

TRABAJO FINAL DE GRADO



Proceso Civil: Constitucionalidad de las facultades autónomas otorgadas a los jueces en el ordenamiento jurídico argentino

Eric Cross

Carrera: Abogacía

Año: 2016

RESUMEN

El proceso judicial se encuentra regulado por los códigos de procedimiento y regido por distintas normas y principios plasmados en la Constitución Nacional.

Existen dos corrientes doctrinarias en el ordenamiento jurídico actual, la del activismo judicial y garantismo procesal. Sus diferencias radican en el límite de actuación del juez en el proceso. En el proceso civil, se discute si el juez violenta los principios constitucionales que rigen al proceso legal, cuando toma un rol activo, atribuyéndose facultades respecto a la actividad probatoria, o bien resolviendo anticipadamente a través de las llamadas medidas autosatisfactivas, no cumpliendo todos los pasos previstos para el procedimiento.

La corriente del activismo, apoya y promueve un papel activo del magistrado, a través de facultades como lo son las medidas para mejor proveer (en la que el juez tiene atribuciones en la actividad probatoria), la carga dinámica de la prueba (donde el juzgador puede invertir la carga de probar determinados hechos, cuando considere que quien en principio no debía probar, se encuentra en mejores posibilidades de hacerlo respecto a la otra parte) y las medidas autosatisfactivas (en situaciones excepcionales donde se puede generar un daño irreparable para el actor, se le brinda una solución anticipada, no cumpliendo así todos los pasos previstos para el procedimiento).

Por su lado, la corriente del garantismo, defiende a rajatabla los postulados constitucionales que gobiernan el proceso, mostrándose en contra de las medidas mencionadas, las que implicarían una vulneración a la Constitución Nacional y al debido proceso.

El presente trabajo estudia y analiza las medidas en cuestión, plasmando las posturas de ambas doctrinas respecto a cada una de ellas.

SUMMARY

The judicial process is regulated by the procedural codes and governed by different rules and principles enshrined in the Constitution.

There are two doctrinal currents in the current legal system, judicial activism and procedural “garantismo”. Their differences lie in the limit of performance of the judge in the process. In civil proceedings, it is disputed whether the judge violates the constitutional principles governing the legal process when taking an active role, attributing powers with regard to the presentation of evidence or resolved in advance through calls “autosatisfactivas” measures, not fulfilling all steps planned for the procedure.

The activism current, supports and promotes an active role of the judge, through powers as are measures to better provide (in which the judge has authority in the presentation of evidence), the dynamic load evidence (where the judge reverse the burden of proving certain facts, if it considers who in principle should not prove, is in a better chance of doing so for the counterpart) and “autosatisfactivas” measures (in exceptional situations where it can cause irreparable damage to the actor , giving him an early solution, not fulfilling all the steps provided for the procedure).

For its part, the “garantismo” current, strictly defends the constitutional principles that govern the process, showing against the above measures, which would imply a violation of the Constitution and due process.

This thesis studies and analyzes the measures in question, reflecting the positions of both doctrines regarding each.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	7
--------------------	---

CAPÍTULO I – EL DEBIDO PROCESO

1- INTRODUCCIÓN	11
2- EL PROCESO.....	12
a- PRINCIPIOS PROCESALES	13
b- SISTEMAS PROCESALES	14
3- EL DEBIDO PROCESO.....	15
4- BASES CONSTITUCIONALES DEL PROCESO.....	16
a- JUICIO PREVIO.....	17
b- JUEZ NATURAL	18
c- DEFENSA EN JUICIO.....	18
d- ACCESO A LA JUSTICIA.....	19
e- IGUALDAD.....	20
5- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.....	20
6- EL DEBIDO PROCESO EN LA CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA	23
7- GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA.....	25
8- CONCLUSIONES PARCIALES	28

CAPÍTULO II – LA PRUEBA EN EL DEBIDO PROCESO

1- INTRODUCCIÓN	29
2- LA PRUEBA. CONCEPTO.	30
3- OBJETO, MEDIO, ÓRGANO Y ELEMENTO DE PRUEBA.....	30
4- PRINCIPIOS QUE GOBIERNAN LA ACTIVIDAD PROBATORIA	32
a- PRINCIPIO DE UNIDAD DE LA PRUEBA.....	32
b- PRINCIPIO DE ADQUISICIÓN O COMUNIDAD DE LA PRUEBA.....	32

c-	PRINCIPIO DE IGUALDAD Y CONTRADICCIÓN	32
d-	PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN	33
e-	PRINCIPIO DE LIBERTAD PROBATORIA.....	33
f-	PRINCIPIO DE BUENA FE Y LEALTAD PROCESAL.....	36
g-	PRINCIPIO DEL FAVOR PROBATIONIS.....	36
h-	PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN	37
5-	LA CARGA DE LA PRUEBA.....	37
6-	INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA.....	39
7-	CONCLUSIONES PARCIALES	41

CAPÍTULO III - EL JUEZ

1-	INTRODUCCIÓN	43
2-	EL JUEZ. CONCEPTO Y FUNCIÓN.....	44
3-	DEBERES Y GARANTÍAS.....	44
4-	ATRIBUTOS	45
a-	IDONEIDAD	45
b-	INDEPENDENCIA.....	46
c-	IMPARCIALIDAD.....	47
5-	LA SENTENCIA	49
6-	EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.....	50
7-	LA VERDAD EN EL PROCESO	51
a-	LA VERDAD MATERIAL	52
b-	LA VERDAD FORMAL	53
8-	CONCLUSIONES PARCIALES	54

CAPITULO IV – ACTIVISMO JUDICIAL Y GARANTISMO PROCESAL: FACULTADES DE LOS JUECES QUE PODRÍAN COLISIONAR CON LA CONSTITUCIÓN

1-	INTRODUCCIÓN	55
2-	ACTIVISMO JUDICIAL. CONCEPTO.	56

3-	FUNDAMENTOS DE LA DOCTRINA ACTIVISTA.....	57
4-	GARANTISMO PROCESAL. CONCEPTO.	59
5-	FUNDAMENTOS DE LA DOCTRINA GARANTISTA	60
6-	MEDIDAS PARA MEJOR PROVEER	61
a-	POSTURA ACTIVISTA.....	63
b-	POSTURA GARANTISTA	64
c-	NUESTRA POSTURA	66
7-	CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA.....	68
a-	POSTURA ACTIVISTA.....	69
b-	POSTURA GARANTISTA	70
c-	NUESTRA POSTURA	72
8-	MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS.....	73
a-	DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS Y CAUTELARES	75
b-	POSTURA ACTIVISTA.....	79
c-	POSTURA GARANTISTA	80
d-	NUESTRA POSTURA	83
9-	CONCLUSIONES PARCIALES	84

CAPÍTULO V – JURISPRUDENCIA A LA LUZ DEL ACTIVISMO Y GARANTISMO

1-	INTRODUCCION	86
2-	C.S.J.N. “CAMACHO ACOSTA, M. C/ GRAFI GRAF S.R.L. Y OTROS”.....	87
a-	HECHOS	87
b-	FALLO DE LA CORTE	87
c-	NUESTRA OPINIÓN	88
3-	JUZGADO DE CONCILIACIÓN, CÓRDOBA. “CORZO, CRISTHIAN ARIEL C/ PROVINCIA A.R.T. S.A.”	89
a-	HECHOS	89
b-	FALLO DEL TRIBUNAL	90
c-	NUESTRA OPINIÓN	91



4- C.S.J.N. “PLÁ, SILVIO ROBERTO Y OTROS C/ CLÍNICA BAZTERRICA S.A. Y OTROS”	92
a- HECHOS	92
b- FALLO DE LA CORTE	93
c- NUESTRA OPINIÓN	94
5- C.S.J.N. “GALLI DE MAZZUCCHI, LUISA VIRGINIA C/ CORREA, MIGUEL ANGEL Y OTRO”	95
a- HECHOS	95
b- FALLO DE LA CORTE	96
c- NUESTRA OPINIÓN	97
6- CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL, CÓRDOBA. “PEREZ, CARLOS ERNESTO C/ OLIVER LUIS U OLLIVIER LUIS, MENACHO”	98
a- HECHOS	98
b- FALLO DE LA CÁMARA	99
c- NUESTRA OPINIÓN	100
CONCLUSIÓN FINAL	102
BIBLIOGRAFÍA	104
CITAS WEB	106
LEGISLACIÓN	107
JURISPRUDENCIA	108
ANEXO E	109

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tratará sobre la función del juez en el proceso en el ordenamiento jurídico argentino en la actualidad, puntualmente, sobre la limitación en su actuar en el marco del proceso civil.

La doctrina se encuentra dividida en dos grandes corrientes difíciles de conciliar. Una de ellas, la del activismo judicial, procura y defiende la idea de otorgarle a los jueces facultades que vulnerarían su imparcialidad o que alterarían el debido proceso. Por otra parte, la corriente del garantismo procesal, tiende a quitarle al juez atribuciones que vulneren principios y garantías constitucionales.

Todas las corrientes doctrinarias coinciden en que el fin del proceso es el de procurar la justicia. El eje del problema radica en los medios para conseguirla.

La presente investigación expondrá los fundamentos de las doctrinas que defienden una y otra postura, y aquellas facultades de los jueces cuya constitucionalidad se cuestiona, tales como medidas para mejor proveer, cargas dinámicas de la prueba, medidas autosatisfactivas, etc.

La Constitución Nacional garantiza, en su artículo 18, el debido proceso adjetivo. A la vez que en el inciso 22 del artículo 75, otorga jerarquía constitucional a La Convención Americana sobre Derechos Humanos (entre otros tratados internacionales) que enumera, en su octavo artículo, una serie de derechos y garantías referidas también al debido proceso. A pesar de ello, se puede percibir un avance del activismo judicial por sobre el garantismo, por diversas legislaciones que, en principio, atentan contra los derechos garantizados tanto en la Constitución como en la Convención Americana. Tanto en los códigos de procedimiento de las distintas provincias y de la Nación, como en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, se observa que las atribuciones de los jueces avanzan por sobre principios constitucionales, otorgándoles cada vez más poder de actuación en el procedimiento.

La jurisprudencia va de la mano con estas tendencias activistas, reflejándose en fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como los autos “Camacho Acosta M. c/ Grafi Graf. SRL y otros” y “Pla, Silvio R. y otros c/Clinica Bazterrica S.A. y otros”. Tanto en esos fallos, como en otros que se analizarán, se ve reflejado el criterio de los tribunales en la actualidad, que

promueven facultades judiciales que parecieran contradecir derechos fundamentales plasmados en la Constitución.

La problemática abordada es de una gran importancia ya que lo que está en juego es no solo la seguridad jurídica, sino los derechos de todas las personas que acuden al sistema judicial para dirimir sus conflictos. También se pone en riesgo la imparcialidad del juez, que tiene que actuar como un tercero ante las partes, y las tendencias actuales parecieran poner al magistrado a favor de una de ellas.

El perseguir una resolución justa no puede nunca dar a lugar a medios injustos para conseguirlo. Si para ello se utilizan herramientas violatorias de derechos consagrados en la Constitución, estaríamos frente a un procedimiento ilícito, que desnaturalizaría la finalidad perseguida por el proceso.

Los objetivos del TFG son: exponer los principios constitucionales que rigen el debido proceso en nuestro ordenamiento jurídico; examinar los conceptos básicos en relación a la prueba y la carga probatoria; estudiar la función del juez en el proceso y distinguir la llamada verdad material de la verdad formal; identificar las facultades o poderes autónomos reconocidos por la legislación de Córdoba a los jueces en el proceso civil; analizar los argumentos doctrinarios que propenden a un reconocimiento amplio de poderes o facultades autónomas; analizar los argumentos en contra de tal reconocimiento; analizar las posiciones de la jurisprudencia con relación a la constitucionalidad de tales facultades

La determinación precisa de cuáles son las competencias de un juez en el marco de un proceso, cualquier sea su naturaleza, posee la más alta relevancia. Es que, a no dudarlo, la determinación precisa de esas competencias se vincula con la necesidad de garantizar, desde un punto de vista constitucional, la consabida imparcialidad e independencia. Advierte que la única forma de que el proceso judicial sea verdaderamente justo en nuestro sistema, es que el mismo sea llevado a cabo con las garantías institucionales que establece nuestra Constitución Nacional. En particular, como se dijo, la independencia e imparcialidad. Un proceso en el que los poderes del juez no sean efectuados con imparcialidad no sea un proceso justo. Y, por tanto, será un proceso inconstitucional.

Este problema que afecta al ordenamiento jurídico actual pone en tela de juicio al, a veces, excesivo poder que poseen los propios jueces que, con la finalidad de llegar a la justicia, utilizan métodos a través de instituciones que en su esencia son injustas.

El tipo de estudio del presente TFG es el *descriptivo*. Para ello se identificarán las características de la cuestión planteada y las dificultades interpretativas a través de recolección de información referida a la temática y el análisis de los diversos criterios al respecto. La metodología que se llevará a cabo en este trabajo es la *cualitativa*. Ello debido a que éste método busca descubrir, profundizar y captar el sentido de las instituciones sociales, por medio de la comprensión analítica y/o la interpretación de los significados de las normas que las regulan. Como fuentes primarias de información, se utilizará tanto la legislación, como la jurisprudencia antes mencionada. Con respecto a la primera, se estudiará a la Constitución Nacional, Tratados Internacionales, Constitución de la Provincia de Córdoba, Código Civil y Comercial de la Nación y códigos de procedimiento tanto de La Nación como de distintas provincias de la República Argentina. Como Jurisprudencia se abordará tanto la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como la de las cámaras, Tribunales Superiores y de primera instancia del país. Las fuentes secundarias a abordar serán las diversas exposiciones doctrinarias que abordan el tema. Se estudiarán los comentarios a fallos y las elaboraciones de doctrina contenidas en libros, artículos de revistas especializadas, ponencias, monografías, etc.

El fin del presente trabajo es el de determinar los argumentos jurídicos (doctrinarios y jurisprudenciales) a favor y en contra de la constitucionalidad de las facultades autónomas otorgadas a los jueces en el marco del proceso civil en el ordenamiento argentino. Se hará hincapié principalmente en la legislación de la provincia de Córdoba. Para ello, el TFG se estructura en cinco capítulos. El primero de ellos versará sobre el concepto del debido proceso, las bases constitucionales en las cuales se apoya y las distintas regulaciones legales vigentes que tratan el tema. El segundo capítulo expondrá los conceptos básicos en relación a la prueba, mencionando los principios que la gobiernan y haciendo hincapié en la llamada carga probatoria, ya que algunas de las facultades del juez que se abordarán se relacionan directamente con ello. El tercero tratará sobre la función del juez en el proceso y se distinguirán las diferencias entre la llamada “verdad formal” y la “verdad real”. En el cuarto capítulo se analizarán los fundamentos de las doctrinas del activismo judicial y del garantismo procesal, examinando las facultades de



los jueces que podrían colisionar con principios constitucionales. Por último, en el capítulo quinto, se examinará la jurisprudencia a la luz de la discusión entre las dos corrientes doctrinarias antes mencionadas.

CAPITULO I

EL DEBIDO PROCESO

1- INTRODUCCIÓN

El presente capítulo explicará los conceptos básicos referidos al proceso judicial según la doctrina mayoritaria. Se definirá la institución del debido proceso repasando la regulación legal que lo respalda, desde la Constitución Nacional, pasando por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Constitución de la Provincia de Córdoba, para terminar finalmente con la aplicación de dichas regulaciones en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba.

2- EL PROCESO

Para tratar el tema referido al debido proceso es necesario primero tener un concepto aceptado pacíficamente por la doctrina del Proceso Judicial en sí. Ferreyra de De la Rúa y González De la Vega de Opl (2003A, p. 51), lo definen como:

Una serie gradual, progresiva y concatenada de actos cumplidos por órganos públicos predisuestos o por particulares interesados y que persigue determinados fines: su fin inmediato es la fijación de hechos y la aplicación del Derecho y el mediato está dado, desde el punto de vista de valores públicos colectivos, en la obtención de la paz social o el restablecimiento del orden jurídico alterado.

Rafael de Pina (1984, p. 400) lo define como “*un conjunto de actos regulados por la ley y realizados con la finalidad de alcanzar la aplicación judicial del Derecho objetivo y la satisfacción consiguiente del interés legalmente tutelado en el caso concreto, mediante una decisión del juez competente.*”

Por su parte, Adolfo Alvarado (2009, p. 41) lo conceptualiza como “*el método de debate dialéctico y pacífico entre dos personas actuando en pie de perfecta igualdad ante un tercero que ostenta el carácter de autoridad.*”

Por lo general, los autores prácticamente coinciden en la concepción. Se trata de actos regulados por ley cuyo fin es de la resolución de un conflicto determinado. Se habla de “paz social”, de “aplicación del Derecho” y de “restablecimiento del orden jurídico alterado”, pero como se podrá apreciar, en las definiciones se encuentra ausente la palabra “Justicia”. Aunque muchos sostienen que la misma sería un fin (o la única finalidad) del Derecho, llama la atención cómo su principal herramienta (el Proceso) no la tiene en su concepto. Esto se irá desarrollando a lo largo del presente trabajo ya que es uno de los ejes fundamentales de la problemática del tema a tratar.

a- PRINCIPIOS PROCESALES

Los principios del proceso son “*los presupuestos políticos que determinan la existencia funcional de un ordenamiento procesal cualquiera*” (Díaz, 1968, p. 172). Se puede decir que son bases que fijarán una determinada política procesal y que serán guías en vacíos legales que puedan llegar a presentarse. A continuación, se enuncian los 7 principios según Ferreyra de De la Rúa (2003A):

- 1- **Publicidad:** Implica que tanto las partes, como todo aquel que intervenga en el proceso, tengan la posibilidad de tener conocimiento de los actos que se realizan a lo largo del mismo. Esto facilita el control de la actividad judicial.
- 2- **Inmediación:** Es un principio que toma más importancia en los procedimientos orales que en los escritos. Significa que debe haber una relación directa entre el juez y las partes, además de tener contacto personalmente con las pruebas.
- 3- **Bilateralidad:** También conocido como principio de contradicción, significa que todas las garantías y oportunidades de actuación en el proceso se proyectan bilateralmente para las partes.
- 4- **Autoridad:** Se refiere a la jerarquía que asume el órgano jurisdiccional por el poder que le es conferido por el Estado.
- 5- **Formalismo:** Son las formas preestablecidas para todo proceso legal que hacen a la seguridad jurídica y establecen una garantía para quien se somete a juicio.
- 6- **Economía procesal:**
 - a) **Economía de gastos:** constituye procedimientos que no resulten onerosos para las partes.
 - b) **Economía de esfuerzo:** Se procura realizar la mayor actividad en la menor cantidad de actos procesales posibles.
- 7- **Moralidad:** Implica que el proceso se desarrolle conforme a conductas con los preceptos de la ética y la moral.

b- SISTEMAS PROCESALES

Se trata del método y de las formas a partir de las cuales se irá a llevar a cabo un proceso legal en cuanto a su estructura y su desarrollo.

En éste sentido, es posible distinguir tres grandes sistemas:

Inquisitivo

En este sistema las funciones fundamentales del proceso como lo son la de investigar, acusar y defender, se concentran en un solo órgano oficial que no solo tendrá la función de juzgar, sino que usurpará los roles de acusador y defensor (Cafferata, Montero, Velez, Ferrer, Novillo, Balcarce, Hairabedián, Frascaroli y Arocena, 2003). Es el juez o tribunal quien tendrá las mencionadas atribuciones con el pretexto de arribar a una verdad “real”.

Dispositivo

Es aquel en el que las partes tienen la impulsión del proceso y la posibilidad de promover los actos subsiguientes. Ellas aportarán los elementos probatorios y tienen la facultad de renunciar al proceso si así lo desean (Ferreyra de De la Rúa, 2009A).

Aquí el actuar del juez se encuentra limitado, ya que son las partes las que alegan hechos y tendrán la carga de probarlos. Se suele decir que en estos tipos de procedimientos el magistrado es un mero espectador del proceso, ya que son actor y demandado quienes instan y propulsan el proceso, quitándole la posibilidad al magistrado de actuar de oficio.

El eje del presente trabajo de investigación radica en la función del juez en éste tipo de procedimientos ya que, en ocasiones, el juez deja de ser un espectador del proceso para convertirse en un sujeto activo que cambiará el rumbo de la causa por medio de poderes y atribuciones cuya constitucionalidad se cuestiona.

Acusatorio

Se trata de un método en el cual el Estado divide sus funciones en dos órganos distintos e independientes entre sí. Por un lado los tribunales, integrado por magistrados, serán los encargados de juzgar y llegar a resoluciones acordes a derecho. Por el otro, el ministerio público, toma la posición del órgano requirente y será el encargado de llevar a cabo las investigaciones necesarias para arribar a la verdad (Cafferata, 2003).

La importancia de éste sistema radica en la libertad e independencia entre el órgano acusador y el juzgador. Al quitarle al juez la responsabilidad de investigar y acusar, se le garantiza al acusado una sentencia emanada por un órgano distinto al que lo acusa.

3- EL DEBIDO PROCESO

Teniendo ya un concepto del Proceso Judicial, se puede analizar al llamado Debido Proceso. La palabra “debido” es definida por el Diccionario de la Real Academia Española como algo que es normal, conveniente, obligado o necesario. Para ello será necesario remitirse a las fuentes legales que lo regulan ya que son conceptos por demás subjetivos.

El origen del uso del debido proceso como concepto, radica en la 5° Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, en la que se menciona el derecho de los ciudadanos a tener un proceso judicial y en la 14° Enmienda¹ se restringe al poder del Estado para resolver sobre los destinos de los hombres a través del *debido proceso* (Gozaíni, 2004).

¹ Constitución de los Estados Unidos de América (traducido del inglés). Decimocuarta Enmienda. Sección 1: “Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos, y sujeta a su jurisdicción, es ciudadana de los Estados Unidos y del Estado en que resida. Ningún Estado podrá crear o implementar leyes que limiten los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá ningún Estado privar a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal; ni negar a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección legal igualitaria. (...)”

Se puede definir a este instituto como una garantía, de carácter irrenunciable, que gozan todas las personas para proteger sus derechos, estableciendo pautas y límites para el actuar del sistema judicial con el fin de que se realice un proceso justo.

Gozaíni (2004) habla del debido proceso en tres sentidos:

- a) El debido proceso legal, adjetivo o formal, que se entiende como la reserva de la ley y conformidad con la misma en materia procesal.
- b) El debido proceso constitucional, como procedimiento judicial justo.
- c) El debido proceso sustantivo o principio de razonabilidad, en el que se manifiesta la concordancia de las leyes, normas de todas las categorías y actos de autoridades públicas con las normas y principios de la Constitución.

4- BASES CONSTITUCIONALES DEL PROCESO

La Constitución Nacional es la fuente primaria de la realización del Derecho en nuestro país. La misma se encuentra en la cúspide de la pirámide de la normativa jurídica, por lo que su contenido es ley suprema para toda la República. Dicha supremacía se encuentra establecida en el artículo 31² de la carta magna.

Tanto las normas provinciales como la legislación nacional, deben ajustarse a los principios plasmados en la Constitución Nacional (así lo prescribe su artículo quinto³). Por su parte, en su artículo 28, la carta magna reza: *“Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.”*

² Constitución Nacional. Art. 31: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.”

³ Constitución Nacional. Art. 5: “Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.”

