sentencia o en el curso del proceso, con excepción – insistimos- de los casos de “justicia de acompañamiento” o relaciones procesales con derechos no disponibles (alimentos, procesos de familia en general, sociales , previsionales, etc.).

Las posiciones flexibilizadoras en la doctrina y en el ejercicio de la magistratura provienen de jueces probos, estudiosos, profesores de derecho actualizados y afectos al trabajo.

Pero como no todo funciona en la justicia de la misma manera y con las mismas calidades personales y cualidades de conocimientos actualizados, dejar indiscriminadamente en manos del sentenciante la flexibilización del principio de congruencia, puede afectar gravemente las garantías constitucionales de las partes.

El fin último de hacer justicia es un concepto relativo en la praxis de la vida real y en especial del proceso judicial.

Desde la misma naturaleza humana lo que resulta justo para uno es injusto para el otro, motivo por el cual para evitar que este sentimiento de injusticia supere los parámetros normales debe ajustarse la búsqueda de la justicia al marco legal del derecho de fondo y del procesal.



## Procesal Civil

Concepto de congruencia: El principio de congruencia forma parte del concepto de debido proceso legal. Enmarcar el concepto de debido proceso legal resulta tan difícil como atrapar un enjambre de abejas en pleno vuelo.

No obstante ello prestigiosa doctrina autoral, en nuestro entender la obra más integral sobre el tema (GOZAINI, Osvaldo Alfredo, "El Debido Proceso", Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, agosto de 2004) nos enseña que: "el debido proceso legal se sostiene en principios de bilateralidad y contradicción, ejercicio efectivo del derecho de defensa y garantías suficientes para la independencia e imparcialidad del juez que interviene en el conflicto".

A continuación y analizando la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos, donde se originó el concepto de debido proceso legal, nos enseña que el mismo se integra de la siguiente manera:

- a) El del *debido proceso legal*, adjetivo o formal, entendido como reserva de ley y conformidad con ella en la materia procesal;
- b) la creación del *debido proceso constitucional* o debido proceso a secas, como procedimiento judicial justo, todavía adjetivo, formal o procesal, y
- c) el desarrollo del *debido proceso sustantivo* o principio de razonabilidad, entendido como la concordancia de todas las leyes y normas de cualquier categoría o contenido y de los actos de autoridades públicas con las normas, principios y valores del Derecho de la Constitución.

La doctrina autoral española delimita y explica el concepto de la incongruencia procesal en la sentencia afirmando que "el juzgador no sólo viene obligado a fallar dentro de los límites máximo y mínimo del binomio pretensión-oposición; no sólo debe fallar todas y solamente las pretensiones deducidas por las partes; sino que además debe resolver tales pretensiones en la misma forma y por la misma causa por la que han sido formuladas e impugnadas. La incongruencia por modos distintos comprende los supuestos de alteración de los hechos alegados, variación de la causa de pedir y modificación de las excepciones y medios de defensa del demandado" (Cfr. SERRA DOMINGUEZ: "Incongruencia civil y penal", en "Estudios de Derecho Procesal", pág. 410. núm. 8)

El maestro de la escuela procesal rioplatense (Couture, "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", Edit. Depalma, III edición, pág.





## Procesal Civil

186) lo dice terminantemente al referirse al principio dispositivo al sostener que: “Este principio, se apoya sobre la suposición, absolutamente natural, de que en aquellos asuntos en los cuales sólo se dilucida un interés privado, los órganos del poder público no deben ir más allá de lo que desean los propios particulares”. Más categórico aún, Chiovenda (Curso de Derecho Procesal Civil, vol. IV, Edit. Mexicana, 1997, México, p. 379 y 380) lo afirma con más convicción y rigurosidad y al referirse a los poderes y límites del juez y el principio de congruencia establece que este principio fija un límite absoluto, y que “no sólo el juez no puede resolver sin demanda, sino que tampoco nada distinto o que esté fuera de la demanda (ne eat iudex ultra petita partium; sententia debet esse conformis libello). La sentencia en cuanto exceda de lo pretendido por la demanda, será anulable (y deberá, en caso de recurso de casación, casarse sin devolución para nuevo fallo (reenvío)”. Los mismos alcances los plantea para las excepciones o defensas opuestas por el demandado, o sea la otra cara de la misma moneda.

La mas destacada doctrina nacional (Morello y otros Cód. Proc. En lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y la Nación. Comentado y anotado. T IV-B, Abeledo-Perrot Tomo I pag. 116.- Falcón Enrique, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Edit. Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2006, p. 427, e) el principio de congruencia.) tiene dicho que “*Ha de cuidarse celosamente que las resoluciones judiciales se adecuen al postulado de congruencia, lo que impone lograr que medie conformidad entre el contenido del aquellas y el objeto de las peticiones –pretensiones y oposiciones- que delimitan el thema decidendum. La comparación entre lo reclamado y lo decidido, debe guardar una estricta correspondencia. Cuando la resolución se aparta de la materia que fijaron las partes, se menoscaba el aludido requisito. Es que sobre el particular gravita el señorío de los justiciables, quienes en virtud del principio dispositivo que impera e este sector del proceso, vinculan al órgano jurisdiccional* .

El maestro Morello anotó laudatoriamente (“El principio de congruencia. Flexibilización”, Lexis Nexos Buenos Aires, N° 6 – 2007 – junio, p. 664) la sentencia flexibilizadora del principio de congruencia dictado por la S.C.B.A. el 7/3/2007 en autos “L, F.F. v. Municipalidad de La Plata” pero queremos resaltar que en ese caso en especial se trataba de un amparo



# Procesal Civil

promovido por una persona discapacitada que pretendía el reconocimiento formal de su permiso para continuar como concesionario de la explotación de un puesto de venta de emparedados y gaseosas, en la Plaza Moreno de la ciudad de La Plata

De esto surge que:

1.- Las partes delimitan la actuación jurisdiccional mediante los escritos de demanda, contestación de demanda, y en su caso de reconvencción y contestación de la misma (allí se encuentran plasmada tanto las pretensiones como las oposiciones y defensas de las partes).-

2.- El Juez debe resolver sin sobrepasar estos límites los cuales configuran el *thema decidendum*.-

Asimismo, en cuanto al principio de congruencia, Mabel de los Santos, ( “La flexibilización de la congruencia” en La Ley octubre 2005, Suplemento Especial, Cuestiones Procesales Modernas, pág. 83, citando a Peyrano, manifiesta que se trata de un principio derivado del principio dispositivo siendo definido como *“la exigencia de que medie identidad entre la materia, partes y hechos de una litis incidental o sustantiva y lo resuelto por la decisión jurisdiccional que la dirima. Vale decir que la congruencia debe verificarse en tres planos: los sujetos del proceso, los hechos y el objeto del juicio (la pretensión o pretensiones deducidas)”*.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, el Superior Tribunal más antiguo del país (conf. Juan Carlos HITTERS, “Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación”, Edit. Librería Editora Platense SRL, 2ª. Edición, La Plata, p. 491) mantiene, aún con su nueva integración, su doctrina legal obligatoria en los términos del art. 278 del C.P.C. para toda la juricatura de la Provincia de Buenos Aires.

En un sucinto y casuístico análisis por materias y en distintos tipos de reclamos la Suprema Corte mantiene su compromiso en la defensa del principio de congruencia ciñendolo dentro del marco que corresponde.

Así tiene resuelto en fallos del año en curso, 2007, que: *“Sabido es que el principio de congruencia establecido por el art. 163 inc. 6 y reiterado por el art. 272 del Código Procesal Civil y Comercial, significa que, como regla general, debe existir correspondencia entre la acción promovida y la sentencia que se dicta, lo que se desarrolla en una doble dirección: el juez*



## Procesal Civil

*debe pronunciarse sobre todo lo que se pide, o sea sobre todas las pretensiones sometidas a su examen y sólo sobre éstas y debe dictar el fallo basándose en todos los elementos de hecho aportados en apoyo de las formulaciones hechas valer por las partes en sus presentaciones y sólo basándose en tales elementos”. (S.C.B.A., Ac. C. 93.036, 14/2/2007, “Club Atlético y Deportivo Junior contra Municipalidad de Florencio Varela. Incumplimiento contractual y daños y perjuicios”).*

*“Tiene dicho reiteradamente esta Corte que las facultades de los tribunales de apelación sufren en principio una doble limitación, la que resulta de la relación procesal –que aparece en la demanda y contestación– y la que el apelante haya querido imponerle en el recurso”.*

*“En igual sentido, la Corte Suprema de la Nación ha señalado que la competencia del tribunal de apelación se encuentra acotada por los agravios contenidos en los recursos concedidos y la prescindencia de tal límite lesiona las garantías constitucionales de propiedad y de defensa en juicio”. (S.C.B.A., Ac. C. 93.036, 14/2/2007, “Club Atlético y Deportivo Junior contra Municipalidad de Florencio Varela. Incumplimiento contractual y daños y perjuicios”).*

*La doctrina legal actualizada continua precedentes de años anteriores tales como: “Extender el examen a la procedencia del reajuste salarial por un período mayor al originariamente solicitado configuraría alterar el postulado de congruencia que, en principio, en este tipo de pretensiones debe existir entre lo solicitado y resuelto en sede administrativa y lo requerido en la instancia judicial.” (SCBA, B 59127, S, 29-10-2003, “Muñoz Néstor Manuel c/ Provincia de Buenos Aires (Consejo del Menor) s/ Demanda contencioso administrativa).*

*“La consideración de los hechos sobrevinientes no debe importar agravio a la garantía de la defensa en juicio y del principio de congruencia que como expresión de aquella delimita el marco de actuación de la jurisdicción. La congruencia como señala Guasp, consiste en “la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan ese objeto.” (SCBA, B 55731, S, 5-11-2003, “Elhorriburu Hilda Inés c/ Municipalidad de Bragado s/ Demanda contencioso*



## Procesal Civil

*administrativa*”).

*“Si el rubro intereses no fue objeto de petición en la demanda no puede condenarse a la accionada a cumplir una obligación que no fue motivo del juicio; de lo contrario se afectaría el principio de congruencia, en su vinculación con el derecho de defensa en juicio.” (SCBA, L 43140, S, 7-11-1989, “Maldonado Jesús Agustín c/ Transportes La Perlita S.A. s/ Accidente de trabajo).*

La aplicación del principio de congruencia en sus justos límites por parte de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires coincide plenamente con el nuevo y muy reciente Código Procesal Civil Alemán (ZPO) luego de sus reformas integrales del año 2000 – 2002 y las complementarias hasta el 2005, evaluadas satisfactoriamente por el Ministerio Federal de Justicia mediante dictamen dado a publicidad el 17 de mayo de 2006.

Si bien la reforma de 2001 de la ZPO alemana avanzó en el sentido de aumentar los poderes del juez en la instrucción probatoria, lo cierto es que con referencia concreta a la congruencia el art. 308 ZPO quedó redactado textualmente de la siguiente manera: *“El tribunal no está autorizado a conceder algo a una parte cuando ello no ha sido solicitado. Esto rige en especial con relación a frutos, intereses o deberes accesorios.”*

### CONCLUSIONES DEL CONGRESO DE MAR EL PLATA:

Independientemente de esta línea de pensamiento, en la cual tampoco existe coincidencia total entre ambos ponentes generales, el tema fue tratado en el XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal, realizado en la ciudad de Mar del Plata del 7 al 10 de noviembre de 2007.

La ponencia general de la Subcomisión 1, estuvo a cargo de la Dra. Mabel de los Santos; la comunicación de la Dra. De los Santos planteó un margen amplio de flexibilidad del principio de congruencia y las conclusiones de la mencionada subcomisión fueron mayoritariamente orientadas hacia dicho sentido.

En lo que aquí nos interesa se concluyó en que:

- 1) La flexibilización de la congruencia, como excepción, puede admitirse en la búsqueda de una solución justa. El concepto de flexibilización presupone exceder, en determinados casos, los límites subjetivos,



## Procesal Civil

objetivos o fácticos de la litis.

- 2) La flexibilización de la congruencia exige sincerar el apartamiento de la regla y explicitar los motivos por los que tal decisión conduce a la “respuesta justa”. La fundamentación debe aludir, inexcusablemente, a que no se afecta la garantía de la defensa.
- 3) Un estricto apego a la congruencia, en ciertas circunstancias, puede constituir un exceso ritual y perjudicar la garantía de la tutela judicial efectiva y oportuna.
- 4) Se registraron tesis minoritarias en cuanto a que el proceso debe ser absolutamente dispositivo y el juez no puede flexibilizar el principio de congruencia.
- 5) También se sostuvo una posición intermedia en cuanto a que los límites rígidos del principio de congruencia se refieren exclusivamente a cuestiones patrimoniales y derechos disponibles por las partes.
- 6) Otros criterios admitieron la flexibilización sólo cuando se encuentren involucrados intereses superiores de rango constitucional.

Donde más intensamente se ha echado mano al principio que nos ocupa, fue en ocasión del precedente “*Kimel*”, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no tuvo siquiera en cuenta el principio de *congruencia*, a la hora de declarar la violación al principio de legalidad en los tipos que prevén los delitos contra el honor, haciendo gala de aquello que Lorenzetti denominara – en la construcción de la sentencia – como *el paradigma del protectorio*. En este tema, como en todos los demás, entiendo y estoy convencido que el punto pasa por la “dosificación” de las aludidas facultades, cuáles y cuántas. De las susodichas facultades (deberes-facultades según muchos), desde mi óptica de abogado litigante, aquéllas que tengan incidencia en la congruencia, particularmente - en las cuestiones referidas a causas puramente patrimoniales, privadas y sobre derechos disponibles, prefiero restringirlas o limitarlas (excepto el absurdo o hipótesis similares) a lo que las partes han aportado como material y delimitado como *thema*.

En suma, adhiero a la “flexibilización” de la congruencia en cuanto ésta importe éso: relativa ductilidad o maleabilidad en los contornos rígidos del ortodoxo concepto de la congruencia a ultranza; lo que no indica -ni



# Procesal Civil

adhiero- a una congruencia sin límite donde haciendo las veces de iuria novit o reemplazando casi enteramente lo que ha sido objeto de postulación o defensa, el juez aporta un nuevo o distinto thema al eje de la controversia.

## **7. El principio de igualdad procesal y la Justicia de acompañamiento o de protección de la parte más débil.**

Al comentar precedentes de la Suprema Corte de la Pcia. de Bs.As., la profesora Patricia Bermejo en su nota “ El derecho sustancial de familia y su visión procesal en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires”, Abeledo Perrot- JA-DOCTRINA, *30 de junio de 2004*, nos ilustra de que manera la secuencia de Diversos fallos aportan una nueva visión de las normas adjetivas inspirada en una renovadora reconsideración de las directrices que guían al proceso, en especial inspirados por la tendencia humanizadora que guía a las cuestiones de familia.

En la causa Ac. 72890, "G., F. S. Adopción" (sent. del 19/2/2002), se dedujo un recurso extraordinario de nulidad que se declaró procedente por haberse omitido escuchar la opinión del menor, cuestión liminar y esencial en aquellos procesos en los que se ventila una cuestión que involucre a éstos (9 Entre muchos otros, ver, por ejemplo, Ac. 41811, sent. del 10/10/1989, publicado en AyS 1989-III-647; Ac. 56195, sent. del 17/10/1995, AyS 1995-III-852; Ac. 71380, sent. del 24/10/2001; Ac. 57056, sent. del 27/10/2000, del voto en minoría del juez Negri, publicado en ED 194-413; Ac. 71380, sent. del 24/10/2001; 84856, "P., C. S. y art. 10 ley 10067/1983", sent. del 26/2/2003.

