

Ponencia para el
XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal San Salvador
de Jujuy, 10 al 12 de septiembre de 2015

**TUTELA DE EVIDENCIA PREVENTIVA DEL DAÑO PROCESAL EN
LA VIA INCIDENTAL Y RECURSIVA.-**

- b.1. Comisión 1: Derecho Procesal Civil y Comercial
- b.2. Jurisdicción preventiva
- b.3. ANDINO, ALEJANDRO MARCOS
- b.4. Moreno 1623 5to. C. (2000) Rosario (SF)
- b.5. 0341 4263810 4484956
- b.6. estudioandino@hotmail.com
- b.7. breve síntesis de su propuesta (sumario del contenido)

Se propone aplicar las nociones de jurisdicción preventiva del nuevo CCC ley 26994, evitar el daño por el desenvolvimiento del propio proceso con error, especialmente el tiempo de espera, y ante casos de evidencia contraria a lo resuelto en incidente o decisorios recurridos que no sean el principal, cambiar el efecto o estado de cosas, con fianza, sin descuidar por ello las finalidades propias de cada instituto. Analizar si esas ideas aplicadas generalmente a pretensiones principales pueden ser útiles para resolver cuestiones procesales, y lograr ahora, lo que procesalmente llegaría luego implicando esa dilación grave daño.-

Introducción. El Derecho Procesal tiene dentro de sus finalidades brindar carriles de defensa realizando ante la jurisdicción el derecho de fondo.

Sin dudas su carácter instrumental indica una funcionalidad que debe ser sensible a la normativa sustantiva.

No cabe duda que con el nuevo CCC ley 26994, se han introducido cambios en la óptica general, se han creado derechos tutelados y se han realzado principios y formas de interpretación de las leyes, todo ello buscando hacer operativos los grandes postulados del plexo constitucional, constitución y tratados. Puntualmente interesa destacar la prevención del daño, art. 1711 y concordantes del nuevo CCC ley 26.994.

La línea de ese esfuerzo ha reconocido en el juez a un operador final de vital importancia en la efectiva realización de los derechos y al proceso en el medio en el que su actividad se desenvuelve, siendo esto ya sabido, se ha sin dudas subrayado y regulado, directa o indirectamente. Se ha potenciado el rol del juez y modificado aspectos que influyen en el proceso con el nuevo derecho privado.-

Es conocida y aceptada la tutela preventiva por la doctrina de fondo y forma, y, también la tutela de evidencia, en materia procesal.

El intento de este trabajo es dar un paso, aunque sea, para analizar si esas ideas aplicadas generalmente a pretensiones principales pueden ser útiles para resolver cuestiones procesales, trámites que presentan aristas que de no pulirse pueden ser dañosas. Es decir si se debe prevenir el daño en general porque no hacerlo en cuanto al daño que el proceso con su diseño puede generar.

Puede comenzar a estudiarse una figura, que debería ser general, para evitar el daño procesal que viene del factor tiempo de espera de la tramitación de incidentes o recursos, luego de la cual recién se obtiene la resolución que, a la postre, puede ejecutarse. A manera de ilustración adelantada citamos el caso del embargo mal trabado pues hay evidente diferencia en la titularidad de dominio, se erró en la persona titular. Sin esperar la tercería, ni el fin del incidente de levantamiento de embargo, puede, bajo fianza y evidencia demostrada del error, invertirse la situación

cautelar generada y levantarse la cautelar excepcionalmente, y a las resultas de la resolución definitiva.

El proceso, que insume tiempo, esfuerzo y dinero, puede verse como una revictimización aun en sujetos que no sean especialmente vulnerables o un agravamiento del daño. La idea es trabajar en disminuir en ciertos pasos procesales su potencialidad dañosa.

Fundamentación: Tanto incidentes como recursos tienen efectos suspensivos o no suspensivos (devolutivos).