Conforme a lo desarrollado, se concluye que la Constitución Nacional contiene principios básicos a los que tanto la normativa nacional como la de las provincias deben acomodarse. Es así que se reconoce el control de constitucionalidad de las leyes, por la que los jueces están facultados a declarar inconstitucional una norma en un caso concreto (Ferreyra de De la Rúa, 2009A).

A continuación se analizarán los principios establecidos en la Constitución de la Nación Argentina:

a- JUICIO PREVIO

La Constitución Nacional en su artículo 18⁴, prescribe que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. Si bien la palabra “pena” es propia del Derecho Penal, debe ser entendida como “condena”. Ello hace que este principio abarque a todos los fueros del Derecho (Ferreyra de De la Rúa, 2009A).

A ninguna persona puede hacerse efectiva una pena sin antes existir en su contra una condena definitiva impuesta por sentencia firme que tenga fundamento legal. Así se resguarda la garantía individual, que consiste en la imposibilidad de que se condene válidamente a una persona sin antes cumplir un proceso conforme a las exigencias constitucionales (Olmedo, 1983).

Este principio es confirmado por el artículo 17 de la Carta Magna⁵ el cual se refiere al derecho de propiedad. El mismo reza que “ningún habitante de la Nación puede ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencia fundada en ley”.

⁴ Constitución Nacional. Art. 18: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.”

⁵ Constitución Nacional. Art. 17: “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por

b- JUEZ NATURAL

La doctrina ha establecido que:

Debe entenderse como juez natural al tribunal impuesto por la Constitución para intervenir en el juicio y juzgar a cualquier habitante de la Nación. Se trata del tribunal constituido conforme a las normas y con resguardo de las garantías constitucionales y que responde a las leyes que en su consecuencia se dicten para el nombramiento de los jueces y para la integración, funcionamiento y competencia de los respectivos órganos juzgadores (Olmedo, 1983, p. 72).

El mismo artículo 18 C.N. hace mención a este principio cuando expresa que “ningún habitante de la Nación puede ser sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa.” Esto impide que las personas sean juzgadas por comisiones especiales o tribunales extraordinarios. Entiéndase por comisiones especiales a aquellas que sustituyen al juez con competencia en un caso determinado, sea porque se encuentra establecido por ley o porque ha mediado un desconocimiento de la competencia legal (Ferreya de De la Rúa, 2003A).

El fin de este principio es la prohibición de los llamados “jueces ex post facto”, es decir, jueces designados con temporalidad posterior al hecho. Ello independientemente de la cuestión y la persona que se encuentre sometida a juzgamiento, por lo que para cada causa debe existir previamente un tribunal objetiva e imparcialmente determinado.

c- DEFENSA EN JUICIO

Se encuentra establecido textualmente que es “*inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos*” en el ya mencionado artículo 18 de la Constitución Nacional.

ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4º. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie.”

Se trata de “*la posibilidad de cualquier persona de acceder a los tribunales de justicia para reclamar el reconocimiento y protección de un derecho y demostrar el fundamento del reclamo*” (Cafferata, 2003, p. 152).

Es una garantía bilateral, es decir, que alcanza por igual a las partes involucradas en el proceso y no puede ser quebrantada ni por ley ni por el juez.

Se trata de defensa en dos aspectos:

- 1- Defensa material: consiste en la posibilidad que se les reconoce a los sujetos de demostrar el fundamento de su pretensión (Cafferata, 2003).
- 2- Defensa técnica: es la que refiere al asesoramiento letrado. Se trata de un derecho irrenunciable por lo que el patrocinio debe asegurarse por medio de funcionarios del Estado para aquellas personas que carecen de recursos para ello.

d- ACCESO A LA JUSTICIA

Como lo afirma Ferreyra de De la Rúa (2009A), el fin de este principio es de garantizarle a todo ciudadano el acceso al proceso judicial. El Estado debe brindar el servicio de justicia a los particulares.

El objeto de este principio es que toda persona tenga la posibilidad de comparecer ante un tribunal para hacer valer sus derechos, ya sea como actor o demandado. Un claro ejemplo de esto se puede apreciar en la figura del Amparo, establecido en el artículo 43 de la Constitución Nacional⁶. Allí se otorga a todas las personas el derecho de interponer esta acción con la finalidad de resguardar sus derechos reconocidos en leyes, tratados o la misma Constitución.

⁶ Constitución Nacional. Art. 43: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Existen impedimentos por los que esta institución no suele llegar a todos los sectores de la sociedad, como ser los altos costos de los procedimientos, la excesiva dilatación en el tiempo de los juicios o ausencia de una adecuada infraestructura para el funcionamiento de la administración de justicia.

e- IGUALDAD

Este principio tiene su fundamento legal en el artículo 16 de la Constitución Nacional⁷, donde se contempla la igualdad de todas las personas ante la ley. Se refiere no solo a la igualdad como personas en aspectos como ideología, sexo o religión, sino a la paridad de oportunidades y derechos que deberán tener las partes involucradas en un proceso legal.

Se puede ver violentado este concepto cuando se le otorgan oportunidad de realizar actos de actuación a una de las partes y no a la otra, como ser oportunidad para los recursos, valoración de la prueba o comunidad de los plazos.

5- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

En noviembre del año 1969 se firma el llamado Pacto de San José en Costa Rica. En dicho tratado internacional se manifiestan una serie de derechos, entre los cuales se enumera una serie de prescripciones referidas al debido proceso adjetivo.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.”

⁷ Constitución Nacional. Art. 16: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.”

La República Argentina le otorga a este tratado (entre otros) jerarquía constitucional en el inciso 22 del artículo 75 de la Carta Magna⁸. Esto significa que todos los principios, derechos y garantías plasmados en la Convención Americana de Derechos Humanos, gozan de superioridad frente a las leyes nacionales y serán complementarios a la Constitución Nacional. A su vez la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual es ratificado por nuestro país en el año 1972, en su artículo 27 reza: “*El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46*”⁹.”

En el artículo 8 del Pacto de San José¹⁰ se establecen las llamadas “Garantías Judiciales”. Todas ellas hacen en su conjunto al debido proceso complementando a las bases plasmadas en la Constitución. Allí se pueden apreciar los siguientes principios:

⁸ Constitución Nacional. Art. 75: “Corresponde al Congreso: (...) Inc. 22: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.”

⁹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Art. 46: “Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.”

¹⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Art. 8: “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 otro 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 mínimas:

- a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

- 1- El derecho a ser oído. Implica la oportunidad de toda persona de acceder a la justicia y hacer valer sus pretensiones.
- 2- Plazos razonables. Para agilizar el proceso, ya que como se suele decir “justicia tardía no es justicia”. Una de las cuestiones pendientes del sistema judicial, que sigue siendo lento y engorroso.
- 3- Juez natural. Que sea establecido previamente a la causa por ley y que sea competente.
- 4- Utilidad de la sentencia. A través de una resolución justa y efectiva.
- 5- Principio de inocencia. Toda persona es inocente mientras no se demuestre lo contrario.
- 6- Igualdad. Bilateralidad con respecto a todas las oportunidades de actuación en el proceso.
- 7- Defensa. A través de una debida defensa material, con derecho a todas las personas de hacer valer sus pretensiones, y una defensa técnica por patrocinio letrado.
- 8- Derecho a no declarar contra sí mismo. Principio establecido calramente en la Constitución Nacional, que consiste en la prohibición de obligar a una persona a hacer una declaración en su contra.
- 9- Doble instancia. Toda persona tiene el derecho a recurrir, haciendo revisar una sentencia por un tribunal superior.
- 10- *Non bis in idem*. En español “no dos veces por el mismo hecho”. Implica que no puede juzgarse dos veces por un mismo hecho cuando haya igualdad de sujetos, objeto y causa.

A lo largo de este cuerpo normativo se pueden ver reforzados derechos y principios plasmados en el artículo anteriormente analizado, como también otros.

El artículo 24 refleja el principio de igualdad ante la ley, estableciendo que “*Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual*

-
- 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 sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
 - f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
 - g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
 - h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.”

protección de la ley.” Como se lo analizó previamente, implica también la igualdad de oportunidades de actuación de las partes en el proceso legal.

Por su parte, el artículo 25 titulado “Protección Judicial”¹¹, establece el derecho a la doble instancia. Como afirma Ferreyra de De la Rúa (2009A, p. 82) *“la doble instancia supone conferir a un órgano de jerarquía superior el poder-deber de revisar, por vía de recursos ordinarios, la apreciación de los hechos y la aplicación del derecho, efectuada por un juez de primer grado en su resolución.”* Se garantiza así la revisión de las resoluciones de al menos un órgano jurisdiccional distinto al que la dictó.

6- EL DEBIDO PROCESO EN LA CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA

Si bien los derechos y principios consagrados en la Constitución provincial son los mismos a los ya analizados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la propia Constitución Nacional, no hace que sea redundante tratarlos nuevamente, sino que refleja la importancia de tales instituciones. De hecho en el artículo 18¹² se ratifican los derechos garantizados tanto en la

¹¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Art. 25: “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

¹² Constitución de la Provincia de Córdoba. Art. 18: “Todas las personas en la Provincia gozan de los derechos y garantías que la Constitución Nacional y los tratados internacionales ratificados por la República reconocen, y están sujetos a los deberes y restricciones que imponen.”

Carta Magna como en los tratados internacionales, y en el 161¹³ se establece la superioridad de las normas nacionales y las convenidas en tratados internacionales con respecto a las provinciales.

El primero de estos principios se puede observar en el artículo 7 titulado “Libertad, Igualdad y Solidaridad”, que reza: “*Todas las personas en la Provincia son libres e iguales ante la ley y no se admiten discriminaciones. La convivencia social se funda en la solidaridad e igualdad de oportunidades.*”

Posteriormente, en la sección cuarta titulada “Garantías”, se vierten los derechos relacionados al proceso legal. Comienzan así con el artículo 39 que expresa los principios del debido proceso. A continuación se desmembrará dicho artículo para su análisis.

- 1- “*Nadie puede ser penado sino en virtud de un proceso tramitado con arreglo a esta Constitución;*”. Se puede apreciar aquí el derecho al proceso legal, sin el cual nadie puede ser condenado, ya sea penal o civilmente.
- 2- “*ni juzgado por otros jueces que los instituidos por la ley antes del hecho de la causa y designados de acuerdo con esta Constitución;*”. Juez natural. Principio ya ampliamente analizado que implica la designación de jueces previamente a la causa de las formas preestablecidas.
- 3- “*ni considerado culpable mientras una sentencia firme no lo declare tal;*” Principio de inocencia.
- 4- “*ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho.*” Non bis in idem. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho.
- 5- “*Todo proceso debe concluir en un término razonable.*” Plazos razonables. Irónicamente un principio que se repite en todos los cuerpos legales, pese a que aún no se logra. También se brinda una acción especial de amparo por mora de la administración pública en el artículo 52¹⁴.

¹³ Constitución de la Provincia de Córdoba. Art. 161: “Los tribunales y juzgados de la Provincia, en el ejercicio de sus funciones, aplican esta Constitución y los tratados interprovinciales como la ley suprema, respecto de las leyes que haya sancionado o sancione la Legislatura.”

¹⁴ Constitución de la Provincia de Córdoba. Art. 52: “Para el caso de que esta Constitución, una ley u otra norma impongan a un funcionario, repartición o ente público administrativo un deber concreto a cumplir en un plazo determinado, toda persona afectada puede demandar su cumplimiento judicialmente y peticionar la ejecución inmediata de los actos que el funcionario, repartición o ente público administrativo se hubiera rehusado a cumplir. El juez, previa comprobación sumaria de los hechos enunciados, de la obligación legal y del interés del reclamante, puede librar mandamiento judicial de pronto despacho en el plazo que prudencialmente establezca.”

El artículo 40¹⁵ refleja el derecho a defensa en juicio. A diferencia de la Constitución Nacional, aquí se es más explícito en cuanto a la defensa material y la técnica, y la obligación del Estado en poner a disposición patrocinio letrado a quienes no se encuentren en condiciones de procurárselo por sus propios medios. También prescribe la prohibición de obligar a las personas a declarar contra parientes.

Por último, el acceso a la justicia se ve plasmado en el artículo 49 titulado de esa misma forma, que expresa: “*En ningún caso puede resultar limitado el acceso a la Justicia por razones económicas. La ley establece un sistema de asistencia gratuita a tal efecto.*”

7- GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA

En los cuerpos legales analizados anteriormente se puede apreciar una enunciación de los derechos y principios que hacen al debido proceso, pero de una forma enunciativa. Es aquí, en los códigos de procedimiento, donde se puede observar cómo esas instituciones se pueden aplicar en el marco de un proceso legal.

Se manifiesta el derecho a la *defensa técnica* en el artículo 80¹⁶, pautando la obligación de quien acude a los tribunales por derecho propio o de persona a cargo, de hacerlo a través de un abogado matriculado.

¹⁵ Constitución de la Provincia de Córdoba. Art. 40: “Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. Todo imputado tiene derecho a la defensa técnica, aún a cargo del Estado, desde el primer momento de la persecución penal. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo en causa penal, ni en contra de su cónyuge, ascendiente, descendiente, hermano y parientes colaterales hasta cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, su tutor o pupilo, o persona con quien conviva en aparente matrimonio. Carece de todo valor probatorio la declaración del imputado prestada sin la presencia de su defensor.”

¹⁶ Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Art. 80: “Quien actúe ante los tribunales por derecho propio, o de personas que estén bajo su representación legal, y los procuradores, deberán hacerlo con la dirección técnica de abogados matriculados (...)”

Se establece el beneficio de litigar sin gastos en el artículo 101¹⁷, para quienes carecen de recursos para afrontar un proceso, a cargo del Estado quien afrontará los gastos judiciales del peticionante y costas (en caso de resultar vencido) a lo largo del procedimiento. Esto representa un gran avance con respecto al *acceso a la justicia*.

Se le otorga a las partes la posibilidad de interponer pronto despacho y retardada justicia, para el supuesto en que los tribunales demoren en resolver (artículo 126)¹⁸, respaldando el derecho a los *plazos razonables*.

La *bilateralidad* en el proceso se puede observar a lo largo de todo el código de procedimientos, otorgándole a ambas partes las mismas oportunidades de actuación. A modo de ejemplo se pueden apreciar la de la comunidad de los plazos para las partes (como ser el art.211)¹⁹ o la posibilidad de impugnar actos o resoluciones.

El derecho a la *doble instancia* se encuentra en la posibilidad de interponer determinados recursos en los que la resolución impugnada sea revisada por un tribunal de alzada, como ser el de apelación (art. 361)²⁰, casación (art. 383)²¹, inconstitucionalidad (art. 391)²² o el de revisión (art.

¹⁷Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Art. 101: “Los que carecieren de recursos, antes de presentar la demanda o en cualquier estado del proceso, podrán solicitar la concesión del beneficio de litigar sin gastos, con arreglo a las disposiciones contenidas en esta sección”

¹⁸ Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Art. 126: “Vencido el plazo en que debe dictarse cualquier providencia o resolución, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el interesado podrá pedir el pronto despacho, y si dentro de tres días posteriores a la fecha de su presentación no lo obtuviere, procederá el recurso de retardada justicia, por ante el superior inmediato (...)”

¹⁹ Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Art. 211: “El plazo de prueba será siempre común para las partes litigantes.”

²⁰Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Art. 361: “El recurso de apelación, salvo disposiciones en contrario, procederá solamente respecto de:

- 1) Las sentencias.
- 2) Los autos.
- 3) Las providencias simples que causen gravamen que no pueda ser reparado por la sentencia.

²¹ Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Art. 383: “El recurso de casación procederá por los siguientes motivos:

- 1) Que la decisión se hubiere dictado violando los principios de congruencia o de fundamentación lógica y legal, o que se hubiere dictado con violación de las formas y solemnidades prescriptas para el procedimiento o la sentencia. No procederá si el recurrente hubiere concurrido a producirla, aceptado los actos nulos, o que éstos, no obstante la irregularidad, hubieren logrado la finalidad a que estaban destinados; o no resultare afectada la defensa en juicio.
- 2) Que se hubiere violado la cosa juzgada.
- 3) Que el fallo se funde en una interpretación de la ley que sea contraria a la hecha, dentro de los cinco años anteriores a la resolución recurrida, por el propio tribunal de la causa, por el Tribunal Superior de Justicia, un tribunal de apelación en lo civil y comercial, u otro tribunal de apelación o de instancia única, de esta Provincia. Si el fallo contradictorio proviniera de otra sala del Tribunal Superior de Justicia, o de un tribunal de otro fuero, el tribunal de casación se integrará con la Sala Civil y con la sala que corresponda, del Tribunal Superior de Justicia.

395)²³. Si bien no se encuentra regulado en este cuerpo normativo, el recurso extraordinario previsto en el artículo 14 de la ley 48²⁴ es también otra vía de impugnación para que un tribunal de alzada revise una sentencia, en este caso será la Corte Suprema de la Nación.

El principio de congruencia fija un límite a la discrecionalidad del juez, por lo que éste no puede apartarse de lo que ha sido objeto de pretensión y resistencia, es decir, un fallo congruente es el que se expide conforme a la pretensión del actor y la defensa esgrimida por el demandado (Ferreyra de De la Rúa, 2003B). Aquí se ve garantizado el derecho a la *utilidad de una sentencia* justa y se plasma en el artículo 330²⁵.

4) Que el fallo contrarie la última interpretación de la ley hecha por el Tribunal Superior de Justicia en ocasión de un recurso fundado en el inciso precedente.”

²²Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Art. 391: “El recurso de inconstitucionalidad procederá por los siguientes motivos:

1) Cuando en el proceso se haya cuestionado la validez de una ley, decreto, ordenanza o reglamento, bajo la pretensión de ser contrarios a la Constitución.

2) Cuando en el proceso se haya puesto en cuestión la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución y la decisión haya sido contraria a la validez del título, derecho, garantía o exención que sea materia del caso y que se funde en esa cláusula.”

²³Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Art. 395: “El recurso de revisión procederá por los siguientes motivos:

1) Cuando la sentencia haya recaído en virtud de documentos:

a) Que al tiempo de dictarse aquélla, ignorase una de las partes que estuvieran reconocidos o declarados falsos.

b) Que se reconocieran o declarasen falsos después de la sentencia.

En ambos supuestos en fallo irrevocable.

2) Cuando la sentencia se hubiere obtenido en virtud de testimonios declarados falsos en fallo posterior irrevocable.

3) Cuando después de pronunciada la sentencia, se obtuviesen documentos decisivos ignorados hasta entonces, extraviados o detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte a cuyo favor se hubiere dictado aquélla.

4) Cuando la sentencia se hubiere obtenido en virtud de prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta.”

²⁴ Ley 48. Art. 14: “Una vez radicado un juicio ante los Tribunales de Provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en los casos siguientes:

1° Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un Tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación y la decisión haya sido contra su validez.

2° Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de Provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los Tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de provincia.

3° Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un Tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho; privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio.”

²⁵ Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Art. 330: “El tribunal deberá tomar por base en la sentencia la exposición de los hechos contenidos en los escritos de demanda y contestación o de ampliación, en su caso.”

8- CONCLUSIONES PARCIALES

Hasta aquí se han analizado los conceptos básicos del proceso y los distintos sistemas que existen para llevarlo a cabo, haciendo hincapié en el dispositivo, que es el que será objeto de estudio del presente trabajo.

Se ha estudiado el instituto del debido proceso y la regulación legal que lo respalda en cuerpos normativos como la Constitución Nacional, Constitución de la provincia de Córdoba y el llamado Pacto de San José. Si bien todos coinciden en los mismos principios, algunas de las regulaciones son más explícitas que otras por lo que todas se complementan entre sí. Se observan los principios del juez natural, acceso a la justicia, igualdad, defensa, inocencia, non bis in idem, no declarar contra sí mismo, plazos razonables, bilateralidad, utilidad de la sentencia y el derecho a recurrir.

Por último se observa la aplicación de los ya estudiados principios en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Aunque hay cuestiones aún pendientes por resolver en el sistema judicial, como ser el de los plazos razonables, se observa en general una aplicación efectiva de los principios del debido proceso en el código de procedimientos de nuestra provincia.

CAPITULO II

LA PRUEBA EN

EL DEBIDO PROCESO

1- INTRODUCCIÓN

En éste capítulo se expondrán los conceptos básicos respecto a la prueba en el proceso civil, para poder así comprender la temática principal del presente TFG en referencia a las facultades que ejercen los jueces en materia probatoria, las cuales se analizarán posteriormente.

Se analizarán los principios que rigen en la actividad probatoria y se hará énfasis en la carga de la prueba, examinando los distintos cuerpos normativos que la regulan como el Código Procesal Civil y Comercial, tanto de la Provincia de Córdoba como de la Nación. Se estudiará qué expone la nueva legislación del Código Civil y Comercial de la Nación con respecto a la carga de la prueba y de los supuestos en que la misma se invierte, imponiéndole a la contraparte la responsabilidad de la prueba en vez de a quien afirma el hecho.

2- LA PRUEBA. CONCEPTO.

Cafferata (2003, p. 281) define a la prueba en un sentido amplio como “*lo que confirma o desvirtúa una hipótesis, afirmación o negación precedentes*”.

Ferreira de De la Rúa (2009A, p. 223) la considera como “*un método de averiguación y un método de comprobación de la verdad de los hechos afirmados*”.

Alsina (1963, p. 225) la conceptualiza en el marco del proceso civil como “*la comprobación judicial por los medios que la ley establece de la verdad de un hecho controvertido del cual depende el derecho que se pretende*”.

Las partes deben tener la posibilidad de acreditar los hechos fundamentales de la pretensión que quieren prevalecer en el proceso, para que el tribunal pueda asumir los extremos fácticos para la aplicación del derecho (Clariá Olmedo, 1983).

La prueba es la herramienta más importante con la que cuentan las partes en un proceso legal. En base a lo que se haya probado, el juez determinará los hechos para llegar a una resolución, haciendo lugar o desestimando las pretensiones que actor y demandado hayan realizado.

3- OBJETO, MEDIO, ÓRGANO Y ELEMENTO DE PRUEBA

Objeto de prueba

Se entiende que el objeto de prueba es aquello que se desea probar. En el marco del proceso civil son los hechos que sirven de base a las pretensiones alegadas por los sujetos procesales (Ferreira de De la Rúa, 2003B).

El Código Civil y Comercial, en su artículo 257²⁶ hace referencia al hecho jurídico, como aquel susceptible de generar modificación, adquisición, transferencia o extinción de derechos u obligaciones.

No será objeto de prueba, según el principio de inexcusabilidad, la existencia del derecho vigente (art. 8, Código Civil y Comercial²⁷). Tampoco lo serán aquellos hechos notorios o evidentes, salvo que sean controvertidos.

Elemento de prueba

Vélez Mariconde (1982, p. 341) define al elemento probatorio como “*el dato objetivo que se incorpora al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable de los hechos invocados por las partes*”.

Son datos que deben provenir del mundo externo al proceso, por lo que no debe ser un mero fruto del saber del juez.

Medio de Prueba

Cafferata (2003, p. 291) entiende que el medio de prueba es “*el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba al proceso*”.

Si bien existen medios de prueba regulados por las leyes procesales, como ser la prueba documental, pericial, testimonial, etc., también se admite la utilización de métodos no previstos, esto se tratará posteriormente al desarrollar el principio de libertad probatoria.