Empero, lo original del caso reside en que, además de anular la sentencia, los jueces intervinientes abordaron la opción de que la Corte se arrogara competencia positiva y resolviera el fondo de lo planteado, en atención a las particulares circunstancias de la causa -el haberse mantenido indefinida la situación familiar del menor encartado-. En palabras del Dr. Pettigiani, "...entiendo que corresponde a esta Corte asumir competencia positiva, para



## Procesal Civil

poner fin a esta larga controversia y fijar en forma definitiva los derechos de las partes, brindando en particular estabilidad a la precaria situación que el menor ha debido sobrellevar durante su infancia, consolidando de este modo su identidad y posibilitándole proyectar su futuro". Esta razón, extremadamente humana, lo llevó a replantear el "sistema indiscriminado del reenvío que impone el art. 298 del Código ritual...". Además de advertir acerca de la especialidad de las cuestiones de familia, el Dr. Pettigiani, recordando palabras del Dr. Berizonce, puntualizó que aquéllos se tratan de "...conflictos diferenciados para los que se propugna una tutela preferencial", resaltando que la doble instancia en materia civil no constituye exigencia constitucional. Refirió en sustento de su decisión lo dicho por el Prof. Morello sobre que: "El reforzar la tutela jurisdiccional en orden a que la calidad de los derechos en juego (y la intensidad de los deberes y causas que pesan sobre ciertos sujetos de la célula familiar) exige, constitucionalmente (art. 14 bis), que las situaciones tutelables no se frustren nada más que por razones formales...". Lo dicho lo llevó a proponer revocar el fallo en todas sus partes y resolver la cuestión esencial de la guarda y de la adopción, asumiendo competencia positiva (Dispuso la adopción simple (art. 329 y ss. CCiv.) y concedió un régimen de visitas y vacaciones a favor de la madre biológica de aquél, a fijarse por el juez de menores que corresponda, en el respectivo incidente que deberá formarse al efecto, y en atención a las circunstancias del caso.) Sin embargo, el Dr. Pisano, al votar en segundo término, apreció que la solución propuesta por el juez preopinante importaba atribuirse facultades legislativas en contradicción con lo regulado por el art. 298 CPCC. de la provincia de Buenos Aires (ALJA 1968-B-1446) ((() (No plantea más que la gran disyuntiva entre si el juez "aplica el derecho" o "crea el derecho". Ver Wasby, Stephen, "La Suprema Corte en el sistema judicial federal", traducción de Patricia Bermejo, 2003, Ed. Platense, p. 22.10)., por lo que se apartó de esa propuesta. También disintió con aquella posibilidad el juez Hitters por diversas razones, entre ellas, que justamente es el reenvío lo que separa el recurso extraordinario de nulidad del de inaplicabilidad de ley. En su opinión, de omitirse esa remisión la Corte estaría "saltando" la intervención de la alzada y alterando así la multiplicidad de instancias



## Procesal Civil

previstas en el ámbito civil, asumiendo competencia originaria en los puntos soslayados, que habrían sido supuestamente esquivados en la instancia anterior. Pero no por ello dejó de señalar que en verdad el reenvío es sólo una técnica procesal que no responde a razones de justicia y que a esta altura del progreso no se justifica, salvo en cuestiones muy específicas, por lo que -como reseñó- se eliminó de los Códigos europeos. Empero, hasta tanto no se modifique la ley, dijo, el reenvío permanece vigente y debe acatarse. El Dr. De Lazzari, si bien también disintió con la propuesta del Dr. Pettigiani, coincidió en que "... en determinadas circunstancias, la normativa de rango inferior ha de ceder frente a principios emanados del orden constitucional, incluidos los tratados...", aunque en el caso no advirtió justificado un apartamiento del cauce natural del recurso planteado.

Es decir que reveló una visión más flexible, en tanto en ciertos supuestos -si bien no es el caso de estos autos- podría la normativa inferior ceder ante la letra de un derecho superior, ya sea la Constitución o los tratados internacionales.

Como corolario de lo expuesto, aunque la mayoría discrepó con un recurso extraordinario de nulidad sin reenvío, la cuestión se planteó formalmente y contó con un voto a favor. Al igual que en otras ramas del Derecho, se plasma aquí una visión humanista del proceso, y, como bien destaca el Prof. Berizonce, mal podría un derecho sustantivo inspirado en principios solidaristas no acompañarse por un derecho procesal en igual sentido: el paralelismo de las soluciones debe ser total (Berizonce, Roberto, "Derecho Procesal Civil actual", 1999, Eds. Platense y Abeledo-Perrot, p. 105

El Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) es un 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 de 1998 y a las recomendaciones de las Reuniones de Ministros de Justicia o Ministros o Procuradores Generales de las Américas (REMJA).

Sus tres metas claves son:

- 1) Estudiar en profundidad los sistemas de justicia y desarrollar planteamientos innovadores en la discusión de reformas judiciales:





# Procesal Civil

- 2) Favorecer la cooperación y el intercambio de experiencias entre los actores clave del sector justicia a nivel regional; y
- 3) Generar y difundir instrumentos que mejoren la información sobre justicia en las Américas.

En consonancia con sus metas, y con especial referencia a la eficacia procesal de los derechos de la niñez y adolescencia se indica la necesidad de la mejora del proceso orientandolo hacia los siguientes objetivos:

- 1) Elevar el nivel de salidas del sistema judicial.
- 2) Eliminar la mora judicial en los procesos de protección y de responsabilidad.
- 3) Establecer mecanismos de control de las medidas de protección y de coerción impuestas.
- 4) Hacer efectivo los principios de interés superior y tutela jurisdiccional de la niñez y adolescencia.
- 5) Establecer mecanismos para la atención integral de la niñez y adolescencia víctima.
- 6) Crear un banco de datos, control y seguimiento a los casos de niñez y adolescencia víctima.

En cumplimiento de los objetivo referidos, se derivan otros referidos específicamente a la gestión y organización judicial, lo que en esencia hacen operativo el cumplimiento de los objetivos generales enunciados anteriormente.

En cuanto a la gestión judicial, podemos sintetizar las propuestas, de la siguiente forma:

- 1) Centralizar el proceso en audiencias orales en todas las etapas de los procedimientos de protección y responsabilidad.
- 2) Sustituir notificaciones escritas por la comunicación oral en audiencia.
- 3) Eliminar la tramitología.
- 4) Sustituir el registro de audiencias.
- 5) Separar funciones administrativas de las jurisdiccionales.

Aparte de los objetivos de gestión, ya indicados, se pueden sintetizar objetivos de organización siendo estos uno de los puntos más relevantes de la mejora judicial.



# Procesal Civil

Conforme a ello los objetivos de la reorganización serían:

- 1) Instalar juzgados pluripersonales.
- 2) Diseñar la organización de las unidades de servicios comunes.
- 3) Fortalecer la multidisciplinariedad de las judicaturas.
- 4) Establecer las unidades de medida e instituir el uso de la información para la toma de decisión.
- 5) Preponderar el trabajo en equipo bajo lineamientos de alta gerencia.

Y para finalizar se esperan los siguientes macroresultados :

- 1) Elevar al 90% el total de salidas respecto al total de ingresos.
- 2) Reducir hasta un 100% la mora judicial respecto a los datos iniciales.
- 3) Reducir hasta en un 200% la duración de las audiencias orales.
- 4) Sustituir en 100% el registro escrito de las audiencias orales.
- 5) Eliminar en 80% las solicitudes y resoluciones escritas.
- 6) Elevar en un 80% el control de las medidas de protección y responsabilidad.
- 7) Incorporar economía de escala en asistencia administrativa.

## **8. El principio de debida fundamentación de las decisiones judiciales y los principios de razonabilidad y de proporcionalidad.**

Daniel Acosta, Miembro del Ateneo..... Peyrano expresa a su respecto que : *“Estamos ya en condiciones de ensayar una descripción aproximativa del principio procesal que nos ocupa: el principio procesal civil del máximo rendimiento (consecuencial del de economía procesal) , tiende a establecer lo conducente – a veces con respaldo legal, otras únicamente gracias a la faena doctrinal y jurisprudencial –a aprovechar todas las potencialidades correspondientes que pudiera tener una actuación o acto procesal cumplido o una etapa procesal...”*<sup>103</sup>.

De lo que se trata en definitiva es de honrar el factor eficacia en el proceso, pues el fin último del proceso no es el dictado de resoluciones – muchas veces formales – sino la resolución de conflictos. La ausencia de

---

<sup>103</sup> Peyrano, Jorge W. *El principio del máximo rendimiento procesal en sede civil.*



## Procesal Civil

dicha eficacia, es el que hace – en palabras de Morello – que el hombre común quede insatisfecho y perplejo, sin comprender ...*como tantas explicaciones y armoniosas y razonadas construcciones, no obstante sus preciosismos de escuela, no han servido, sin embargo para alcanzar la adecuada respuesta al simple y trémulo pedido de “que se haga justicia...”*<sup>104</sup>

En relación a este principio, se dice - sobre todo en ámbitos jurídicos donde existe profusa y confusa regulación legal - que puede violentar no ya la tradicional *congruencia fáctica*, sino una suerte de *congruencia jurídica*.-

La relación entre el principio que nos ocupa, y el del máximo aprovechamiento de la instancia es muy clara. Repárese que, cuando un Tribunal echa mano al principio *iura novit curia*, está optimizando al máximo la capacidad de rendimiento de la instancia, pues construye la norma individual que habrá de regir el caso concreto, no sólo a partir del derecho invocado por las partes, sino teniendo presente el ordenamiento jurídico en su totalidad y la prelación de fuentes normativas (art. 31 de la C.N.), brindando el espectro más amplio posible a la determinación de la premisa jurídica que todo litigio presupone. Ni siquiera en un precedente altamente sensibilizado con la garantía del derecho de defensa en juicio, que llevara el análisis de la congruencia fáctica a su mayor intensidad. En dicho fallo la Corte al hacer suyo el dictamen del Procurador General, anula una sentencia de Cámara por haberse fundado en hechos y argumentos no esbozados en el escrito de inicio. Se trata de una sentencia en la que se condena a la Superintendencia de Seguros de la Nación y al Estado Nacional por una supuesta falta de control adecuado en el ejercicio del poder de policía, cuando el argumento por el que se demandara se apoyaba en la responsabilidad de la Superintendencia como garante de la relación entre asegurado y aseguradora<sup>105</sup>.

En el fallo que comentamos, se dijo que “*..si bien es cierto que los jueces no se encuentran vinculados por la calificación jurídica que las partes dan a sus pretensiones y pueden enmendar o reemplazar el derecho mal*

---

<sup>104</sup> Morello, Augusto Mario. Presentación a la primera edición de *La eficacia del proceso*. Hammurabi, Bs.As. 2001.

<sup>105</sup> C.S.J.N., en autos “Sorba, Luis E. y otros c/ Superintendencia de Seguros de la Nación y otro” 24-6-2004.



## Procesal Civil

*invocado por aquellas, ello es así en la medida que no alteren las bases fácticas del litigio y la causa petendi..*<sup>106</sup>, con lo que queda claro que la causa de la arbitrariedad del fallo, no es el apartamiento de la *congruencia jurídica*, sino de la alteración de las bases *fácticas* del litigio

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sido muy clara en señalar, en el ámbito mucho más sensible del proceso penal, que la selección del derecho por parte del Juez, no viola el derecho de defensa<sup>107</sup>.-

Resulta claro del precedente que nos ocupa, que cuando el Juez echa mano al principio *iura novit curia*, no viola – ni puede hacerlo – el derecho de defensa. Ahora bien lo que no puede, so pretexto del principio que nos ocupa es variar la plataforma fáctica sobre las que versa el caso, lo que termina siendo – a no dudarlo – no una cuestión de *congruencia jurídica* sino fáctica, que podría ser rotulada como un problema de imputación jurídica.

La Corte Europea de Derechos Humanos, sí avanzó sobre el aspecto jurídico de la imputación en el marco del proceso penal, pero al vincularlo con el derecho del imputado a conocer la calificación de los hechos atribuidos, sosteniendo que la sola recalificación de los hechos, sin la adecuada posibilidad para la defensa, importa violación a la garantía de un juicio justo<sup>108</sup>.

- El principio del *máximo aprovechamiento de la instancia* y el caso “Casal”: En el considerando N° 24, la Corte, a nuestro juicio formula el holding principal del precedente. Así sostiene que, en el marco de la competencia del Tribunal de Alzada - que por estar reservados solamente a quienes estuvieron presentes en el juicio - lo resultante de la inmediación, constituye... *lo único que los jueces de casación no pueden valorar no sólo porque cancelaría el principio de publicidad, sino también porque*

---

<sup>106</sup> Punto IV del Dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo.

<sup>107</sup> La Corte dijo que: “*La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El llamado “principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia” implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación*”. Corte Interamericana de Derechos Humanos Fermin Ramirez vs. Guatemala 20-6-05.

<sup>108</sup> Dicho Tribunal consideró que: “... *en cuestiones penales, el precepto concerniente a una información completa y detallada de los cargos formulados contra el imputado y, consecuentemente, a la calificación legal que el tribunal pueda adoptar al respecto, constituye un prerequisite esencial para asegurar que los procedimientos sean justos...*” . Corte Europea de Derechos Humanos, en la causa “Pelissier et Sassi c. Francia”, 25-3-99



## Procesal Civil

*directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento. Se trata directamente de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas, y que debe apreciarse en cada caso. De allí que se hable de la Leistung, del rendimiento del máximo de esfuerzo revisable que puedan llevar a cabo en cada caso. En el considerando N° 23, hace expresa referencia a la doctrina alemana de la capacidad de rendimiento.*

La sentencia de la Corte echa por tierra la distinción de cuestiones de hecho y de derecho – no revisables las primeras, a diferencia de las últimas – que se desprende del carácter extraordinario que se le asigna legalmente al recurso de casación, definiendo *...así una instancia de conocimiento jurisdiccional, posterior al dictado de una sentencia condenatoria, que puede denominársela "casación amplia", que engloba a los hechos y a la prueba, en cuya virtud es posible proponer un reexamen abarcativo del fallo, en la medida que los puntos de agravio así lo insten. Esta restricción, atinada por cierto, quedó expresamente prevista en el voto concurrente de la jueza Argibay, en cuyos fundamentos se reconoció esta limitación, generalmente propia de todo recurso, junto a la que se deriva naturalmente de la inmediación que caracteriza al juicio oral*<sup>109</sup>.

El máximo aprovechamiento de la instancia no constituye el holding del precedente, sino que se erige en una herramienta argumental para permitir la realización de la garantía denominada del “*doble conforme*” que prevén los arts. 8.2.h) de la C.A.D.H. y 14.5 del P.I.D.C.P.

- El principio del máximo aprovechamiento de la instancia y el caso “Kimel”:  
**El 2 de mayo de 2008 la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dicto sentencia en el precedente “Kimel vs. Argentina”, condenando al Estado argentino a reparar el daño, así como a reintegrar las costas y gastos sufragados por el periodista Eduardo Gabriel Kimel, dejando sin efecto la condena impuesta, debiendo el Estado eliminar el nombre del Sr.Kimel de los registros públicos de antecedentes penales, imponiendo la realización de un acto público de reconocimiento de**

---

<sup>109</sup> Muchnik, Javier D. Jofré, Jorge L. *El recurso de casación, el principio acusatorio y la garantía de la doble instancia*. LL 2005-F, 384).



## Procesal Civil

responsabilidad, en función del Pacto de San José de Costa Rica, entre otros dispositivos del resolutorio<sup>110</sup>.-

Un aspecto importante del precedente, que determina las posibilidades interpretativas que pueden brindar los tipos penales que protegiendo la honra y reputación de las personas pueden incidir sobre la libertad de expresión, así como la modificación de las figuras penales involucradas, es lo atinente a la violación del estado argentino del principio de legalidad<sup>111</sup>.-

A la conclusión relativa a la violación de tal principio, la corte arriba no obstante no mediar alegación de la Comisión Interamericana, ni petición alguna de los representantes de las partes.-

Tal activismo de la Corte se traduce, en términos procesales, en una clara transgresión del principio de *congruencia*.