La base de mantener el efecto es la presunción en favor del acierto de lo decidido, aun no firme. Más allá de cualquier precisión terminológica lo resuelto es cierto, por ahora, sujeto al resultado de la vía recursiva, es decir que hay otra decisión futura que puede impactar en ésta, de forma tal que cambie totalmente el resultado definitivo y final.

Se diseñó así, con otro enfoque, el efecto sobre lo decidido originalmente, en el tiempo de espera hasta la decisión final. Ello basado evidentemente en un momento histórico distinto, en la circunstancia de un menor número de causas, se supone se erraba menos y se revisaba más rápido y mejor.

El sistema es un conjunto que opera por este juego de resoluciones con funcionalidad complementaria en la pugna por alcanzar la justicia desde lo humano, siempre falible, y lo limitado que el tiempo y la seguridad como valor requieren.

Hay una decisión, y, incidente o recurso mediante, habrá una segunda y hay una regulación de lo que sucede entre el primer decisorio y el final, pero, hasta aquí, no se ha pensado en la evidencia y la prevención del daño derivado de esa situación.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ley 26.994, profundiza en nuestro sistema positivo la tutela preventiva que contaba con algún antecedente, vgr. la materia ambiental.-

Cabe preguntarse si el derecho procesal persistirá intentando ser una isla, aislada, tal como nos apegamos a seguir viéndolo, o, se considera parte del sistema positivo donde se afianzan los principios y se constitucionaliza el proceso.

¿Es impermeable a lo que se elabora en el derecho de fondo, tan fuerte es el rito? ¿Cual es el dogma que soporta rígidamente? ¿Los principios y reglas especiales del proceso tutelan valores incompatibles distintos o aquí tenemos analogías?

¿En el proceso debe evitarse agravar el daño o eso es solo para el derecho de fondo?

¿No puede acaso generarse daño con decisiones equivocadas?

¿No es este daño de difícil reparación ya que exige un complicado, antipático y estadísticamente poco exitoso juicio de responsabilidad civil contra jueces y Estado? Con la tolerancia del lector a tanta pregunta y en la convicción que se entiende cuales sol las respuestas propuestas, avanzamos.

¿No se puede ver la antijuridicidad y previsibilidad del daño en los pasos del proceso, antes de que ocurra el daño o este se agrave, en forma similar a los requisitos que el derecho de fondo le fija a la tutela preventiva de pretensiones principales?

Presencia actual de la prevención del daño por dilación en la pretensión principal: No es ajena a la sistemática procesal la prevención del daño, del perjuicio.

No es ajena en la pretensión principal, existen legislados institutos como la sentencia anticipada de desalojo (art. 517 cpccsf último párrafo “...En los casos que la acción de desalojo se dirija contra intruso(s), en cualquier estado del juicio luego de trabada la litis y a pedido del actor, el juez podrá disponer la inmediata entrega del inmueble si el derecho invocado fuere verosímil y previa fianza por los eventuales daños y perjuicios que se puedan ocasionar. (Modificado por: Ley 11.280 de Santa Fe Art.1 - B.O. 01-12-95).” Y CPCCN Art. 680 BIS. - En los casos que la acción de desalojo se dirija contra intruso, en cualquier estado del juicio después de trabada la litis y a pedido del actor, el juez podrá disponer la inmediata entrega del inmueble si el derecho invocado fuese verosímil y previa caución por los eventuales daños y perjuicios que se puedan irrogar. (Artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 24.454 B.O. 7/3/1995)

Los cambios de efecto de recursos suspensivos a devolutivos mediante fianza¹, son mecanismos de la clase que señalamos sobre lo principal.-

Presencia actual de la prevención del daño incidental: Tampoco es ajena a la materia incidental. A manera de ejemplo señalamos que se debe evitar la nulidad (no se la declararía tal si no hay perjuicio) disponiendo el juez todo acto necesario para tal fin. El esquema es parecido, si ve algo irregular (antijurídico) que puede causar previsiblemente daño, ya que la declaración de nulidad o ineficacia de un acto procesal es un desperdicio dañoso, el juez debe evitarlo (art. 21 cpccsf)

En relación al trámite, notamos que existen más casos, incluso en el mismo art. 21 cpccsf, que regula para el juez el poder de revocar de oficio ante el error, para prevenir daños, para no generar gastos de tiempo y esfuerzo de las partes para corregir el error, lo debe hacer el juez. Si bien se limita cuando ya se conoce por la parte para evitarle sorpresas e indefensión.-

Procede la apelación de cuestiones que generan un gravamen no reparable en la sentencia (art. 346 inc. 2 cpccsf), se apelan para evitar empeoramiento del daño o que se concrete.