Órgano de prueba

Es el sujeto que proporciona un elemento de prueba y lo trasmite al proceso a través de cualquier medio de prueba (Ferreyra de De la Rúa, 2003B). Un ejemplo de ello es el testigo que aporta un elemento de prueba a través de sus dichos, transmitiéndolo así al proceso.

²⁶Código Civil y Comercial de la Nación. Art. 257: “Hecho jurídico. El hecho jurídico es el acontecimiento que, conforme al ordenamiento jurídico, produce el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas.”

²⁷ Código Civil y Comercial. Art. 8: “Principio de inexcusabilidad. La ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, si la excepción no está autorizada por el ordenamiento jurídico.”

4- PRINCIPIOS QUE GOBIERNAN LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Para Ferreyra de De la Rúa (2003B), los principios que rigen la prueba en relación a su admisibilidad, conducencia y valoración son:

a- PRINCIPIO DE UNIDAD DE LA PRUEBA

El conjunto de todos los elementos probatorios del procedimiento forma un todo, que debe ser examinado y apreciado coordinadamente en su conjunto, complementándose entre sí para conducir al convencimiento de la veracidad de los hechos afirmados.

b- PRINCIPIO DE ADQUISICIÓN O COMUNIDAD DE LA PRUEBA:

Implica que la prueba introducida en el proceso se adquiere para el mismo, favoreciendo o perjudicando a cualquiera de las partes independientemente de quien la haya aportado.

c- PRINCIPIO DE IGUALDAD Y CONTRADICCIÓN:

Éste principio tiene como cimiento las garantías de igualdad ante la ley y el derecho de defensa en juicio plasmados en la Constitución.

Igualdad, en materia procesal, importa el derecho de las partes de tener idénticas oportunidades para ofrecer y diligenciar la prueba. Sagüés (1997B) afirma que el juez no se puede convertir en intérprete de la supuesta voluntad de una de las partes, porque ello implicaría un tratamiento distinto entre quien postula el reconocimiento de un derecho y quien se opone a ello, alterando el equilibrio procesal de los litigantes.

Como contradicción se entiende que la parte contra quien se opone una prueba, debe poseer la posibilidad de conocerla, discutirla y contraprobarla. Clariá Olmedo (1983, p. 80) define a la contradicción como “*la garantía formal para la obtención de un fallo legítimamente pronunciado: posibilidad de contestar las afirmaciones de la contraparte; control en la producción de las pruebas*”.

Mariano Arbonés (1975, ps. 60-61) concluye:

“La actividad probatoria, para ser formalmente válida, se debe haber cumplido conforme a las pautas que garanticen el contradictorio (...) puesto que el objeto de la ley adjetiva no es que se verifiquen indefectiblemente las postulaciones contradictorias, sino que se proporcione a cada parte identidad de oportunidades para hacer valer sus derechos formales y sustanciales.”

d- PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN:

Implica un contacto directo entre el juez, las partes y el órgano de prueba. Si bien es un principio que se puede ver más favorecido en los procedimientos orales, en los sistemas escritos se aplica en la recepción de la prueba confesional (art. 217, C.P.C.C.²⁸) y testimonial (art. 285, C.P.C.C.²⁹), ya que se realizan en audiencias con la presencia del juez, o mediante la realización de otras medidas como las inspecciones oculares (art. 255, C.P.C.C.³⁰), interrogatorio de peritos, etc.

e- PRINCIPIO DE LIBERTAD PROBATORIA:

²⁸ Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Art. 217: “La confesión judicial puede hacerse en los escritos del pleito, en las audiencias y en la absolución de posiciones.”

²⁹ Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Art. 285: “Vencido el plazo establecido en el art. 212, el tribunal fijará el día y la hora en que habrán de examinarse los testigos procurando, en cuanto sea posible, que el examen de todos los propuestos tenga lugar en una sola audiencia. Por razones especiales, podrá recibirse la declaración de algún testigo antes del vencimiento del plazo o día designado.”

³⁰ Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Art. 255: “El tribunal, de oficio o a pedido de parte, podrá ordenar la inspección de alguna persona, sitio o cosa cuando lo crea necesario. Asimismo, podrá disponer que lo acompañe un perito de su elección.”

El artículo 200 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba reza: “*Los interesados podrán producir prueba sobre todos los hechos que creyeran convenir a su derecho, hayan sido o no alegados.*”

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 284, también hace referencia a la libertad probatoria con respecto a los actos jurídicos, prescribiendo: “*Si la ley no designa una forma determinada para la exteriorización de la voluntad, las partes pueden utilizar la que estimen conveniente. Las partes pueden convenir una forma más exigente que la impuesta por la ley.*”

Si bien existen algunas limitaciones con respecto a la libertad probatoria, que examinaremos más adelante cuando se trate la admisibilidad, existe una amplia libertad para la producción de la prueba, tanto de medios como de objeto, garantizando así el ejercicio del derecho de defensa.

- Libertad de medios: Implica no limitarse a los establecidos en la ley, otorgando así a las partes cualquier método para introducir un elemento probatorio.

El Código Civil y Comercial de la Nación hace referencia a la libertad de medios de prueba con respecto a los contratos:

Artículo 1019: “*Medios de prueba. Los contratos pueden ser probados por todos los medios aptos para llegar a una razonable convicción según las reglas de la sana crítica, y con arreglo a lo que disponen las leyes procesales, excepto disposición legal que establezca un medio especial. Los contratos que sea de uso instrumentar no pueden ser probados exclusivamente por testigos.*”

Artículo 1020: “*Prueba de los contratos formales. Los contratos en los cuales la formalidad es requerida a los fines probatorios pueden ser probados por otros medios, inclusive por testigos, si hay imposibilidad de obtener la prueba de haber sido cumplida la formalidad o si existe principio de prueba instrumental, o comienzo de ejecución.*

Se considera principio de prueba instrumental cualquier instrumento que emane de la otra parte, de su causante o de parte interesada en el asunto, que haga verosímil la existencia del contrato.”

El mismo cuerpo normativo también hace referencia a la libertad de medios respecto a la prueba del pago en su artículo 895, prescribiendo: “*El pago puede ser probado por*

cualquier medio excepto que de la estipulación o de la ley resulte previsto el empleo de uno determinado, o revestido de ciertas formalidades.”

- Libertad de objeto: Ya que el objeto de la prueba en el proceso civil son los hechos alegados por las partes, tienen total libertad al respecto, siempre que fueren procedentes para resolver el asunto central del proceso.

Admisibilidad

Cuando se habla de admisibilidad, Olmedo (1983) distingue entre relevancia y pertinencia. La primera se refiere a la utilidad o aptitud del elemento probatorio para acreditar los hechos. Con pertinencia hace referencia a la relación o vinculación de la prueba con los hechos que se desean acreditar.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, trata el tema de la pertinencia en su artículo 199³¹ estableciendo que el juez sólo puede pronunciarse al respecto en la sentencia, no pudiendo negar la apertura probatoria o el despacho de las diligencias a excepción de que fuesen imposibles de producir o estuviesen prohibidas por la ley. También será ineficaz la prueba que verse sobre hechos que implique cambios en la acción entablada por parte del actor o excepciones no deducidas por parte del demandado (art. 201, C.P.C.C.³²), salvo que sucedan hechos nuevos de notoria influencia en la decisión del pleito de los cuales no se hayan tenido conocimiento (art. 203, C.P.C.C.³³).

³¹ Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Art. 199: “Únicamente en la sentencia podrá el tribunal pronunciarse sobre la pertinencia de los hechos alegados o de la prueba solicitada. En ningún caso se negará a la apertura a prueba, o el despacho de las diligencias probatorias, salvo que estuviesen prohibidas por la ley o por su naturaleza fuesen manifiestamente inadmisibles o imposibles de producir.”

³² Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Art.201: “No obstante la disposición anterior, la prueba del actor o del demandado será ineficaz si versare, la del primero, sobre hechos que impliquen cambios de la acción entablada, y la del segundo, sobre excepciones no deducidas en la contestación.”

³³ Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Art.203: “Si después de los escritos de demanda y contestación ocurriere algún hecho de influencia notoria en la decisión del pleito, o hubiera llegado a noticia de las partes alguno anterior de análoga importancia y del cual juren no haber tenido antes conocimientos, las partes podrán alegarlo dentro de los tres primeros días de la apertura a prueba, articulándolo por escrito.”

Por su parte, la Constitución de la Provincia de Córdoba en su artículo 41³⁴, le atribuye ineficacia a la prueba que se haya obtenido por actos que vulneren garantías reconocidas en su cuerpo normativo.

f- PRINCIPIO DE BUENA FE Y LEALTAD PROCESAL:

Implica una actitud de cooperación y facilitamiento de las partes para obtener los elementos probatorios, evitando conductas evasivas que obstruyan o impidan el normal desarrollo de la etapa de prueba.

Es necesario, para la obtención de una resolución justa, que el proceso se encuentre encaminado bajo un criterio de moralidad, en el que el juez debe asegurarse de evitar el abuso del derecho por las partes. Para ello se deben sancionar todos aquellos actos o conductas que se consideren maliciosos a los fines del proceso legal.

g- PRINCIPIO DEL FAVOR PROBATIONIS:

En situaciones donde existan dudas o dificultades probatorias, se deberá estar a favor de la conducencia, admisibilidad o eficacia de la prueba.

Éste principio tiene su fundamento en el derecho constitucional de defensa en juicio y se encuentra directamente relacionado al principio de libertad probatoria.

³⁴ Constitución de la Provincia de Córdoba. Art. 41: “La prueba es pública en todos los juicios, salvo los casos en que la publicidad afecte la moral o la seguridad pública. La resolución es motivada. No pueden servir en juicio las cartas y papeles privados que hubiesen sido sustraídos. Los actos que vulneren garantías reconocidas por esta Constitución carecen de toda eficacia probatoria. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella. En caso de duda sobre cuestiones de hecho, debe estarse a lo más favorable al imputado.”

h- PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN:

“La regla de la preclusión significa, para actor o demandado, la pérdida de la oportunidad para ejecutar un acto probatorio, por haber caducado el plazo de tiempo previsto en la ley procesal para realizarlo” (Ferreyra de De la Rúa, 2009A, p. 244).

Es decir, se pierde el derecho de ejercer determinada facultad en el proceso por no haber sido ejecutada dentro del plazo estipulado para la misma.

5- LA CARGA DE LA PRUEBA

Cafferata (2003, ps. 296-297) diferencia las responsabilidades probatorias del proceso penal con respecto al civil, señalando que en el primero corresponde al Estado, a través de sus órganos autorizados, el esfuerzo para demostrar la responsabilidad de imputado en la comisión de un delito. En cambio, el proceso civil se rige por la carga de la prueba, entendida como:

“el imperativo impuesto a quien afirma un hecho, en el cuál se basa su pretensión, de acreditar su existencia, so pena de que si no lo hace, cargará con las consecuencias de su inactividad, la que puede llegar a ocasionar que aquella sea rechazada por haberse desinteresado de probar el hecho que le daría fundamento.”

Ávila Paz de Robledo (2006, p. 141)-citándolo a Lino E. Palacio- expresa que las reglas de la carga de la prueba son:

“aquellas que tienen por objeto determinar cómo se debe distribuir, entre las partes, la actividad consistente en probar los hechos que son materia del litigio, quien omite probar, no obstante la regla que pone tal actividad a su cargo, no es pasible de sanción alguna, la actividad probatoria constituye, pues, como toda carga procesal, un imperativo del propio interés.”

Al respecto, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 377, establece que:

“Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer.

Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción.

Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio.”

Ferreira de De la Rúa (2003B, p. 196) afirma que *“en principio, incumbe al actor la prueba del hecho constitutivo de su derecho; en tanto corresponderá al demandado acreditar los hechos impeditivos, modificativos y extintivos.”* Aunque existen circunstancias en las que un hecho modificativo, impeditivo o extintivo puede ser el fundamento de una demanda, por lo que ello deberá ser acreditado por el accionante

Se puede apreciar en la legislación vigente, donde Código Civil y Comercial trata el tema de la carga de la prueba respecto al pago en el artículo 894, el mismo dispone: *“Carga de la prueba. La carga de la prueba incumbe:*

a) en las obligaciones de dar y de hacer, sobre quien invoca el pago;

b) en las obligaciones de no hacer, sobre el acreedor que invoca el incumplimiento”

Con respecto a la responsabilidad civil, el mismo cuerpo normativo establece en su artículo 1734³⁵ que la carga de la prueba de los factores de atribución y de las eximentes corresponde a quien los alega. De igual manera se dispone en relación a la relación de causalidad, a excepción

³⁵Código Civil y Comercial de la Nación. Art. 1734: “Prueba de los factores de atribución y de las eximentes. Excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega.”

de que la ley la impute o la presuma (artículo 1736³⁶). La misma metodología es implementada para el daño resarcible, plasmado en el artículo 1744³⁷.

6- INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Si bien la regla general implica que quien alega un hecho tiene la carga de probarlo, existen circunstancias preestablecidas en la ley que invierte los roles, imponiéndole a la contraparte la responsabilidad de la prueba en vez de a quien afirma el hecho.

Se puede apreciar en un supuesto especial en el marco del juicio ejecutivo, donde de la carga de la prueba recae sobre el excepcionante sobre las pruebas en las que se funden sus excepciones (art. 548, C.P.C.C.³⁸).

También se evidencia en situaciones en las que se alega contra una parte, un factor de atribución objetivo. Para lograr un mejor entendimiento se diferenciarán el factor de atribución subjetivo del objetivo:

El Código Civil y Comercial define al factor objetivo en su artículo 1722, el cual prescribe: *“El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario.”*

En tanto, el factor subjetivo encuentra su concepto en el artículo 1724:

“Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el

³⁶Código Civil y Comercial de la Nación. Art. 1736: “Prueba de la relación de causalidad. La carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma. La carga de la prueba de la causa ajena, o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca.”

³⁷ Código Civil y Comercial de la Nación. Art. 1744: “Prueba del daño. El daño debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos.”

³⁸ Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Art. 548: “Corresponderá al demandado la prueba de los hechos en que funde las excepciones. Al oponerlas deberá ofrecer los medios de que haya de valerse, bajo pena de inadmisibilidad, y pedir la apertura a prueba, si fuere necesario, para diligenciarla. (...)”

tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.”

Esto significa que cuando el factor de atribución es subjetivo, es quien lo alega que tiene que demostrar la culpa o el dolo de la contraparte. En cambio, cuando el factor es objetivo, es a quien se lo atribuye, que tiene la carga probar la causa ajena para quedar exento de responsabilidad.

Tal es así en la responsabilidad derivada de la intervención de las cosas, que se presumen como responsables al dueño y al guardián por el daño causado por las mismas, y se eximen de tal responsabilidad probando que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta (art. 1758³⁹, Código Civil y Comercial).

Lo mismo ocurre en el supuesto de la actividad peligrosa de un grupo. Al respecto el artículo 1762 del C.C.C. establece: *“Si un grupo realiza una actividad peligrosa para terceros, todos sus integrantes responden solidariamente por el daño causado por uno o más de sus miembros. Sólo se libera quien demuestra que no integraba el grupo.”* Al igual que en el supuesto anterior, aquí la responsabilidad se presume para quienes pertenecen al grupo, y tienen la carga de probar que no forman parte del mismo para liberarse de ello.

Siguiendo con los ejemplos en los que la carga de la prueba se invierte, el artículo 1767 C.C.C.⁴⁰ presume responsabilidad del titular de un establecimiento educativo por el daño causado o sufrido a sus alumnos menores de edad cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar. En este supuesto, el titular del establecimiento carga con la prueba del caso fortuito para eximirse de la responsabilidad.

³⁹ Código Civil y Comercial de la Nación. Art. 1758: “Sujetos responsables. El dueño y el guardián son responsables concurrentes del daño causado por las cosas. Se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella. El dueño y el guardián no responden si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta.

En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial.”

⁴⁰ Código Civil y Comercial de la Nación. Art. 1767: “Responsabilidad de los establecimientos educativos. El titular de un establecimiento educativo responde por el daño causado o sufrido por sus alumnos menores de edad cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar. La responsabilidad es objetiva y se exime sólo con la prueba del caso fortuito.

El establecimiento educativo debe contratar un seguro de responsabilidad civil, de acuerdo a los requisitos que fije la autoridad en materia aseguradora.”

Esta norma no se aplica a los establecimientos de educación superior o universitaria.”

Cabe aclarar que en ausencia de normativa respecto al factor de atribución, lo será la culpa (art. 1721, C.C.C.⁴¹).

Existe el supuesto en el que el juez, en determinadas circunstancias, puede invertir la carga de la prueba (art. 1735, C.C.C.⁴²). Esto se analizará con profundidad en el capítulo 4, al tratar las facultades de los jueces que podrían violentar principios constitucionales.

7- CONCLUSIONES PARCIALES

La prueba es quizá la actividad más importante que llevarán a cabo las partes en el procedimiento, ya que ello dará fundamento para darle convicción al juez de los hechos que aleguen, y así obtener una resolución favorable.

Entre los principios que la gobiernan, se destaca el de libertad probatoria. Ello implica la posibilidad de la utilización tanto de cualquier objeto, como de medios para introducir los elementos probatorios que darán base a los fundamentos de la pretensión. Sin embargo existen excepciones establecidas por ley por lo que una prueba será rechazada, ya sea por su falta de pertinencia o relevancia, o por violentar principios plasmados en la Constitución.

En los procedimientos en los que rige el principio dispositivo, son las partes las que cargan con la responsabilidad de probar los hechos que aleguen, salvo excepciones establecidas por la ley tanto sustancial como formal.

Es de vital importancia comprender los principios constitucionales que rigen la prueba, ya que algunas de las facultades ejercidas por los jueces que serán el eje del problema tratado en el presente TFG, importan accionar del juez en la actividad probatoria. Ello pondría en duda la

⁴¹ Código Civil y Comercial de la Nación. Art. 1721: “Factores de atribución. La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa.”

⁴² Código Civil y Comercial de la Nación. Art. 1735: “Facultades judiciales. No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.”



constitucionalidad del actuar del juez, ya que podría verse comprometida su imparcialidad, ya sea invirtiendo la carga probatoria u ordenando diligenciar prueba.

CAPITULO III

EL JUEZ

1- INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo se definirá al juez y se explicará su función en el proceso legal. Se expondrán cuáles son sus deberes y garantías, haciendo un especial énfasis en la Constitución de la Provincia de Córdoba. Se tratarán los atributos que deben poseer los magistrados, planteando la discusión que divide a la doctrina con respecto a la imparcialidad. Se definirá el acto procesal por excelencia que realizan los magistrados, como lo es la sentencia, puntualizando sobre el principio de congruencia con el que se debe determinar la misma. Por último, se tratará el polémico tema de la verdad en el proceso, exhibiendo la diferencia entre verdad material y verdad formal.

2- EL JUEZ. CONCEPTO Y FUNCIÓN.

Angelina Ferreyra de De la Rúa (2003A, p. 237) define al tribunal como *“el órgano público que integra la relación procesal y es establecido institucionalmente, por lo que resulta determinado, previamente, por la ley; su función primordial es la de impartir justicia y se personifica en la figura del juez.”*

Por su parte, Guzmán Brito (1981, p.65) conceptualiza al magistrado como *“un funcionario público investido de ciertas potestades estatales; la comunidad le ha brindado autoridad para que en ejercicio de ella resuelva con justicia los casos llevados a su consideración.”* A su vez considera que el “buen” juez es aquel que es justo, que resolverá con prudencia dando a cada uno lo suyo.

En definitiva, es un funcionario público dotado de cierto poder otorgado por el Estado, cuya función es la de impartir justicia en los conflictos a los cuales le corresponda resolver.

Es cuando se habla de “impartir justicia” que se crean diversas interpretaciones acerca de los límites en el actuar del juez. Hay quienes consideran que el magistrado, en el marco del proceso civil, debe ser un “espectador” ante las partes actuando solo como un guardián de la ley. Por otro lado se interpreta que al ser la función del juez la de impartir justicia, éste debe inmiscuirse en los casos, participando activamente del proceso con el fin de llegar a la verdad y así, resolver justamente.

3- DEBERES Y GARANTÍAS

El principal deber del juez es el de administrar justicia cada vez que se le requiere en determinados casos concretos y no pueden dejar de juzgar por motivo de insuficiencia o silencio de la ley (Ferreyra de De la Rúa, 2003A).

El artículo 155 de la Constitución de la Provincia de Córdoba establece: “*Los magistrados y funcionarios judiciales están obligados a concurrir a sus despachos en los horarios de atención al público. Deben resolver las causas dentro de los plazos fatales que las leyes procesales establezcan, con fundamentación lógica y legal.*”

A la vez en el artículo 156⁴³ del mismo cuerpo normativo se establecen las prohibiciones entre las que está la de “*no ejecutar acto alguno que comprometa la imparcialidad de sus funciones.*”

Como garantías para su buen desempeño, se dispone que los jueces sean inamovibles y conservan sus cargos mientras dure su buena conducta, y sólo pueden ser removidos por mal desempeño, morosidad, negligencia grave, desconocimiento del derecho, comisión de delitos o inhabilidad física o psíquica (Constitución de la Provincia de Córdoba, artículo 154⁴⁴)

4- ATRIBUTOS

Se exige que los jueces cumplan ciertas condiciones para el correcto desempeño de su cargo y así resolver de una manera justa. Cafferata (2003) afirma que el juez debe gozar de idoneidad, imparcialidad e independencia. A continuación se expondrán cada una de ellas:

a- IDONEIDAD

⁴³ Constitución de la Provincia de Córdoba. Art. 156: “Los magistrados y funcionarios judiciales no pueden participar en política, ni ejercer profesión o empleo, con excepción de la docencia o la investigación, de acuerdo con las condiciones que establezca la reglamentación, ni ejecutar acto alguno que comprometa la imparcialidad de sus funciones.”

⁴⁴ Constitución de la Provincia de Córdoba. Art. 154: “Los magistrados y funcionarios judiciales son inamovibles y conservan sus cargos mientras dure su buena conducta. Sólo pueden ser removidos por mal desempeño, negligencia grave, morosidad en el ejercicio de sus funciones, desconocimiento inexcusable del derecho, supuesta comisión de delitos o inhabilidad física o psíquica. Gozan de la misma inmunidad de arresto que los legisladores. Reciben por sus servicios una compensación mensual que determina la ley y que no puede ser disminuida por acto de autoridad o con descuentos que no sean los que aquélla disponga con fines de previsión u obra social.”

Se vincula con los aspectos humanos y atributos técnicos del juez. Como ejemplo de los primeros se pueden mencionar a las aptitudes morales, edad, laboriosidad, etc. La idoneidad técnica requiere que el magistrado posea título de abogado y que posea la experiencia profesional necesaria en el ejercicio de la abogacía o cargos judiciales. La Constitución de la provincia de Córdoba, en su artículo 158⁴⁵, enumera los requisitos necesarios para ser juez, entre ellos la antigüedad en el ejercicio de la profesión la cual debe ser de seis años.

b- INDEPENDENCIA

Cafferata (2003, p. 220) define a la independencia del juez como *“la libertad para cumplir sus funciones y tomar decisiones sin interferencias políticas, de grupos de presión o de otros poderes del Estado.”* Se considera que más que un privilegio para el funcionario, es una garantía para los ciudadanos, ya que el juez obedecerá sólo a la ley por lo que resolverá sin ataduras. Está garantizada la independencia de los funcionarios judiciales en el artículo 154 de la Constitución de la Provincia de Córdoba, estableciendo las causales de remoción.