Es realmente importante el precedente, pues transita por las mismas argumentaciones de Bossert, en su recordado voto – ut supra referido – en Mill de Pereyra, pues acomete la resolución en ausencia de pedido de las partes, pero en la medida que – al menos – estas

---

<sup>110</sup> **Los hechos motivantes de la condena fueron los siguientes:** Eduardo Gabriel Kimel publicó, entre otros libros relacionados con la historia reciente argentina, una labor que se encargó de la investigación periodística de la denominada “Masacre de San Patricio”, allí indagó acerca del asesinato de cinco religiosos. La publicación cuestionó la actuación de las autoridades encargadas de la investigación de los homicidios, entre ellas un juez. Dicho Magistrado promovió querrela contra el señor Kimel por el delito de calumnia. Kimel resultó condenado a un año de prisión, en suspenso, por el delito de calumnia, así como a reparar el daño. Luego de la interposición del recurso extraordinario ante la Cámara de Apelaciones; y ser – dicho recurso - declarado improcedente, y expedirse en forma definitiva el Máximo Tribunal del país rechazando *in limine* dicho recurso el 14 de septiembre de 2000, la condena quedó firme.-

<sup>111</sup> Al respecto dijo que: *61. Esta Corte tiene competencia –a la luz de la Convención Americana y con base en el principio iura novit curia, el cual se encuentra sólidamente respaldado en la jurisprudencia internacional– para estudiar la posible violación de las normas de la Convención que no han sido alegadas en los escritos presentados ante ella, en la inteligencia de que las partes hayan tenido la oportunidad de expresar sus respectivas posiciones en relación con los hechos que las sustentan...62. En el presente caso ni la Comisión ni los representantes alegaron la violación del artículo 9 de la Convención Americana que consagra el principio de legalidad. Sin embargo, el Tribunal estima que los hechos de este caso, aceptados por el Estado y sobre los cuales las partes han tenido amplia posibilidad de hacer referencia, muestran una afectación a este principio en los términos que se exponen a continuación...63. La Corte ha señalado que “es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información”. En este sentido, cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano. :*



## Procesal Civil

**hubieran tenido la oportunidad de expresar sus respectivas posiciones en relación a los hechos que sustentan la cuestión respectiva.-**

**Como se advierte, aquí también se optimiza el rendimiento de la instancia internacional para el abordaje de todas las cuestiones que guarden relación con el protectorio de los derechos fundamentales.-**

Recordemos que la Corte Interamericana había dicho que: “De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz *protección de los derechos humanos*<sup>115</sup>, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que “no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos”.<sup>112</sup>.

Si bien el recurso de inconstitucionalidad provincial no es un recurso ordinario, como exige la Corte Interamericana – tampoco lo es el de casación y no obstante ello la Corte lo ordinarizó en “Casal” - como recaudo para la vigencia de la garantía, la admisibilidad amplia y las reales posibilidades de una revisión integral del fallo lo dotan de idoneidad suficiente, al menos mayor que el resultante de la revisión ante un tribunal de igual jerarquía que aquel que dictara la condena, como resulta de la aplicación de “Ali”.

En conclusión en el proceso escrito, ante una sentencia en que la Alzada revoque una absolución, nada obsta a potenciar el máximo aprovechamiento de la instancia, dictando el Tribunal la sentencia condenatoria, dando amplias posibilidades de acceso a la instancia extraordinaria, resultando ser la Corte Suprema de Justicia el Tribunal Superior que garantice el doble conforme.

- Colofón: Los Tribunales Superiores - vgr. Corte Suprema de la Provincia de Santa Fe, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Corte

<sup>112</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos “Herrera Ulloa Vs. Costa Rica”, sentencia del 2.7.04.



## Procesal Civil

Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos – echan mano al principio del máximo aprovechamiento de la instancia.

En el proceso civil dicho vector transita, habitualmente, en la operatividad del principio *iura novit curia*, siendo su máxima expresión el control oficioso de constitucionalidad.

Este principio *iura novit curia* en el proceso penal, no viola garantía alguna, pero encuentra alguna aproximación – que en algún modo se vincula a los nuevos postulados doctrinarios, que no constituyen doctrina recibida, que hemos dado en llamar *congruencia jurídica* – en lo atinente al derecho a la información relativa a la acusación que le asiste a todo imputado.

Donde más intensamente se ha echado mano al principio que nos ocupa, fue en ocasión del precedente “*Kimel*”, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no tuvo siquiera en cuenta el principio de *congruencia*, a la hora de declarar la violación al principio de legalidad en los tipos que prevén los delitos contra el honor, haciendo gala de aquello que Lorenzetti denominara – en la construcción de la sentencia – como *el paradigma del protectorio*.

La Prof. correntina, Silvia Esperanza de Aquino en un enjundioso análisis sistémico, que seguimos textualmente, analiza in totum y en forma radiográfica, etapa por etapa del proceso, el principio de máximo rendimiento.

El entrecomillado refleja que la trascibimos y sus notas pueden ser de valiosísima fuente de contrastación científica, y por ello las mantenemos en original.

Partiendo del primer presupuesto procesal, la Competencia. *diagrama una secuencia de enorme valor académico y practicidad profesional, que en 11 puntos básicos y subpuntos los decanta de la siguiente forma:*

“ a) El Superior Tribunal de Corrientes, ha considerado en la causa: “High Quality c/ Estado de la Provincia de Corrientes y/o Ministerio de Obras y Servicios Públicos de Ctes. s/ Cumplimiento de Contrato”, Sent. N° 4/09, que siendo el sujeto pasivo de la relación denunciada una persona que reviste el carácter de pública estatal (art. 33° Código Civil); el reclamo judicial derivó





# Procesal Civil

de la invocación de una relación de Derecho Público y la materia resulta ser contenciosa administrativa. De tal modo, no hay dudas que el caso era de la competencia originaria y exclusiva de este Superior Tribunal asignada por la Constitución de la Provincia. Por ello, liminarmente corresponde recordar la doctrina del Superior Tribunal según la cual, no obstante haberse acreditado que las partes estaban ligadas por un vínculo de la naturaleza antes señalada, pero habiendo ambos judicantes de grado entendido en los hechos litigiosos emitiendo sus sentencias, razones de economía procesal y buen servicio de justicia aconsejan dejar de lado las formas y resolver definitivamente la cuestión.

b) Así como se dijera en la aplicación del principio de máximo rendimiento por mandato legal en materia civil, en el fuero laboral, el STJ. tiene expresado. “No obstante, encontrarse acreditado que las partes estaban ligadas por un vínculo de carácter público, y al entender ambos judicantes de grado los hechos litigiosos, emitiendo sus sentencias razones de economía procesal y buen servicio de justicia aconsejan dejar de lado las formas y resolver definitivamente la cuestión, ejercitando en el caso en análisis el Tribunal la competencia asignada en el art. 187 inc. 4 de la Constitución de la Provincia<sup>113</sup>.” Sent. N° 29/09 .

Es vital, para el proceso de nuestros días, tener una política activa como forma de innovar, porque los jueces no pueden ser fugitivos de la realidad.

## 2. Prueba.

### Extraprocesal

Falcón<sup>114</sup>, citando a Devis Echandía, opina que cuando la prueba extrajuicio se ha practicado con citación personal de la parte contra quien se aduce o con notificación a un apoderado o curador de ésta, designado en forma legal , tiene el mismo valor que las trasladadas de un proceso en que no estuvo presente y no necesita ratificación.

### Testimonial

1. Aunque se considerase que la omisión de prestar juramento invalida la prueba testimonial, esta siempre tendría valor indiciario<sup>115</sup>.

<sup>113</sup> decide en grado de apelación extraordinaria de las resoluciones de los tribunales inferiores

<sup>114</sup> Falcón, Enrique M., Tratado de la prueba, Astrea, Buenos Aries, 2003, 1:768

<sup>115</sup> Peyrano, Jorge W., Compendio de Reglas Procesales en lo Civil y Comercial, Zeus, Rosario, 1997, 158



# Procesal Civil

2. Si el testigo ofrecido no es notificado y pese a ello igualmente comparece el día fijado y declara, tal declaración es válida<sup>116</sup>.

## Pericial

1 Las inspecciones judiciales sin citación de esa parte contraria tienen valor de indicios<sup>117</sup>.

2. La pericia extrajudicial sólo sirve como un elemento más para el conocimiento del juez, se trata al decir de Kielmanovich, de una prueba de carácter documental especial<sup>118</sup>.

3. La pericia extrajudicial no observada y realizada por común acuerdo de partes, tiene plena eficacia probatoria<sup>119</sup>.

4. La pericia realizada para una medida precautoria, si es ratificada en el período de prueba, o si se ha hecho con control de la contraria, vale perfectamente<sup>120</sup>.

## Hechos secundarios

Puede, válidamente, el órgano jurisdiccional -en oportunidad de dictar la sentencia de mérito- ponderar material fáctico consten en hechos secundarios o accesorios probados durante la secuela de la causa, por más que los mismos no hubieran sido invocados en los escritos constitutivos de la litis<sup>121</sup>.

## 3. Interdicción.

En el juicio iniciado a fin de obtener la declaración de inhabilitación de que trata el artículo 152 bis del Código Civil, puede declararse la demencia de la persona denunciada si así se acreditara mediante las pertinentes pruebas sin que sea necesaria la realización de otro juicio para lograr dicha declaración.<sup>122</sup>

## 4. Fuero de atracción

Los trámites cumplidos en juicios atraídos no deben anularse<sup>123</sup>.

## 5. Sucesorio. Declaratoria de herederos en otro proceso

---

<sup>116</sup> Ibidem , ob.cit.

<sup>117</sup> Devis Echandía, citado por Falcón, ob.cit.

<sup>118</sup> Kielmanovich, Jorge, Teoría de la prueba, cit. por Falcón ob. cit., 769

<sup>119</sup> Falcón, ob. cit.

<sup>120</sup> Ibidem

<sup>121</sup> Preyrano, Jorge W., ob. cit. pág. 20

<sup>122</sup> Belluscio, Augusto, Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, obra colectiva, Buenos Aires 1993, Editorial Astrea, 1:564

<sup>123</sup> Peyrano, Jorge W., El fuero de atracción pasivo del sucesorio, en "Tácticas en el proceso civil", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1983, 1:115



# Procesal Civil

Debe admitirse la validez de un testimonio de declaratoria de herederos como prueba del vínculo en una sucesión posterior<sup>124</sup>.

## 6. Acumulación de Sucesorio

La propia ley exige que, la sucesión se tramite en un solo juicio, ello no significa que los actos válidamente realizados en el expediente sucesorio acumulado, carezcan de valor<sup>125</sup>.

## 7. Partición privada

La partición privada exige el acuerdo previo de todos los herederos; la mayoría a que alude el art. 3462 se refiere a la forma y al acto, pero no al hecho mismo de la partición privada. Si los herederos unánimemente determinaron la forma en que procederían a la partición, que se verificaría en forma privada, resulta innecesaria la designación de partidor, tal partición resulta inatacable<sup>126</sup>.

## 8. Partición extrajudicial

Los herederos podrán liquidar los bienes de acuerdo con las modalidades que juzguen convenientes. La ley, al autorizar la presentación de la partición celebrada en instrumento privado, no requiere -ni aún implícitamente- para homologarla la ratificación de firmas<sup>127</sup>.

## 9. Apelación implícita.

1. La apelación implícita debe funcionar cuando el vencedor (en toda la línea) en primera instancia carece de resortes legales para poner a consideración del ad quem (los argumentos desestimado u olvidados por el juez de la instancia anterior)<sup>128</sup>.

2. Cuando las decisiones resultan favorables a las pretensiones de la parte, ella no puede apelar de la sentencia<sup>129</sup>, pero si la parte contraria apela, quedan implícitamente sometidas a la decisión del tribunal de segunda instancia en virtud del recurso interpuesto por la contraparte, todas aquellas cuestiones o fundamentos oportunamente planteados por el vencedor y que fueron rechazados o no considerados por la decisión en grado. Es decir no

<sup>124</sup> Falcón, ob.cit. pág. 131

<sup>125</sup> Falcón, Enrique M., Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007 VII:50

<sup>126</sup> Falcón, ob.cit. pág. 286

<sup>127</sup> Ibidem

<sup>128</sup> Peyrano, Jorge W., Problemas y Soluciones procesales, pág. 130

<sup>129</sup> Lautayf Ranea, Roberto, El recurso ordinario de apelación en el proceso civil, Astrea, Buenos Aires, 1989, 1:320



## Procesal Civil

sólo argumentos y defensas alegados por el vencedor que fueron rechazados por la sentencia de primera instancia pasan a conocimiento del tribunal de alzada en virtud del recurso interpuesto por el vencido, sino también aquellos que no han sido considerados por la sentencia en grado, sin que sea necesario devolver la causa al juez de primera instancia para que se pronuncia sobre el punto.<sup>130</sup>

3. Colerio<sup>131</sup> sobre el tema nos dice, los sistemas procesales que mantienen la posibilidad de que el apelado exprese sus agravios al momento de contestar los del apelante principal, rustican el instituto, en primer lugar, en la economía procesal, pues, a pesar de que hayan un traslado de la presentación del apelado, el trámite es más sencillo (menos complicado para el tribunal) y, en consecuencia, más rápido (se logra en menor tiempo la sentencia de cámara).

4. Es la que permite a la Alzada considerar, para el caso de inclinarse por revocar lo decidido, todos los argumentos que haya empleado la vencedora, la que, por no causar agravio la decisión que apela su contraria n, no está en condiciones de recurrirla<sup>132</sup>.

5. Cuando las decisiones resultan favorables a las pretensiones de la parte, ésta no puede apelar de la sentencia aunque existan fundamentos, motivos o consideraciones que le resulten adversas, por cuanto no existe vencido, no sólo los argumentos y defensas alegados por el vencedor y rechazados por la sentencia de 1° instancia pasan a conocimiento de la alzada, sino también aquellos no han sido considerados por la sentencia de grado, sin que sea necesario devolver la causa al juez de 1° instancia para que se pronuncie sobre el punto<sup>133</sup>

6. Resulta la eficaz la adhesión formulada la demandada a la expresión de agravios de la aseguradora presentada con anterioridad. Y una interpretación que resta eficiencia a la adhesión a la expresión de agravios llevada por otro colitigante, significa imponerle al impugnante un “riguroso

<sup>130</sup> Palacio, Lino, Derecho Procesal, V:462, citado por Loutayf Ranea, ob. cit.

<sup>131</sup> Falcón, Enrique M. Colerio, Juan P., Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009:247

<sup>132</sup> Rivas, Adolfo Armando, Tratado de los recursos ordinarios, Abaco, Buenos Aires, 1991:251,

<sup>133</sup> CCC Rosario, Sala 4°, 10.3.93, J.A. 1994-719, citado por Colerio, ob. Cit. Pág. 246



# Procesal Civil

ritual” que se traduciría en un cercenamiento de la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional<sup>134</sup>

## 10. Recurso indiferente

El STJ de Corrientes, dijo al respecto: “si bien por aplicación de lo dispuesto en el art. 47 bis párrafo tercero in fine de la ley 3540 (procedimiento laboral), para las acciones de tutela sindical remite al trámite pertinente establecido en el Código Procesal Civil, lo cierto es que atendiendo a la naturaleza laboral del reclamo y previendo la ley 3540 el recurso de inaplicabilidad de ley como medio de impugnación por ante el Superior Tribunal de Justicia (art. 102 y cc), resulta ser esta la vía idónea para ingresar a esta instancia de excepción. Y conforme la doctrina del recurso indiferente, el Tribunal, mediante la aplicación del principio “iura novit curia”, puede en este tipo de proceso y cualquiera fuese la denominación que la parte otorgue al remedio intentado, si éste reúne como en el caso los recaudos formales instituidos por la ley para el recurso específico previsto en el ordenamiento procesal, declararlo admisible y proceder al dictado de la sentencia de mérito. (Sent. 54/04 causa “Sabao”)

Así también sentenció: “No estando previsto el recurso de nulidad en la instancia extraordinaria y no obstante la errónea denominación empleada por el recurrente, por operación de la teoría del recurso indiferente, y cumplidos que fueren los requisitos formales que exige dicho remedio legal, y habiendo sido interpuesto el Recurso de Inaplicabilidad de Ley; se considera la nulidad planteada como un agravio del mismo.” (Sent. N° 147/94 -fuero laboral- “Gutierrez”).