El 328 cpccsf, persigue evitar el daño que genera incidentar sin seriedad obstruyendo el avance del proceso.

En la rebeldía se libera de contracautela a quien lo embarga pero el rebelde si comparece debe él levantar el embargo cautelando².-

Para algún recurso se requiere un depósito cuya suerte depende del resultado del planteo (queja por denegación de recurso extraordinario), y así se buscó evitar dispendio injustificado de la actividad jurisdiccional.-

¹ En el cpccsf 484 parte final (j. ejecutivo) "...El recurso contra la sentencia procederá en efecto suspensivo, a menos que el actor preste fianza suficiente para responder al resultado del pleito. En este caso, se sacarán las copias necesarias para la ejecución y se elevarán los autos al superior." Y 523 parte final (desalojo) "El recurso se concederá en efecto devolutivo si el actor afianzare los perjuicios que se causaren en caso que la sentencia fuere revocada."

² Cpccsf ARTICULO 80. Si el rebelde comparece, será admitido como parte, sea cual fuere el estado del juicio y, cesando el procedimiento en rebeldía, se entenderá con él la tramitación ulterior. El embargo trabado continuará, no obstante, a menos que preste fianza equivalente.

En materia de cuestionamiento de embargos, prevé un levantamiento sin tercería³.-

A la ley procesal no le resultó indiferente el impacto del trámite, por eso existe el intento (mejorable con nuestra propuesta) de hacer un levantamiento liso y llano sin tercería, requiriendo más prueba para tener trámite más breve. La idea es igual, si se empieza con más fuerza de razón, menor debería ser el debate.

Igualmente durante el trámite del levantamiento sin tercería⁴ (y eventualmente hasta la tercería eventual posterior) puede pasar tiempo y a ese fenómeno apuntamos.

En el proceso se previene el daño y evitan nulidades⁵ dando efecto inmediato a la recusación, aun cuando no fue resuelta definitivamente se prioriza, lo dicho por quien recusa, se obra como si fuera cierto, a las resultas de la tramitación posterior. Así el art. 14 del cpccsf, impone pasar las actuaciones inmediatamente sin trámite ni notificación alguna, al juez siguiente, ante quien puede generarse la discusión, incidente que resolverá la Cámara de Apelaciones⁶.

³ Cpccsf ARTICULO 324. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos precedentes, el tercero perjudicado por un embargo tendrá derecho a requerir su levantamiento liso y llano comprobando de inmediato su posesión actual. Esta gestión se resolverá previo traslado al embargante. La decisión será irrecurrible para el tercero y no afectará su derecho a deducir la tercería pertinente.

⁴ LEVANTAMIENTO DEL EMBARGO SIN TERCERIA Cpccn Art. 104.
- El tercero perjudicado por un embargo podrá pedir su levantamiento sin promover tercería, acompañando el título de dominio u ofreciendo sumaria información sobre su posesión, según la naturaleza de los bienes.

Del pedido se dará traslado al embargante.

La resolución será recurrible cuando haga lugar al desembargo. Si lo denegara, el interesado podrá deducir directamente la tercería, cumpliendo los requisitos exigidos por el artículo 98.

⁵ art. 247 cpccsf. La sentencia será nula cuando hubiere sido dictada por juez legalmente recusado. Si la nulidad se produjera en segunda instancia, será declarada por el mismo tribunal.