Independencia externa

Por un lado refiere a la independencia con respecto a los otros poderes del Estado. A modo de ejemplo, la Constitución Nacional establece en su artículo 109: *“En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.”* Por otro lado significa también independencia respecto a los medios masivos de comunicación. En la actualidad, los medios cumplen un rol fundamental en la sociedad influyendo sobre la misma de manera tal que son formadoras de opinión. La prensa independiente es uno de los pilares de la democracia, es de suma importancia que los magistrados actúen con independencia de la misma y viceversa.

Independencia interna

⁴⁵ Constitución de la Provincia de Córdoba. Art. 158: *“Para ser miembro del Tribunal Superior de Justicia se requiere tener doce años de ejercicio de la abogacía o de la magistratura, para Vocal de Cámara ocho, para Juez seis y para Asesor Letrado cuatro. En todos los casos, ciudadanía en ejercicio, treinta años de edad para los miembros del Tribunal Superior de Justicia y veinticinco para los restantes.”*

Implica que la independencia sea respecto al mismo Poder Judicial, evitando que las decisiones de los magistrados se puedan ver condicionadas por superiores jerárquicos, para así actuar con absoluta libertad de criterio y apego a la ley.

c- IMPARCIALIDAD

Citándolo nuevamente a Cafferata (2003, p. 219), indica que la imparcialidad consiste en:

“No ser parte, es decir, en ser un tercero frente a ellas, ajeno a sus intereses y libre de prejuicios, sea respecto de los hechos que debe juzgar, sea respecto de sus protagonistas, tanto a favor como en contra de éstos.”

Werner Goldschmidt (1955), señala que la imparcialidad consiste en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juzgador. Así mismo, Gozaíni (2004), afirma que la imparcialidad no es un valor que signifique beneficiar o perjudicar a uno o a otro, ya que todas las resoluciones beneficiarán a una de las partes y perjudicarán a la otra. En realidad, implica que el juez aplique el derecho, sin desprenderse del tiempo que transita dando a cada uno lo suyo ajustado a la letra de la ley.

Alvarado Velloso (2009B, p. 86) afirma que ser imparcial para el juez implica:

- “- ausencia de prejuicios de todo tipo (particularmente, raciales o religiosos);*
- independencia de cualquier opinión y, consecuentemente, tener oídos sordos ante sugerencia o persuasión de parte interesada que pueda influir en su ánimo;*
- no identificación con alguna ideología determinada;*
- completa ajenidad frente a la posibilidad de dádiva o soborno; y a la influencia de la amistad, del odio, de un sentimiento caritativo, de la haraganería, de los deseos de lucimiento personal, de figuración periodística, etc.*
- Y también es no involucrarse personal ni emocionalmente en el meollo del asunto litigioso;*

- y evitar toda participación en la investigación de los hechos o en la formación de los elementos de convicción;

- así como de fallar según su propio conocimiento privado el asunto.

- Tampoco debe tener temor al qué dirán ni al apartamiento fundado de los precedentes judiciales, etc.”

En los procedimientos que rige el principio dispositivo, son las partes quienes alegan los hechos y tienen la carga de probarlos. Hay quienes sostienen que el juez estaría alejándose de la imparcialidad cuando toma un papel activo en el proceso, tomándose atribuciones que en principio le corresponderían a las partes a través de una iniciativa probatoria, con el fin de esclarecer los hechos y llegar a la verdad.

Barbeiro (2009B) afirma que, como actitud, la imparcialidad es un canon de conducta del magistrado. El juez debe ejercer el poder sin discriminaciones de ningún tipo, ya que la imparcialidad es corolario del principio de igualdad. Su actuar debe estar libre de prejuicios o parcialidades para contribuir a edificar el principio de transparencia, y así fortalecer el control democrático y la confianza de los ciudadanos en el sistema judicial.

Por otro lado, autores como Gozaíni (2004) sostienen que la concepción que afirma que la imparcialidad del juez se ve violentada en casos como el antes mencionado (produciendo prueba), ha sido superada ya que es propia de un tiempo en el que el juez era un mero espectador ante las partes, sin tener participación en el debate, con el único deber de dictar sentencia.

Michele Taruffo (2006), indica que la figura del juez en la actualidad es mucho más modesta y razonable, que asiste al juego de partes e interviene cuando advierte que el proceso corre el riesgo de llevar a decisiones injustas por estar fundadas sobre una comprobación inadecuada.

La imparcialidad del juez en el proceso es uno de los principales ejes de conflicto en lo que respecta al limitar en su actuar. Se discute si se violenta, o no, éste principio cuando el magistrado ejerce determinadas facultades procesales con el fin de llegar a una resolución justa ya que, al tratarse de un procedimiento de naturaleza dispositiva, corresponde a las partes hacerse valer de los medios necesarios para comprobar la verdad de los hechos que alegan. Tal como afirma Andrea Meroi (2009B, p.28): “*si la imparcialidad tiene su base fundamental en la ‘imparcialidad’*

es necesario acentuar el carácter de tercero del órgano decisor en los repartos coactivos. Por ello, el repartidor no debe ser parte en sentido material ni formal.”

5- LA SENTENCIA

Ferreira de De la Rúa (2009B, p. 16) define a la sentencia como:

“La resolución del tribunal que pone fin al procedimiento, luego de su integral tramitación; como resolución es una especie de acto jurídico procesal, formal, que reviste los caracteres de un instrumento público; ello es así ya que se trata de un acto otorgado por un funcionario público, en ejercicio de sus atribuciones y en las formas que las leyes prescriben”.

Sagüés (1997A) indica que la sentencia es el producto natural más importante del Poder Judicial, que contiene una norma individual que está destinada a la resolución de un caso. En algunas ocasiones efectivizando el derecho preexistente, y en otras generando Derecho propio en situaciones donde, en lagunas normativas, se integra la norma faltante, o cuando se opta una alternativa de interpretación más adecuada en una norma ambigua.

La sentencia constitucional es la que finaliza un trámite en el que se han cumplido las normas procesales que cumplen el rol de regular el procedimiento respetando el debido proceso adjetivo y brinda una solución razonable a la litis, satisfaciendo el debido proceso sustantivo (Sagüés, 1997B)

El artículo 326 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba prescribe que *“Toda decisión definitiva deberá tener fundamentación lógica y legal, bajo pena de nulidad”*. A continuación, el artículo 327⁴⁶ menciona el contenido que debe tener toda sentencia

⁴⁶ Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Art. 327: *“La sentencia deberá contener decisión expresa con arreglo a la acción deducida en el juicio, declarando el derecho de los litigantes, dictando la condenación o absolución a que hubiere lugar y el pronunciamiento sobre costas y honorarios. Salvo disposición legal en contrario, los tribunales formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa.”*

prescribiendo que debe ser una resolución expresa con arreglo a la acción y la prueba deducida en el juicio en conformidad con las reglas de la sana crítica.

La sana crítica racional es el sistema de valoración de la prueba de mayor vigencia en los códigos en la actualidad. Consiste en la utilización, por parte del juez, de las reglas del pensamiento humano (reglas de la lógica) combinadas con las reglas de la experiencia para la valoración correcta de la prueba (Ferreyra de De la Rúa, 2003B).

6- EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

El artículo 330 Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba reza: *“El tribunal deberá tomar por base en la sentencia la exposición de los hechos contenidos en los escritos de demanda y contestación o de ampliación, en su caso.”*

Éste principio consiste en que son las partes quienes fijarán la plataforma fáctica del litigio. El juez no podrá apartarse de ello a la hora de resolver ya que de hacerlo correrá el riesgo de juzgar con incongruencia.

Por un lado debe existir conformidad entre el objeto de pretensión alegado por el actor y el demandado, y lo resuelto por el tribunal. Por otro, la sentencia debe pronunciarse sólo con respecto a quienes han adquirido la calidad de parte.

Existirá incongruencia desde el punto de vista cualitativo, cuando el juez se pronuncie sólo sobre alguna o algunas de las pretensiones en casos en que haya acumulación de las mismas. Habrá incongruencia cuantitativa, cuando se fije una suma inferior a la reclamada sin enunciar las razones que justifiquen tal reducción. Cuando se excedan las peticiones realizadas concediendo o negando más de lo reclamado por las partes, se fallará con incongruencia “ultra petita”. Será “extra petita”, cuando el fallo se pronuncie sobre materia extraña a la que fue objeto de pretensión y oposición. Por último, será “citra petita”, cuando el juez omita pronunciarse sobre cuestiones sometidas por las partes (Ferreyra de De la Rúa, 2009B).

7- LA VERDAD EN EL PROCESO

Gozaíni (2004, p. 340)-citándolo a Genuzio Bentini- expresa:

“La verdad, la legítima, jamás es aquella que se conoce (...). Me he convencido de que la verdad no entra en la sala del tribunal ni tampoco en pleito célebre alguno. Ella se ha quedado siempre en las escaleras o en la calle.”

Si bien podríamos definir a la verdad como la adecuación entre una afirmación y los hechos, pareciera ser que el concepto de ella varía según la rama del Derecho en la que nos encontremos.

Gozaíni (2004) hace una clasificación de los hechos en el marco de un proceso legal:

- Hechos constitutivos: formativos de la relación jurídica procesal.
- Hechos modificativos: incitan a una transformación de la realidad en relación al relato que se pueda hacer al contestar una demanda.
- Hechos extintivos: cancelan la situación jurídica.
- Hechos alegados: se refieren a la enunciación de las circunstancias y son neutros en relación al objeto de la prueba.
- Hechos afirmados: Son los que obtienen una versión determinada en el relato. Se vinculan con los hechos exactos, los verdaderos, los reales, los fundados, entre otros.
- Hechos controvertidos: aquellos que afirma una parte y los niega la otra.
- Hechos conducentes: Son los necesarios para la solución del conflicto que se debe resolver.
- Hechos pertinentes: los que se vinculan con la necesidad probatoria. Son adecuados u oportunos para lo que se debe probar.
- Hechos lícitos e ilícitos: El ya derogado Código Civil de Vélez Sarsfield, definía en su artículo 898⁴⁷ a los hechos lícitos como aquellas acciones voluntarias no prohibidas por la ley. Por lo que los ilícitos serían aquellos que sí están prohibidos por la legislación vigente.

⁴⁷ Código Civil. Art. 898: “Los hechos voluntarios son lícitos o ilícitos. Son actos lícitos las acciones voluntarias no prohibidas por la ley, de que puede resultar alguna adquisición, modificación o extinción de derechos.”

- Hechos admitidos o reconocidos: un hecho es reconocido cuando una parte asume la verdad de lo alegado por la otra.

En el Derecho vigente se entiende que hay dos tipos de verdades: la MATERIAL y la FORMAL. La primera es propia de los procedimientos de naturaleza inquisitiva y la segunda en los que rige el principio dispositivo. A continuación se definirán cada una de ellas:

a- LA VERDAD MATERIAL

Se ha definido a la verdad material como “*la adecuación de lo que se conoce de una cosa, con lo que esa cosa es en realidad*” (Cafferata, 2003, p. 96). Tal concepto coincide con el de “verdad” a secas por lo que creemos que no se debería llamarla “material”, solo que se la nombra de esa manera para diferenciarla de la verdad formal.

En el proceso penal se procura obtener la verdad material o real acerca de la atribución de un hecho delictivo a una persona. Su fin es el conocimiento verdadero acerca de la culpabilidad del imputado, ya que su inocencia se presume en virtud del artículo 18 de la Constitución Nacional. Aquí es evidente la necesidad de llegar a la verdad de los hechos ya que para condenar al imputado, el juez debe estar íntimamente convencido (Gozaíni, 2004).

En el proceso contencioso administrativo, el tribunal debe tender a establecer la verdad material de los hechos. Se entiende que el interés público en éste tipo de procedimientos, trasciende el interés de las partes, ya que lo que se encuentra en juego es la organización y el funcionamiento de la administración pública. Tanto la utilización de poderes autónomos, como el impulso procesal de oficio por parte de los jueces para llegar a la verdad, se vería justificado (Orgaz, Montesi, Ávalos, Villafañe, 2004).

Los procesos en los que se busca obtener la verdad material de los hechos, tienen en común ser de naturaleza inquisitiva. Aquí se justifica la participación activa por parte del juez a mediante atribuciones e impulsos de oficio, ya que lo que se busca satisfacer es el interés público.

b- LA VERDAD FORMAL

“En el proceso civil rige el principio ‘ne proceda iudex ex officio’, y significa que los jueces no pueden proceder de oficio y sólo actúan a petición de parte; el juez no puede crear el asunto; tiene que resolver sobre un asunto que le han traído las partes” (Ferreyra de De la Rúa, 2009A, p. 78).

Tanto la verdad formal como la material, tienen como cimiento los hechos y las pruebas alegados en el proceso. La diferencia radica en que, en los procesos dispositivos, son las partes quienes tienen la carga de proporcionar los fundamentos para llegar a la sentencia, no así en los procesos de naturaleza inquisitiva, donde el juez tiene el poder de realizar actos que le proporcionen la información necesaria para llegar a una verdad material o real.

Gozaíni (2004) señala que en los procesos públicos se privilegia la actividad oficiosa, desplazando los actos hacia el juez, a diferencia de aquellos en los que no se encuentra en juego el interés público, donde son las partes quienes deben allegar los medios de confirmación que pretendan desarrollar.

La distinción entre las verdades, en nuestra opinión, es inaceptable ya que la verdad es una sola, la absoluta. Al llamar a una de ellas “real”, se manifiesta a la otra, la “formal”, como una verdad no del todo verdadera, ya que el juez no tuvo la posibilidad de valerse de los medios para tomar conocimiento de cómo los hechos sucedieron en realidad. Con ello no estamos justificando las facultades que le proporcionarían al magistrado una verdad material, si ello significa que se violenten principios plasmados en la Constitución Nacional. Creemos que una verdad que no lo es en realidad, no se la debe llamar como tal.

8- CONCLUSIONES PARCIALES

Se ha definido al juez como el funcionario público cuya función es la de impartir justicia en los casos en que la comunidad se lo requiera, y se expusieron sus principales funciones, garantías y atributos, haciendo un especial hincapié en la imparcialidad. Tal atributo es fundamental para el estudio de la temática abordada en el presente TFG, ya que se cuestiona si el magistrado deja de ser imparcial al momento de ejercer determinadas facultades para arribar a una resolución justa.

Para resolver impartiendo justicia, el juez debería llegar a la verdad de los hechos que se plantean en el proceso. La cuestión aquí es compleja, ya que la verdad que ostenta el Derecho Civil, no es la misma que pretenden obtener otros fueros como el penal o el administrativo (la verdad absoluta), sino una verdad mal llamada (a nuestro entender) formal. El poder de actuación que posee el juez en los procedimientos dispositivos es inferior al que gozan los magistrados que intervienen en los procesos de naturaleza inquisitiva (aquellos que buscan la verdad material), porque se prioriza el interés público por sobre el privado, lo que justificaría que en ese tipo de procedimientos el tribunal pueda ejercer facultades más amplias para arribar a la verdad.

Concluimos que la distinción entre verdad material y formal no es válida, ya que el concepto de verdad es uno sólo, el que todos conocemos. La finalidad de los procesos dispositivos, por lo tanto la función de los jueces que participan de los mismos, no es el de arribar a la verdad (llámese formal) o justicia, sino simplemente resolver los conflictos (de una manera justa) que surjan en la comunidad, por lo que se le requerirá a la autoridad pública para solucionarlos. Ello dependerá de la aptitud que posean las partes para poder demostrar fehacientemente los hechos que aleguen en el proceso.

CAPITULO IV

ACTIVISMO JUDICIAL

Y

GARANTISMO PROCESAL:

FACULTADES DEL JUEZ QUE PODRÍAN COLISIONAR CON LA CONSTITUCIÓN

1- INTRODUCCIÓN

Con la finalidad de impartir justicia, algunas veces los magistrados se valen de medios que podrían violentar principios plasmados en la Constitución Nacional. El magistrado se encuentra en muchas oportunidades en la encrucijada de aplicar la ley, aún cuando el resultado derive en una resolución injusta, de acuerdo a los hechos alegados y probados en el procedimiento. Aquí es donde se plantea la discusión y se divide la doctrina, planteando si se justifica adoptar medidas que colisionen con la carta magna para arribar a una resolución justa.

En el presente capítulo se expondrán los fundamentos de las corrientes doctrinarias del activismo judicial y el garantismo procesal. Se analizarán las facultades de los jueces que podrían violentar principios constitucionales, con las respectivas posturas de las dos doctrinas acerca de cada una de ellas.

2- ACTIVISMO JUDICIAL. CONCEPTO.

El activismo judicial es una corriente doctrinaria que procura otorgarle al juez un mayor poder de actuación en el proceso, aproximándose al que poseen los magistrados que participan en los procedimientos de naturaleza inquisitiva.

Existen diversas definiciones del activismo, dependiendo de quien la haga sea partidario de esas ideas, o de la doctrina garantista. Podemos encontrar definiciones como:

*“Activismo es toda actitud activa, frontal y directa frente a diferentes obstáculos que se pueden presentar en el camino hacia un determinado objetivo. La palabra “activa” deriva del latín activus, que significa facultad de obrar con diligencia, eficacia y prontitud, sin dilación.”*⁴⁸

Peyrano (2009B) establece que:

“el activismo confía en los magistrados, el activismo es creativo y ha aportado numerosos nuevos institutos procesales, dichas creaciones han tenido un fuerte eco legislativo, el activismo pareciera involucrar una dinámica de sus propios conceptos, el activismo se preocupa por la justa solución del caso y no tanto por no contradecir al sistema procesal respectivo, el activismo propone una lectura distinta de la Constitución Nacional y el activismo se caracteriza por depositar en manos de los jueces la facultad de dictar pruebas oficiosas, pero no se agota con el otorgamiento de dicha atribución.”

Por otro lado, encontramos a la doctrina garantista que tiene otro concepto del activismo judicial. Oscar Venica (2009, p. 390)-citándolo a José Carlos Rodríguez-, expresa que *“el activismo judicial importa el retorcimiento de la ley a fin de hacerla coincidir con el propio pensamiento”*.

El diccionario legal PopJuris define al activismo como:

“Término utilizado de manera peyorativa para referirse a los actos de personas que supuestamente utilizan las instituciones judiciales –para adelantar causas políticas y sociales– de una manera tal que se considera que va más allá de las funciones delgadas a la rama judicial.”

⁴⁸ Microsoft® Encarta® 2007 © 1993-2006 Microsoft Corporation.

Alvarado Velloso (2009B, p. 102) entiende que el activismo importa “*la asunción por el juez de actitudes paternalistas con las partes o de tareas que no le incumben conforme con lo normado por la Constitución*”.

3- FUNDAMENTOS DE LA DOCTRINA ACTIVISTA

Peyrano (2009A, p. 8), citando a Bidart Campos, expresa que:

“el juez es el administrador de la Justicia; con ley, sin ley, o contra la ley. Porque el valor Justicia prevalece sobre la ley y nuestra Constitución así lo deja entrever a quienes saben comprenderla cuando manda en el Preámbulo afianzar la Justicia. Con ley, sin ley o contra la ley”.

El cimiento de ésta doctrina radica en el preámbulo de la Constitución Nacional⁴⁹, cuando se llama a afianzar la justicia. Se entiende que los principios constitucionales poseen un mandato tácito que implicaría priorizar la justicia, aún cuando ello signifique no aplicar la ley. Para ello habría que retomar el ya tratado tema de la función del juez en el proceso, y preguntarse si el mismo es el de impartir justicia o el de aplicar la ley.

Afianzar, según los diccionarios, es hacer que una cosa inmaterial adquiera firmeza y solidez. La corriente activista pide que la justicia abandone el miedo y se asiente con firmeza ante las necesidades de la sociedad. Entienden que actualmente se requiere la presencia de un juez activo y comprometido con la búsqueda de soluciones eficaces, construyendo un sistema apto y adaptable para el justiciable, que brinde soluciones a cuestiones vitales (Eguren, 2009B).

⁴⁹ Constitución Nacional. Preámbulo: “Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina.”

Gozaíni (2002B), expone a las dos doctrinas expresando que una de ellas entiende que se comete prevaricato cuando el juez no aplica la ley, por no garantizar ni afianzar los preceptos constitucionales. Por otro lado hay quienes entienden que la función del juez es la de “decir el derecho”, que implica decir quién tiene la razón en un conflicto a través de una sentencia favorable. Lo importante radicaría en que se haga justicia, más allá de que si la ley apoya o no la decisión, aunque de ser así sería mejor, pero no esencial.

Clariá Olmedo (1983) también trata las dos posturas respecto a la función del juez. La corriente activista entiende que componer un litigio no significa tutelar un interés, sino que la finalidad del proceso es la de resolver de manera justa, conforme a derecho: paz con justicia.

María José Bustos (2016), entiende que la finalidad del proceso consiste en la conjunción de las dos posturas mencionadas. La paz social que se pretende, sostiene, no se llega simplemente de una manera formal, sino mediante una "justa" solución del conflicto, y el resultado del proceso no debe ser solo formalmente aceptable sino intrínsecamente justo. La autora concluye que el fundamento de que el "principio dispositivo" rige con mayor fuerza el proceso civil, podría incurrir en una sentencia basada en una "ficción", lo que entiende es inadmisibles, hasta tanto el juez haya agotado los recursos para alcanzar la verdad, y así llegar a una sentencia justa. Ello siempre limitado a la igualdad de las partes, contradicción o bilateralidad y congruencia, ya que su inobservancia conduciría a la arbitrariedad.

Eguren (2009B, p. 73)-citando al Tribunal Constitucional español- expresa que:

“las normas que contienen los requisitos formales deben ser aplicadas teniendo siempre presente el fin que se pretendió al establecerse dichos requisitos, evitando cualquier exceso formalista que los convertiría en meros obstáculos procesales y en fuente de incerteza e imprevisibilidad para la suerte de las pretensiones en juego”.

Gozaíni (2002A), entiende que el mejor sistema para resolver de modo más rápido el conflicto entre las partes, consiste en que el juez no se limite a juzgar, sino que se convierta en un verdadero gestor del proceso, dotado de grandes poderes discrecionales para garantizar no sólo los derechos de las partes, sino principalmente los valores e intereses de la sociedad.

Por su parte, Masciotra (2015) niega la posibilidad de que el juez revista el carácter de un ente que observa con pasividad o indiferencia las secuelas del proceso, ya que él debería responder a su sentimiento de justicia y velar por la verdad, ejerciendo su poder-deber para descubrir y revelar la realidad de los hechos litigiosos, porque ello constituye el presupuesto esencial de la justicia de su pronunciamiento.

El autor concluye que:

“el objeto del proceso civil tiende a poner fin a un conflicto mediante el dictado de una decisión jurídica racionalmente correcta y justa, basamentada en la realidad de los hechos relevantes de la causa y que ninguna decisión puede satisfacer dicha finalidad, si se funda sobre una comprobación errónea, y no real de los hechos a los cuales se refiere. La certeza del juicio sobre los mismos es una condición necesaria para que la decisión sea justa.”

4- GARANTISMO PROCESAL. CONCEPTO.