Como se puede apreciar, en los diversos casos, se podría expresar: La economía desarrolla una de las cualidades más valiosas: el sentido de la evidencia<sup>135</sup>.

## 11. Regulación de honorarios en porcentaje

Es derecho consuetudinario en jurisdicción correntina, regular los honorarios en la instancia extraordinaria en forma porcentual.

Pasemos revista a los diversos casos.

<sup>134</sup> Voto del Dr. Hitters (SCJBA 2-3-99), J.A-IV-719, citado por Colerio, ob. Cit. Pág. 246

<sup>135</sup> Scott, H.M. B.Sc. Econ. Version española Javier Márquez, Curso Elemental de Economía, Fondo de Cultura Económica, Pánuco, 63, México, 1941



## Procesal Civil

1. Recurso extraordinario. “Corresponde tarifar los emolumentos profesionales conjuntos de los Dres A.Z y CRP en el 40% (art. 30 ley 4122) de lo regulado en primera instancia, respectivamente, para el vencedor y vencido.” (Res. N° 128/08 -fuero civil)
2. Recurso de apelación. (competencia ordinaria del STJ) “La labor de los profesionales consistió en contestar el recurso de apelación deducido por la demandada [...] en razón al éxito obtenido corresponde fijar los honorarios en el 25% de lo establecido en primera instancia para el vencedor [...] Decreto ley 100/00”. (Res. N° 19/08, proceso de Amparo).
3. Recurso extraordinario federal: A través de la Res. N° 2/09 del fuero civil dijo: “En cuanto al trabajo profesional del Dr. B.P. y del Dr. P.M., por los recursos extraordinarios federales, corresponde fijarlos en el 25% de la suma establecida respectivamente para el vencedor y vencido en primera instancia (art. 14 ley 21839).”
4. Recurso de Queja: “Regular los honorarios profesionales en el 20% del 30% que se regule al vencido en la instancia de alzada, no pudiendo el honorario ser inferior a la suma de cinco (5) “Jus” (art. 14 y 36 ley 5822), en su condición de monotributista ante el IVA.” (Res. N° 18/09- fuero civil).
5. Situación ante la A.F.I.P.: “Si bien el profesional acreditó su situación ante el AFIP la misma se encuentra vencida al momento de la presente. Por lo que corresponde se lo intime para que en el perentorio término de cinco días la acredite en debida forma bajo apercibimiento de regularle como monotributista (art. 11 del decreto ley 100/00 y Ac. N° 18/06 pto. vigésimo )”. (Res. N° 44/07 proceso contencioso administrativo).

Con el sistema de regulación de honorarios en porcentuales, lo que se busca, es un beneficio tanto para las partes como para la jurisdicción (se evitan solicitudes de regulación, notificaciones vistas, traslados, apelaciones), además de ventajas de orden práctico, al maximizar el rendimiento de la actuación de los profesionales en la instancia extraordinaria, que se ve reflejado en el momento de practicar planilla.

En este aspecto es bueno recordar lo que decía Posner “las transacciones que son realmente voluntarias son eficientes”.<sup>136</sup>

---

<sup>136</sup> Posner, Richar, citado por Ma. Josefina Tavano, ¿Qué es el análisis económico del Derecho?, en Revista Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999:27



# Procesal Civil

## Y como conclusión, sostiene:

El principio de máximo rendimiento es una herramienta útil en nuestras manos. Dependerá de nosotros que sepamos darle el uso apropiado, que es superar “su máximo previo”.

Este principio es positivo, tanto para los justiciables como para la jurisdicción, sin embargo, debemos reconocer la serie de desafíos a enfrentar.

La combinación de economía y activismo pronto llevará la situación a un estado de mejora del nivel actual, necesitamos mucho “crecimiento” en el entendimiento de innovaciones.

Todo lo señalado sugiere una incipiente recuperación del tiempo en el proceso, porque así como dijimos al inicio “el tiempo es la sustancia de que estoy hecho”. El proceso está hecho por hombres, y el tiempo es su sustancia. Por ello no debemos limitar esfuerzos para que el proceso, en sentido económico, se desarrolle en el menor tiempo posible. “

## **9. El principio de cooperación procesal.**

El principio procesal de cooperación o colaboración indica, con la sola denominación, su propio significado. Pues no se trata, ni más ni menos, que de la colaboración, contribución recíproca y serio concurso que se espera -y reclama- de aquellos que intervienen en el proceso.

En virtud de ello, el principio de colaboración es tanto un principio implícito por la misma naturaleza del proceso como, asimismo, una clara consecuencia del más simple y evidente sentido común. Pues el proceso, como herramienta de tutela e instrumento de satisfacción de los derechos, es de por sí una *obra buena*; el proceso no se concibe sino para bien. En ese trance, no hay modo de suponer la actuación de sus protagonistas, auxiliares y quienes resulten involucrados, en otro contexto que no sea de consuno hacia la Justicia.

Tiene una íntima relación con el principio de moralidad y buena fe, pero no siempre se deriva directamente de éste. Claro que, si las partes



## Procesal Civil

deben conducirse y actuar con lealtad, probidad y buena fe, es esperable su aporte a la buena obra del proceso. Como que, por el contrario, quien abusa del proceso o despliega conductas obstruccionistas, lejos de colaborar atenta contra el opus de lo Justo.

No obstante, las partes bien podrían conducirse sin temeridad o malicia, utilizar los institutos procesales sin hacer un ejercicio antifuncional de las prerrogativas rituales y, en fin, no abusar ni obstruir el decurso procesal; y, aún así, sin embargo, podrían no colaborar.

Ocurre que el proceso -este proceso que transita el siglo XXI-, exige y necesita un plus. Se requiere, en suma, de una actitud positiva y enderezada a suministrar los hechos con sinceridad, aportar la prueba sin retaceos, hacer un uso funcional de las vías y herramientas procesales predispuestas y, en fin, comprender que la actividad armónica de todos los involucrados (juez, partes y terceros) es indispensable para asegurar la real y efectiva satisfacción de los derechos.

Y todo ello es así, por cuanto “El proceso es el fruto de un obrar compartido, de un esfuerzo común, y a su justo desenlace todos los que actúan en él deben cooperar con el grado de intensidad que determina el perfil de cada situación controvertida”.<sup>137</sup>

Los deberes y cargas que dimanen del aludido principio, como decíamos al inicio, no se circunscriben a la actuación de las partes litigantes sino a todos aquellos que de algún modo, voluntario o provocado, se encuentren involucrados en la trama procesal. En este sentido, expresa Peyrano que el funcionamiento del principio revela que el proceso civil debe ser considerado como una empresa común cuyo feliz resultado (la asignación adecuada de lo debatido) exige la colaboración de ambas partes y también, eventualmente, la de otros sujetos y terceros compelidos legalmente a prestar su asistencia para la consecución del mencionado logro.<sup>138</sup>

A continuación señalaremos, solo a modo enunciativo y sin agotar el catálogo de hipótesis, algunas instituciones, figuras pretorianas y ciertas circunstancias normativas que encuentran apoyo y justificación en el

<sup>137</sup> MORELLO, Augusto M., “El deber de colaboración en el ámbito de la prueba”, LL-2004-D-214

<sup>138</sup> PEYRANO Jorge W., “El principio de cooperación procesal”, LL-2010-A-1062.





## Procesal Civil

principio de colaboración, o bien requieren de su aplicación para un adecuado funcionamiento:

**# Carga probatoria dinámica:** La atribución dinámica de la carga probatoria, como se sabe, provoca un aligeramiento en el onus probandi de una parte trasladando un mayor peso probatorio sobre su contraria; ello, fundado en razones en las que, por circunstancias especiales, alguna parte se posiciona de un modo dominante o preferente frente a las posibilidades de *acceso* a la prueba.

La doctrina es profusa sobre el tema y no cabe aquí ahondar sobre la susodicha dinámica; sí señalar que -en definitiva- su funcionamiento se emparenta en grado sumo con el principio de cooperación procesal.<sup>139</sup>

Remarcamos, eso sí, que la colaboración es requerida también al sujeto litigante que, en función de aquella dinámica, reclama mayor cooperación de su contraria o postula un aligeramiento de su carga.<sup>140</sup>

**# Valoración de la conducta:** A esta altura del debate procesal (sin perjuicio que la doctrina aún no es conteste acerca de si se trata de una fuente, medio o argumento de prueba, y si es autónoma o corroborante de otras pruebas) no está en discusión que la conducta desplegada por los litigantes tiene incidencia en las decisiones jurisdiccionales y es, cuanto menos, una *cuestión* atinente a la prueba.<sup>141</sup>

Si lo que exige el principio procesal analizado es una conducta (de cooperación), queda claro que el despliegue de tal comportamiento ha de tener consecuencias.

En alguna oportunidad hemos sostenido que, si bien suele ponerse la lupa en la falta de colaboración o conducta omisiva y reticente de las partes, cabe apreciar en muchos casos la actividad positiva y claramente

---

<sup>139</sup> Verbg. Art. 377 3° párrafo del CPCCC de Corrientes: "...Las directivas contenidas en esta norma se adecuarán al *deber de colaboración* de las partes, si, por razón de la habitualidad, especialización u otras condiciones, la atención de la carga ha de entenderse que es a la parte contraria a quien corresponde según las particularidades del caso....".

<sup>140</sup> BARBERIO Sergio J., "*Cargas dinámicas: Qué debe probar el que no puede probar ?*" en Lexis-Nexis 11-06-03 fasc.11; JA 2003-II

<sup>141</sup> Art. 163 CPCCN y sus correlatos de los ordenamientos provinciales. Aún sin una norma específica como la antedicha, el principio procesal de cooperación legitima la exigencia de un comportamiento (contributivo) que, a veces como carga, otras como deber, conlleve consecuencias por su incumplimiento.



## Procesal Civil

demostrativa de un afán esclarecedor -con miras a la atribución de las resultas por orfandad probatoria-.<sup>142</sup>

# Prueba pericial: Frecuentemente, por no decir en la mayoría de los casos, la diligencia pericial requiere de la participación de alguno de los litigantes. Es de requerir, por ejemplo, que quien enfáticamente niega la obligación y sostiene que la firma que se le atribuye es apócrifa, preste luego su concurso para la formación del cuerpo de escritura. Situaciones como ésta se repiten ante diligencias periciales contables, informáticas y, por supuesto, ante las siempre cuestionadas y aún debatidas pruebas biológicas. Algunos ordenamientos consagran tal colaboración en forma expresa<sup>143</sup>, mientras que en otros debe acudirse a las normas genéricas sobre el deber de cooperación de las partes, o bien derechamente a la aplicación del principio que aquí nos ocupa. No obstante lo puntualmente referido a la diligencia pericial, es en la materia probatoria en general -con relación a todo medio probatorio-, donde se advierte un marcado funcionamiento del principio en danza.<sup>144</sup>

# Prueba testimonial y documentos en poder de terceros: El deber de los testigos de acatar la citación judicial y prestar declaración es receptado en la totalidad de los ordenamientos; también, las consecuencias ante la apatía a dicha *carga pública* o desobediencia al mandato jurisdiccional (conducción por la fuerza pública, multas, arresto, etc.). Con apoyo en lo oportunamente destacado por Calamandrei y Carnelutti, acerca de la existencia en el caso de un servicio público judicial, se sostiene la legitimidad del principio de cooperación.<sup>145</sup>

---

<sup>142</sup> BARBERIO Sergio J., “La conducta de las partes como pauta atributiva de la carga probatoria”, en la obra colectiva “Valoración judicial de la conducta procesal”, Ateneo de estudios del Proceso Civil de Rosario, ed. Rubinzal Culzoni, 2005, pág. 243.

<sup>143</sup> Art. 196 CPCCSFE: “Cuando el litigante niegue sin motivo justificado la cooperación ordenada por el juez para la realización de la prueba pericial, podrá estarse a las afirmaciones de la parte contraria sobre el punto en cuestión; salvo cuando se trate de asuntos que afecten el orden público, en cuyo caso podrá ordenarse compulsivamente la realización de la prueba. Esta última medida será recurrible”. El CPCNN no posee una norma similar, pero mayoritariamente se ha interpretado que la colaboración hacia la prueba pericial está implícita en el deber general de colaboración que tienen las partes. (Vide FALCON Enrique M., “Código Procesal Civil y Comercial ...”, Astrea, Bs. As 2006.)

<sup>144</sup> Vide MORELLO, Augusto M., “El deber de colaboración en el ámbito de la prueba”, LL-2004-D-214; íd. en “El proceso civil moderno”; OTEIZA Eduardo, “El principio de colaboración y los hechos como objeto de la prueba. O probare o soccombere” en la obra colectiva “Los hechos en el proceso civil”, ed. La Ley, Bs.As.2003 .

<sup>145</sup> PEYRANO Jorge W, op. cit.



# Procesal Civil

Igual miramiento corresponde al deber de los terceros en cuyo poder se encontraren documentos de utilidad para la causa.<sup>146</sup>

# Tutelas diferenciadas: En el marco de las tutelas diferenciadas -y claro, por las especiales particularidades que encierra su trámite- el principio de cooperación adquiere un marcado protagonismo. Señala Berizonce que en las tutelas diferencias, como lógico correlato del incremento de los poderes del juez, se denota un palmario reforzamiento de los deberes de colaboración, buena fe y probidad, cuando menos en un par de ámbitos relevantes: el deber de información sobre los hechos y el aporte de las pruebas decisivas. Detalla así que el art. 53 de la ley tuitiva de los consumidores instituye el deber genérico de los proveedores de prestar la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida, y que ello supone el pronunciarse explícitamente sobre todos y cada uno de los hechos y aportar los elementos de juicio correspondientes.<sup>147</sup>

# Procesos complejos: Corolario de lo anterior, los procesos de cierta complejidad -o también, envergadura- conllevan el inexcusable auspicio del principio de colaboración. En el caso de los Procesos Colectivos cabe una especial convergencia de asistencia por los involucrados, tanto desde la colaboración para la formación o categorización del colectivo o sus segmentos, como en el suministro de información detallada y aportación de pobranzas -cargas dinámicas- para una mejor y efectiva dilucidación del esquema de legitimados y una oportuna y omnicomprensiva solución del conflicto. También es de esperar, de ambas partes, una predisposición contributiva de la autocomposición y solución transaccional del diferendo.

Los conflictos relacionados con el medio ambiente (Ley 25.675), en atención a la trascendencia de los derechos comprometidos, los bienes irrecuperables o insustituibles que suele involucrar la tutela ventilada, como la inmedible ecuación económica que mayormente afecta su desenlace, no pueden transitar por los carriles controversiales ortodoxos

---

<sup>146</sup> Verbg. Arts.173 y 175 CPCCSFE: “Los litigantes y los terceros en cuyo poder se encuentren documentos relativos a la cuestión, están obligados a exhibirlos o a designar el protocolo o archivo en que se encuentren los originales...”; “Si el que hubiere resistido la exhibición fuere un tercero, podrá ser obligado compulsivamente a presentarlo y será responsable por los daños y perjuicios que su resistencia causare...”.

<sup>147</sup> BERIZONCE Roberto O., “*Técnicas orgánico-funcionales y procesales de las tutelas diferenciadas*”, en Revista de Derecho Procesal Nro. 2009-1, ed.Rubinzal Culzoni, pág.40.



# Procesal Civil

(afirmación/negación) requiriéndose una marcada responsabilidad y seriedad en el debate y , por supuesto, sincera colaboración de todos los partícipes.