⁶ Ver similar cpccn Art. 26. - Cuando el recusado fuera UN (1) juez de primera instancia, remitirá a la cámara de apelaciones dentro de los CINCO

En doctrina, las medidas anticuatelares, son sin duda un intento de evitar el daño direccionando, antes que el cautelante lo haga, el asiento o impacto de la cautela, para no tener que actuar a posteriori por la vía de la sustitución de embargo.

La misma solución, pero a la inversa, se genera cuando se pretende una medida pre cautelar hasta el dictado de la cautelar contra el Estado, cuestión que puede demorar (ver ley 26.854, art. 4, inc. 1 3er. Párr..)

Precauciones: Pero atención que nos preocupa un obrar pendular, sin criterio que no garantice la defensa en juicio, la labilidad o el cúmulo de decisiones contradictorias volátiles que denoten falta de prudencia o ligereza al obrar.-

Por ello debe definirse la idea, los principios y límites, para evitar errores y arbitrariedades. Quizás deba empezarse hasta la casuística, para dar seguridad y apoyo a tales conceptos.

En este sector de las ideas debemos analizar que con semejantes medidas aunque guiadas por buenos fines, se aumenta la posibilidad de prejuzgamiento ya que es grado mayor de conocimiento el que se requiere aun sin llegar a la certeza. Sabemos de la sensibilidad del instituto custodio de la imparcialidad y creemos que en el choque entre ésta y la prevención procesal, es decir que el juez desperdicie lo ya conocido pues pasará la causa a otro por excusación o recusación, debería prevalecer la imparcialidad. No ha sido buena la tendencia a considerar un prejuzgamiento técnico impuesto por la ley, tolerado, y ser restrictivos respecto de la causal de prejuzgamiento.

El principio es que la situación ordenada, la decisión en ejecución, debe quedar del lado de la evidencia. Siendo que el cuadro definitivo se fija en la última decisión de la serie programada en instancias y competencias funcionales distintas, que lograría quitar los errores en un grado que podemos arriesgar a decir que se refinaría con el avance del iter procesal, especialmente en las instancias ordinarias recursivas pues una decisión

(5) días, el escrito de recusación con un informe sobre las causas alegadas, y pasará el expediente al juez que sigue en el orden del turno o, donde no lo hubiere, al subrogante legal para que continúe su sustanciación. Igual procedimiento se observará en caso de nuevas recusaciones.

puede ser susceptible de revocatoria o reposición, revisando en la misma instancia, y luego una segunda revisión en instancia superior por apelación y nulidad.

La lógica hasta aquí indicaría que la situación nueva debería, al menos como regla, ser más cercana a la resolución final que a su vez sería más cercana al máximo humano de realización de la justicia en el coto impuesto por la seguridad que se nota en la finitud del camino limitado de juzgamiento que encuentra un último tribunal y no se puede intentar nada más.-

Si es así y entre la primera situación y la segunda hubo cambios en la plataforma fáctica o jurídica, la lógica sería que exista la posibilidad de adaptación para que el proceso se recorra desde la situación que la evidencia aconseja por ahora.

Es decir que si aparece de modo evidente, que está errado lo obrado, debería corregirse provisoriamente, a la espera de la decisión final, cambiando, de ser menester, la situación imperante. Siendo una adaptación que implica un riesgo no se descarta la exigencia de contracautela.

Hemos aplicado hasta aquí la tutela de evidencia, a cuestiones principales y cabe preguntarse porque no a cuestiones incidentales trascendentes, repetimos.-

Muestra de casos propuestos para aplicar la TUTELA DE EVIDENCIA PREVENTIVA DEL DAÑO PROCESAL:

1.- El embargo errado. Ante el incidente de levantamiento liso y llano, si hay evidencia (trae escritura) y sumamos garantía (quizás agregar **anotación de la Litis incidental**, figura prevista para cuestiones principales pero no incidentales), debería cambiarse ya la situación, hasta resolver.

2.- Si se designa administrador de sociedad por interés de tutela de los gananciales, debe cambiarse ya, si se cae la verosimilitud (denunciada ganancialidad) demostrando que el bien es propio (informe del Registro Público de Comercio y del sucesorio por el cual se heredó la participación societaria) del otro cónyuge y de terceros a quien no se controla.-

Sin dudas existen más casos.-

Resulta paradójal que asimilemos, aun con el esfuerzo evolutivo de acompañar los cambios de paradigma en el derecho de daño y las

novedades legislativas, que un juez que poco sabe de ciencia aplicada al medio ambiente en base al título de grado (no es ingeniero ambiental, químico, electrónico) o de tecnología, de electrosmog o contaminación electromagnética, por un lado. Siendo ello generado por personas que no dependen del control judicial y muchas veces adaptan su obrar ocultando o esquivando la mirada del juez, y él pueda obrar preventivamente en un área fuera de su experticia, pueda apreciar la antijuridicidad de fenómenos que la propia ciencia no ha llegado a explicar en todas sus derivaciones.

Por otro lado, y contrariamente, de ahí la paradoja, no sería profeta en su tierra, ya que el proceso que el mismo dirige, y se compone de materia regulatoria jurídica procesal en la que el mismo es experto (abogado) y funcionalmente a cargo de su administración (la jurisdicción la ejercen los jueces y los jueces conocen el derecho), lo interprete como no propicio para evitar el daño del propio trámite que como actividad humana lleva error.

Con grados de evidencia más difusos y de otras áreas de la ciencia está dispuesto a obrar evitado el daño, pero no cree que con evidencias más fuertes, mejor interpretables por él, precisamente por ser su área, lo que la ley le encarga dirigir, no cree, repetimos que pueda modificar las cosas para evitar el daño.

La excusa sería que la ley no lo permite, pero no se dice expresamente eso, no hay base literal, y mucho menos fines de la ley que sirvan de norte impeditivo de la prevención del daño procesal. Postulamos la prevención del daño procesal basada en evidencia.

Estos supuestos, claro que nos conectarían con posibles consolidaciones por entronización⁷ y allanamiento tácito.

Conclusión. Resulta demostrado que ya existía la idea de evitar el daño por el desenvolvimiento del propio proceso y es expreso igual objetivo para el derecho de fondo a partir del nuevo CCC ley 26994, con lo cual debe profundizarse y llegar, con una regla general como proponemos, a dar herramienta suficiente para lograr respuesta adecuada, incluso al nivel de

⁷ Carbone, Carlos Alberto, EJECUCION POR ENTRONIZACIÓN Y ESTABILIZACIÓN DE LA TUTELA ANTICIPATORIA DE URGENCIA Y EVIDENCIA, http://faeproc.org/wp-content/uploads/2013/07/Ros_25.pdf

los detalles de momentos del proceso que pueden generar daño, evitándolo, sin descuidar por ello las finalidades propias de cada instituto.

Propuesta: Venimos a proponer un artículo para la parte general en los poderes del juez⁸, cuya redacción es la siguiente:

Art. Nro. x. (Ordenación del proceso. Pronta y eficiente administración de justicia. Prevención del daño procesal).

El Tribunal deberá:

1.- Tomar las medidas necesarias para lograr la más pronta y **eficiente administración de la justicia**, así como la mayor economía en la realización del proceso y del derecho de fondo.

2.- Tomar todas las medidas necesarias, para **prevenir** el daño que la situación procesal pueda provocar, atento al carácter instrumental, en la realización del derecho de fondo.

A tal fin excepcionalmente y fundado en fuerte probabilidad de error y previsible daño, puede modificar el efecto de incidencias y recursos procesales, para que con la debida contracautela, haga coincidir de inmediato y sin sustanciación, el estado de las decisiones y su ejecutabilidad, con la evidencia del caso, resguardando la posibilidad de un resultado final distinto.

⁸ Tomando en consideración el texto del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, CODIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMERICA, MONTEVIDEO, 1988, arts. 6 y 9.-