Alvarado Velloso (2009B, p. 85), define al garantismo procesal como *“una posición doctrinal aferrada al mantenimiento de una irrestricta vigencia de la Constitución y, con ella, del orden legal vigente en el Estado en tanto tal orden se adecue en plenitud con las normas programáticas de esa misma Constitución.”*

Gozaíni (2002B, ps. 6-7), sostiene que el derecho procesal garantista entiende que:

“el proceso judicial se basa y argumenta desde la Constitución, de modo tal que a nadie se le puede privar del “debido proceso adjetivo”, lo que supone entablar un conflicto entre dos partes, en igualdad de condición y de oportunidades, frente a un tercero imparcial (independiente) e imparcial (que no ayuda ni beneficia a ninguna de las partes) que resuelve la controversia.”

En fin, el garantismo procesal, como bien lo dice la palabra, implica garantizar a las partes que intervienen en el proceso, el cumplimiento de todos los principios y derechos plasmados en la Constitución Nacional. Si bien la corriente activista también defiende los postulados

constitucionales, la diferencia radica en las interpretaciones que ambas doctrinas hacen respecto a las normas que regulan las funciones del juez en el proceso, a lo que el garantismo reclama una actividad más imparcial del mismo.

5- FUNDAMENTOS DE LA DOCTRINA GARANTISTA

Velloso (2010), sostiene que el sistema inquisitorio no permite la existencia del debido proceso ya que funciona a base de puras reglas omitiendo los principios esenciales que hacen que el procedimiento sea sólo eso, y no un verdadero proceso.

Así como el fundamento del movimiento activista se basa en el mandato constitucional de “afianzar la justicia” plasmado en el preámbulo de la carta magna, el garantismo llama también a afianzar la justicia, pero respetando los principios y garantías que establece la Constitución Nacional a lo largo de todo su cuerpo normativo.

Se entiende que, actualmente, existen figuras jurídicas como la carga dinámica de la prueba, medidas autosatisfactivas o medidas para mejor proveer, que le otorgan al juez mayores atribuciones de las que le deberían corresponder. A través de ellas, el magistrado tomaría un rol activo en el proceso atribuyéndose facultades que en algunos casos le correspondería a las partes, comprometiendo así su imparcialidad. En otros casos, se vulnerarían principios relativos a la defensa en juicio, impidiendo a uno de los litigantes la oportunidad de expresarse en juicio para hacer valer sus pretensiones.

Ésta corriente lucha contra la implementación de esas facultades de los magistrados que, según entienden, rompen el sistema dispositivo y violentan el debido proceso adjetivo. Ello con el fin de buscar la verdad (y por lo tanto justicia), utilizando medios que en su esencia serían injustos. Concluyendo que el fin no justificaría los medios, si éstos son ilegales.

A continuación, y a lo largo del presente capítulo, se analizarán cada una de esas facultades cuya constitucionalidad se cuestiona, exponiendo las posturas de ambas corrientes doctrinarias.

6- MEDIDAS PARA MEJOR PROVEER

El Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, en su artículo 325 titulado “Medidas para mejor proveer”, prescribe:

“Una vez concluida la causa, los tribunales podrán, para mejor proveer:

1) Decretar que se traiga a la vista cualquier expediente o documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes.

2) Interrogar a cualquiera de las partes sobre hechos que estimen de influencia en la cuestión.

3) Ordenar reconocimientos, avalúos u otras diligencias periciales que reputen necesarias.

4) Disponer que se amplíen o expliquen las declaraciones de los testigos y, en general, cualquiera otra diligencia que estimen conducente y que no se halle prohibida por derecho.

Agregadas las medidas para mejor proveer, deberá correrse traslado a cada parte por tres días para que meriten dicha prueba.”

A su vez, el artículo 36 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece que:

“Aún sin requerimiento de parte, los jueces y tribunales deberán:

(...)

4) Ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. A ese efecto, podrán:

a) Disponer, en cualquier momento, la comparecencia personal de las partes para requerir las explicaciones que estimen necesarias al objeto del pleito;

b) Decidir en cualquier estado de la causa la comparecencia de testigos con arreglo a lo que dispone el artículo 452, peritos y consultores técnicos, para interrogarlos acerca de lo que creyeren necesario;

c) *Mandar, con las formalidades prescriptas en este Código, que se agreguen documentos existentes en poder de las partes o de terceros, en los términos de los artículos 387 a 389⁵⁰.*”

Hernán Carrillo (2009B, p. 42)-citando a Peyrano- define a las medidas para mejor proveer diciendo que:

“son facultades de carácter discrecional que puede emplear el juez, preocupado por la sospecha de que las pruebas aportadas al proceso no son suficientes para esclarecer la verdad real o histórica, en tanto y en cuanto su ejercicio se erija en un mero corrector del principio dispositivo, y no en su verdugo”.

Bustos (2016)-citando a María Jiménez- define a ésta actividad del juez como

“una facultad dada por la ley procesal al tribunal, de naturaleza exclusivamente probatoria, que tiene por objeto la averiguación de la verdad jurídica objetiva, para aclarar dudas, adquirir mayor ilustración o completar información para formarse conciencia del tema que va a resolver, pues en caso contrario se vería obligado a decidir sin haber llegado a la convicción.”

Por su parte, Amaya (1975, p. 50) entiende que son *“normas por las que se faculta al juez a procurarse por sí mismo medios de información que contribuyan a formarle una convicción acerca de los hechos relacionados con el juicio.”*

La discusión se plantea, por un lado, si se ve afectada la imparcialidad del juez al ejercer las mencionadas facultades, ya que con ello beneficiaría a una de las partes y perjudicaría a la otra. Por otro lado, se cuestiona si el principio dispositivo que rige el proceso civil, se vería perturbado. Ello en razón a que el juez tomaría un papel activo en el procedimiento, con el fin de esclarecer

⁵⁰ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Art. 387: “Las partes y los terceros en cuyo poder se encuentren documentos esenciales para la solución del litigio, estarán obligados a exhibirlos o a designar el protocolo o archivo en que se hallan los originales. El juez ordenará la exhibición de los documentos, sin sustanciación alguna, dentro del plazo que señale.”

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Art. 388: “Si el documento se encontrare en poder de UNA (1) de las partes, se le intimará su presentación en el plazo que el juez determine. Cuando por otros elementos de juicio resultare manifiestamente verosímil su existencia y contenido, la negativa a presentarlo, constituirá una presunción en su contra.”

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Art. 389: “Si el documento que deba reconocerse se encontrare en poder de tercero, se le intimará para que lo presente. Si lo acompañare, podrá solicitar su oportuna devolución dejando testimonio en el expediente.

El requerido podrá oponerse a su presentación si el documento fuere de su exclusiva propiedad y la exhibición pudiere ocasionarle perjuicio.

Ante la oposición formal del tenedor del documento no se insistirá en el requerimiento.”

los hechos y así llegar a la verdad real para fallar con justicia. Recordemos que la llamada verdad real o material, es una finalidad perseguida por los procedimientos de naturaleza inquisitiva, ya que lo que está en juego es el interés público.

Hay quienes entienden que lo que el magistrado hace es, en realidad, enmendar las falencias en las que incurren las partes, en el fallido intento de comprobar los hechos que alegan.

a- POSTURA ACTIVISTA

La corriente activista sostiene que el ejercicio de ésta facultad no quebrantaría el principio de igualdad procesal, ya que no se sustituye la actividad de las partes, sino que se tiende a despejar dudas respecto a la situación controvertida. Se afirma que el juez puede valerse de todas las medidas de prueba que a su criterio sean razonables y suficientes para adquirir conocimiento de los hechos controvertidos, cuando ello le sea imprescindible para llegar a una sentencia justa. Esto siempre y cuando no se viole el derecho de defensa (Gozaíni, 2002B).

Peyrano (2009B), manifiesta que el magistrado ejercerá ésta facultad excepcionalmente, y que sólo se justifica cuando existen pruebas de los litigantes, ya que la no producción probatoria es un obstáculo insalvable para su procedencia, a los efectos de la teoría de la carga procesal, convirtiéndose el juzgador en un inquisidor quebrantando el principio dispositivo. Por otra parte, tampoco el juez puede apartarse de los hechos controvertidos alegados por las partes, ya que son ellas quienes deben aportar el material fáctico que fundamentan sus pretensiones, y de hacerlo incurriría en vicio de incongruencia.

Bustos(2016), entiende que los artículos que incluyen los poderes instructorios, sea como facultad o deber, deben ser interpretados de manera sistémica con todo el ordenamiento jurídico nacional, partiendo Preámbulo de la Constitución Nacional que prevé el deber de afianzar la justicia, limitado a los principios del debido proceso, defensa en juicio y de igualdad ante la ley. La autora sostiene que el juez no solo debe contar con ciertas atribuciones, para arribar a una sentencia justa, sino que "debe" ejercerlas dentro del límite del debido proceso. Por último concluye que resultaría absurdo que el magistrado dicte sentencia teniendo dudas en el supuesto

de inexistencia o escasez de material probatorio aportado por las partes, o que deba hacerlo a sabiendas de que la verdad, es otra.

Gozaíni (2002A), entiende que éstas medidas no suprimen la contradicción inicial, ya que su fin es el de esclarecer los hechos en base a contingencias y medios aportados por los litigantes. Aún ante ausencia de prueba ofrecida, el magistrado podría producirla cuando considere que ello significaría aportar un elemento decisivo para solucionar el conflicto. El autor afirma que si bien el ejercicio de ésta facultad no puede suplir la negligencia de las partes, tampoco se debe evadir, a sabiendas, el compromiso hacia la verdad y la justicia, valiéndose para ello de todas las medidas que considere razonables, ello limitado por el derecho de defensa.

Masciotra (2015), afirma que las medidas probatorias deben ordenarse para acreditar las plataformas fácticas invocadas por las partes, ya que son ellas quienes deben aportar al procedimiento todo el material fáctico, no pudiendo realizar el juez ninguna actividad tendiente a investigar o aportar otros hechos, ni fallar alterándolos, ya que al hacerlo, se estaría frente a una violación al principio de congruencia. El jurista entiende que ello no impide que el juez (ejerciendo sus poderes-deberes instructorios), ordene las pertinentes medidas probatorias para lograr el esclarecimiento de los hechos. Esto si de la actividad probatoria practicada surgen hechos relevantes no aducidos por las partes, íntimamente relacionados con las pretensiones y defensas articuladas en los escritos constitutivos. Siempre se deberá respetar el principio de contradicción, otorgando a las partes todas las garantías de contralor, la posibilidad de intervenir en la producción de las mismas, como de admitirles los medios que los litigantes estimen necesarios para poder contradecir los eventuales resultados de la prueba ordenada. El autor concluye que *“el juez debe integrar las iniciativas probatorias de las partes, cuando aparecen insuficientes o inadecuadas para consentir la adquisición de todas las pruebas que sean necesarias para formular una decisión conforme a la realidad de los hechos”*.

b- POSTURA GARANTISTA

Amaya (1975, p. 51) expresa:

“El peligro del ejercicio de éstas medidas estriba en que el juez, movido por el afán sincero de dictar una sentencia clara y justa, extralimite sus facultades, ordenando nuevas pruebas o complementando las ya producidas, lo que puede significar la pérdida de su posición de equilibrio ante los intereses de las partes.”

La corriente garantista entiende que si ante la insuficiencia de prueba de la parte actora, el juez posee dudas en acoger la demanda y, con el despacho de la medida las disipa, se llegará a una sentencia de condena en contra del demandado, ello producto la propia actividad probatoria del juzgador. Ésta doctrina afirma que, cuando al tiempo de dictar sentencia o resolución, el juez considera dudosos unos hechos relevantes para la decisión, debe desestimar las pretensiones del actor o del reconvincente, o las del demandado o reconvenido según correspondía a unos u otros la carga de probar los hecho que permanezcan inciertos y fundamenten sus pretensiones. Esto fundado en el estado de inocencia que le asiste al demandado en los procesos civiles. Por lo tanto, el juez no se limita a fallar el conflicto, sino que se involucra en tal forma que tuerce el curso de su decisión inicial. Así se pasa de un rechazo de la pretensión, al dictado de una sentencia favorable para el accionante. Por otro lado, si el magistrado tenía la certeza necesaria para admitir la demanda, pero libra una medida para mejor proveer que destruye esa certeza, la “duda” (que se auto provocara) terminaría con el rechazo de la pretensión deducida por el actor (Benabentos, 2009B).

Alvarado Velloso (2010), manifiesta que la norma que le confiere al juez la facultad de acreditar por sí mismo un hecho litigioso, podría tirar por la borda toda la regulación dispositiva referente a cargas, plazos, negligencia, caducidad, etcétera, en materia de ofrecimiento y producción de la prueba. El jurista afirma que una sentencia que no cumple con las condiciones de objetividad, imparcialidad e independencia (entre otras), es calificada como arbitraria, cuyos parámetros generadores también constituyen frases hechas inteligentemente acuñadas por la jurisprudencia.

Al tratar el tema de la prueba confesional como medida para mejor proveer, Amaya (1975) sostiene que ello quebrantaría la imparcialidad judicial, por lo que nunca debería decretarse de oficio. El juez puede interrogar con toda amplitud sin ninguna restricción, ofreciéndose más información, pero poniendo en riesgo su imparcialidad, exponiéndose a prejuzgar. El autor sostiene que la ineficacia de una prueba producida, significa una desventaja para la parte que la ha

propuesto y, por lo tanto, una ventaja a la parte contraria, ya que ello fue fruto de la diligencia y pericia con la que los litigantes obraron. Por lo tanto, en las situaciones en las que el magistrado ordene una ampliación de una confesional ya recibida, importaría alterar una situación que las partes se han creado actuando de acuerdo con la ley. Por último, concluye que el juez debe realizar todas las preguntas y aclaraciones necesarias al tomar las audiencias y absolución de posiciones, por lo que al efectuar tal ampliación oficiosa estaría demostrando que su actuación no fue eficaz, no desempeñando correctamente su misión.

c- NUESTRA POSTURA

Para lograr una mejor comprensión acerca de las medidas para mejor proveer, se procederá a analizar cada uno de los incisos del artículo que las regula en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba.

Uno de los principales fundamentos de la corriente activista, yace en que el juez no puede solicitar prueba que no haya sido aportada por las partes. Cuando en el primer inciso se le atribuye al juez la posibilidad de decretar que se traiga a la vista *cualquier* expediente o documento, no hace referencia alguna a que los mismos deberían haber sido previamente ofrecidos por las partes. En consecuencia, si el magistrado solicita prueba que no fue ofrecida, estaría tomando un rol activo en el proceso y tomándose atribuciones que le corresponden a las partes. Ello inclinaría la balanza a favor de uno de los litigantes, no al final del procedimiento cuando dicta sentencia (que siempre se va a inclinar a favor de uno u otro), sino en el transcurso del litigio, que es donde debe ser un tercero imparcial ante las partes. El juez se estaría convirtiendo en un inquisidor contra quien salga perjudicado de la nueva producción de prueba y violaría los principios que rigen el sistema dispositivo, atentando contra el derecho de igualdad procesal y el de defensa, ya que el litigante se encuentra en una posición en la que no sabe si defenderse de la contraparte o del juzgador.

El segundo inciso reza: “*Interrogar a cualquiera de las partes sobre hechos que estimen de influencia en la cuestión*”. Creemos que el juez no puede de ninguna manera obligar a declarar a ninguna de las partes en virtud del artículo 18 de la Constitución Nacional, que establece que

nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, por lo que una negativa a hacerlo tampoco puede ser motivo de perjuicio para quien ejerza el derecho. Por otro lado, el juez también incurriría en imparcialidad, ya que estaría enmendando la negligencia de una de las partes que tuvo la posibilidad de absolver posiciones, y no logró persuadir lo suficiente al magistrado para que llegue a la certeza que dé lugar a sus pretensiones. Una vez más, el juez estaría haciendo lo que le corresponden a las partes.

Con respecto al tercer inciso que le permite “ordenar reconocimientos, avalúos u otras diligencias periciales que reputen necesarias”, al igual que lo expresado anteriormente, el juez se inmiscuye en la actividad de las partes, ya que ellas deberían haberlo solicitado oportunamente.

El inciso 4 prescribe: “Disponer que se amplíen o expliquen las declaraciones de los testigos y, en general, cualquiera otra diligencia que estimen conducente y que no se halle prohibida por derecho”. Coincidimos con la postura de Amaya (1975), quien afirma que el juez debe realizar todas las preguntas y aclaraciones necesarias al tomar las audiencias, por lo que al efectuar tal ampliación oficiosa estaría demostrando que su actuación no fue eficaz, no desempeñando correctamente su misión.

No creemos que se violente el principio de contradicción, en razón del final del artículo que dispone: “Agregadas las medidas para mejor proveer, deberá correrse traslado a cada parte por tres días para que meriten dicha prueba.”

El artículo que regulan las medidas para mejor proveer en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, no difiere mucho del de la Provincia de Córdoba, por lo que los argumentos que apoyan nuestra postura son aplicables para ambos cuerpos normativos.

Por último, coincidimos en la postura de Benabentos (2009B), quien afirma que el juez que posee dudas en acoger una demanda, debe fallar a favor del demandado, en virtud de la presunción de inocencia que lo asiste. Por el contrario, si tiene la certeza respecto a lo esgrimido por el actor, no tiene porqué ordenar que se realice ningún tipo de actividad probatoria, ya que el uso de ésta facultad es exclusivamente en situaciones excepcionales donde el magistrado posea dudas acerca de los hechos controvertidos que le impidan tener la certeza para llegar a la sentencia.

7- CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA

Como se trató previamente en el capítulo 2, la carga de la prueba pesa sobre quien alega un hecho. A pesar de ello existen ciertas excepciones preestablecidas en las leyes sustantivas en las que la carga probatoria se invierte, correspondiéndole probar no a quien alega un hecho, sino a la contraparte.

Existe otra excepción en la que el juez invierte la carga probatoria en situaciones en las que la parte contraria a la que afirma un hecho, se encuentra en mejores condiciones de probar, pesando sobre ella la responsabilidad de hacerlo.

Hasta la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, ésta era una facultad pretoriana. Hoy se encuentra regulado en el artículo 1735, el cual prescribe:

“Facultades judiciales. No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.”

Abraham Vargas (2009B, p. 48), plantea el problema de la siguiente manera:

“¿Por qué no se impone toda la carga de la prueba al demandante y se le imputa la incertidumbre con respecto a cualquier afirmación de hecho importante, tal como ocurre en general al acusador en el proceso penal? ¿Por qué el demandado tiene que participar en las consecuencias de la falta de prueba?”

Evidentemente, existe un antes y un después de la regulación de ésta medida. A continuación se analizarán las posturas de ambas doctrinas antes y después de la sanción del Código Civil y Comercial.

a- POSTURA ACTIVISTA

Vargas (2009B, p. 48) respondiendo al planteamiento del problema que él mismo hace, afirma que:

“se quitaría de antemano la probabilidad de éxito a cualquier demanda judicial, haciéndola con esto imposible, si se exigiera del demandante toda la prueba. Se entregaría el derecho a la buena voluntad del demandado; se llegaría a un estado de inseguridad jurídica, que equivaldría a la falta de toda protección. El demandado podría privar al demandante de su derecho mediante negaciones o afirmaciones arbitrarias. No se puede comparar el estado de cosas en el proceso civil con el existente en el proceso penal. Pues, en este último, el interés de la colectividad consiste en que sólo se castigue al culpable y que, por eso, más vale absolver a diez culpables que condenar a un inocente. En cambio, toda la economía nacional estriba en la seguridad de poder realizar los derechos privados, y la colectividad tiene un urgente interés en que el acreedor no sólo pueda acudir al órgano estatal pidiéndole protección jurídica sino que también pueda obtenerla sin dificultades demasiado grandes.”

Ávila Paz de Robledo (2006)-citando a Peyrano- señala que deben concurrir determinados extremos fácticos a los fines de la determinación de las mejores condiciones de probar. Se desplazaría la carga hacia el demandado en situaciones en las que el cumplimiento resulta imposible o muy dificultoso para el actor. Manifiesta como ejemplo de ello, situaciones en las que el documento se encuentra en poder del demandado o supuestos de mala praxis y, en general, en cualquier profesión que asume una obligación de medios.

Gozaíni (2002A), afirma que el deber de probar recae en quien se halla en una mejor situación de aportar los elementos para alcanzar la verdad objetiva, por ejemplo, en circunstancias en donde la contraparte de la que afirma un hecho, posee conocimientos técnicos e intervino en forma directa con el hecho dañoso. El autor concluye que es una medida aplicable excepcionalmente, ya que se trata de situaciones extremas de muy difícil comprobación.

Peyrano (2013), expresa que de acuerdo a las circunstancias del caso, se legitima que deba dejarse de lado la distribución "normal" de la carga probatoria, de modo tal que quien debía soportar el esfuerzo probatorio principal, se traslade a la contraria. Dicho desplazamiento no

disminuye la intensidad probatoria que debe cumplir tanto la parte afectada por el desplazamiento probatorio como su contraria, por lo que ambas (actor y demandado) deben generar certeza en el juez acerca de los hechos y circunstancias cuya prueba se encuentra a cargo de ellas. Éste instituto se vería justificado por la extremada dificultad probatoria de quien soportaría el "onus probandi" en el marco del esquema tradicional y por la mayor facilidad probatoria del litigante que en un principio no debía probar. Tal desplazamiento de cargas probatoria no abarcaría la totalidad de los hechos y circunstancias relevantes para la suerte de la causa. El autor entiende que la observancia irrestricta del susodicho esquema podría ser fuente de injusticias, porque no pondera adecuadamente las circunstancias del caso que indican la necesidad de desplazar una carga probatoria o, inclusive, pergeñar un nuevo reparto probatorio con menores requerimientos para uno de los litigantes que para el otro. A merced de ello, se podría obtener una igualdad probatoria real y no meramente formal. El jurista concluye que actualmente existe una conciencia generalizada respecto a que lo distinto puede y debe recibir un tratamiento diferente. Caso contrario, se habría logrado una igualdad meramente aritmética, pero se habrá perdido la posibilidad de conseguir el pan de la Justicia.

b- POSTURA GARANTISTA

Alvarado Velloso (2009B) entiende que quienes defienden la utilización de éste instituto, pretenden cambiar las reglas procedimentales según sus propias opiniones, olvidando el mandato constitucional que establece la inviolabilidad de la defensa en juicio. Procuran dejar de lado las reglas normativas de la incumbencia confirmatoria, variándolas en cada caso concreto por la mera aplicación caprichosa de las antiguas reglas subjetivas de la facilidad o de la mejor posibilidad de “probar”, por lo tanto, el juez podría imponer la incumbencia confirmatoria que se le ocurra. El autor afirma que cierta jurisprudencia comenzó a sostener, en el momento mismo de sentenciar un recurso de apelación (es decir, después de que el proceso terminó), que si bien no fue adecuadamente confirmado por el actor el hecho constitutivo de la imputada responsabilidad, ello carecía de importancia, ya que la respectiva carga de probar correspondía a la contraparte y, por tanto, al nada haber acreditado ésta, debía acogerse sin más la pretensión demandada. Es decir, el magistrado varió a su voluntad las reglas del juego a las cuales se ajustaron las partes en el

proceso, sólo que lo hizo después de que el procedimiento finalizó. Velloso concluye que, sólo la ley, es la que regula todo lo referente a la incumbencia confirmatoria a fin de dar total y objetiva seguridad a la actividad que los jueces cumplen al sentenciar, evitando así que ellos puedan alterar las reglas del onus probandi a discreción y una vez que el pleito ha finalizado. En otras palabras, se cambian las reglas del juego después de que el juego terminó, convirtiendo en ganador al claro perdedor.