## **10. Principio de economía procesal. Su derivación: máximo rendimiento.**

Sin perjuicio que el principio del “máximo rendimiento” es el punto concreto a meritar, siendo éste una derivación del principio de economía procesal el que, sin duda, será también motivo de ponencias en el presente evento científico, previamente pasaremos revista a los postulados generales de la economía procesal.

Gráficamente se ha sostenido que así como en la actividad económica campea el principio de la proporción inversa costo-beneficio, tratándose de obtener el mayor rédito de la actividad con el menor gasto posible, así en el ámbito procesal se procura el mejor resultado de la actuación de la justicia con el empleo del mínimo costo relativo, en términos de dinero, tiempo y actividad.<sup>148</sup>

La economía procesal -mejor, su estudio- suele encararse desde sus tres facetas o manifestaciones: *economía de tiempo, economía de esfuerzos y economía de gastos*, aunque tal tripartición -según Peyrano<sup>149</sup>- no sea un sistema de compartimientos estancos, pues ciertas reglas o soluciones consagradas normativamente tienden a satisfacer, a la par, más de uno de tales aspectos o perspectivas.

El proceso lento, enmarañado y costoso (esto es, antieconómico) se distancia grandemente del Proceso Justo, claro que sí. Pero la economía procesal no se trata solamente de aceleración, simplificación y abaratamiento; sino de que tales coordenadas estén puestas al servicio de un instrumento que procure la tutela y con la mira en la realización *efectiva* de los derechos prometidos.

<sup>148</sup> EISNER, Isidoro “*Economía Procesal*” en “Planteos Procesales”, ob. cit, p. 115.

<sup>149</sup> PEYRANO, Jorge W. “El Proceso Civil...”, op. cit.p. 251



## Procesal Civil

**Economía de tiempo:** Es un dato de toda evidencia que el proceso requiere de un tiempo para su desarrollo y culminación, tiempo en sí mismo disvalioso que suele conspirar contra la efectividad del reconocimiento o actuación de los derechos sustanciales. Pero se trata de un juicio apodíctico pues el consumo de tiempo es inevitable y el problema que suscita no puede ser eliminado de la realidad. Corresponderá, entonces, hallar los recursos técnicos dirigidos a que el transcurso del tiempo insufla sobre el conflicto los menores males posibles.

Hoy como ayer el desafío consiste en encontrar en la realización empírica del proceso la proporción adecuada entre un sistema de suficientes garantías formales y la instrumentación eficaz de la realización del derecho material, que es su razón teleológica.<sup>150</sup>

Manifestación clásica y consecuencial del acápite que venimos mencionando (tiempo) es el *principio de celeridad*. Para economizar el proceso acelerando su trámite, desde siempre se han propuesto soluciones de lo más variadas y que tienen como norte abreviar la duración de los procesos y procurar el menor costo y dispendio de actividad. Entre tales soluciones cabe mencionar, sin ánimo exhaustivo: \*La institución de plazos procesales de carácter perentorio e improrrogable, o plazos fatales. \*La consagración del impulso procesal oficioso en forma concurrente con la parte. \*La facultad jurisdiccional de abreviar los plazos previstos y habilitar los días inhábiles. \*La declaración de oficio de la perención. \*La declaración de oficio de negligencia probatoria. \*La limitación temporal y formal de los recursos (apelación con efecto diferido, inapelabilidad de ciertas resoluciones, plazos concurrentes para diferentes medios de impugnación). \*La agilización del régimen de las notificaciones a través de reglas como la de notificaciones automáticas o ministerio legis. \* La eliminación del emplazamiento previo. \*La sustanciación separada de los incidentes no suspensivos. \*En general, las que se suscitan en el ámbito del juicio oral, entre tantas otras.<sup>151</sup>

**Economía de Esfuerzos:** Para Clemente Díaz la historia del derecho procesal muestra que existe una permanente evolución hacia la

<sup>150</sup> BARBERIO Sergio- GARCIA SOLA Marcela, *op.cit.*

<sup>151</sup> Por ejemplo, los arts. 14 in fine; 48; 36 inc.1; 80; 133; 134; 150; 153; 154; 176; 187; 375; 379; 462; 474; 482; 499; 509 CPCCN.



## Procesal Civil

simplificación de los trámites. Así lo denota el paso por las distintas etapas cronológicas del procedimiento del derecho romano y lo refleja el tránsito posterior desde el ecuménico proceso ordinario de plena cognición a los procesos más comprimidos, “plenarios rápidos” y “abreviados” (sumarios, sumarísimos, ejecutivos, especiales, monitorios, etc.).<sup>152</sup>

Las normas procesales que consagran la totalidad de las formas procedimentales abreviadas o simplificadas con las que contamos hoy en día, y más aún aquellas otras que permiten que el juez ajuste o disponga la clase de proceso que corresponde según la materia o alternativas del pleito (ej. art. 319, 321 in fine CPCN), contribuyen a hacer realidad el principio de economía procesal en esta vertiente economía de esfuerzos (y de tiempos).

En la misma línea tributaria de la economía de esfuerzos se ubican todas las disposiciones y criterios pretorianos que facilitan o resumen la actividad procesal, como: \*Las que relevan de la carga de la prueba a hechos notorios o admitidos por las partes. \*Las que simplifican el trámite de las llamadas “demandas especiales” para extender la eficacia de la sentencia de remate a nuevas cuotas de la misma obligación ejecutada; \*Las que regulan la acumulación de pretensiones y procesos; \*Las que frente a la declaración de incompetencia permiten la continuación directa del trámite ante el magistrado competente, en lugar del archivo de las actuaciones. \*Las que establecen en materia de competencia la regla de “perpetuatio jurisdictionis”; \*Las que declaran la validez de pruebas rendidas en un proceso perimido.

La evolución continúa, y nuevas instancias de simplificación dan paso a las denominadas “tutelas diferenciadas”, “procesos urgentes”, “anticipos de mérito”, “medidas autosatisfactivas”; soluciones todas en las que la simplificación extrema y excepcional del trámite, o la anticipación del resultado de mérito, aparecen como imperativos de la especial naturaleza de los derechos en juego, de la particular coyuntura fáctica y como condición insoslayable para su efectiva protección (adecuada proporción entre medio y fin).

---

<sup>152</sup> Citado por PEYRANO, Jorge W. “El Proceso Civil...”, p. 265



## Procesal Civil

De otra parte, los “procesos colectivos” representan una especial manifestación de la economía procesal -y requieren de su aplicación-, pues el principal ideario que los justifica es la evitación de la multiplicación de causas individuales (que bien podrían agruparse en un *colectivo*) con el consabido desgaste jurisdiccional que ello acarrea.

Consecuencial de la faceta de economía que venimos reseñando, se ubica el *principio de preclusión*. Este principio no suele aparecer legislado en modo explícito en los códigos, sin embargo todos siguen las reglas de un “desenvolvimiento preclusivo” y contienen normas aisladas que implícitamente consagran su funcionamiento.

La preclusión, hermanada con el impulso procesal, sirve para ordenar el debate y posibilitar el progreso del proceso hacia la sentencia final.<sup>153</sup> Asimismo, estructura el trámite en diversas etapas que se abren y cierran para el ejercicio de una específica actividad procesal dentro de ellas, consolidando tramos cumplidos e impidiendo el retroceso.

Como derivación de este principio, se ubican los de *concentración* y de *acumulación eventual*, dirigidos ambos a lograr el aprovechamiento máximo de cada etapa o fase en las que se escalona el trámite del proceso. *Concentración* implica que la mayor cantidad posible de actividad procesal se efectúe en el menor número de actos, o bien que éstos resulten próximos entre sí. Se procura por su intermedio abreviar tiempo y permitir -al juez y a las partes- una visión de unidad y de conjunto del trámite y la materia litigiosa que evite conclusiones parcializadas, reactualización de actuaciones, revisión de actos, etc.

La concentración tiene primordial incidencia en materia probatoria, porque la fragmentación de la prueba en diferentes actos o momentos extendidos en el tiempo pone en peligro su “unidad”, conspirando contra el debido cotejo de los medios y argumentos de prueba y, en definitiva, contra la averiguación de la verdad.<sup>154</sup> Son relativas a la concentración, normas

---

<sup>153</sup> El impulso del proceso carecería de sentido sin la preclusión y ésta, a su vez, no tendría razón de ser si no opera conjuntamente con aquél. Sin preclusión, los actos procesales podrían reiterarse indefinidamente impidiendo un real avance hacia la sentencia. Sin impulso, la preclusión queda petrificada pues se necesita del acto impulsorio para acceder a la etapa subsiguiente de aquella que ha cerrado la preclusión.

<sup>154</sup> Vid. DEVIS ECHANDIA, Hernando, “*Compendio de la Prueba Judicial*”, tomo I, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2000, pág. 146 y ss.



## Procesal Civil

como: \*Las que ordenan reunir en un mismo acto o audiencia todas las diligencias que sea menester realizar. \*Las que disponen agregar a la demanda el ofrecimiento de toda la prueba. \*Las que mandan oponer en un mismo escrito y de una sola vez las excepciones o incidentes cuyas causas sean contemporáneas. \*Las que ordenan la fijación de una sola audiencia para producir todas las pruebas y, en su caso, alegar. \*Las que prevén la acumulación de la intimación de pago y la citación para oponer excepciones. \*Las que reglamentan el fuero de atracción y la acumulación de pretensiones y autos. \*Las que mandan regular honorarios conjuntamente con la sentencia o auto interlocutorio.

Otra derivación está dada en la *acumulación eventual* que traduce un evidente compromiso con la economía. Según sus postulados es menester introducir, en forma simultánea y en debido orden de prioridades, todos los medios de defensa y ataque que sean propios de un período o faz procesal determinado, de modo de cubrir la hipótesis de funcionamiento subsidiario de unos frente al rechazo o desestimación de los otros. Refieren al principio de acumulación eventual, entre otras normas: \*Las que establecen la carga de interposición conjunta de excepciones procesales o sustanciales. \*Las que permiten la fijación de audiencias a título supletorio. \*Las que habilitan el ofrecimiento en subsidio de medios de prueba o de recursos. \*Las que implícitamente permiten -sin connotaciones disvaliosas- las diferentes formas de acumulación espontánea y táctica de defensas, argumentos o pretensiones en orden de prelación eventual.

Cabe remarcar que el principio de economía procesal, en particular el que se despliega a través de la vertiente de la acumulación eventual, funciona a la par y con el límite del *principio de moralidad*, pues no solo resulta antieconómica, sino también antiética, la conducta de quien acumula escalonadamente defensas y argumentos, probablemente incompatibles, con el único o prevalente propósito de desacelerar la marcha del proceso.

Por último, dentro de esta misma faceta de la economía, ubicamos al *principio de saneamiento*. Se explica el saneamiento a través de las facultades y deberes que, según el caso, se acuerda a los jueces para habilitarlos a resolver tempranamente (a veces *in limine*) todas aquellas cuestiones que puedan entorpecer o dilatar el camino hacia la sentencia y,





## Procesal Civil

en algunos casos, determinar la inmediata finalización del proceso. Implica para el magistrado el ejercicio de labores preventivas o profilácticas; algunas tradicionales, como las que se encaminan a prevenir nulidades, revisar de oficio presupuestos procesales, no dar curso a postulaciones defectuosas o proceder a su rechazo in limine por inadmisibilidad formal; pero también otras, más disputadas, como el rechazo inicial y oficioso de articulaciones “notoriamente improcedentes” o cuya pretensión aparece como objetivamente improponible, o la denominada reconducción / recalificación de postulaciones.

**Economía de gastos:** Sin duda que las dos manifestaciones anteriores son antecedentes (y consecuentes) de la vertiente economía de gastos. Pues claro, independientemente de los costos inútiles o superfluos, es indudable que la mayor actividad procesal (esfuerzo) con reiteración y atomización de actos, involucra un mayor gasto; como que, cuando dicha situación se prolonga en el tiempo, dichos costos se acrecientan.

Para la consecución de este objetivo (economía de gastos) y buscando que la respuesta jurisdiccional no se haga eco de las desigualdades económicas de quienes la procuran, las leyes procesales suelen consagrar figuras o instituciones tendientes a disminuir los costos de tramitación del proceso. En esta línea se ubican, entre otras, \*las normas que establecen la gratuidad de ciertos pleitos de incumbencia social; \*las que otorgan el beneficio de litigar sin gastos; \*las que excluyen los gastos o los reducen en las causas de escasa entidad económica; \*las que mantienen la validez de actuaciones (y de la respectiva tasa de justicia) llevadas a cabo ante juez incompetente; \*las que relevan de la carga de acompañar documentos de abultada o costosa reproducción ; \*las que regulan el “desinterés en la pericia” en orden a tentar la liberación de sus costos o limitan la pericia a un solo experto; \*las que avalan extender la cosa juzgada de la sentencia de remate a nuevas cuotas de vencimiento posterior.

Por fin, y entrelazadas con las tres manifestaciones de la economía (tiempo, esfuerzo y gastos), se presentan las normas que procuran la conducta *ética* de los sujetos operadores del proceso y proscriben el *abuso*, por cuanto coadyuvan a evitar o frustrar las maniobras antifuncionales que



## Procesal Civil

perjudican el proceso, lo desvían -o retardan- en el cumplimiento de sus fines.

**Presente y futuro del Principio de Economía Procesal:** No obstante el elenco de disposiciones normativas (y principios consecuenciales) que espigamos en acápite anterior, todos impregnados de una impronta de economía procesal, asistimos a la paradoja de que tan honda preocupación por el mentado principio no termina de afianzar un proceso realmente moderno, ágil y eficaz.

Si bien es cierto que las reformas al ordenamiento, acaecidas en los últimos tiempos, han marcado un cambio más que importante hacia la tutela efectiva, y que el principio de autoridad ha ganado terreno desde entonces, propendiendo a motorizar un proceso eficaz y eficiente; como que, en las últimas dos décadas se han generado herramientas pretorianas -audaces, pero comprometidas con la realidad- que insuflaron aire fresco a un sistema judicial anquilosado; también es verdad, sin embargo, que el proceso sigue mayormente anclado en el inmovilismo, en el sinfín de traslados, incidentes, retruécanos y reenvíos; como también, hay que decirlo, muchos de sus operadores prefieren descansar en las reposadas formas ortodoxas, en formalismos estériles y prácticas ajenas a los resultados concretos que aspira la sociedad contemporánea.

De donde, claro, si hay un cambio que inexorablemente debe encararse como refundacional de la economía procesal: es un cambio de *actitud*.

No obstante el aludido panorama, cabe reconocer -y ello entusiasma- que arremete con fuerza arrolladora (desde la judicatura, el foro y los investigadores) una incesante búsqueda de soluciones que mejoren la fórmula costo-tiempo-eficacia.

Buena parte de la doctrina y las conclusiones de los últimos Congresos de la disciplina han aportado propuestas en derredor del principio de economía, permitiendo actualizar el debate e incidir en algunas reformas recientes. Entre otras:

# Trazar la creación de tribunales especializados en los denominados “asuntos o pequeñas causas”.



## Procesal Civil

# La posibilidad de creación de “Juzgados de Ejecución de sentencias” o más osadamente, la directa “tercerización” en el área privada de ciertas fases del procedimiento.<sup>155</sup>

# La incorporación al ordenamiento del *proceso monitorio*, con una regulación acorde a nuestras necesidades y realidades.

# La implementación de modernas técnicas de *gestión judicial*. En muchos casos con la adopción de recursos tecnológicos y en otros (quizá en la mayoría) con el simple expediente de maximizar los recursos existentes (humanos y técnicos) desburocratizando el sistema.<sup>156</sup>

# El reforzamiento del *principio de moralidad* y la proscripción del *abuso procesal*, como piedra basal contributiva de un verdadero y comprometido comportamiento ético por parte de los hacedores del proceso.

# La puesta en marcha de una *justicia de acompañamiento y protección* (más equitativa y expedita, menos formal)<sup>157</sup> y la viabilidad de la creación de fueros o tribunales especializados para atenderla (asuntos de vecinos, incapaces, consumidores, indígenas, pobladores rurales).<sup>158</sup>

# El delineamiento definitivo de las “*tutelas diferenciadas*” y los “*procesos de urgencia*” o de “*respuesta inmediata*”, consensuando sus notas sobre el adecuado equilibrio entre la celeridad procesal, seguridad jurídica, la igualdad y la irrenunciable búsqueda de la *tutela efectiva*.

# La contribución con mecanismos procesales que permitan sortear los obstáculos económicos, sociales y culturales, para que el debido proceso legal sea admisible “realmente” a los sectores más pobres en pie de decorosa igualdad.<sup>159</sup>

# El diseño y regulación de los *procesos colectivos*, que permitan evitar la atomización de causas, utilizar amplias categorías de sujetos legitimados, prever la resolución de conflictos que -separada o individualmente- no serían encarados por los afectados; asimismo, la

<sup>155</sup> Cfr. PEYRANO, Jorge W. “*La privatización, transferencia o tercerización de funciones judiciales*”, ob cit. p. 105

<sup>156</sup> Vid. las Conclusiones del XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, Bs. As. 2008

<sup>157</sup> MORELLO, Augusto M., “*La jurisdicción protectora. Hacia un nuevo rostro de la justicia*”, JA-1986-II-305.

<sup>158</sup> MORELLO, Augusto M. “*Una Justicia civil para el siglo XXI*”, Revista LL del 18-10-2006.

<sup>159</sup> MORELLO, Augusto M, “*El Proceso Justo*”, Editora Platense SRL, 1994, p. 629.



## Procesal Civil

regulación concreta de procesos con *intereses difusos*, de *incidencia colectiva* o con *intereses individuales homogéneos*.

# Corolario de lo anterior, la *expansión de la cosa juzgada* y la posibilidad de sentencias con efectos *erga omnes*.

Los ítems señalados son solo un esbozo de las propuestas -no todas- que son motivo de preocupación y que, por no estar aún definidos sus perfiles, precisan todavía de aportes mejoradores.

El Principio de Economía Procesal es, a no dudarlo, uno de los nortes prioritarios que vertebran la arquitectura de un *proceso ecuánime* y por ello, consecuentemente, es el receptor de la mayor cantidad de propuestas de cambios que se juzgan necesarios para que dicho calificativo se haga realidad.<sup>160</sup>

Pero ello no será posible sin asumir una visión superadora sobre la necesidad y verdadera utilidad de las formas del proceso, y sin el cambio de actitud a que hicimos referencia. De lo contrario, todas las propuestas innovadoras no harán más que tecnificar la inoperancia, acelerar la ineficiencia, legislar el desapego o abaratar la injusticia.

Su derivación: el principio del máximo rendimiento:

El principio del que aquí someramente daremos cuenta, ha sido motivo ya de tratamiento por la doctrina y reúne, en algunos de sus más novedosos contornos, decisiones jurisdiccionales a su respecto.

Su efectiva entronización, la delimitación de sus perfiles y consecuencias prácticas también asoma como desafío para nuestra comunidad científica. Y de allí que, seguramente, recibirá un abultado y enriquecedor tratamiento en las comisiones del XXVI Congreso Nacional.

Principiemos por decir que se lo ha denominado tanto como principio del "*máximo rendimiento*", "*máxima capacidad de rendimiento*" o principio del "*máximo aprovechamiento de la instancia*" y que, no obstante la coincidencia en su nota distintiva "*aprovechar todo lo aprovechable*", existen ciertas

---

<sup>160</sup> BARBERIO Sergio-GARCIA SOLA Marcela, *op. cit.*



## Procesal Civil

diferencias doctrinarias acerca de su utilización y alcances en sede civil o penal.

Sintéticamente, el principio en glosa consiste en aprovechar al máximo todas las utilidades y réditos de una actuación procesal -cumplida o a cumplirse- o de una ocasión sectorizada del proceso -etapa o instancia-.

Es, sin duda, un claro principio derivado del de economía procesal, principalmente en su manifestación economía de esfuerzos. Es que casi resulta una obviedad, que el mayor -y mejor- aprovechamiento del acto u ocasión procesal, redunde en un más económico proceso (en sus tres manifestaciones de economía) y, en definitiva, apronta hacia la tutela real y efectiva.

Con referencia al proceso civil, Peyrano sostiene que el principio procesal civil del máximo rendimiento tiende a establecer lo conducente (a veces con respaldo legal, otras únicamente gracias a la faena doctrinal y jurisprudencial) a aprovechar todas las potencialidades correspondientes que pudiera tener una actuación o acto procesal cumplido o una etapa procesal.<sup>161</sup>

Se vislumbra su aplicación, v. gr. en la extensión de los efectos de la sentencia de remate a las “demandas especiales” promovidas por nuevas cuotas del mismo débito originario; en materia probatoria, en la posibilidad de la “conversión” de las pruebas en orden al mantenimiento parcial de su eficacia probatoria o en la conservación de la validez de la “prueba trasladada” desde otro proceso o de las pruebas rendidas (y en general lo actuado) en un proceso principal o cautelar caduco.

En fin, circunstancias todas en la que se “aprovechan” al máximo las potencialidades de la actuación cumplida, y -como indica Peyrano- más allá de los avatares sufridos en el acto originario o el proceso en el cual se produjeran.

A nuestro modo de ver, aunque la doctrina no ha reparado mayormente en ello, el principio del máximo rendimiento requiere, la más de las veces, interactuar como pilar o coetáneo del principio *iuria novit curia*

---

<sup>161</sup> PEYRANO, Jorge W. “El principio del máximo rendimiento procesal en sede civil”, en Nuevas Tácticas Procesales, ed. Nova Tesis, Bs.As. 2010, pág. 114



## Procesal Civil

(tanto en su faceta ya conocida, como en la materia propiamente procesal) y en consonancia también -por qué no- con el principio de Autoridad. Ello así por cuanto, como veremos más adelante, el “máximo aprovechable” no estará dado solamente en separar la paja del trigo (rescatar del acto o etapa todo lo que tenga utilidad) sino también en la decisión jurisdiccional de utilizar la etapa, ocasión o un acto que originariamente estuvo ordenado o propuesto con otros fines, para realizar otra actividad procesal distinta o sumar una actividad que no estaba prevista, siempre sin afectar el derecho de defensa.

En los últimos tiempos se ha señalado como un nuevo punto de partida, o expreso reconocimiento del principio procesal que nos ocupa, a lo decidido en el año 2005 por la Corte Suprema de la Nación en el caso “Casal” (328:3399).

En pocas palabras<sup>162</sup>, en el precedente mencionado, la Corte ha marcado un nuevo rumbo en el control casatorio y, básicamente, ha minimizado las diferencias -otrora indiscutibles- sobre el análisis de cuestiones de hecho por un lado y de derecho por el otro. Así las cosas, con invocación de la doctrina alemana referida a la *capacidad de rendimiento*, sostuvo que debe realizarse un máximo esfuerzo (y vaya que lo hizo) en revisar todo lo que mayormente pueda revisarse, dando así pábulo a una especie de casación omnicomprendiva (de los hechos y las pruebas), permitiendo un reexamen completo y abarcativo del fallo en crisis, solo con el límite de aquello que material y naturalmente resulte imposible de conocer.

A partir de allí, se encolumnaron prestigiosas voces en el sentido de destacar que, no obstante referirse el precedente de marras a una cuestión penal en el marco de casación, sus conclusiones son trasladables al proceso civil pues, en definitiva, se ha utilizado la doctrina, idea, o principio del máximo rendimiento.<sup>163</sup>

---

<sup>162</sup> No abundaremos en los meandros del caso “Casal”, pues ello excedería las intenciones -probablemente también nuestras posibilidades- de esta ponencia introductoria.

<sup>163</sup> Vid. MORELLO Mario A., *La teoría del máximo rendimiento en el Derecho Procesal*, en “Claves Procesales”, Bs.As. 2007, Ed. Lajouane, pág.55; PEYRANO, Jorge W. “*El principio del máximo rendimiento procesal ...* . Op. cit. pág. 113.



## Procesal Civil

Desde otro lugar, se afirma que la Corte no ha utilizado concretamente el principio del máximo rendimiento sino que ha resuelto una cuestión atinente a las “posibilidades” o alcances del control casatorio y que, lo que en doctrina alemana se denomina como capacidad de rendimiento no está referido estrictamente al principio que aquí estamos tratando.<sup>164</sup>

Si bien es cierto que la Corte se ha expedido, en realidad, sobre una cuestión relativa al margen o límites (que corrió) en el control casatorio, y que la doctrina del fallo puede no ser precisamente el principio del máximo rendimiento sino los puntos ventilables en casación frente a otros principios como el de inmediación, congruencia o eficacia de la sana crítica<sup>165</sup>; no es menos cierto que, para ello, el tribunal cimero debió recurrir a la herramienta del máximo rendimiento, realizando un aprovechamiento utilitario y optimizante del control jurisdiccional, haciendo rendir sus máximos frutos a la instancia extraordinaria en la que se encontraba.

Retomando ahora con las bondades del susodicho principio repararemos, a modo de indicación en algunos casos y de propuesta para otros, en las distintas ocasiones u oportunidades en que puede válidamente hablarse de un máximo rendimiento:

**# Prueba en proceso anulado:** La utilización (o reutilización) en un nuevo proceso de las probanzas producidas en otro que fue motivo de declaración de nulidad, se ha propuesto como perspectiva de una situación de hacer rendir a la prueba producida en aquél proceso invalidado su máxima potencialidad.<sup>166</sup> Sobre este punto, con reservas, debe señalarse que se tratará de pruebas que no hayan estado expresamente apuntadas por la declaración de nulidad y, asimismo, estimamos que su reutilización dependerá de la causal (o vicio) que haya dado motivo a la fulminación del otro proceso; todo lo cual, si bien no lo elimina, reduce el margen de aplicación del mentado principio.

---

<sup>164</sup> Vid. PEREZ BARBERA, Gabriel, “La casación penal y la llamada capacidad de rendimiento”, en LL-2006-2-1306.

<sup>165</sup> Ver, sobre esto último, CAFFERATA NORES José I., “Fallo ‘Casal’ en el nuevo estándar casatorio de la CSJN”, en Revista de la AADP, año III, N°4, nov/09, pág.61.

<sup>166</sup> GIANNONE Claudio, “Prueba trasladada”, en la obra colectiva Tratado de la prueba, ed. De la Paz, Cba.2007, citado por Peyrano Jorge W. en “Nuevas Tácticas Procesales”, ed. Nova Tesis, Bs.As. 2010, pág. 117.



## Procesal Civil

# Prueba en proceso caduco: El aprovechamiento en un proceso posterior de las pruebas producidas en uno anterior que fue motivo de extinción por caducidad, se ha señalado como manifestación del máximo rendimiento y se ubica, incluso, en algunas disposiciones normativas.<sup>167</sup>

# Testimonio sin juramento: Cuando el testigo hubiere prestado declaración sin que se le haya recibido el juramento de decir verdad, se ha sostenido que la declaración no debe anularse (máxime si han participado ambas partes en el desarrollo y contralor de la declaración), sino que debe mantenerse y valorarse, a la postre, como una prueba de indicios.<sup>168</sup>

# Testigo de oídas: Suele acontecer que la declaración de estos testigos (también denominada de segunda mano) se repele inmediatamente o desecha sin tratamiento. Pues, entendemos que cabe un miramiento similar a los puntos anteriores y que la recepción y valoración de dichos testimonios, permitirá extraer el máximo provecho de la ocasión procesal.<sup>169</sup>

# Testimonio por un testigo excluido: Quienes participan de la postura sostenedora de que no corresponde declarar la nulidad de los testimonios brindados por los sujetos que la ley prohíbe (art.217 CPCCSFe; art. 427 CPCCN), sino que su declaración debe mantenerse si no ha sido objetada oportunamente (preclusión), o bien debe valorarse como una prueba indiciaria<sup>170</sup>, encontrarán aquí otra manifestación clara del principio de máximo rendimiento.<sup>171</sup>

# Tacha: Que la tacha no impida la declaración del testigo, es decir que no obstante la tacha se proceda igualmente a recibírsele declaración<sup>172</sup>, puede también erigirse en un supuesto de máximo rendimiento. Pues si se obstara la declaración, dado que las tachas se resuelven en la sentencia, ocurriría que en caso de rechazarse la tacha correspondía citar nuevamente al testigo, con la demora y engorro que ello conlleva, para que luego de recibida su declaración pasen los autos nuevamente a resolución. Y esto

<sup>167</sup> Art. 237 CPCCSFE: “No obstante la perención, las partes podrán usar en el nuevo juicio que promovieren las pruebas producidas en el primero”.

<sup>168</sup> CS de Santa Fe, 10-03-93, “Comuna de Murphy c/Pcia. Santa Fe” y PEYRANO Jorge W. “Compendio de reglas procesales en lo civil y comercial”, ed. Zeus, Rosario, 1997

<sup>169</sup> Cám. Apel. de Rafaela (Sta Fe) en Zeus 73-116; CCCSta Fe,3°, Zeus 80-127; id. LL 142-630.

<sup>170</sup> SCBA, en ED 37-118.

<sup>171</sup> Cabe recordar que, desde otra visión, se sostiene derechamente la nulidad de los mentados testimonios, sin posibilidad de mantenerlos o siquiera apreciarlos como indicio (CARRILLO Hernán, CASSARINO Nicolás, FALCON Enrique M.).

<sup>172</sup> Arts. 220/222 CPCCSFe.





## Procesal Civil

sería aplicable, aún cuando se tratara de un ordenamiento que prevea la tacha como suspensiva de la declaración y debe resolverse con anterioridad -incidente- a la sentencia, porque habremos desaprovechado la ocasión en que el testigo fue citado y habrá que convocarlo nuevamente a una nueva audiencia futura.

**# Audiencia y notificación:** La inmensa mayoría de los ordenamientos procesales imponen la citación por cédula, en el domicilio real, a los testigos y a las partes -cuando se tratare de absolver posiciones-, además de la notificación en el domicilio procesal constituido. Suele ocurrir que, algunos tribunales se resisten a celebrar la audiencia -testimonial o de posiciones- porque no se han practicado (o no se exhiben en el acto) las notificaciones de rigor que se han mencionado; y ello, no obstante estar presentes en el acto tanto el sujeto protagonista (testigo o absolvente) como los abogados de ambas partes. Constituye ello un verdadero despropósito y no hace gala del principio que venimos reseñando, pues no tiene caso y atenta contra la economía el “desaprovechar” la etapa procesal u ocasión imperante (audiencia) y que reúne todas las garantías para su celebración.

**# Acumulación eventual:** Se afirma que el principio de eventualidad o acumulación de las defensas propone el máximo aprovechamiento de las fases estancas en que se divide el proceso dentro de un sistema de desenvolvimiento preclusivo.<sup>173</sup>

**# Procesos colectivos:** Si se piensa en una máxima efectividad o espectro de solución conflictual plural, queda claro que los procesos colectivos aportan -y mucho- al óptimo rendimiento de la instancia jurisdiccional

**# Conciliación:** Un juez activo, en ejercicio de las facultades que le brinda el ordenamiento<sup>174</sup>, bien podría aprovechar al máximo una oportunidad procesal prevista para otro fin y disponer dentro de ella otra actividad. Supongamos, verbigracia, una audiencia a la que han concurrido ambas partes con sus defensores con motivo de alguna diligencia probatoria, en la que el Juez decide -además y allí mismo- disponer una

<sup>173</sup> PEYRANO Jorge W, “Nuevas tácticas...”, *op.cit.* pág. 118.

<sup>174</sup> Ej. Arts.19 y 21 CPCCSfe, Art. 36 CPCCN



## Procesal Civil

audiencia de conciliación, aprovechando la presencia de todas las partes y sus abogados.

# Reconvención: Desde otro punto de miras, las partes bien que pueden ser partícipes de un máximo aprovechamiento del proceso (instancia), a través de la reconvención. Instituto éste que, si bien optativo, permite con la utilización de una misma instancia y para resolverse en una sola sentencia, dirimir los conflictos que recíprocamente mantienen las partes y que -sin provecho a la economía- podrían dar lugar a una multiplicidad de procesos. Igual miramiento podría predicarse de la acumulación de pretensiones.

# Recalificación y reconducción: Cuando en ejercicio del *iuris novit curia* el Juez provee con una calificación distinta y reconduce el trámite, está haciendo -además- un útil y ventajoso aprovechamiento de la instancia abierta. Así, por ejemplo, cuando promovida una demanda de amparo el juez decide decretarla como acción declarativa e imprime dicho trámite (cuando pudo, derechamente, repeler la primera y mandar con ello al postulante a demandar nuevamente), sin duda está dando rendimiento a una instancia jurisdiccional que ya está en curso y que *puede fructificarse* reencauzándola.

# De *lege ferenda*: Barruntamos que no comulgan con un buen aprovechamiento de la instancia (siempre como derivado del principio de economía), las disposiciones de aquellos ordenamientos que impiden cuestionar, en la primera instancia, lo atinente a la errónea concesión del recurso de apelación o a su modo y efecto; lo que puede, recién, postularse en la Alzada una vez que ha sido elevado el expediente<sup>175</sup>. Lo que queremos señalar es que, si el expediente aún permanece en la primera instancia ante el mismo Juez que concedió la apelación, no deberían fijarse obstáculos para que *aprovechando ese mismo estadio* pueda señalarse, ante el mismo Juez, las manifiestas o evidentes razones para proveer de otra manera.

Pensemos en el caso que, por error material en el cómputo de plazos o por simple inadvertencia del proveyente, se ha concedido un recurso de apelación que fue interpuesto con notoria e indubitable extemporaneidad. O también, que el recurso ha sido concedido con efecto suspensivo cuando la ley expresamente determina que, en tales casos, se concederá siempre con

<sup>175</sup> Ej. Arts. 248 y 355 CPCCSF; art. 368 CPCCBa.



## Procesal Civil

efecto devolutivo. ¿Es razonable que el afectado por la concesión errónea deba esperar hasta la elevación a Cámara -ínterin, notificaciones, pases, nota de elevación, sorteo de Sala cuando correspondiere, etc.- para que una vez allí y luego de que se notifique la integración de Alzada pueda recién señalarse el error evidente ?

Claro que, y esto no es más que una idea de *iure conditio*, podría seguramente argumentarse algún tipo de circunstancia obstativa, o relativa a la jurisdicción de Alzada<sup>176</sup>, o que el cuestionamiento podría ser desaprensivo a fin de dar largas a la elevación, etc.; es probable. Pero lo cierto, también, es que no aparece desdeñable instrumentar mecanismos acerca del cuestionamiento a la concesión del recurso, cuando puede aprovecharse el estadio procesal ante el juez concedente sin que ello implique invadir las potestades del tribunal de Alzada que, por supuesto, siempre podrá hacer un reexamen de admisibilidad.<sup>177</sup>

Las circunstancias o etapas procesales que mencionamos hasta aquí como permeables a la utilización del principio procesal del máximo rendimiento, no son todas por supuesto y la enumeración no es más que indicativa. En muchos casos, o quizá en todos ellos, puede advertirse una combinación, aproximación o casi identidad con otros principios (inmediación, saneamiento, *iuria novit curia*, acumulación eventual, concentración), lo que no ha de llamar la atención porque, en definitiva, la *complementariedad* es una de las características de los principios procesales en general, y el principio del máximo rendimiento es consecuencial o derivado del de economía procesal.

---

<sup>176</sup> Aunque, por caso, y no obstante lo dispuesto en el art. 248 del CPCCSFE (*Pronunciada y notificada la sentencia, concluye la jurisdicción del juez...*), la jurisprudencia ha interpretado invariablemente que, apelada la sentencia y estando pendiente de elevación a Cámara, la caducidad de la instancia abierta con el recurso se propone y resuelve por ante el juez de primera instancia que concedió la apelación y tiene aún materialmente el expediente en su juzgado.

<sup>177</sup> Solución intermedia parece brindar el CPCC de Corrientes pues, dado que los agravios se expresan en el mismo acto de interposición del recurso de apelación y se contestan en la primera instancia, el art. 249 prevé la potestad del juez de primera instancia de expedirse sobre la admisibilidad (concediendo o denegando) luego de contestado el traslado o vencido el plazo para hacerlo.



# Procesal Civil

## **11. La oralidad en la hora actual: nuevas formas de intermediación procesal.**

### **11.1. La filmación de audiencias.**

### **11.2. La video conferencia como recurso para simplificar y abaratar trámites.**

*Ponencia sobre “la prueba entre la oralidad y la escritura” (Jorge W. Peyrano. Profesor titular de la Pontificia Universidad Católica Argentina Facultad de Derecho de Rosario. República Argentina.)*

*“El canon prevaleciente: el llamado proceso por audiencias como modelo de práctica de la prueba en juicio contencioso de conocimiento amplio y en sede civil.”*

Conocido es que el denominado proceso por audiencias coincide, en buena medida, con lo que antiguamente se llamaba “juicio oral”. Ahora bien: esta última locución aludía simplemente a la forma prevaleciente mediante la cual se expresan las ideas volcadas en el curso de un proceso<sup>178</sup> o, si se prefiere, guarda relación con el proceso cuya definición debe basarse, de manera primordial, en el material proferido oralmente, mientras que la referencia a un proceso por audiencias es mucho más amplia. Es que alude a un montaje procesal que no constituye una mera técnica referida a la práctica de la prueba, sino un sistema complejo y completo enderezado a favorecer una tutela judicial efectiva. Bien se ha apuntado que “la adquisición del proceso por audiencias supone una transformación revolucionaria del enjuiciamiento civil porque posibilita en el marco dialogal la actuación de los principios y reglas procesales fundamentales de intermediación, publicidad, instrumentalidad, adecuación de las formas, paridad de armas entre las partes que se convierten en colaboradores indispensables por el logro de la

---

<sup>178</sup> PICÓ I JUNOY, J., Informe nacional español, p.1: “La oralidad o escritura son las dos formas externas que pueden adoptar las actuaciones procesales. En consecuencia, son las dos formas externas que pueden adoptar las actuaciones procesales. En consecuencia, los principios de oralidad y escritura podrían definirse como aquellos en función de los cuales la sentencia debe basarse sólo en el material aportado en forma oral o escrita, respectivamente. Sin embargo, en la actualidad, no existe un proceso totalmente oral o escrito”.



## Procesal Civil

justa composición del conflicto”<sup>179</sup>; a lo que podría agregarse, como ingredientes identificatorios, la instrumentación de la audiencia preliminar en vista a fines conciliatorios y/o saneadores y el montaje de un debate procedimental sencillo y ágil. En dicho ramillete de excelencias, destaca el hecho de que en su seno resulta más viable que, al decir de Marcel Storme, “la búsqueda de verdad sea una obra común para la cual deben colaborar el juez y las partes”.

Asiduamente, se afirma que el proceso por audiencias es más presto que el que no discurre por dicho carril. Sin embargo, la realidad suele contradecir tal aseveración<sup>180</sup>. Es ilustrativo lo que informa Vázquez Sotelo sobre el particular, en lo que atañe a la reciente reforma procesal civil española<sup>181</sup>.

De todos modos, es tan marcada la preferencia por la oralidad que no faltan mandas constitucionales que la han impuesto en materia procesal, como es el caso de España<sup>182</sup> y Venezuela<sup>183</sup>. La aludida preferencia resulta alentada por la existencia de varias normas transnacionales –v.gr el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos- que pensadas primigeniamente para que rigieran en el proceso penal, se han venido extendiendo merced a interpretaciones de Cortes de Justicia transnacionales.

Sabido es que no se dan en la realidad legislativa procesos puramente escritos o exclusivamente orales. En la práctica, siempre son mixtos, con prevaencia de alguno de los polos opuestos<sup>184</sup>.

---

<sup>179</sup> BERIZONCE, R., “Colaboración procesal, método del contradictorio y régimen de la prueba en el proceso por audiencias”, *Revista de Derecho de Daños*, N° 5, Buenos Aires, 2002, p. 121.

<sup>180</sup> PEYRANO, J. W., *El proceso civil. Principios y fundamentos*, Buenos Aires, 1978, p. 315.

<sup>181</sup> VÁZQUEZ SOTELO, “Informe”, cit., p. 8.

<sup>182</sup> El artículo 120.2 de la Constitución Española que establece que: “El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal”.

<sup>183</sup> QUINTERO TIRADO, M., Informe nacional venezolano, p. 2: “El artículo 257 de la Constitución de la República bolivariana de Venezuela de 1999 constitucionalizó las bases del proceso venezolano, diciendo que tales procedimientos judiciales o administrativos deben ser breves, orales y públicos”

<sup>184</sup> VÁZQUEZ SOTELO, “Informe”, cit., p. 7.



## Procesal Civil

Tampoco puede hablarse de un solo tipo de procesos por audiencias<sup>185</sup>, ya que su entramado en los códigos es variado. Alemania, por ejemplo, registra una oralidad con ribetes más acusados<sup>186</sup> que el modelo español<sup>187</sup>. Éste creemos, guarda varios puntos de contacto con el proceso por audiencias concebido por el Código General del Proceso Uruguayo de 1989 y por el Código Procesal Civil de Perú de 1993. Cabe acotar que el modelo venezolano, también incluye-como se verá infra- características más acentuadas que las corrientes.

Pensamos que tanto para el legislador como para la doctrina autoral el proceso por audiencias sigue siendo el proceso ideal<sup>188</sup>, y también lo es para nosotros. Cómo no defender las virtudes de un modelo que - además de las ventajas que ofrece en materia de práctica de la prueba, que examinaremos infra -favorece el poder de dirección del proceso reconocido hoy al juez civil<sup>189</sup>, dificulta la perniciosa delegación judicial cuando ella no es legalmente admitida<sup>190</sup>, asegura el control social sobre la labor jurisdiccional al brindarle una mayor publicidad al proceso<sup>191</sup>, proporciona mucho menos campo fértil para la inconducta procesal<sup>192</sup> porque “en la clandestinidad del expediente escrito se emprenden toda clase de maniobras que no se introducirían en el aireado y bien iluminado del juicio oral”<sup>193</sup> y, finalmente, se trata de un

---

<sup>185</sup> DE LOS SANTOS, M., “El Código modelo y su influencia en la República Argentina”, *Revista Jurídica Jurisprudencia Argentina*, 2004-III.

<sup>186</sup> PÉREZ RAGONE, A., Informe nacional alemán, p.1: “La oralidad fue considerada central no sólo desde el punto de vista externo del proceso para su celeridad y transparencia, sino además, desde lo interno, para el logro más coherente de la incorporación y apreciación de la prueba para el logro de una sentencia lo más legitimada posible. El juez debe apreciar y valorar la prueba según los cánones de la libre apreciación... La reforma de simplificación del proceso del año 1976 reforzó aún más el funcionamiento del proceso oral”.

<sup>187</sup> Los contenidos de los informes españoles, así lo revelan.

<sup>188</sup> PODETTI, J. R., *Teoría y técnica del Proceso Civil*, Buenos Aires, s/d., p. 79.

<sup>189</sup> PEYRANO, “El proceso”, cit., p. 313.

<sup>190</sup> OTEIZA, E., Informe nacional argentino, p. 4.

<sup>191</sup> PEYRANO, “El proceso”, cit., p. 313.

<sup>192</sup> DE LA COLINA, S., *Derecho y Legislación procesal*, Buenos Aires 1925, tomo I, p. 376: “Los vicios del procedimiento escrito provienen de extremarse su aplicación. Así se ve, por un lado, que litigantes de mala fe asistidos por letrados sin escrúpulos, embrollan y confunden los asuntos más sencillos, bajo el amparo de las facilidades que este procedimiento ofrece para multiplicar los escritos y los incidentes”

<sup>193</sup> EISNER, I., *La intermediación en el proceso*, Buenos Aires, 1963, p. 84 al pie de página.



## Procesal Civil

modelo de proceso donde “estando todos sentados en la mesa común” hay ahorro de los llamados “tiempos muertos del trámite” (traslados, notificaciones, etc.).

Todo lo referido es cierto. Ahora bien: las bondades del modelo en estudio se dan en tanto y en cuanto se respeten determinados parámetros sobre lo que nos explayaremos más abajo. No es, entonces, un modelo utilizable ubi et orbi, sino dónde y cuándo correspondiera. Afortunadamente, no faltan voces que han alertado respecto de los excesos de entusiasmo suscitados por el proceso por audiencias, produciéndose así una suerte de opacamiento de su brillo aunque sin llegar ello a desvanecer su papel estelar en el universo procesal. Tales voces provienen de varios frentes y avisan respecto de ciertas sombras que aquejan al proceso por audiencias. Enumeraremos, algunas: a) ciertos certámenes científicos trascendentes que mostraron una reducción del énfasis puesto sobre la oralidad y las bondades de los procesos por audiencias<sup>194</sup>; b) las desventajas que ofrece el proceso por audiencias tal y como se lo concibe mayoritariamente en la actualidad y al que nos referiremos más adelante, claro que sin perjuicio de poner de resalto todas sus bondades que son muchas; c) la experiencia de alguna reforma procesal civil reciente que ha incorporado al proceso por audiencias, y que ya presenta “síntomas de fatiga”<sup>195</sup>; d) una fuerte corriente de opinión en pro de la revalorización de la prueba escrita con la consiguiente disminución de las ventajas del proceso por audiencias que logra su máximo rendimiento cuando se trata de las llamadas pruebas <sup>196</sup> personales (interrogatorio de partes, testifical). Así, Biavati entiende que “en verdad, en la mayoría de los casos la prueba en Italia, hoy en día, es escrita”<sup>197</sup>. Dicha revalorización es admitida aún por quienes se muestran partidarios decididos del proceso por audiencias<sup>198</sup>. Igualmente, cabe consignar que en

---

<sup>194</sup> Nos referimos, por ejemplo, al VIII Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en Utrech, en 1987.

<sup>195</sup> Así lo consigna Picó I Junoy en su informe.

<sup>196</sup> VÁZQUEZ SOTELO, “Informe”, cit., p. 15.

<sup>197</sup> BIAVATI, P., Informe nacional italiano, p. 9.

<sup>198</sup> TAVOLARI, R., Informe nacional chileno, p. 9.



## Procesal Civil

la misma línea se enrolan recientes regulaciones comunitarias europeas<sup>199</sup>. Contribuye, juntamente con otros motivos más tradicionalmente invocados, a explicar la mencionada revalorización de la prueba por escrito, la circunstancia de que “la evidencia documental no necesita del esfuerzo del juez, quien recibe los documentos (o los objetos) sobre su escritorio y sólo tiene que concentrarse en distinguir los materiales relevantes de los irrelevantes”<sup>200</sup>.

No se crea, por fin, que la opción se debe efectuar, necesariamente, entre las dos alternativas mixtas que proporciona el panorama procesal actual en materia de práctica de la prueba civil. A saber: una oralidad “actuada” y fragmentaria<sup>201</sup> donde, v.gr., lo manifestado por los testigos se vuelca en soporte papel mediante la confección de una audiencia en el mejor de los casos presidida por el juez, y un proceso por audiencias que, como se verá, presenta algunos inconvenientes operativos. Pensamos que existe otra opción mejor y superadora, a la cual proponemos denominar oralidad informática o digital<sup>202</sup>. Éste, imaginamos, es el proceso posible –sobre el que abundaremos más adelante- que no es estrictamente el ideal imaginado por el genio chiovendiano<sup>203</sup>, pero para otra época y distintas necesidades<sup>204</sup>.

*Ventajas del modelo prevaleciente en materia de práctica de la prueba en sede civil*

---

<sup>199</sup> BIAVATI, “Informe”, cit., p. 9: “La reciente regulación de la Comisión Europea N° 861/07 que establece un procedimiento europeo para los pequeños juicios considera a la prueba escrita como la forma normal de investigación y hace que la prueba oral sea posible sólo bajo condiciones particulares... Las normas de procedimiento ante la Corte de Justicia de la Comunidad Europea y de las otras cortes europeas en Luxemburgo, incluyen tanto la prueba oral como la escrita... Sin embargo, la experiencia práctica muestra que la prueba escrita es absolutamente prevaleciente y la medida de investigación más utilizada es la solicitud de información y producción de documentos”.

<sup>200</sup> BIAVATI, “Informe”, cit., p. 1.

<sup>201</sup> OTEIZA, “Informe”, cit., p. 6.

<sup>202</sup> BIAVATI, “Tendencias”, cit., p. 531.

<sup>203</sup> CHIOVENDA, G., “Relaciones entre las formas del procedimiento y la función de la prueba”, *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, Tomo 2, Buenos Aires, 1949.

<sup>204</sup> BIAVATI, “Informe”, cit., p. 10: “Una importante corriente de la literatura italiana actual, desde Giuseppe Chiovenda en adelante, ha considerado al desarrollo oral del caso como el mejor camino para llegar a la Justicia. Pero este enfoque no puede lidiar con los problemas de la estructura y organización judicial y uno se podría preguntar si Chiovenda insistiría en la misma posición si viviera hoy en día. De todos modos, es cierto que los problemas deberían ser enfrentados observando la realidad y saliendo de cualquier jaula ideológica”.





# Procesal Civil

El modelo en estudio que tiene la oralidad como forma expresiva privilegiada en el terreno de la práctica de la prueba, presenta señaladas ventajas en el rubro.

## a. LA INMEDIACIÓN

Presupone un contacto directo y personal del juez con los elementos de prueba que debe valorar para resolver <sup>205</sup>. Por supuesto que no es una nota exclusiva del proceso por audiencias <sup>206</sup>, pero en su seno se concreta con mayor plenitud y mejores consecuencias. Postergaremos su estudio pormenorizado, desde el punto de vista de la práctica de la prueba, para más luego. Eso sí: desde ya puntualizamos que la gran mayoría de los partidarios de la intermediación procesal, sólo piensan en una indispensable intermediación “física”. Este aspecto nos moverá, en su momento, a efectuar algunas consideraciones

## b.- MEJOR APROVECHAMIENTO DE LAS DENOMINADAS PRUEBAS PERSONALES

Media consenso en que la prueba testifical y el interrogatorio de partes <sup>207</sup> alcanza su mejor rendimiento en un proceso por audiencias.; manteniéndose, sin variantes, el papel desempeñado por la prueba documental. Sin embargo, se ha apuntado que la incorporación del proceso por audiencias en recientes reformas procesales, ha adunado alguna mejora adventicia en el ítem<sup>208</sup>.

<sup>205</sup> EISNER, I., “La intermediación en el proceso”, *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 99, p. 894: “Hemos explicado en términos generales como “intermediación”, al principio en virtud del cual se procura asegurar que el juez o tribunal se halle en permanente e íntima vinculación personal con los sujetos y elementos que intervienen en el proceso, recibiendo directamente las alegaciones de las partes y las aportaciones probatorias, a fin de que pueda conocer en toda su significación el material de la causa, desde el principio de ella, quien, a su término, ha de pronunciar la sentencia que la define”.

<sup>206</sup> CHIOVENDA, G., *Principios de Derecho Procesal Civil*, Tomo 2, Madrid, 1922, p. 174: “El principio de la inmediatezza tiene una estrecha relación con el principio de la oralidad, puesto que en la aplicación más consecuente de la oralidad la relación entre las partes y entre las partes y el juez, es precisamente directa e inmediata; pero no existe ahí coincidencia absoluta entre los dos principios, y puede tenerse inmediatezza en el proceso escrito y mediatezza en proceso oral”

<sup>207</sup> TAVOLARI, R., “Informe”, cit., p. 6: “La capacidad de convencimiento de la producción de la prueba en audiencia, esto es, con la presencia del juez, llega a su altura mayor cuando se trata de la prueba de relatos, sea que los mismos estén a cargo de las partes –declaración o interrogatorio de partes, o confesión, según las normas positivas de cada país- o de terceros, sea que se exija a éstos especial versación técnica acerca de la materia que es objeto de relato, evento en el cual hablamos de peritos, sea que meramente se exija a ellos haber percibido con sus sentidos los hechos, caso en el cual aludimos a los testigos”.

<sup>208</sup> VÁZQUEZ SOTELO, “Informe”, cit., p. 15: Señala la práctica del intercambio de las fotocopias de los documentos presentados por las partes al finalizar la audiencia previa, ha derivado en que se



## Procesal Civil

Militan serias razones que justifican dicho mejor aprovechamiento: la solemnidad del acto (audiencia) presidida por el magistrado en vez del lamentable espectáculo de su ausencia<sup>209</sup> y también la presencia judicial “cara a cara” predisponen –en alguna medida, al menos- a emitir relatos verídicos<sup>210</sup>.

### c.- APRECIACION CONJUNTA DE TODA LA PRUEBA A MEDIDA QUE SE VA PRODUCIENDO

La totalidad de la prueba, también la pericial<sup>211</sup>, debe ser practicada durante el curso de la respectiva audiencia de prueba. Parra Quijano insiste en que el juez debe hacer “anticipadamente la valoración que retiene en su memoria con cada medio de prueba y los va relacionando con los que se vayan practicando y así sucesivamente, hasta lograr la totalidad y la valoración surge sin realizar proezas o actos heroicos... Se debe afirmar que o hay audiencia concentrada para realizar todos los actos de prueba e inmediatamente los alegatos y la sentencia o es preferible mantener el sistema escrito”<sup>212</sup>. Sin embargo, claro está, algunas pruebas suscitan particulares dificultades para hacer realidad el dogma. Así, por ejemplo, acontece con la pruebas “por imágenes satelitales” captadas por empresas particulares y empleadas para demostrar asuntos tales como la erosión de suelos y daños ambientales en general. En ellas, obviamente, el juez no ha presenciado su actuación y se han producido fuera de la presencia judicial.

### d.- FAVORECE LA PRONTA SATISFACCIÓN DE EXPLICACIONES, EL PRESTO SOMETIMIENTO A CAREOS Y LA INMEDIATA FORMULACIÓN DE ACLARACIONES

Estando “todos sentados en la misma mesa”<sup>213</sup>, se posibilita la pronta respuesta a interrogantes suscitados en el curso de la audiencia de prueba;

---

reconozca la autenticidad de dichas fotocopias cuando no son impugnadas.

<sup>209</sup> EISNER, “La intermediación”, cit., p. 5.

<sup>210</sup> KIELMANOVICH, J., Teoría de la prueba y medios probatorios, Santa Fe, 2001, p. 69. MUÑOZ SABATÉ, L., Técnica probatoria, Barcelona, 1983, p. 131.

<sup>211</sup> PARRA QUIJANO, J., Informe nacional colombiano, p. 5.

<sup>212</sup> PARRA QUIJANO, “Informe”, cit., p. 4.

<sup>213</sup> EISNER, “La intermediación”, cit., p. 8.



# Procesal Civil

interrogantes generados no sólo por las declaraciones, por ejemplo, de partes o testigos, sino también por el tenor de dictámenes periciales<sup>214</sup>.

## e.- PRONTO DICTADO DE LA SENTENCIA DE MÉRITO

El modelo procesal en estudio, clásicamente entendido, presupone una pronta sentencia de mérito dictada poco después de finalizada la audiencia donde se practicara la prueba. Es que sus bondades se potencian aún más cuando el tribunal conserva en sus retinas y oídos las resultas de la práctica de la prueba<sup>215</sup>.

## 5. Desventajas del modelo prevaleciente en materia de práctica de la prueba en sede civil

### a.- INSOSLAYABLE IDENTIDAD FÍSICA ENTRE EL JUEZ QUE RECIBE LA PRUEBA Y EL QUE EMITE EL PRONUNCIAMIENTO DE MÉRITO

Ortells, con razón, dice que el núcleo del modelo en estudio “consiste en que sólo los jueces y magistrados que, integrando el órgano jurisdiccional, han presenciado y dirigido la práctica de los medios de prueba en los actos del juicio o de la vista, pueden dictar sentencia en el proceso correspondiente”<sup>216</sup>. Se ha señalado que dicha identidad, siempre se encuentra amenazada “por traslados, defunciones, enfermedades, ascensos, jubilaciones, etc.”<sup>217</sup>. A tanto se llega para preservar dicha identidad física que, en el marco de la futura reforma procesal chilena, se ha propuesto mantener la competencia del juez que recibió la prueba para dictar sentencia, en casos de ascensos o traslados<sup>218</sup>. La reciente modificación de la reforma procesal civil española, también incluye alguna

---

<sup>214</sup> CAPPELLETTI, “La oralidad”, cit., p. 50.

<sup>215</sup> ORTELLS RAMOS, M., “Los principios del proceso en particular”, *Derecho Procesal. Introducción*, con Ortells Ramos, M., Cámara Ruiz, J., Sánchez, R., Valencia, 2003, p. 304: “En efecto, tener presente, en el momento de dictar la sentencia, las alegaciones orales, cómo se ha desarrollado la valoración de la prueba y los términos de la discusión oral final, sólo es posible, sin recurrir a documental, si entre el momento de producirse aquéllos y el momento de sentenciar, no media un período de tiempo prolongado que haya borrado de la mente del juez el recuerdo del material procesal”.

<sup>216</sup> ORTELLS RAMOS, M. “La prueba”, “Derecho”, cit., p.362.

<sup>217</sup> PARRA QUIJANO, “Informe”, cit., p. 4.

<sup>218</sup> SILVA, J. P. Y DOMINGUEZ, J. P., “Principios fundamentales del procedimiento civil: diagnóstico y proposiciones a la luz de un nuevo ordenamiento”, *Justicia Civil y Comercial: una reforma pendiente*, SILVA, J.P., GARCIA, J. F., LETURIA, F., Santiago de Chile, 2007, p. 440.



## Procesal Civil

norma que, a nuestro juicio, constituye un esfuerzo excesivo por mantener la referida identidad física<sup>219</sup>.

Los inconvenientes producidos por la “movilidad” de la magistratura en virtud de las circunstancias señaladas, aumentan geométricamente cuando se trata de tribunales colegiados, en razón de motivos obvios. También acusa ribetes que hacen meditar sobre la conveniencia de defender a ultranza la mencionada identificación física, la intervención de instancias superiores revisoras que no han presenciado la práctica de la prueba producida<sup>220</sup> y la problemática que ello produce.

**CÓMO INCORPORAR LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS AUDIOVISUALES E INFORMÁTICAS DE MODO TAL DE POSIBILITAR LA INMEDIACIÓN VIRTUAL Y LA SENSORIAL NO PRESENCIAL CUANDO ELLO NO HA SIDO REGULADO EXPRESAMENTE?**

A los fines expuestos en el epígrafe, es preciso, sin duda concretar una suerte de reingeniería procesal<sup>221</sup>. Uno de los pilares de dicha reingeniería procesal, reside en la concesión de validez a los acuerdos procesales celebrados entre las partes tendientes a aceptar las ventajas de las nuevas tecnologías audiovisuales y digitales, pese a que el código procesal aplicable hubiera omitido incorporarlas.

Los llamados contratos o negocios jurídicos procesales son conocidos desde larga data y en la época procedimentalista fueron considerados con benevolencia<sup>222</sup>. Pero hoy, el advenimiento del procedimentalismo y la consiguiente visión más pública del proceso civil determinaron la adopción de una actitud reticente y más bien contraria a los procesos contractuales<sup>223</sup>,

<sup>219</sup> Nos referimos al artículo 194 .1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española que establece, aún cuando admite algunas excepciones, que: “En los asuntos que deban fallarse después de la celebración de una vista o juicio, la redacción y firma de la resolución, en los tribunales unipersonales, o la deliberación y votación, en los tribunales colegiados, se realizarán, respectivamente, por el Juez o por los Magistrados que hayan asistido a la vista o juicio, aunque después de ésta hubieran dejado aquéllos de ejercer sus funciones en el tribunal que conozca del asunto”.

<sup>220</sup> VÁZQUEZ SOTELO, J. L., “Informe”, p. 9, señala la paradoja consistente en que mientras la nueva LEC hispana de 2000 al posibilitar la documentación audiovisual de las sesiones de prueba mejora la revisión encomendada a la segunda instancia, por el otro implica un retroceso en la dosis de oralidad asignada al segundo grado jurisdiccional.

<sup>221</sup> SOSA, “Reingeniería”, cit., p. 99.

<sup>222</sup> CHIOVENDA, G., “La naturaleza procesal de las normas sobre la prueba y la eficacia de la ley procesal en el tiempo”, *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, Tomo 1, Buenos Aires, 1949, p. 399

<sup>223</sup> DÍAZ, C., *Instituciones de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1968, Tomo 1, p. 63 al pie de página.



## Procesal Civil

que son las que reconocen, hasta cierto punto, que las partes puedan crear algunas normas procesales en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Afortunadamente, un sector de la doctrina autoral contemporánea comenzó a discriminar casos, conservando así la susodicha reticencia sólo cuando se trataba de asuntos relacionados con el orden público procesal<sup>224</sup>.

Por supuesto que no se trata de afirmar que la validez de los negocios jurídicos procesales se debe imponer, sin más y en todos los supuestos, al juez<sup>225</sup>.

El negocio jurídico procesal del caso, debe ser aprobado, expresa o tácitamente, por el órgano jurisdiccional. Es que –a diferencia de lo que acontece con los negocios jurídicos en general- los negocios procesales no generan directamente los efectos perseguidos puesto que, en cierto modo, se celebran ad referendum de lo que establezca la autoridad judicial.

Francia, últimamente, registra una revalorización de los contratos procesales, confirmando así una tendencia de viejo cuño<sup>226</sup>.

En lo que atañe específicamente a los contratos procesales sobre prueba, estimamos que una referencia adversa de Chiovenda<sup>227</sup> mucho ha contribuido a quitarles prestigio y validez, por lo menos en lo concerniente a la doctrina autoral no demasiado reciente<sup>228</sup>. Si bien se mira, no puede sorprender la repulsa de Chiovenda y de otros<sup>229</sup> respecto de la validez de negocios jurídicos procesales que le impongan al órgano jurisdiccional, por ejemplo, que valore prueba en determinado sentido o que dispense de algunas formalidades esenciales a la práctica de determinado medio de confirmación. Frente a tales hipótesis, el tribunal, claro está, no los aprobará. En cambio, si se tratara, v.gr., de un acuerdo procesal tendiente,

---

<sup>224</sup> PODETTI, “Teoría”, cit., p.164

<sup>225</sup> MICHELI, G. A., *Curso de Derecho Procesal Civil*, Tomo 1, Buenos Aires, 1971, p.291; GUASP, J., *Derecho Procesal Civil*, Tomo 1, Madrid, 1969, p.261.

<sup>226</sup> BIAVATI, “Tendencias”, cit., p. 529.

<sup>227</sup> CHIOVENDA, “Principios”, cit., p.126.

<sup>228</sup> VITERBO, C., “Valor probatorio de los libros de comercio cuando una de las partes no es comerciante”, *Revista Jurídica Jurisprudencia Argentina*, Tomo 66, p. 705. ALSINA, H., *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Tomo 1, Buenos Aires 1963, p. 61.

<sup>229</sup> SCHÖNKE, A., *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, 1950, p. 200.



# Procesal Civil

aprovechando los beneficios de la telemática, a que un testigo residente un lugar distante pueda declarar participando de una videoconferencia, creemos que ello no puede incluirse entre los contratos procesales vedados.