Gabriel Quadri (2016), sostiene que las normas sobre carga de la prueba sientan una regla de conducta para las partes, a las que señalan cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar para evitarse las consecuencias desfavorables. A través de ellas se aconseja determinada conducta a las partes en un proceso determinado si no quieren correr el riesgo de perderlo, indicando y orientando a los justiciables acerca de qué hechos deberían probar cada uno de ellos, con el fin de obtener una resolución favorable. En síntesis, que las partes puedan saber al iniciarse el proceso cuál de ellas habrá de verse afectada por la ausencia de prueba sobre un hecho determinado, involucrando el valor previsibilidad.

En su postura, Quadri establece que no podría aplicarse la teoría de las cargas probatorias dinámicas sin declarar la inconstitucionalidad de las normas legales que distribuían, explícitamente, la carga de la prueba (por ejemplo el art. 377 del C.P.C.C.N. ó 375 del C.P.C.C. Cba.).

Al referirse al tiempo anterior a la sanción del Código Civil y Comercial, el autor afirma que el juez podía echar mano a esta norma de clausura (cuando faltaba prueba de determinado hecho relevante), para determinar cuál de los litigantes debía ver su posición perjudicada por el déficit acreditativo, pero ello recién cuando llegaba el momento de decidir. Y todavía más, antes de llegar a dicha solución extrema, se hacía preciso determinar (en la misma sentencia) si con la prueba ya arrojada al expediente, los hechos respectivos habían quedado acreditados, ya que el problema de la carga de la prueba aparecía, justamente, ante la ausencia de prueba.

Analizando el nuevo artículo 1735 C.C.C.N., Gabriel Quadri observa que se establece la formulación de una advertencia previa. La situación se complicaría en circunstancias donde el magistrado de primera instancia no considere que correspondiera aplicar la distribución de la carga probatoria prevista por el art. 1735. En éste caso, el tribunal recursivo quedaría en una

situación compleja, ya que habría que preguntarse si podría la Cámara resolver lo contrario al momento de abordar la apelación interpuesta contra la sentencia si el perdedor trae agravios sobre el tema.

c- NUESTRA POSTURA

Analizando la utilización de éste instituto antes de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, nos manifestamos en contra de ésta medida. Entendemos que el verdadero problema no era el traslado de la carga probatoria, ya que existen un sinnúmero de circunstancias en las que se podría dar el caso que, quien alega un hecho se encuentre en imposibilidad de condiciones para probarlo, y a la parte contraria le sea más fácil o, por lo menos, posible. Existen diversas situaciones reguladas por la ley sustantiva en las que la carga probatoria se invierte, pero resultaría imposible legislar todas y cada una de las circunstancias en las que una parte se encuentra en una posición ampliamente favorable para probar un hecho, con respecto a quien lo alega.

El gran problema del dinamismo de la carga de la prueba, radicaba en el momento de su utilización. El juez decidía a quién le correspondía probar una vez finalizado el litigio, violentando gravemente el derecho de defensa en juicio. Quien se veía perjudicado por la decisión, daba con que era él quien debía comprobar, pero ya no podía hacerlo (por más que hubiera podido) por haber finalizado el procedimiento. La estrategia que hubiese utilizado la parte perjudicada por la medida, obviamente no habría sido la misma si de antemano supiese que pesaba sobre ella la carga de probar.

El nuevo artículo 1735 soluciona, en parte, ese problema. Creemos que el gran error en ésta norma, yace en la frase: “*si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio*”. El problema persiste porque no se le obliga al magistrado comunicar a las partes la utilización de ésta medida, sino que simplemente se le da la posibilidad de hacerlo. Entonces, si el juez “no lo considera pertinente”, podrá optar por no comunicarlo previamente y así, el problema persistirá y se seguirá violando el derecho de defensa en juicio.

8- MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS

Ferreira de De la Rúa (2009B, p. 354), define a éste instituto como:

“un mecanismo que tiene por objeto dar una respuesta jurisdiccional rápida a situaciones urgentes, sin necesidad de tener que promover una demanda principal. Tienen un fin en sí mismas, no son accesorias ni instrumentales y, lo que es más importante, no revisten naturaleza de cautelar.

(...) surge de la necesidad imperiosa de que el órgano jurisdiccional intervenga lo antes posible para evitar la irreparabilidad del perjuicio que acarrearía la demora.”

Para Gozaíni (2002A, p. 312), las medidas autosatisfactivas son:

“Medidas urgentes que resuelven sobre la urgencia y la verosimilitud del derecho, impidiendo que el respeto por las formas postergue una decisión que, siendo provisoriamente estimable, se anularía en su eficacia si se dictara tardíamente. Y será tardía, cuando los tiempos del proceso se cumplen en su deleznable mezquindad y sofisma.”

García Montaña (2009B), afirma que las medidas autosatisfactivas o tutela inmediata, se orientan a satisfacer el objeto de la pretensión, a fin de evitar que el actor sufra ciertos perjuicios que se supone que padecerá como consecuencia de una satisfacción retardada.

Un concepto garantista, es el que nos deja Alvarado Velloso (2009B, p. 98):

“consisten en el otorgamiento inmediato por un juez del derecho pretendido por un actor civil, a su solo pedido y sobre la exclusiva base de la aceptación unilateral y sin más que la autoridad hace respecto de la existencia de ese derecho.”

Carolina Eguren (2009B), establece los siguientes caracteres de éste instituto:

- Pretensión no declarativa de derechos: implica que el interés del postulante debe limitarse a obtener la solución de urgencia requerida, sin extenderse a la declaración judicial de derechos afines.

- Acreditación de una fuerte probabilidad de la existencia del derecho: no se exige certeza o convicción, sino que es bastante con la demostración de una probabilidad del derecho.
- Urgencia pura: implica la inminencia actual de un posible daño a un derecho o posible derecho.
- Contracautela: consiste en una garantía que debe otorgar quien la solicita, con el fin de reparar los daños que pueda ocasionar al afectado si la medida se decreta indebidamente
- Autonomía o prescindencia de un proceso: se abastece con su propio dictado, y no reviste el carácter instrumental de otro proceso.
- Ausencia de provisionalidad: se concede una tutela definitiva.
- Innecesaridad de la declaración del derecho: implica que el interés del postulante se ha circunscripto de manera evidente a obtener la solución de urgencia requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos afines.
- Bilateralidad postergable: Los jueces pueden despachar la medida postulada o someterla a una previa y reducida sustanciación que no excederá del otorgamiento a quien correspondiere, de la posibilidad de ser oído. El ejercicio del derecho de audiencia se posterga. Luego de dictada la resolución autosatisfactiva, la parte puede formular los recursos que correspondan.
- Ejecutabilidad inmediata: dada la urgencia de la medida se consideran inadmisibles incidentes o recurso de virtualidad suspensiva de la efectivización del derecho material. El legitimado sólo podrá impugnarla por recurso de apelación que será concedido, en su caso, con efecto devolutivo, o iniciar un juicio declarativo general sumario de oposición, cuya promoción no impedirá el cumplimiento de la decisión judicial impugnada. Una vez elegida una vía de impugnación, se perderá la posibilidad de hacer valer la otra.
- Excepcionalidad de su despacho: su aplicación es excepcional ya que reclama la previa verificación de la urgencia con el fin de consagrar un derecho procesal de emergencia, de socorro, de urgencia.

El instituto que estamos estudiando no se encuentra regulado en los códigos de procedimiento tanto de la provincia de Córdoba, como de la Nación. Sin embargo, algunas provincias sí reglamentan la aplicación de ésta medida, tal como las provincias de Chaco (Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Chaco, art. 232 bis⁵¹), Corrientes (Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes, arts. 785-786⁵²) y Santa Fe (Ley 11.529⁵³).

⁵¹ Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Chaco, art. 232 bis: “Los jueces a pedido fundado de parte, respaldado por prueba que demuestre una probabilidad cierta de que lo postulado resulta atendible y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, deberán excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas. Según fueren las circunstancias del caso, valoradas motivadamente por el Juez, éste podrá exigir la prestación de cautela suficiente.

Los despachos favorables de medidas autosatisfactivas presuponen la concurrencia de los siguientes recaudos y quedarán sujetas al régimen que a continuación se describen:

- a) Que fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación de fondo o procesal;
- b) Que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines;
- c) Los jueces podrán fijar límites temporales a las medidas autosatisfactivas que despacharen y disponer, a solicitud de parte, prórrogas de las mismas. No rigen en la materia los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar;
- d) Los jueces deberán despachar directamente la medida autosatisfactiva postulada o, excepcionalmente según fueren las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y reducida substanciación, que no excederá de conceder a quien correspondiere la posibilidad de ser oído;
- e) El legitimado para contradecir una medida autosatisfactiva ordenada, podrá optar para impugnarla entre la interposición directa del recurso de apelación que será concedido en su caso, con efecto devolutivo, o iniciar un juicio declarativo general sumario de oposición cuya promoción no impedirá el cumplimiento de la decisión judicial impugnada.

Elegida una vía de impugnación, se perderá la posibilidad de hacer valer la otra. También podrá solicitar la suspensión provisoria de la medida autosatisfactiva que lo afectare, en el supuesto de que acreditare prima facie la existencia de la posibilidad de sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación, previo ofrecimiento y prestación de contracautela suficiente.”

⁵² Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes art. 785: “Medidas autosatisfactivas.

Caracterización: Ante solicitud fundada de parte, explicando con claridad en qué consisten sus derechos y su urgencia y aportando todos los elementos probatorios que fundamenten la petición y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, el Juez o Tribunal deberá excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas, según fueren las circunstancias del caso, valorados motivadamente y se podrá exigir la prestación de caución real o personal, determinando en estos casos la vigencia.”

Art. 786: “Presupuestos: Para poder dictar resolución favorable se presuponen la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- a) Que fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación procesal o de fondo.
- b) Que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines.
- c) Se podrán fijar límites temporales a las medidas autosatisfactivas que se dicten y disponer, a solicitud de parte, prórrogas de las mismas.”

⁵³ Ley 11.529 de la Provincia de Santa Fe, art. 5: “Medidas Autosatisfactivas. El juez interviniente, al tomar conocimiento de los hechos denunciados, medie o no el informe a que refiere el artículo anterior, podrá adoptar de inmediato alguna de las siguientes medidas, a saber:

- a) Ordenar la exclusión del agresor de la vivienda donde habita con el grupo familiar, disponiendo -en su caso- la residencia en lugares adecuados a los fines de su control.

Las mencionadas legislaciones coinciden en la excepcionalidad de la medida frente a la peligrosidad de un daño irreparable para quien la solicita, ello fundado en una probabilidad cierta del derecho reclamado.

a- DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS Y CAUTELARES

Ferreya de De la Rúa (2009B, p. 321), define a las medidas cautelares como *“las resoluciones judiciales que tienen como fin garantizar el resultado del proceso o anticipar, durante la sustanciación de éste, la probable resolución que pueda dictarse al resolverse la cuestión principal.”*

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación regula las medidas cautelares en su artículo 232, estableciendo:

“Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia.”

Por su parte, el Código Cordobés hace referencia a los requisitos y oportunidad, prescribiendo en el artículo 456:

- b) Prohibir el acceso del agresor al lugar donde habita la persona agredida y/o desempeña su trabajo y/o en los establecimientos educativos donde concurre la misma o miembros de su grupo familiar.
- c) Disponer el reintegro al domicilio a pedido de quien ha debido salir del mismo, por razones de seguridad personal.
- d) Decretar provisoriamente cuota alimentaria, tenencia y derecho de comunicación con los integrantes del grupo familiar, sin perjuicio de la aplicación de las normas vigentes de similar naturaleza.
- e) Recabar todo tipo de informes que crea pertinente sobre la situación denunciada, y requerir el auxilio y colaboración de las instituciones que atendieron a la víctima de la violencia.

El juez tendrá amplias facultades para disponer de las precedentes medidas enunciativas en la forma que estime más conveniente con el fin de proteger a la víctima; hacer cesar la situación de violencia, y evitar la repetición de hechos de agresión o malos tratos.

Podrá asimismo, fijar a su arbitrio y conforme a las reglas de la sana crítica el tiempo de duración de las medidas que ordene, teniendo en cuenta el peligro que pudiera correr la persona agredida; la gravedad del hecho o situación denunciada; la continuidad de los mismos; y los demás antecedentes que se pongan a su consideración.

Posteriormente a la aplicación de las medidas urgentes antes enunciadas, el juez interviniente deberá dar vista al Ministerio Público y oír al presunto autor de la agresión a los fines de resolver el procedimiento definitivo a seguir.”

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

El escrito debe expresar el derecho que se pretende asegurar, la medida que se pide, la disposición legal en que se funda, y el cumplimiento de los requisitos que correspondan, en particular, a la medida requerida.”

Si bien ambas figuras coinciden en varias de sus características, hay diferencias sustanciales en algunas de ellas. Según Ferreyra de De la Rúa (2009B), los caracteres de las medidas cautelares son:

- Instrumentales: ya que no poseen un fin en sí mismas al ser un accesorio de otro proceso principal del cual dependen para asegurar el cumplimiento de la sentencia que vaya a dictarse.
- Mutables o modificables: pueden ser ampliadas, mejoradas o sustituidas siempre que se justifique que las existentes no cumplen la función garantizadora a la cual estaban destinadas.
- Provisionales: la medida cautelar se mantiene como condición de que continúe la situación de hecho que dio origen y en base a la cual se ordenó.

A su vez, la misma autora, manifiesta los requisitos de procedencia para la medida cautelar:

- Verosimilitud del derecho: es decir, la aparente existencia o probabilidad del derecho que se pretende proteger.
- Peligro en la demora: implica la inminencia actual de un posible daño a un derecho o posible derecho.
- Contracautela: consiste en una garantía que debe otorgar quien la solicita, con el fin de reparar los daños que pueda ocasionar al afectado si la medida se decreta indebidamente

Si bien en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba no se encuentra legislado el instituto de las medidas autosatisfactivas, hay quienes lo encuadran en el artículo 484, que regula las medidas cautelares no enumeradas o innominadas. El artículo prescribe:

“Fuera de los casos, previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable, podrá solicitar las medidas que, según las circunstancias fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia.”

No compartimos que el artículo 484 haga referencia a las medidas autosatisfactivas, porque entre éstas y las cautelares existe una diferencia de vital importancia. Las medidas cautelares tienen carácter provisional (art. 462, C.P.C.C. Cba.⁵⁴) y tienen como requisito que posteriormente a aplicarlas, se efectúe una demanda (art. 465, C.P.C.C. Cba.⁵⁵), ya que de no hacerlo la cautelar caducará.

Las medidas autosatisfactivas no tienen carácter provisional porque se agotan al concretarse, es decir, no cabría la necesidad de un proceso posterior ya que su fin es el objeto mismo del litigio. En cambio, como lo afirma Moroni Romero (2009, p. 156), las cautelares son *“herramientas procesales que no saldan en forma definitiva el objeto del proceso principal al cual acceden, sino que, por el contrario, tienen como fin preservar el cumplimiento de la sentencia cuando sea dictada.”*

Gozaíni (2002A, p. 323), expresa: *“La medida autosatisfactiva es una solución urgente no cautelar, que se ordena en circunstancias extremas, por la que se procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial.”*

⁵⁴ Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Art. 462: “Se podrá pedir el levantamiento de las medidas cautelares en cualquier momento luego de la cesación de las circunstancias que las determinaron.”

⁵⁵ Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Art. 465: “Si la medida cautelar se hubiere decretado antes de la demanda, el peticionante deberá promoverla dentro de los diez días posteriores a aquél en que la medida se trabó o desde que la obligación fuere exigible. Vencido este plazo, el afectado podrá pedir la cancelación. Del pedido se dará vista al solicitante bajo apercibimiento de tenerlo por conforme con la petición. El tribunal ordenará la cancelación de la medida si el peticionante no acreditaré, en el plazo de la vista, haber promovido la demanda con anterioridad al pedido de caducidad. En tal caso serán a cargo del peticionante las costas de la cancelación de la medida, o de las fianzas que se hubieren dado en sustitución, y los daños y perjuicios causados. Contra este auto procederá el recurso de apelación. El pedido de medidas previas tiene los efectos de la demanda, pero se operará la caducidad si transcurren diez días sin instarse el procedimiento, o si no se entable aquélla en el mismo plazo luego de culminado.”

b- POSTURA ACTIVISTA

Gozaíni (2002A), entiende que la figura de la medida autosatisfactiva tiene como objetivo evitar que las rigideces técnicas condicionen la lectura de pretensiones viables ya que, en algunos casos, las formas pueden convertirse en rituales que constituyen una finalidad en sí mismos. El autor sostiene que en el marco de las normas transnacionales, la jurisdicción autoriza al juez a asumir con valentía éste tipo de medidas, lo que llama “tutela urgente en el proceso”. La no implementación de ésta medida, afirma, implicaría ignorar el mandato constitucional que otorga a los particulares el derecho a una respuesta expedita por parte del órgano jurisdiccional.

Para Carolina Eguren (2009B), la tutela satisfactiva supone un salto evolutivo del derecho procesal, no sólo porque contribuye a restablecer la igualdad de las partes en el proceso, sino porque supone un ahondamiento de la posibilidad de escucha de las circunstancias que rodean al casus, con la finalidad de afianzar la justicia y consagrar la tutela del derecho material de un modo efectivo.

La Autora sostiene que existen supuestos excepcionales en los que concurre una “urgencia intrínseca”, en la que justiciable se encuentra en una posición de debilidad tal que le impide asumir el tiempo y los costos del proceso, lo que tiende a desalentar posibles reclamos legítimos, cercenando el acceso a la jurisdicción. Ésta urgencia situaría a las partes en un estado de necesidad que exige al poder jurisdiccional una respuesta rápida, eficaz y despojada de formalidades innecesarias.

Eguren (2009B, p. 74)-citando a Ada Pellegrini Grinover- establece que los fines de las medidas autosatisfactivas son:

“a) Evitar a las partes y a la administración de justicia el ‘costo’ del proceso de conocimiento pleno, en los casos en que no se justifica la plausibilidad de contestación.

b) Asegurar rápidamente la efectividad de la tutela jurisdiccional en las situaciones de ventaja de contenido (exclusivo o prevalente) no patrimonial y sufrir daño irreparable por la demora de la cognición plenario.

c) Evitar el abuso del derecho de defensa del demandado, mediante la utilización de los instrumentos de garantía previstos para el procedimiento ordinario”.

La letrada concluye que detrás de la excesiva neutralidad de los jueces, se esconde una sobreprotección en la figura del demandado. Un derecho procesal que privilegie el derecho de audiencia por sobre el derecho a la vida y a la salud, implicaría una deformación derivada del abuso del poder propio del proceso.

Liliana González (2006), expresa que el peligro en la demora de las medidas cautelares se sustituye por la llamada "irreparabilidad del perjuicio", conceptualizándolo en una especie de “peligro en la demora calificado”. No se trataría en éste caso de un daño patrimonial, ya que ello es de fácil reparación mediante una contracautela, sino de un perjuicio de otra índole difícilmente reversible. La autora proclama la necesidad de la inclusión de la medida autosatisfactiva en los códigos procesales vigentes a través del dictado de normas procesales que determinen con precisión el carácter excepcional de los procesos urgentes, sus requisitos de admisibilidad, los efectos de su dictado y el régimen recursivo. La jurista sostiene que ello evitará la inseguridad jurídica, porque el justiciable poseerá previamente el conocimiento de la vía y del régimen aplicable, echando por tierra las críticas relacionadas con el riesgo de generalización de las tutelas diferenciadas y la afectación del principio de bilateralidad, en aras del dictado de una decisión rápida y eficaz que evite un daño irreparable.

c- POSTURA GARANTISTA

García Montaña (2009B), afirma que no se respetaría el derecho de defensa en un sistema que prevea el recurso de apelación como única instancia para controvertir lo decidido mediante medidas autosatisfactivas. El problema radica en que el condenado no podrá discutir más tarde la fundabilidad de la pretensión del demandante a través de un procedimiento amplio sin la limitación de defensas y pruebas, ya que el recurso no otorga tal posibilidad. Por otro lado, en el juicio de conocimiento posterior a una medida autosatisfactiva (que tiene por objeto una declaración de certeza sobre la fundabilidad de la pretensión concedida), no cabría discutir acerca de la urgencia ni sobre la probabilidad de la fundabilidad del reclamo. Ello porque considera que

sería absurdo revocar o mantener lo decidido en la autosatisfactiva, porque la pretensión era o no urgente. La sentencia autosatisfactiva será mantenida o revocada según se demuestre que la pretensión era o no fundada, mas no porque era urgente o no. El autor sostiene que al obligar al impugnante a optar entre el recurso o el juicio de cognición, se lo está colocando ante el dilema de discutir los presupuestos de procedencia de la autosatisfactiva (urgencia y fuerte probabilidad) por vía de recurso, o discutir sobre la fundabilidad de la pretensión adelantada. El jurista concluye que no habría manera de impugnar legítimamente lo decidido por medio de una medida autosatisfactiva, por lo tanto sería condenar a alguien sin “juicio previo”, impidiendo el ejercicio del derecho de defensa, antes y después de su dictado.

Calvinho (2009), sostiene que éste tipo de medidas pueden ser convenientes y eficaces para el que obtiene la medida, pero terribles para el que las padece, al quedar confinado a la impotencia procesal y a tener que demostrar su inocencia. El autor sostiene que éste instituto se aparta de los postulados constitucionales, bajo las banderas de una tutela rápida y eficaz, suplantando el proceso por meros procedimientos.

Por su parte, Alvarado Velloso (2009B), entiende que lo que se está haciendo en realidad con éste instituto, es condenar a alguien a hacer o no hacer alguna cosa sin darle la más mínima audiencia previa, ya que se actúa en sede puramente cautelar. A pesar de existir casos extremadamente excepcionales en los que las medidas puedan resultar justas, el autor afirma que no son idóneas, ya que se privilegia la meta por sobre el método.

El destacado jurista resalta la gravedad de éste tipo de “cautela”, que no exige la existencia de un proceso principal al cual acceder sino que prescinde de él, agotando el tema con el dictado de la sentencia “cautelar” que soluciona definitivamente la pretensión de la actora y coloca al perjudicado por ella en la carga de impugnar dicha “sentencia”.

Los puntos más alarmantes de éstas medidas (según Velloso), que ya encuentran regulación en algunas de las provincias de nuestra Nación, son:

- Se descarta la bilateralidad de la audiencia previa a la decisión judicial al aceptar la unilateral afirmación del actor, cuya solución es de tal urgencia que merece no oír a su contraparte, violentando el art. 18 de la Constitución Nacional, ya que se emitirá condena sin dar audiencia previa a quien sufrirá sus efectos.

- Se practica unilateralmente toda la prueba necesaria para lograr en el juez la convicción de la razón expuesta por el actor, también violentando el art. 18 de la Constitución Nacional, en cuanto se impide el control de la prueba de cargo y se elimina la posibilidad de presentar la de descargo.
- Se rompe el principio de igualdad ante la ley, al admitir unilateralmente una pretensión principal presentada bajo la forma de cautela, autorizando al juez a no exigir la contracautela que el pedido indebido pueda generar al afectado.
- Se impide el pleno ejercicio del derecho de defensa del perjudicado por las limitadas posibilidades impugnativas que, por sí mismas, no generan adecuada contradicción.
- Se le permite al perjudicado solicitar la suspensión de la orden judicial, pero efectivizando la prestación de una contracautela que no se le impuso al actor, sujetando el diálogo procesal a desiguales exigencias legales a las partes en litigio
- Apelar la decisión recaída en la pretensión autosatisfactiva violenta el derecho de defensa, ya que no es lo mismo contestar una demanda que expresar agravios contra una sentencia, en razón de las funciones que pueden realizar los jueces de primera y de segunda instancia. En tanto que el primero debe decidir acerca de los hechos controvertidos y fundantes de la respectiva pretensión así como de la determinación de la norma general, abstracta y preexistente que se les aplicará. El juez de segundo grado no puede tratar el litigio con la misma extensión que pudo utilizar su inferior, sino que se encuentra limitado a los agravios vertidos por el perdedor.
- La interposición del recurso de apelación hace perder la posibilidad de iniciar el proceso y viceversa, violentando nuevamente el art. 18 de la Constitución Nacional.

El autor concluye que el resultado de la utilización de éstas medidas, importa la eliminación del proceso como método de discusión, remplazándolo con la exclusiva decisión de un juez, tomada en base de su mera sagacidad, sapiencia, dedicación y honestidad. Lo que en realidad debería haberse hecho, sostiene, era repotenciar la figura del amparo y no instalar por los jueces el injerto que aquí se critica.

d- NUESTRA POSTURA

Entendemos que, en realidad, más que una facultad o poder autónomo del juez, nos encontramos frente a un procedimiento el cual es regido por sus propias reglas.

Compartimos la postura de Alvarado Velloso, en cuanto a todos los puntos alarmantes que desarrolla. Hay ausencia de bilateralidad, se violenta el derecho de defensa, contradicción, a ser oído, de inocencia, de igualdad ante la ley y juicio previo, en definitiva, el debido proceso.

Estamos ante una figura única en el Derecho, que parecería ir en contra de todos los postulados constitucionales que tanto tiempo nos llevó conseguir, aparentando una involución procesal en cuanto a la cantidad de derechos que aquí se ven vulnerados. Y por si ello fuera poco, se crea inseguridad jurídica, ya que los justiciables se encuentran ante un procedimiento totalmente desconocido e incierto.

A pesar de todo lo expresado, entendemos y somos consientes que existen determinadas situaciones excepcionales, en las que quienes recurren a la justicia necesitan protección jurídica y una solución urgente. Algo por lo que no se destaca nuestro sistema judicial, es justamente por brindar soluciones urgentes a quienes la solicitan, sino más bien, todo lo contrario.

Creemos que por encima de todo, se encuentra la salud y la vida. Nuestra opinión es que cuando esos derechos se encuentran en riesgo y se necesita una solución urgente, el sistema judicial debe brindarla. Si ello implica que se vulnere algún principio constitucional, sería algo sumamente grave, pero más grave sería que por respetar las formalidades que exige el proceso (formalidades que son necesarias para la existencia del debido proceso y el respeto por los derechos de todas las personas que se someten a juicio), se pierdan vidas o se deteriore la salud de forma irreversible de quienes acuden a la justicia.

No dudamos de las buenas intenciones de éste instituto, pero creemos que falta trabajar en ello. Habría que regular un tipo de procedimiento exclusivo para éste tipo de situaciones sumamente excepcionales en las que se encuentre en juego sea la salud y la vida, pero brindándole a la parte pasiva, aunque sea la mínima posibilidad de defenderse. Para ello los

plazos deberían ser extremadamente cortos debido a la urgencia que se presenta, ya que por ningún motivo el daño que se teme por la parte actora, debe ocurrir.

Concluimos que las medidas autosatisfactivas importan una grave vulneración a los preceptos del debido proceso y los derechos constitucionales de quienes se ven perjudicados por ésta figura. Por ende, debería crearse un nuevo tipo de procedimiento (como ya lo mencionamos) que las reemplace. Hasta tanto, la salud y la vida siguen estando por encima de todo.

9- CONCLUSIONES PARCIALES

Tanto el garantismo procesal, como el activismo judicial, procuran afianzar la justicia respetando los principios constitucionales que rigen el proceso legal. No se discute que lo pretendido por ambas corrientes es el respeto por la norma constitucional y la justicia, sino simplemente las interpretaciones acerca del límite de actuación del juez en el proceso, a lo que el activismo procura un rol activo para llegar a la verdad de los hechos, y el garantismo pretende la imparcialidad total del magistrado.

Se analizaron tres figuras jurídicas como lo son las medidas para mejor proveer, la carga dinámica de la prueba y las medidas autosatisfactivas. A modo de síntesis, concluimos que en las primeras el juez no solo estaría realizando actividad probatoria que le corresponde hacer a las partes (comprometiendo su imparcialidad), sino que violenta el principio de inocencia del demandado, en el caso que genere estas medidas por tener dudas en acoger la demanda.

Con respecto a la carga dinámica de la prueba, estamos de acuerdo en que pueden existir situaciones excepcionales en las que, quien debería probar un hecho se encuentre en la imposibilidad de hacerlo, cuando la contraparte sí puede. Creemos que la regulación de ésta figura en el Código Civil y Comercial es un gran avance, pero falla en no imponerle al juez la obligatoriedad del comunicado previo a quien se le impone la carga, dándole la posibilidad de probar los hechos que alega.



Por último, entendemos que las medidas autosatisfactivas importan una grave violación a los principios constitucionales que rigen el debido proceso, por lo que se debería crear un nuevo tipo de procedimiento para las situaciones excepcionales en las que ésta figura es procedente, donde el perjudicado tenga la oportunidad de defenderse. Hasta que eso suceda, creemos que el juez debe hacer lo que tenga a su alcance para proteger la vida y la salud, cuando éstas se encuentren en grave peligro de sufrir un daño irreparable, aún cuando ello implique violentar el debido proceso.

CAPITULO V

JURISPRUDENCIA

A LA LUZ DEL

ACTIVISMO Y GARANTISMO

1- INTRODUCCION

En el presente capítulo se analizará jurisprudencia tanto nacional como provincial, en la que se puede apreciar las facultades del juez que han sido motivo de estudio en el presente TFG.

Se expondrán los hechos, las resoluciones del tribunal y nuestra opinión sobre cada uno de los casos que se abordarán. Ello implicará un mayor entendimiento sobre las figuras estudiadas y de los criterios sentados por los tribunales.

2- C.S.J.N. “CAMACHO ACOSTA, MAXIMILIANO C/ GRAFI GRAF S.R.L. Y OTROS”⁵⁶

a- HECHOS

El actor reclama a través de un proceso de indemnización de daños y perjuicios, una medida cautelar innovativa por la cual se disponga a los demandados el pago de una prótesis de su antebrazo izquierdo. El mismo había sido amputado por una máquina perteneciente a la parte demandada. El demandante sostiene que la tardanza en la colocación de la prótesis le provocaría un perjuicio irreversible en la posibilidad de recuperación física y psíquica, a la vez que le causaría un menoscabo que le impediría desarrollar cualquier relación laboral.

El juez de primera instancia desestima la medida, sosteniendo que admitirla implicaría emitir opinión sobre la cuestión debatida. Posteriormente la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, entendió que el recurrente no había cumplido con el recaudo de la verosimilitud del derecho, y adentrarse el tribunal en el examen de la cuestión debatida implicaría emitir opinión sobre la cuestión sobre la que el sentenciante se debe pronunciar recién en la parte resolutive.

Posteriormente, se interpone recurso extraordinario alegando que la resolución apelada no respondió a los argumentos planteados en defensa de su posición, desechando las pruebas agregadas por su parte que demostraban la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora por la falta de colocación de la mencionada prótesis. Ello motiva recurso directo (también llamado queja) por parte del actor, llegando el caso a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

b- FALLO DE LA CORTE

El máximo Tribunal se expide afirmando que si bien las resoluciones adoptadas en materia de medidas cautelares no son susceptibles de revisión por la vía del recurso extraordinario, ello cede

⁵⁶ C.S.J.N. “Camacho Acosta, Maximiliano c/ Grafi Graf S.R.L. y otros” (07/08/1997). Recuperado de : <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumento.html?idAnalisis=392431> (20/10/2016).

al producirse un agravio de difícil reparación posterior, o cuando la alteración de la situación de hecho o de derecho pudiera influir en la sentencia, convirtiendo su ejecución en ineficaz o imposible.

Con respecto a la verosimilitud del derecho invocado por el actor, que el juez en primer grado entendió que no se cumplió, la Corte sostiene que el magistrado la tuvo por acreditada, ya que dispuso embargo sobre los bienes del demandado para resguardar el eventual pronunciamiento sobre la indemnización del actor.

En cuanto al tribunal de alzada, la Corte afirma que no podía desentenderse del tratamiento concreto de las alegaciones formuladas por el actor, ya que existen ocasiones en las que existen fundamentos que imponen al tribunal expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada, lo que resultaba necesario en éste caso por el agravio a la integridad física y psíquica que el demandante pretendía reparar. Ello podría tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva.

Por último, concluyen que el anticipo de jurisdicción en éste tipo de medidas, no importa una decisión definitiva en relación a la pretensión del demandante, sino que pretende evitar la situación de peligro de permanencia de la situación actual, hasta tanto se llegue a una resolución que concilie a las partes.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación admite el recurso extraordinario y deja sin efecto la sentencia apelada.

c- NUESTRA OPINIÓN

Como ya lo mencionamos previamente al momento de analizar las medidas autosatisfactivas, cuando se encuentran en riesgo la vida y la salud de sufrir un daño irreparable, el sistema judicial debe brindar protección y soluciones urgentes a quienes lo solicitan.

Entendemos que en éste caso, a través de una medida cautelar innominada, se le está dando al actor una de las principales pretensiones que requiere a través de la demanda. En situaciones

normales u ordinarias, esto debería concederse (en caso de resultar vencedor en el litigio) recién en la sentencia, atravesando todos y cada uno de los pasos que el código de procedimientos tiene preestablecido para el desarrollo del proceso. Pero como se observa, no se trataba de una situación normal u ordinaria, sino excepcional, en la que una persona vio deteriorada gravemente su salud por nada menos que la amputación de un brazo. El hecho de realizar todas las etapas del procedimiento hasta llegar a una sentencia, implicaría un extenso lapso de tiempo, que tendría como resultado un perjuicio irreparable (tanto físico como psicológico) para el actor, por lo que coincidimos con el fallo de la Corte en el otorgamiento de la prótesis al demandante.

3- JUZGADO DE CONCILIACIÓN, CÓRDOBA. “CORZO, CRISTHIAN ARIEL C/ PROVINCIA A.R.T. S.A.”⁵⁷

a- HECHOS

El actor solicita en carácter de urgencia una medida de tutela autosatisfactiva, contra la Aseguradora de Riesgo del Trabajo PROVINCIA A.R.T. S.A., a fin de que se ordene a la misma dar las prestaciones normadas en el art. 20, inc. 1 y 3 de la ley 24.557⁵⁸, de manera inmediata, ordenando se le realicen las intervenciones quirúrgica de hombro y de rodilla, ambas izquierda, a cargo de la aseguradora.

⁵⁷ Juzg. Conciliación 7ª Nom.- Sec. 13. Córdoba. “Corzo, Cristhian Ariel c/ Provincia A.R.T. S.A.” (11/12/2013). Recuperado de: <http://www.justiciacordoba.gob.ar/consultafallosnet/Pages/Preview.aspx?Id=98166774> (20/10/2016).

⁵⁸ Ley Nacional 24.557. Art. 20: “1. Las ART otorgaran a los trabajadores que sufran algunas de las contingencias previstas en esta ley las siguientes prestaciones en especie:

- a) Asistencia médica y farmacéutica;
- b) Prótesis y ortopedia;
- c) Rehabilitación;
- d) Recalificación profesional; y
- e) Servicio funerario.

2. Las ART podrán suspender las prestaciones dinerarias en caso de negativa injustificada del damnificado, determinada por las comisiones médicas, a percibir las prestaciones en especie de los incisos a), c) y d).

3. Las prestaciones a que se hace referencia en el apartado 1, incisos a), b) y c) del presente artículo, se otorgaran a los damnificados hasta su curación completa o mientras subsistan los síntomas incapacitantes, de acuerdo a como lo determine la reglamentación.”

El demandante manifiesta que habiendo cumplido su jornada laboral, regresando a su casa en moto, resbala y se cae, golpeando fuertemente con la rodilla y hombro izquierdo contra el pavimento, siendo trasladado al Sanatorio Allende no observándose patologías de gravedad. Que le persisten los dolores y transcurriendo el tiempo, su estado de salud se deterioraba, dificultándole caminar y dormir a raíz de los dolores, a lo que se le solicita cirugía, rechazando el pedido la A.R.T., alegando que es muy probable que a pesar de ser operado no vaya a tener mejoría notoria, por lo que se le recomienda tratamiento fisiokinesioterapéutico, que no da resultado.

El demandante reclama que se le otorguen las prestaciones médicas que le urgen, ya que está en juego su salud y la posibilidad cierta de quedarse postrado para el resto de su vida, adaptándose esta vía, debido a la irreparabilidad que le ocasionaría a sus derechos si le obligan a optar por vías más amplias, por su necesidad imperiosa. Cita doctrina y jurisprudencia que avalan su pedido y, ofrece contracautela.

b- FALLO DEL TRIBUNAL

El Tribunal entiende que el principio general emanado de la denominada “tutela judicial efectiva” ha operado expresamente a través de la incorporación de los pactos internacionales al bloque constitucional por vía del art. 75, inc.22, de la C.N. Asimismo la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de lo resuelto en el caso “Camacho Acosta”, ha reconocido la procedencia de medidas de efectividad inmediata o autosatisfactorias, tendientes a evitar que la demora producida en la tramitación del proceso produzca un daño irreparable.

La Ley de Riesgos del Trabajo, expresa: “... las ART otorgarán a los trabajadores que sufran algunas de las contingencias previstas en esta ley las siguientes prestaciones en especie: a) Asistencia médica y farmacéutica; b) Prótesis y ortopedia; c) Rehabilitación; d) Recalificación profesional; e) Servicio Funerario...” y finalmente impone: “Las prestaciones a que se hace referencia en el apartado I, incisos a), b), y c) del presente artículo, se otorgarán a los damnificados hasta su curación completa o mientras subsistan los síntomas incapacitantes de acuerdo a como lo determine la reglamentación.

El Tribunal sostiene que la prueba aportada por la parte actora no fue cuestionada ni negada por la parte demandada, limitándose a adjuntar una pericia médica en disidencia, que nada aporta al proceso. Todo ello, denotando una falta total de predisposición para cumplir con la obligación impuesta por el Art. 20 último párrafo de la LRT y sus reglamentaciones.

La pericia médica solicitada de común acuerdo por las partes, afirma que en base a toda la documental presentada puede establecerse que ambas lesiones sufridas (traumatismo de hombro izquierdo y de rodilla izquierda) son de tratamiento quirúrgico.

Por lo expuesto, el Tribunal resuelve que habiéndose acreditado todos los elementos que constituyen las bases mínimas de admisibilidad para la recepción y despacho de la tutela anticipatoria, previo ofrecimiento y ratificación de contracautela eficaz y suficiente para garantizar los daños que eventualmente podría ocasionar, la que se fijará al momento de determinarse el monto dinerario necesario para afrontar la medida, corresponde hacer lugar a la medida cautelar solicitada, y en consecuencia ordenar a Provincia A.R.T. S.A., otorgar las prestaciones médicas requeridas en la presente acción, debiendo practicarse las cirugía de hombro y rodilla izquierda solicitadas por los médicos.-

c- NUESTRA OPINIÓN

Entendemos que si bien se trata de una medida autosatisfactiva, en éste caso no se violentó el derecho de defensa ya que la parte demandada tuvo oportunidad de, no solo valorar la prueba del actor, sino de ofrecerla. No se aplicaron los plazos convencionales de un procedimiento ordinario pero porque la urgencia de la situación así lo ameritaba.

Aunque estamos frente a una figura que no está regulada en nuestro ordenamiento jurídico, compartimos el fallo del Tribunal, ya que se trataba de una situación urgente donde lo que se encontraba en riesgo era la salud del actor. Una mayor demora en la satisfacción de la pretensión hubiese ocasionado un perjuicio irreparable y existían pruebas suficientes para la acreditación de una fuerte probabilidad de la existencia del derecho invocado.

Insistimos en que se tiene que regular un procedimiento para éste tipo de situaciones.

4- C.S.J.N. “PLÁ, SILVIO ROBERTO Y OTROS C/ CLÍNICA BAZTERRICA S.A. Y OTROS”⁵⁹

a- HECHOS

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil deja sin efecto el fallo de primera instancia, por lo que decide rechazar la demanda por daños y perjuicios debido a una mala praxis médica.

Los fundamentos del tribunal de segundo grado consisten en que la parte actora no pudo probar la falsificación de la historia clínica, tal como lo alegaba, ya que tal situación no se puede acreditar a través de suposiciones e indicios.

Si bien las pericias determinaron que una de las hojas de la historia clínica se realizó en un solo acto escritural, ello no probaría que fue falsificada o reemplazada por ser común que en algunos establecimientos médicos no lo hagan a cada momento sino al final de cada jornada laboral.

La Cámara entiende además, que las omisiones en la historia clínica carecen de gravedad y que no resultaba decisiva la ausencia de un médico de guardia que ordenara la internación.

Como consecuencia del fallo obtenido, la parte actora interpone recurso extraordinario que, al ser denegado, acude a la queja.

El recurrente afirma que el fallo es tendencioso y discriminatorio, con exigencias probatorias que irían en contra de los criterios actuales de distribución de las cargas, en procesos de responsabilidad médica, vulnerando los principios de justicia, de igualdad ante la ley y defensa en juicio.

El actor también afirma que se han ignorado los resultados de la pericia que establecen que dos hojas de la historia clínica, que asientan lo ocurrido durante más de doce horas, fueron confeccionadas en un solo acto escritural, y no con las interrupciones que señalan las indicaciones

⁵⁹ C.S.J.N. “Plá, Silvio Roberto y otros c/ Clínica Bazterrica S.A. y otros” (27/02/2007). Recuperado de: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumento.html?idAnalisis=508211> y <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumento.html?idAnalisis=499262> (20/10/2016).

horarias del margen izquierdo. Además, sostiene que el parto no fue bien atendido, surgiendo de las declaraciones de la obstetra, que la rotura uterina se produjo en ausencia del médico obstetra, lo que alejó la posibilidad de un parto normal y creó el riesgo de un nacimiento gravemente patológico y la ablación de órganos para la madre.

Por último, la parte actora sostiene que se la privó de la prueba, lo que lleva a la presunción de la culpa de la institución y de quienes eran responsables de llevar la historia clínica.

b- FALLO DE LA CORTE

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, comparte y hace suyos los fundamentos del Procurador General, el cual expresa que si bien los agravios del apelante remiten al examen de extremos de hecho, prueba y derecho común, procede a habilitar la vía extraordinaria por existir razones de mérito suficiente para descalificar el fallo por su falencia de fundamentación.

Se entiende que la constancia documental que emana de la historia clínica, es una prueba de decisiva relevancia en casos de mala praxis médica, ya que permite observar la evolución médica del paciente y tal prueba ha sido admitida en el fallo con el carácter de la irregular. A pesar de ello, tal circunstancia no fue considerada como trascendente por el a quo, argumentando que es una práctica habitual el hecho que se realice en un solo escrito. Tal documento cumple la función de llevar el seguimiento de la evolución del paciente, facilitando la conducta médica a seguir y el tratamiento médico adecuado, y el mencionado documento contiene omisiones de entidad. Por otro lado sirve como documento hábil, desde el punto de vista jurídico, para acreditar los supuestos invocados por ambas partes.

El Procurador sostiene que la doctrina y la jurisprudencia entienden que el carácter irregular de la historia clínica, constituye una presunción en contra del establecimiento médico, por lo que el damnificado carece de la documentación necesaria para encontrarse en igualdad de condiciones de posibilidades probatorias. Por tal motivo, se concluye que el exigirle a la actora la carga exclusiva de la acreditación de la irregularidad de la historia clínica y hacer alusión a que no

probó su adulteración material, se aparta de las circunstancias de la causa, ya que se refería a una adulteración ideológica.

En situaciones complejas que no resultan ser de fácil comprobación, como lo es la mala praxis, el Procurador General afirma que el concepto de “prueba compartida” o “carga dinámica de la prueba”, cobra fundamental importancia, ya que hace recaer el deber de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, a quien se halla en mejor posibilidades de hacerlo.

Por último, la afirmación de la circunstancia acreditada de que la obstétrica recurrió a la consulta de un médico obstetra de cabecera para determinar el tratamiento, predica el reconocimiento de la imposibilidad de asumir por sí sola las decisiones pertinentes, o la existencia de complicaciones que tornaban patológico el parto. Ello deja sin sustento lógico la afirmación de que no resultaba necesaria la presencia de un médico obstetra de guardia en el área de maternidad, ya que ello sería exigible cuando se trata de un parto patológico, por lo que era suficiente la asistencia de una obstétrica de guardia.

La Corte hace lugar a la queja, concediendo el recurso extraordinario.

c- NUESTRA OPINIÓN

Entendemos que, si bien el supuesto de mala praxis médica no se encuentra legislado para la inversión de la carga de la prueba, es de notorio conocimiento que la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria lo aceptan. Ello implica que el demandado, a diferencia de otras situaciones en las que el demandado no pudo prever que la carga probatoria iba a imponérsele, enterándose de ello recién en la sentencia, en éste supuesto era totalmente previsible por lo que pudo o debió probar la no falsedad de la historia clínica. Tal documento poseía irregularidades tales, que llevan a concluir que el establecimiento médico manipuló el documento para exculparse de la responsabilidad del daño.

Compartimos también que el hecho de que la obstétrica recurrió a la consulta de un médico obstetra de cabecera para determinar el tratamiento, implica que no estaba capacitada para asumir

las decisiones pertinentes debido a la patología del parto, por lo que resultaba necesaria la presencia de un médico obstetra de guardia. Ello nos lleva a estar de acuerdo, en éste caso, con el fallo de la Corte.

5- C.S.J.N. “GALLI DE MAZZUCCHI, LUISA VIRGINIA C/ CORREA, MIGUEL ANGEL Y OTRO”⁶⁰

a- HECHOS

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, revocó la sentencia de primera instancia rechazando así la demanda contra la empresa de transportes, el chofer y quienes resultaran responsables por los daños y perjuicios que la actora afirmó haber sufrido al ser atropellada por el colectivo en el que viajaba.

El Tribunal fundamenta su decisión aplicando el artículo 377 del C.P.C.C.N., el cual le impone la carga de la prueba sobre un determinado hecho a quien afirma el mismo, sosteniendo que la demandante no aportó los elementos probatorios que vinculen la conducta al resultado. Ello sumado a que ningún testigo presencié el accidente y no existen elementos necesarios para configurar la confesión ficta (art. 417 del C.P.C.C.N.⁶¹) del demandado que la actora alega, que por más que constituya un indicio de veracidad de los hechos, no produciría los efectos de la confesión expresa. Por último, la Cámara calificó a las pericias médicas de pobres en su contenido, no resultando idóneos.

⁶⁰ C.S.J.N. “Galli de Mazzucchi, Luisa Virginia c/ Correa, Miguel Ángel y otro” (06/02/2001). Recuperado de: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumento.html?idAnalisis=497183> y <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumento.html?idAnalisis=477044> (20/10/2016).

⁶¹ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Art. 417: “Si el citado no compareciere a declarar dentro de la MEDIA (1/2) hora de la fijada para la audiencia, o si habiendo comparecido rehusare responder o respondiere de una manera evasiva, el juez, al sentenciar, lo tendrá por confeso sobre los hechos personales, teniendo en cuenta las circunstancias de la causa y las demás pruebas producidas.

En caso de incomparecencia del absolvente, aunque no se hubiere extendido acta se aplicará lo establecido en el párrafo anterior, si el ponente hubiere presentado oportunamente el pliego de posiciones y el absolvente estuviere debidamente notificado.”

Como consecuencia del fallo, la parte actora deduce recurso directo al habersele denegado el extraordinario, alegando arbitrariedad en la sentencia por las evidentes omisiones, errores y desaciertos, en lo que llama un decisorio irrazonable.

La actora alega el reconocimiento por parte del demandado del contrato de transporte y su confesión ficta. Además, la empresa no aportó ninguna prueba acerca del suceso, limitándose a negar el hecho y a impugnar las probanzas de la actora.

Por último, la demandante sostiene que en accidentes de tránsito, la jurisprudencia ha elaborado criterios de apreciación más flexibles que en otro tipo de acciones, en relación a las reglas de distribución de la carga probatoria.

b- FALLO DE LA CORTE

El alto Tribunal comparte y hace suyos los fundamentos del Procurador General, el cual considera que la Cámara omitió considerar las declaraciones del testigo Salazzari, que si bien no presencié el hecho, acudió de forma inmediata al auxilio de la demandante luego de escuchar el grito de la misma, logrando ver un colectivo estacionado al lado de la víctima del incidente, la que se encontraba en el piso.

Además, el tribunal de alzada omitió considerar el boleto de transporte, reconocido por la empresa. Con respecto a la actividad probatoria de la parte demandada, ésta se limitó a negar los hechos y a interponer la excepción de prescripción, lo que implicaría que no se valoró la conducta de las partes en el proceso.

En relación a la absolución de posiciones, el representante de la empresa no asistió a la misma, incurriendo en una confesión ficta, que si bien es materia ajena a la vía extraordinaria, su debida integración con los elementos de convicción de la causa, llevan a conferirle la eficacia que corresponde a los medios probatorios según las reglas de la sana crítica.

Por último, el Procurador sostiene que una correcta combinación de las pruebas e indicios aportados al proceso, conduce a una conclusión menos estricta acerca del cumplimiento de la

carga probatoria que el artículo 377 del C.P.C.C.N. le impone a la parte actora. Ello en razón de que las reglas atinentes a la carga de la prueba se deben apreciar en función de la índole y características del caso, anteponiendo la verdad jurídica objetiva por sobre la interpretación de las normas procesales, evitando un excesivo rigor formal en el esclarecimiento de los hechos.

Se hace lugar a la queja, declarando procedente el recurso extraordinario.

c- NUESTRA OPINIÓN

Entendemos que existen situaciones en las que la parte que afirma un hecho, se puede encontrar en una evidente inferioridad de condiciones para aportar elementos probatorios al litigio, con respecto a la otra. También creemos que si bien la ley de fondo regula determinadas situaciones en las que la carga probatoria se invierte, es imposible legislar todas las circunstancias posibles para la inversión de la carga.

No creemos que en éste caso hubiese correspondido invertir la carga probatoria, debido a que se llegó a esa conclusión en base a indicios y presunciones que acontecieron a lo largo del procedimiento, ya sea por las pruebas obtenidas, o por la conducta de la parte demandada.

El Procurador General sostiene en su dictamen que la parte demandada se limitó a defenderse, no pudiendo probar como la actora sufrió los daños físicos que fueron motivo de su demanda. Por nuestra parte, sostenemos firmemente que “limitarse” a defenderse, no puede de ningún modo implicar un indicio en contra del demandado, ya que es lo único que debe hacer, en razón del principio de inocencia que lo asiste. Quien debería probar el nexo causal entre el acto y el daño, es la actora, quien es la que lo alega. Quizás, si la parte demandada hubiese tenido el conocimiento previo al proceso que era ella quien iba a cargar con la responsabilidad de probar como la demandante sufrió los daños, lo hubiese hecho.

Concluimos que en éste caso no correspondía la inversión de la carga probatoria, y si hubiese correspondido, se le debería haber comunicado al demandado con anterioridad, dándole así la oportunidad de probar lo que se le exige, haciendo valer su derecho de defensa.

6- CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL, CÓRDOBA. “PEREZ, CARLOS ERNESTO C/ OLIVER, LUIS U OLLIVIER, LUIS”⁶²

a- HECHOS

El Juzgado de Primera Instancia y Cuadragésimo Cuarta Nominación Civil y Comercial resolvió: “Rechazar la demanda plantada por el Sr. Carlos Ernesto Pérez en contra del Dr. Luis Menacho Olivier”.

El apelante señala la omisión de la Juzgadora de analizar y valorar pruebas decisivas, cuanto la falta de fundamentación lógica y legal de fallo, ya que la resolución se asienta en el informe médico en disidencia del perito médico de control del demandado, apartándose indebidamente de la Pericia Médica Oficial que le es favorable a su parte.

Expresa el actor que la impericia, imprudencia, descuido y negligencia del profesional demandado son la causa generadora de la discapacidad permanente e irreversible del actor, y que en el caso, resulta de vital importancia el hecho de que no se adjuntó la historia clínica lo cual crea una fuerte presunción de culpa. Además, recién en su alegato señala pormenores de la mencionada historia clínica, lo cual no evidencia aquella colaboración que es dable requerir en este tipo de procesos.

Expresa el apelante que el fundamento de la responsabilidad del médico se encuentra en la obligación de seguridad que deriva de la norma del art. 1198 del C.C., y en el caso concreto, de un contrato por prestaciones médicas. Que se ha demostrado en el proceso la culpa del médico conforme lo revela la prueba testimonial y pericial.

Por último, el demandante alega que la carga probatoria la tienen ambas partes, ya que se trata de una situación en la que es dinámica, y la falta de incorporación al proceso de la historia clínica no puede favorecer la conducta del médico demandado.

⁶² Cámara Civil y Comercial 6A. Provincia de Córdoba. “Pérez, Carlos Ernesto c/ Oliver, Luis u Ollivier, Luis” (20/02/2014). Recuperado de: <http://www.justiciacordoba.gob.ar/consultafallosnet/Pages/Preview.aspx?Id=98166551> (20/10/2016).

Expresa el quejoso que surge probado que la obstrucción causante del daño se debía a la colocación de dos clips en el hepático común, los que permitían el paso de bilis en el paciente, tal como lo destaca la pericia oficial, la historia clínica del Hospital Córdoba y la declaración testimonial del médico especialista Dr. Jorge Luis Abdemur quien atendiera profesionalmente al actor luego de las operaciones realizadas por el demandado. Que lo expuesto evidencia el interés del demandado en ocultar actos médicos sometidos a juicio desde que no contestó la demanda y no adjuntó las historias clínicas requeridas.

El Tribunal solicita a través de una medida para mejor proveer, un informe pericial realizado por el Comité Consultivo y de Asesoramiento de Mala Praxis. En dicho informe se deja sentado que, al ser revisado el paciente, no presentaba comprometido su estado de salud ni síntomas de insuficiencia hepática. Al ser interrogado acerca de las secuelas físicas y orgánicas, el órgano consultivo indicó que no hay compromiso orgánico o funcional de su drenaje biliar hacia el intestino y que el paciente se encuentra bien y sin secuelas digestivas, como así también, que tiene una función digestiva adecuada, incluso habiendo aumentado de peso y que desde el punto de vista médico legal laboral, no presenta pérdida de la capacidad de ganancia ante el mercado laboral. Lo dictaminado por el Comité Consultivo evidencia la ausencia de secuelas físicas capaces de justificar una atribución de responsabilidad por cuanto no se detecta incapacidad física.

b- FALLO DE LA CÁMARA

El Tribunal afirma que en éste tipo de procesos se deja de lado la distribución clásica de la carga de la prueba, ya que no se trata de principios inflexibles sino que se advierte la necesidad de cooperación en materia probatoria y que el deber de demostrar pesa sobre la parte que goza de facilidad probatoria. Se indica que el profesional demandado no acompañó al proceso las fojas quirúrgicas e historia clínica de las intervenciones realizadas, argumentando que conforme a lo que imponen las reglas de la distribución de las cargas probatorias, crea una presunción contraria a los intereses del demandado.

Por otro lado, la Cámara afirma que la obligación asumida por el facultativo frente al paciente reviste, en principio, el carácter de una obligación de medio y no de resultado, consistente en la aplicación de su saber y de su proceder en favor de la salud del enfermo. Aunque no está comprometido a curar al enfermo sí lo está a practicar una conducta diligente que normal y ordinariamente pueda alcanzar la curación. De ahí que el fracaso o ausencia de éxito en la prestación de los servicios no signifique necesariamente incumplimiento.

El Tribunal afirma que no pueden imputarse al médico las consecuencias dañosas que sufre un paciente si no se establece la presencia del respectivo nexo causal, incumbiendo a quien se dice damnificado probar dicha relación de causalidad entre el acto profesional y el perjuicio cuya reparación se procura, ya que es precisamente la determinación del nexo causal la que permitirá establecer la responsabilidad.

La Cámara Civil y Comercial concluye en que los agravios intentados, no logran superar los argumentos brindados por la juzgadora desde que no ha quedado demostrada la culpa médica del demandado ni el daño sobreviniente en el cuerpo del accionante. De ahí que no encontrarse reunidos los elementos que informan la responsabilidad civil resarcitoria, debe rechazarse el recurso y confirmarse la sentencia.

c- NUESTRA OPINIÓN

Entendemos, como lo hemos venido sosteniendo, que las situaciones en las que la carga probatoria ha de invertirse, deben de comunicársele previamente a quien pasó a cargar con el deber de probar. Tal como concluimos en el fallo de mala praxis que ya hemos analizado anteriormente, la doctrina y la jurisprudencia aceptan que en éste tipo de casos el médico o el establecimiento están en mejor posibilidades de probar, por lo que no les puede resultar imprevisto que ello suceda.

La Cámara toma la decisión en determinado momento de diligenciar una medida para mejor proveer, la que consistía en una pericia médica por parte del Comité Consultivo y de Asesoramiento de Mala Praxis. Tal pericia arrojó un resultado desfavorable para el apelante.

Entendemos que la medida para mejor proveer dispuesta por el Tribunal, importa una afectación a la imparcialidad del mismo, ya que debió ser solicitado por alguna de las partes, por cuanto son ellas quienes deben probar los hechos que invocan.

Como lo analizamos en el capítulo anterior, si el juzgador posee dudas en acoger una demanda, no debe hacerlo en razón del principio de defensa que le asiste al demandado en procesos civiles. Si por otro lado tenía certeza en acoger las pretensiones esgrimidas por el actor, no tuvo porqué diligenciar prueba para autogenerarse una duda.

Concluimos que, si lo determinante para la decisión por parte del Tribunal fue la pericia ordenada como medida para mejor proveer, estamos en total desacuerdo con el fallo.

CONCLUSIÓN FINAL

Se han analizado los conceptos básicos y los principios que rigen el debido proceso y la actividad probatoria, así también como la función del juez en el marco del proceso civil. Ello nos dio una perspectiva acerca de lo que pueden o deben hacer tanto las partes como el juzgador en el procedimiento, sin violentar los preceptos constitucionales que rigen al proceso en nuestro ordenamiento jurídico.

Como se expuso, las corrientes doctrinarias del activismo judicial y del garantismo procesal, poseen diferentes interpretaciones acerca del límite de actuación del juez en el proceso. El activismo pretende un juez tomando un rol activo realizando actos que, en teoría, le corresponden a las partes, o incluso resolviendo sin darle a una de ellas la posibilidad de defenderse.

El problema nace en la interpretación que hace cada una de las corrientes acerca de la finalidad del proceso civil. Si el activismo pretende a un juzgador que sea un gestor del proceso, impulsando la actividad probatoria o invirtiendo la carga de la misma, es porque procura llegar a la verdad. De ser así, el proceso civil estaría en camino de convertirse a un sistema de naturaleza inquisitiva.

Se analizaron facultades del juez cuya constitucionalidad se cuestiona, exponiendo los criterios de cada una de las doctrinas y nuestra posición al respecto. A modo de síntesis, concluimos que las medidas para mejor proveer no sólo importan una afectación a la imparcialidad del juez, sino una vulneración al derecho de defensa, y del principio de inocencia que le asiste al demandado en los procesos civiles, si es que éste es el perjudicado por la medida.

Con respecto a la carga dinámica de la prueba, coincidimos en que se le debe dar al juez la posibilidad de invertir la responsabilidad probatoria, ya que existen situaciones que no se encuentran reguladas en las que correspondería invertir la carga. Pero entendemos que ello debe hacerse antes de concluir el pleito, dándole a quien se le impuso el deber de probar, la posibilidad de hacerlo. El nuevo Código Civil y Comercial regula la figura, pero falla en sólo darle la posibilidad al juez de informarle a las partes previamente, en vez de imponérselo.

Las medidas autosatisfactivas importan una vulneración al debido proceso, violentando varios de los principios que lo rigen. A pesar de ello, creemos que es un “mal necesario” ya que, en nuestra opinión, existen situaciones de extrema excepcionalidad en donde se encuentra la vida y/o la salud en peligro de sufrir daños irreparables. En tales circunstancias se le debe brindar a quien lo solicite, una solución de urgencia ya que no se puede ni se deben esperar los plazos ordinarios de los procedimientos por el riesgo de la irreparabilidad del daño. En un futuro, se debe crear un nuevo tipo de procedimientos para dirimir éste tipo de conflictos, con el fin de reemplazar éste instituto.

Concluimos que ambas doctrinas procuran la justicia, pero entendemos (así como lo hace la corriente garantista) que los medios a través de los cuales se pretende llegar a ella (llámese medidas para mejor proveer, carga dinámica de la prueba o medidas autosatisfactivas) son injustos porque vulneran los principios que rigen el debido proceso, por lo tanto son ilegales. Una resolución, por más justa que sea, obtenida a través de medios ilegales, es más bien una resolución injusta porque, entendemos, el fin no justifica los medios.

A todo esto valdría preguntarnos: ¿somos parte de la corriente garantista? La respuesta a ello, por más contradictoria que parezca, es no.

Creemos que en todos los aspectos de la vida, los extremos no son buenos. El garantismo, es una corriente que no acepta grises. El hecho de estar de acuerdo en todos los argumentos de la doctrina, salvo uno, nos convierte en activistas.

Como ya lo analizamos, creemos que existen situaciones extremas donde se encuentra en riesgo la vida y/o la salud, donde no hay formalismos que valgan. El “costo” que puede generar una sentencia a favor de quien haga uso de una medida autosatisfactiva por encontrarse en riesgo de un daño irreversible en su salud, es infinitamente más bajo del que generaría una resolución en su contra, si el daño temido efectivamente se concreta. ¿Se violentan principios constitucionales por ello? La respuesta es sí. Pero como ya lo dijimos anteriormente, la vida y la salud se encuentran por encima de todo.

BIBLIOGRAFÍA

- Alvarado Velloso, A. (2009A). *Sistema Procesal. Garantía de libertad*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Alvarado Velloso, A., Barberio, S. J., Benabentos, O., Carrillo, H., Eguren, C., García Montaña, T., Meroi, A. A., Peyrano, J. W., Terrasa, E., Vargas, A. (2009B). *Activismo y Garantismo Procesal*. Córdoba: Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
- Alsina, H.(1963). *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial.Tomo III* Buenos Aires. Ediar.
- Amaya, N. E., Arbonés, M., Clariá Olmedo, J. A., Ferrer Martinez, R. (1975). *La Prueba en Materia Procesal Civil*. Buenos Aires. Lerner.
- Ávila Paz de Robledo, R. A. (2006). *Manual de Teoría General del Proceso. Tomo II*. Córdoba. Advocatus.
- Cafferata, M. V. (2003). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Córdoba: SIMA.
- Díaz, C. (1968). *Instituciones del Derecho Procesal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Ferreyra de De la Rúa, A. (2009A). *Manual de Derecho Procesal Civil, Tomo I*. Córdoba: Alveroni.
- Ferreyra de De la Rúa, A. (2009B). *Manual de Derecho Procesal Civil, Tomo II*. Córdoba: Alveroni.
- Ferreyra de De la Rúa, A. y González De la Vega de Opl, C. (2003A). *Teoria General del Proceso*. Tomo I. Cordoba: Advocatus.
- Ferreyra de De la Rúa, A. y González De la Vega de Opl, C. (2003B). *Teoria General del Proceso*. Tomo II. Cordoba: Advocatus.

- Goldschmidt, W. (1955). *La imparcialidad como principio básico del proceso* (“*partialidad*” y “*parcialidad*”), discurso de incorporación como miembro de número del Instituto Español de Derecho Procesal, publicado en *Conducta y norma*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1955, pág. 133 y ss..)
- Gozaíni, O. (2002A). *Derecho Procesal Constitucional. Amparo*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Gozaíni, O. (2002B). *Problemas Actuales del Derecho Procesal (Garantismo vs. Activismo Procesal)*. Querétaro (México): Fundap
- Gozaíni, O. (2004). *El Debido Proceso*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Guzmán Brito, A. (1981). *La Función Judicial*. Buenos Aires: Depalma
- Olmedo, J. C. (1983). *Derecho Procesal*. Buenos Aires: Depalma.
- Moroni Romero, L., Venica, O. H. (2009). *Derecho Procesal Constitucional*. Córdoba. EDUCC.
- Orgaz, J.; Montesi, G.; Ávalos, E.; Villafañe, L. (2004). *Derecho Procesal Administrativo*. Córdoba: Alveroni.
- Peyrano, J. W. (2009). *El cambio de paradigmas en materia procesal civil*. LA LEY , LA LEY 2009-E, 785.
- Pina, R. D. (1984). *Diccionario de Derecho*. México: Porrúa.
- Sagüés, N. P. (1997A). *Elementos de Derecho Constitucional. Tomo I*. Buenos Aires. Astrea.
- Sagüés, N. P. (1997B). *Elementos de Derecho Constitucional. Tomo II*. Buenos Aires. Astrea.
- Taruffo, M. (2006). *Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa*, traduc. de Eduardo Oteiza, en *Revista de Derecho Procesal* N° 2006-2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, pág. 431).
- Vélez Mariconde, A. (1982). *Derecho Procesal Penal. Tomo I*. Córdoba. Lerner.

CITAS WEB

- Alvarado Velloso, A. (2010). *Proceso y Debido Proceso*. Publicado en: LA LEY 12/05/2010, 1 • LA LEY 2010-C, 1001. Recuperado de:
<http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81816000001561922c2a2f0f87925&docguid=i539160D2C6EF2D9041924E0084498C15&hitguid=i539160D2C6EF2D9041924E0084498C15&spos=3&epos=3&td=4&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=13&crumb-action=append>
- Bustos, M. J. (2016). *Alcance del poder instructorio del juez en el proceso civil*. Publicado en: DJ 29/06/2016 , 1. Recuperado de:
<http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000155e67938a81c31679b&docguid=i1ADA45384F6D4BB382F32B9879676DD5&hitguid=i1ADA45384F6D4BB382F32B9879676DD5&spos=1&epos=1&td=284&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=12&crumb-action=append>
- Calvino, Gustavo (2009). *La medida autosatisfactiva como solución inconstitucional para un problema de la Justicia moderna* .Publicado en: Semanario Jurídico, número 1729, 22/10/2009, cuadernillo 17, tomo 100. Año 2009 – B. Recuperado de:
<http://www.semanariojuridico.info/nbibliografica/ver/135/1/3>
- Diccionario PopJuris. Recuperado de: <http://www.popjuris.com/diccionario/definicion-de-activismo-judicial/>
- González, L. N., Papo, L. E. (2006). *Tutela anticipada*. Publicado en: Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social. Fascículo N° 18, Septiembre 2006. Recuperado de:
<http://www.saij.gob.ar/laura-etel-papo-tutela-anticipada-dacf080019-2006-09/123456789-0abc-defg9100-80fcanirtcod?q=tema%3Amedidas%3Fautosatisfactivas&o=3&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina%7CFecha%7CTema/Derecho%20procesal%5B3%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CJuridicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7>

[CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%E1tica%5B5%2C1%5D&t=8](#)

- Masciotra, M. (2015). *Poderes oficiosos sobre hechos no invocados por las partes*. Publicado en: LA LEY 30/10/2015, 1 • LA LEY 2015-F, 1217. Recuperado de: <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad818160000015619413f0b52f95266&docguid=i9B96BBA5B5370AFD1B63EEB12C821B64&hitguid=i9B96BBA5B5370AFD1B63EEB12C821B64&spos=1&epos=1&td=23&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=56&crumb-action=append>
- Peyrano, J. (2013). *Las Cargas Probatorias Desiguales*. Publicado en: LA LEY 22/05/2013, 1 • LA LEY 2013-C, 1277. Recuperado de: <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001561d629beae45c8246&docguid=i889F4D6922C82C66F226928BF55F98CF&hitguid=i889F4D6922C82C66F226928BF55F98CF&spos=1&epos=1&td=1&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=10&crumb-action=append>
- Quadri, G. H. (2016). *Las cargas probatorias dinámicas en el Código Civil y Comercial: primeras reacciones jurisprudenciales*. Publicado en: Thomson Reuters 11/02/2016. Recuperado de: <http://thomsonreuterslatam.com/2016/02/11/las-cargas-probatorias-dinamicas-en-el-codigo-civil-y-comercial-primeras-reacciones-jurisprudenciales-autor-gabriel-hernan-quadri/>

LEGISLACIÓN

- Código Civil de la Nación
- Código Civil y Comercial de la Nación
- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación
- Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Chaco

- Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba
- Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes
- Constitución de la Nación Argentina
- Constitución de la Provincia de Córdoba
- Constitución de los Estados Unidos de América
- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
- Ley Nacional N° 48
- Ley Nacional N° 24.557
- Ley 11.529 de la Provincia de Santa Fe

JURISPRUDENCIA

- Cámara Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. “Pérez, Carlos Ernesto c/ Oliver, Luis” (20/02/2014).
- C.S.J.N. “Camacho Acosta, Maximiliano c/ Grafi Graf S.R.L. y otros” (07/08/1997).
- C.S.J.N. “Galli de Mazzucchi, Luisa Virginia c/ Correa, Miguel Ángel y otro” (06/02/2001).
- C.S.J.N. “Plá, Silvio Roberto y otros c/ Clínica Bazterrica S.A. y otros” (27/02/2007)
- Juzg. Conciliación 7ª Nom.- Sec. 13. Córdoba. “Corzo, Cristhian Ariel c/ Provincia A.R.T. S.A.” (11/12/2013).

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	CROSS, ERIC EMANUEL
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	32787126
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	Proceso Civil: Constitucionalidad de las facultades autónomas otorgadas a los jueces en el ordenamiento jurídico argentino
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	ericcross_cba@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21

<p>Datos de edición:</p> <p><i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i></p>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i>	Proceso Civil: Constitucionalidad de las facultades autónomas otorgadas a los jueces en el ordenamiento jurídico argentino
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: _____ Córdoba, 25 de octubre de 2016 _____

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.



Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad

Académica: _____ certifique la
tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado