

XXIV JORNADAS IBEROAMERICANAS DE DERECHO PROCESAL

PROCESO MONITORIO: *reflexiones a propósito de una utilización diferente.*

Comisión: Derecho Procesal Civil. Ponencia participante Premio Jorge Fábrega Pon-
ce.

Autor: PICCINELLI, Ornela Cecilia.

Fecha de nacimiento: 4 de noviembre de 1983.

Dirección postal: calle 123 n° 757, Ensenada (1925), Buenos Aires, Argentina.

Teléfono: 54 -0221-483.9196; celular: 54-0221-593.9741

Dirección de correo electrónico: piccinelli.ornela@gmail.com

Breve síntesis de la propuesta: Se pone a consideración del auditorio la diagramación de un proceso de conocimiento abreviado que, con base en una estructura monitoria, tenga por objeto la canalización de pretensiones que involucren relaciones jurídicas sustanciales que evidencien palmariamente la existencia de una desigualdad intrínseca entre las partes. Básicamente, se propone la implementación del monitorio no ya –solamente– para el ahorro de tiempo sino –fundamentalmente– como un mecanismo que contribuya a la realización de la igualdad procesal en concreto. Todo ello, claro está, sin afectación de las garantías constitucionales y convencionales del demandado.

Proceso Monitorio: reflexiones a propósito de una utilización diferente.

Por Ornela C. Piccinelli. ¹

SUMARIO:

I.- Introducción. II.- El proceso Monitorio. III.- Una utilización diferente de las estructuras monitorias. Ventajas y óbices a su implementación. IV.- Palabras finales. Ponencia.

I.- Introducción.

La problemática que plantea la concreta realización del Acceso a la Justicia, si bien hunde sus orígenes en tiempos ya lejanos, sigue palmariamente vigente. Y, frente a tamaña cuestión, el Derecho Procesal ha de enfrentar la difícil empresa de diagramar los mecanismos necesarios para garantizar a todos los hombres la realización de una Justicia pronta, continua y efectiva.²

Como nos recuerda el profesor Roberto Berizonce –citando a Cappelletti–, el jurista tiene el deber científico a más de moral, de centrar su labor investigadora en las exigencias sociales y materiales de su época, máxime en tiempos como los nuestros, de aguda crisis, incertidumbres y angustias, en los cuales los valores supremos vuelven a estar en discusión, y que por ello mismo patentiza dramáticamente la necesidad de llegar al fondo de la cosas, calando hondo y aguzando el ingenio y la imaginación en la búsqueda de las propuestas adecuadas, para la construcción de un sistema nuevo más realístico y más humano.³

De cara a ese cometido, la desventaja incontestable de ciertos grupos vulnerables frente a un sistema procesal muchas veces autista a su existencia, constituye un problema pendiente de solución.

¹ La autora es abogada (Universidad Nacional de La Plata). Se desempeña actualmente en la Subsecretaría Judicial en lo Contencioso Administrativo de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires, República Argentina.

² En el ámbito interamericano la exigencia constituye un compromiso internacional asumido por los Estados-miembros a tenor de lo dispuesto por el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH.), cuya violación –por acción u omisión– deviene en causal de responsabilidad en dicho contexto.

³ CAPPELLETTI M., “Acceso a la Justicia (como programa de reformas y como método de pensamiento)”, *Revista Colegio. Abogados*. La Plata, 1981, N°41, pp.167-170, trad. G.SEMINARA, citado en BERIZONCE, R. “Las grandes líneas tendenciales del proceso civil”, *Derecho Procesal Civil Actual*, Abeledo-Perrot/LEP, Bs. As., 1999, p. 4.

La desigualdad natural que plantean ciertas vinculaciones sustanciales se proyecta –como reflejada en un espejo– en la relación jurídica procesal sellando adversamente la suerte del litigio para quien no puede afrontar la duración y los costos del proceso de conocimiento tal y como tradicionalmente se desarrolla. Es que el factor tiempo resulta el principal aliado de la parte más fuerte que –sin el apremio de los costos y de la urgencia de aquellos –cuenta con una estructura formal que tiende, por su propia esencia, a demorar la llegada de una Justicia temprana reparadora de la lesión que por cuyo conducto se busca reparar.

La disfuncionalidad apuntada se advierte, con mayor nitidez aún, en aquellos casos en donde la infundabilidad de la defensa de la contraparte es manifiesta.

Se agrava el cuadro de situación en aquellos casos en que la evidencia del reclamo hace gala de elocuencia, pese a las argumentaciones –muchas veces meramente dilatorias– de la demandada.

Frente a este panorama, urge a los estudiosos del Derecho Procesal idear mecanismos capaces de revertir la situación. Implementar herramientas que coloquen a quienes recurran a la jurisdicción del Estado en un mismo peldaño, en el que cuenten con las mismas posibilidades de obtener un pronunciamiento favorable a sus intereses, sin menoscabo de las garantías que estructuran el debido proceso.

El ideario descrito constituye la tónica sobre la que ha de girar esta ponencia, deseando –en tal sentido– apuntar alguna propuesta útil a los fines de su posible regulación.

II.- El Proceso Monitorio.

Con el objetivo apuntado comenzaremos repasando algunas notas características de las estructuras monitorias y las finalidades que motivaron originariamente su implementación, para trazar luego algunas líneas en el sentido propuesto.

1.- El orden de los factores ¿altera el producto?

Sabido es que los magistrados judiciales tienen asignada –primordialmente– la función del Estado que denominamos Jurisdicción. Ello es así, con el objeto de resolver los conflictos que le son llevados a sus estrados, y procurar en última instancia la paz social.

En cumplimiento de ese cometido conocen en el caso y declaran el derecho respecto de la cuestión en disputa. Sólo si su pronunciamiento resulta incumplido dispondrán la ejecución forzada para la realización del interés insatisfecho.

El orden resulta lógicamente apropiado pues, primeramente, el juez conoce en el asunto para declarar el derecho y ordenar al demandado –si así correspondiera–, el cumplimiento de determinada prestación (obligación de dar, hacer o no hacer); para en una segunda y contingente oportunidad –que sólo se verifica frente al incumplimiento de la manda sentencial– ejecutar coactivamente la obligación impuesta en aquélla.

La sentencia pues, viene a ser el *título* que abre las puertas para la *ejecución forzada*, para el supuesto de que el condenado no cumpla con lo establecido en la citada sentencia en el plazo fijado. El proceso de ejecución, entonces, se presenta como una continuación del proceso de conocimiento y etapa final de la actividad encaminada a la realización del derecho.⁴

De lo dicho se colige que en el esquema del proceso de conocimiento tradicional, el debate precede –naturalmente– al dictado de la sentencia que constituye la síntesis de la ecuación planteada entre la postulación inicial y la defensa.

En el monitorio el orden lógico se invierte, en tanto, constituye un modo de ser del proceso, caracterizado porque, presentada la demanda (si ella cumple con los requisitos que, según los casos, prescribe la ley) el juez *inaudita altera parte* dicta una resolución favorable a aquélla, condicionada a que el demandado, citado en forma, no se oponga dentro del plazo que a tales efectos se le asigna.⁵ Es decir, que al requerimiento inicial le sigue la sentencia.

¿Qué sucede con el contradictorio? Pues, queda condicionado y diferido. Lo primero porque sólo se verificará si el demandado decide comparecer y oponerse al progreso de la pretensión. En definitiva, como se ha señalado gráficamente, *se produce una inversión en el principio del contradictorio*.⁶

Lo segundo porque, aún compareciendo el demandado a oponer su defensa, ésta encuentra un orden diferente al del tradicional esquema del proceso de cognición, desde que vendrá a ubicarse luego del dictado de la sentencia estimatoria.

⁴ LOUTAYFRANEA, R.; “Proceso Monitorio”. Publicado en MORELLO, A.; SOSA, G. Y BERIZONCE, R.; *Códigos Procesales de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, Bs. As. –Abeledo-Perrot-, La Plata –Librería Editora Platense-, T. X-a (Actualización. Parte General), 2004, p. 495

⁵ MARTINEZ, O. Y VIERA, L.; "El Proceso Monitorio (Base para su legislación uniforme en Iberoamérica)", en *Revista JUS*, La Plata, 1990, año 41, p. 51 y ss., específicamente p. 62.

⁶ MARTINEZ, O.; *El proceso Monitorio en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, en formato digital disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/592/30.pdf>. Última consulta efectuada en 20 de febrero de 2014.

El proceso monitorio comienza con el dictado de una decisión con ejecutividad. No requiere de una nueva decisión. A diferencia de lo que ocurre con el proceso ejecutivo, el monitorio culmina donde aquél comienza.⁷

Se invierte el orden de los factores pero, ¿se altera el producto?

El principio de bilateralidad o contradictorio resume el ejercicio del derecho constitucional de defensa en juicio⁸.

La garantía exige que el demandado tenga una razonable oportunidad de comparecer al proceso, alegar y probar respecto de las defensas que pueda esgrimir frente a la pretensión.

De lo apuntado se desprende que su satisfacción no exige su efectivo ejercicio (sino sólo la oportunidad de hacerlo)⁹; ni impone que se verifique en un momento determinado (siendo sólo imprescindible otorgar un cauce para su canalización).¹⁰

La estructura monitoria plantea poner en cabeza del demandado la carga del contradictorio, dejando a su exclusiva iniciativa la decisión de enervar el reconocimiento del derecho recogido en la sentencia.¹¹

De tal manera, con el deliberado propósito de abreviar tiempos en aquellos casos en que resulta probable que el demandado no tenga nada que decir, el esquema propone otorgar al actor un título con fuerza ejecutoria.

La estructura intenta combinar las ventajas de la celeridad, con las exigencias del debido proceso materializadas en la garantía del contradictorio.

⁷ OTEIZA, E.; *Las tutelas cautelares y anticipadas*. Ponencia presentada en las XXII Jornadas iberoamericanas de derecho Procesal. 2010.

⁸ Artículo 18 Constitución Nacional Argentina; y mediante la vía del bloque internacional constitucional, la Convención Americana de Derechos Humanos; y Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

⁹ Piénsese en los numerosos casos de procesos tramitados en ausencia del demandado.

¹⁰ Por caso, las defensas excluidas del marco del juicio ejecutivo son diferidas al momento de promoverse un el denominado proceso ordinario posterior.

¹¹ La oposición del demandado presenta distintos requisitos y también son distintos los efectos, según se trate del proceso monitorio *puro* o del proceso monitorio *documental*. Sucintamente diremos que en el primer tipo de monitorio, para que el tribunal dicte la sentencia con la orden al demandado para el cumplimiento de una prestación, no se requiere acompañar elemento de convicción alguno, sino que se realiza frente a la sola afirmación del accionante. Pronunciada la sentencia que contiene la orden, se le otorga al demandado un plazo para que formule su oposición. Esa orden perderá eficacia por la simple oposición oportuna del deudor (sin elemento probatorio que lo respalde); lo que motivará la apertura de un proceso ordinario para discutir la cuestión. En el proceso monitorio *documental*, el juez sólo despacha la orden de cumplimiento si los hechos alegados por el actor son probados por medio de documentos auténticos acompañados a su demanda. En este caso, la oposición del deudor debe ser fundada. El juez deberá determinar entonces si las defensas opuestas por el deudor demuestran la falta de fundamento del mandato, o si, por el contrario, éste debe ser mantenido y hecho ejecutorio.

2.- Naturaleza y fin del sistema.

Aquella alteración del orden de los factores nos permite colegir que nos encontramos en el terreno de la Anticipación de la Tutela.

En efecto, la estructura apuntada se traduce en un adelanto de tutela judicial, entendida ésta como anticipación de una actividad procesal que –por regla– tendría lugar en oportunidad ulterior, para la protección efectiva de un derecho aún no amparado por la cosa juzgada.¹²

Se trata, en definitiva, de un mecanismo de protección acelerado que parte del reconocimiento de ciertas situaciones como merecedoras de una especial forma de protección.

La estructura se resume en dos aspectos a apuntar: a) que a iniciativa del actor pueda éste obtener en su favor, con la mayor celeridad posible, un "título ejecutivo"; y b) que para lograr ese fin se desplaza la iniciativa del contradictorio del actor al demandado.¹³

Lo primero, tal como apuntaba Calamandrei, porque el procedimiento monitorio tiene la finalidad de [...] crear de un modo rápido y económico, contra el deudor, un título ejecutivo que no existe todavía; por consiguiente, es un procedimiento de cognición, no de ejecución.¹⁴

En efecto, se trata de dotar al accionante –de manera rápida y económica– de un título con eficacia ejecutoria del que carecía antes de iniciar el proceso a fin de canalizar determinadas situaciones especialmente reguladas.

Por ello mismo no implica ejecución pura y dura, sino una estructura que ha de pensarse para acelerar el proceso de cognición tradicional, con un cauce rápido y simplificado que garantice el contradictorio para que el título resultante se encuentre revestido de eficacia ejecutoria.

El segundo aspecto se explica por sí mismo, desde que pone de relieve que la finalidad aludida se logra “alterando el orden de los factores”, esto es, invirtiendo el orden lógico de los pasos procesales (a la demanda, sigue la sentencia), y trocando el sujeto sobre el que pesa la carga de contradecir (del actor, al demandado).

¹² OTEIZA, E. Y SIMÓN L.; *Ejecución provisional de la sentencia civil*. Ponencia general publicada en el Libro de Ponencias presentadas en las XI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. 2008.

¹³ PONZ, M; "El Proceso Monitorio", en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, año XIX, n° 40, p. 233 y ss.

¹⁴ CALAMANDREI, P.; *El Procedimiento Monitorio*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Bs. As., Ed. Bibliográfica Argentina, 1946, p. 55/56.

Desde una perspectiva de política judicial, puede verse a los procesos de estructura monitoria como un medio destinado a sustraer de las dilaciones del proceso ordinario todas aquellas causas en las que es previsible que el demandado permanecerá en contumacia o, a lo sumo, se limitará a discutir la pretensión sólo *pro forma*.¹⁵

3.- Objeto de la pretensión a canalizar.

En lo que respecta a las pretensiones que tradicionalmente han sido tenidas en miras a la hora de legislar el proceso monitorio, la mayoría de las legislaciones apuntaron a aquellas cuyo objeto implicaban la obligación de dar una suma de dinero líquida y exigible o la obligación de dar una cantidad de cosas fungibles.

Otros sistemas han abierto un abanico más amplio. Tal el caso del Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica que especialmente contempla además procesos: 1) ejecutivos; 2) desahucio o desalojos; 3) entrega de la cosa; 4) entrega efectiva de la herencia; 5) resolución por falta de pago o escrituración judicial de promesas inscriptas en los respectivos registros (compra-venta de inmueble o de establecimiento o de empresa comercial o de unidad en propiedad horizontal).¹⁶

Entre los proyectos de reforma en Argentina, el denominado “Proyecto MAK” (ideado por los Dres. AUGUSTO M. MORELLO, ROLAND ARAZI y MARIO KAMINKER para la Provincia de Buenos Aires) preveía también la división de condominio cuando fuera imposible hacerla en especie, el desalojo de inmuebles urbanos o rurales por vencimiento del plazo contractual, el desalojo por falta de pago de bienes inmuebles urbanos o rurales cuando se hallare justificada por medio fehaciente la interpelación que establecen las normas vigentes y –en general- los procesos de ejecución, en los casos autorizados por el presente Código u otras leyes.¹⁷

III.- Una utilización diferente de las estructuras monitorias. Ventajas y óbices a su implementación.

Hasta aquí un somero –y seguramente incompleto– repaso de los aspectos más salientes del instituto desde una perspectiva tradicional.

¹⁵ VERBIC, F.; *El procedimiento di ingiunzione italiano como especie de tutela monitoria y su correlato en las provincias argentinas*; consultado en su versión digital en www.academia.edu/3429080. Última entrada en el mes de febrero de 2014.

¹⁶ Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, artículo 311.

¹⁷ Arts. 492, 673 bis, 676 bis del Proyecto mencionado.

En lo que sigue habremos de tomar la estructura monitoria tal y como la conocemos para proponer una funcionalidad diversa, guiados por la finalidad aludida en el primer epígrafe.

Esto es, tomando de lo monitorio la idea de una estructura de conocimiento sumaria con inversión de la carga de controvertir, propondremos su aplicación para la tutela de situaciones no tenidas en miras clásicamente.

Finalmente, pasaremos revista de las ventajas y desventajas –u ¿órbices constitucionales? – que prima facie pueden advertirse.

1.- Ante la falta de isonomía en la sustancia.

El campo de las relaciones de derecho sustancial evidencia muchas veces situaciones de una desigualdad palmaria¹⁸. Se trata de vinculaciones que –por su propia manera de existir– revelan una disparidad que se presenta tan ostensible como difícil de remediar.

Tan es ello así que, producido el conflicto y llegado hasta la puerta de acceso al sistema de justicia, advertimos reflejada esta disparidad en su proyección formal. En efecto, la desigualdad apuntada se traduce en un manifiesto desequilibrio de las partes vinculadas en la relación ritual.

Pero sucede que, lejos de reproducir la diferencia apuntada el sistema procesal ha de contar con el potencial necesario para ir tras la isonomía. El juez no puede permanecer –cual convidado de piedra– frente a una realidad tan dispar, observando como el tiempo se constituye en el principal aliado de la inutilidad de su sentencia.¹⁹

¹⁸ La gran empresa frente al consumidor ignoto y desprovisto de asistencia frente a contratos con cláusulas predispuestas. Sujetos en pasividad, carentes materialmente del tiempo necesario para aguardar el resultado del pleito en un sistema al que ese mismo tiempo le reditúa. Pretensiones asistenciales amparadas por la evidencia que –no obstante– se enfrentan al efecto suspensivo del recurso deducido por la contraria para demorar la tutela son sólo algunas de las situaciones aludidas.

¹⁹ Expresan LOUTAYF RANEA Y SOLÁ, que no se requiere una igualdad aritmética sino que lo que exige el principio es que se brinde a las partes una razonable igualdad de posibilidades en el ejercicio de su derecho de acción y de defensa, es decir, que garantice a todas, dentro de las respectivas posiciones que ostentan en el proceso y de acuerdo con la organización que a éste haya dado la ley, el equilibrio de sus derechos de defensa. Y así como frente a iguales circunstancias debe darse un igual tratamiento a las partes, cuando las circunstancias son diferentes, debe también dárseles un tratamiento diferente, si ello es necesario para lograr ponerlas en igual situación a los efectos de alcanzar igual protección jurisdiccional. En este sentido, recuerdan que la Corte Interamericana de Derechos Humanos difunde que el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Ver DIAZ, C.; *Instituciones de Derecho procesal*, Parte General, Abeledo Perrot, 1968, t. I, p.218, cit. por LOUTAYF RANEA Y SOLÁ, *Principio de igualdad procesal*, L.L. 2011-C-790.

Es que, como señala el Profesor BERIZONCE, el proceso común civil es el espejo donde se reflejan de la manera más directa los conflictos de nuestra época, que tocan el “corazón”, la estructura misma de la sociedad. De ahí que el fenómeno, y aún todo el sistema de justicia, ha de ser contemplado necesariamente bajo el perfil de su *efectividad*, de su *accesibilidad*, de su *adecuación* a las instancias de una sociedad renovada y sustentada en *valores* proyectados hacia la construcción de un *orden social más justo*.²⁰

La Dimensión Social del Derecho plantea cada vez más impostergablemente la necesidad de una igualdad no sólo formal, sino material y efectiva. La problemática del acceso a la justicia exige que los derechos sociales no queden en meras declaraciones vacuas de contenido y que los derechos reconocidos en las sentencias produzcan una modificación tangible en el medio en que se insertan.

Y así como en una primera etapa el interés se centró en el debate sobre los obstáculos económicos, los costos del proceso y el sistema de *asistencia jurídica* a los pobres²¹; [y] luego se focalizó la defensa de los *intereses colectivos o difusos*²², para superar los obstáculos organizativos especialmente en relación a los consumidores y usuarios; hoy, como concreción de todo lo anterior, [asistimos a] la concepción de un vasto *programa de reformas del funcionamiento del sistema judicial* y más genéricamente del aparato de justicia²³.

Haciendo pie en este último peldaño nos encontramos frente a la necesidad de plantear procedimientos más simples y racionales, más económicos, eficientes y especializados para cierto tipo de controversias promoviendo una tutela diferenciada que tienda a crear “formas de justicia más accesibles en cuanto más descentralizadas y participatorias”²⁴.

²⁰ BERIZONCE, R.; Las grandes líneas tendenciales ...ob. cit..

²¹ CAPPELLETTI M. Y GARTH B; *El acceso a la justicia*, ob. cit., pp.39-58. DENTI V., *Accessibility of Legal Procedures for the underprivileged: Legal Aid and Advice*, en *Towards a Justice with a Human Face*, M. Storme and Casman ed., Antwerpen/Deventer, Kluwer, 1978, p.168; *id.*, *Processo civile e giustizia sociale*, ob. cit., p.31-52; *id.*, *Un progetto...*, ob. cit., pp.133-159; 161-185. Citado en BERIZONCE, R.; “Las grandes líneas tendenciales” ... ob. cit.

²² CAPPELLETTI M. Y GARTH B., ob. cit., pp.58-84; CAPPELLETTI M., *L'accesso alla giustizia e la responsabilità...*, ob. cit., pp.278-283. Citado en BERIZONCE, R.; “Las grandes líneas tendenciales ...” ob. cit.

²³ CAPPELLETTI M. y GARTH B., ob. cit., pp.84 y ss.. CAPPELLETTI M., *L'accesso alla giustizia e la responsabilità del giurista nella nostra epoca*, en *Studi in onore di Vittorio Denti*, Cedam, Padova, 1994, pp.283-286. Citado en BERIZONCE, R.; “Las grandes líneas tendenciales...” ob. cit.

²⁴ CAPPELLETTI M “Acceso a la Justicia...” ob. cit. pp.184-187.

2.- El monitorio como mecanismo de igualación.

En el marco apuntado, consideramos que la estructura monitoria podría funcionar como una de las herramientas en búsqueda de la aludida “igualación”.

Frente a determinadas pretensiones sensibles, merecedoras de una tutela preferente, la inversión de la carga del contradictorio sobre la parte fuerte de la relación que se ventila ahorraría tiempo y recursos frente a casos en que, la evidencia del reclamo o la insustancialidad de la defensa hagan innecesario o demasiado gravoso el tránsito por el proceso de conocimiento tradicional.

Hablamos de un proceso especial, y como tal, de una herramienta de excepción al proceso de conocimiento tradicional destinada a emplearse en aquellos casos en que el tránsito del proceso ordinario agrave –cuando no imposibilite– la realización de la justicia en el caso concreto.

En consecuencia, resulta fundamental circunscribir su ámbito de aplicación. Como una primera aproximación, destinada a someterse al auditorio –y sin pretensión de exhaustividad– abordaremos algunas notas que, a nuestro criterio han de verificarse necesariamente para justificar su canalización por la vía que se propone.

A.- El objeto de la tutela preferente.

En la línea argumental que venimos sosteniendo el proceso monitorio se concibe como un mecanismo destinado a combatir la desigualdad sustancial de determinadas relaciones jurídicas.

Con ese tenor, se apuntó a ciertas controversias que en la realidad social contemporánea patentizan una notoria desventaja del reclamante frente al requerido. En dicho contexto, las relaciones de consumo, las previsionales o aquellas que involucran cuestiones asistenciales representan ejemplos de situaciones que en el campo material hacen gala de una falta de isonomía absoluta.²⁵

Se trata, en definitiva, de derechos sensibles, de primera línea y raigambre constitucional cuya insatisfacción no puede ser tolerada por un sistema procesal res-

²⁵ Las situaciones apuntadas no requieren mayor explicación. Piénsese en los numerosos casos de relaciones que involucran los derechos de un sujeto frente a grandes corporaciones y su lógico correlato: disparidad de información, asistencia técnica, recursos económicos y posibilidad de sostener el proceso en el tiempo. Éste último factor resulta angustiante en las numerosísimas causas de tipo previsional, donde –además– el carácter alimentario de las prestaciones completa el cuadro de situación. Lo propio ocurre en el marco de las prestaciones asistenciales, que por su propia naturaleza requieren de una solución pronta y eficaz.

petuoso de ciertos estándares cuya operatividad se viene tendencialmente reclamando en el marco del sistema interamericano de protección.²⁶

Sobre el punto resulta sumamente interesante tener presente la reflexión de BARBOSA MOREIRA, en cuanto a los derechos a ser protegidos en forma anticipada. El profesor brasileño considera que su finalidad debería asociarse a los derechos cuya satisfacción no soportan demora, como el derecho a la vida, a la salud, al honor, a la intimidad. Un ejemplo sugestivo de uso socialmente relevante de este mecanismo consiste en imponer a la Administración Pública la provisión inmediata de medicamentos a personas carentes.²⁷

Sobre el punto, y vinculado asimismo con la reforma procesal en general, ha de resultar determinante el rol del juez en el proceso, toda vez que la sensibilidad de la materia sometida a su conocimiento no puede encorsetarse en moldes rígidos que a la postre tornen obsoleto el mecanismo.

Consideramos que un carril como el propuesto no puede escindirse de una presencia activa del juez de la causa que, haciendo gala de la intermediación requerida en esta clase de asuntos, merite la sustancia susceptible de ser puesta a debate a través de la vía que postulamos.

B.- La evidencia en el reclamo o la insustancialidad en la oposición.

El rasgo apuntado en el punto que antecede ha de conjugarse con alguno de los factores de que trata la tónica del epígrafe que –por lo demás– resultan familiares en el ámbito de los mecanismos que se emparentan con la denominada anticipación de la tutela.

Recuerda el profesor OTEIZA que el monitorio se asienta sobre la fuerte verosimilitud o probabilidad de existencia del derecho cuyo cumplimiento se requiere.²⁸

²⁶ La Corte Interamericana, con respecto a la efectividad de las vías procesales previstas por las jurisdicciones internas, ha entendido que un Estado para cumplir con su deber convencional no solamente debe tenerlas previstas, sino que además ellas deben ser efectivas y no meramente ilusorias. De allí que los procesos deben ser adecuados para proteger la situación jurídica infringida y, además, capaces de producir el resultado para el cual han sido concebidos. Cfr. OTEIZA, E.; “El cercenamiento de la garantía a la protección cautelar en los procesos contra el Estado por la ley 26.854”, en *La Ley*, suplemento especial, mayo 2013, pág. 95 y sgts., con cita de los casos “Bámaca Velásquez vs. Guatemala”, “Comunidad Mayagna vs. Nicaragua” y “Juan Humberto Sánchez vs. Honduras”, p. 98.

²⁷ BARBOZA MOREIRA J. C.; “La significación social de las reformas procesales”, *Revista Peruana de Derecho Procesal*, T. X, Comunitas, Lima, 2008, pp. 7 y ss.; citado en OTEIZA, E.; *Las tutelas cautelares y anticipadas*; ob. cit.

²⁸ OTEIZA, E.; “Las tutelas cautelares y anticipadas...”ob. cit.

Asimismo,–desde una perspectiva comparatista– sostiene que los *summary judgments* del Common Law permiten acortar en el sistema todo o parte del proceso ante la evidencia de la debilidad de la posición de una de las partes. Indica que el mecanismo pone especial énfasis en la figura del magistrado, en cuanto un examen diligente por parte del juez permite en forma preliminar desechar aquellos casos en los cuales es nítida la suerte de las pretensiones.

En esa misma línea comenta que el derecho brasileño habilita el dictado de medidas anticipatorias cuando concurren determinados requisitos, a saber : petición de parte, prueba inequívoca, razones para temer un daño irreparable o de difícil reparación, se manifieste un abuso del derecho de defensa o el propósito de retrasar la marcha del proceso y la situación generada por la medida no resulte irreversible.²⁹

Se trata del “factor evidencia”, esto es de una certeza clara, manifiesta y perceptible de la que nadie puede dudar racionalmente³⁰. Esto es, la verificación de ciertas situaciones en que asistimos a un altísimo grado de elocuencia³¹ en orden a la muy segura recepción del reclamo (o fracaso de la defensa)

Como ejemplos, se han apuntado a) existencia de jurisprudencia vinculante u obligatoria que defina la materia debatida; b) existencia de precedentes reiterados y sostenidos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se hubieran pronunciado inequívocamente sobre los derechos debatidos; c) existencia de una causa de puro derecho y respecto de la cual militan precedentes judiciales y doctrinarios recibidos, que tornan indudablemente predecible el desenlace del litigio; d) un accionar de la demandada signado por el abuso del derecho de defensa y el palmario propósito de retardar maliciosamente la marcha del juicio.³²

Como acertadamente apunta el autor de cita, siempre una misma y única nota definitoria: la presencia de elementos de juicio palmarios, nítidos, patentes e innegables que conducen a una solución evidente.

²⁹ OTEIZA, E; Las tutelas cautelares y anticipadas...ob. cit.

³⁰ PEYRANO, J. “El dictado de decisiones judiciales anticipadas. El factor evidencia”, *L.L.* 2011-B-773; ídem, “La tutela anticipada de evidencia”, *L.L.* 2011-C-679

³¹ DE LÁZZARI, E.; *La ejecución provisional de la sentencia civil*; Ponencia general publicada en el Libro de Ponencias del XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Argentina. Septiembre de 2013.

³² PEYRANO, J. “*El dictado de decisiones judiciales anticipadas*”, cit. en DE LÁZZARI, EDUARDO N.; *La ejecución provisional ...*, ob. cit.

Lo propio acontece con el rasgo de insustancialidad, pues resulta una aplicación inversa del factor evidencia. Se trata de atender no ya al reclamo del postulante sino a los óbices deducidos por el requerido.

Y así como la evidencia en la pretensión ha de motivar el dictado de la sentencia estimatoria, la insustancialidad palmaria de la articulación de la defensa no puede sino determinar el rechazo liminar de la misma, aparejando ello la confirmación de la eficacia ejecutoria del auto monitorio.

Así como se señalaba que el monitorio estaba originalmente ideado para acelerar los tiempos en los conflictos en que resultaba altamente probable la ausencia del demandado, podría ahora pensarse en su implementación para ahorrar tiempos (y no ya sólo tiempo, también esfuerzos) en los casos en que la comparecencia del demandado sea con fines dilatorios, estériles, meramente formales o, en definitiva, palmariamente insustanciales.

3.- Ventajas y posibles cuestionamientos.

De lo apuntado hasta aquí, podemos intentar realizar un balance con la intención de ponderar la adecuación de medios a fines involucrados en la propuesta.

Existe una conexión directa entre el tiempo asignado para contradecir, debatir, probar y controlar las sucesivas decisiones, el costo que demanda llevar adelante esas actividades y el resultado que potencialmente se puede obtener. Tiempo, costo y mayores posibilidades de obtener una decisión justa en términos procesales son factores en constante tensión. La noción plazo razonable que integra el derecho al debido proceso, a un proceso justo o a la tutela judicial efectiva exige combinar adecuadamente esos tres elementos.³³

Vinculado con ello, desde una perspectiva netamente ritual, y de manera liminar se puede anotar que –desde la atalaya de las políticas públicas– las estructuras monitorias representan un mecanismo destinado a combatir las demoras del proceso ordinario en los casos en que el demandado no se presentará o se limitará a intentar una defensa formal de la cuestión dotando al actor de un título ejecutorio del que carecía.

En el primer caso, el ahorro de tiempo resulta determinante, desde que, la sentencia que sigue a la demanda hará ejecutoria transcurrido el breve plazo fijado

³³ OTEIZA, E.; *Las tutelas cautelares y anticipadas...* ob. cit.

por el juez en el auto monitorio a los fines de su comparecencia. No creemos que éste sea el caso más frecuente en la utilización que planteamos.

Sin embargo, desde otra perspectiva, la estructura elegida desalienta la utilización del tiempo como factor que torna ilusorio el cumplimiento de la sentencia. Es que, el dictado del auto monitorio emplaza –brevemente– al demandado a controvertir, para enervar la fuerza ejecutoria de la sentencia que pende sobre su cabeza.

De allí que, la resolución del pleito le interese tanto o más que a la propia parte actora, pues de la robustez de su presentación dependerá la suerte del litigio (y de su patrimonio).

Por otro lado, como dice Calamandrei, produce un efecto psicológico que actúa como “calmante eficaz del espíritu de litigiosidad”: mientras la invitación a comparecer al proceso sirve muchas veces de “instigación al embrollo” y el contradictorio parece establecido en varias ocasiones más para excitar que para calmar los disentimientos, el proceso monitorio se encuentra diagramado para disuadir al deudor de emprender una reacción infundada ante la pretensión actora.³⁴

Tal como resultara apuntado, la insustancialidad manifiesta de la defensa esgrimida frente al auto monitorio ha de provocar una suerte de rechazo liminar del óbice deducido, confirmando la fuerza ejecutoria de la resolución inicial.

Mecanismos accesorios tales como la imposición de sanciones procesales al litigante insustancial resultan potencialmente útiles a la hora de regular la materia.

Desde un análisis sistémico además, podría argumentarse que el diseño de un carril procesal para la especial tutela de determinados casos sensibles, evitaría la proliferación de reclamos por las más dispares y diversas vías que podrían revelarse inidóneas con relación al diagrama que se postula.

De otro ángulo, vinculado con lo sustancial del asunto, podría señalarse la ventaja de contar con un proceso especial (de estructura monitoria) para la tutela de derechos constitucionales de primera línea, cuya sensibilidad o natural desventaja los evidencia merecedores de un tratamiento preferente.

No se nos escapa la existencia de debilidades y posibles cuestionamientos.

³⁴ CALAMANDREI, P. *El procedimiento monitorio*, Buenos Aires, 1946, pp. 194-195. Citado en VERBIC, F.; *El procedimento di ingiunzione ...*; consultado en su versión digital en www.academia.edu/3429080. Última entrada en el mes de febrero de 2014.

De inicio, la inserción de una estructura ajena al rito tradicional suele plantear resistencias y recelos. Máxime cuando ella implica alterar el orden de los factores, pues las reglas del juego son asumidas por los operadores del sistema como estandartes irrenunciables prescindiendo muchas veces de la bondad intrínseca que ellas aparejan en concreto.

Sorteado este aspecto formal, los cuestionamientos más relevantes han de venir invocando la efectiva vigencia del derecho constitucional de defensa en juicio en el marco de un debido proceso legal. No creemos que resulten insalvables.

En tal sentido podrá argumentarse que no queda lo suficientemente circunscripto el ámbito de aplicación del monitorio como proceso especial, o que la discrecionalidad del juez en orden a su determinación no abastece los parámetros de seguridad jurídica requeridos para abastecer aquél resguardo.

Asimismo, y vinculado con el rol del juez en el proceso, pueden válidamente cuestionarse las atribuciones del magistrado en orden a la determinación del factor evidencia o de la insustancialidad del reclamo.

También podrá discutirse en torno a los reales mecanismos con que cuenta el requerido en orden a la reversión del decisorio cuya notificación inicia el proceso monitorio a su respecto.

Todos los aspectos apuntados resultan tópicos a tener en cuenta a la hora de abrir el debate constructivo. Se trata –en definitiva– de proponer, para edificar sobre la crítica y avanzar hacia un modelo de justicia capaz de descubrir un rostro más humano.

IV.- Palabras finales.

Hasta aquí, la propuesta sometida a debate.

Para finalizar proponemos algunas líneas a modo de conclusión.

La Dimensión Social del Derecho exige un serio replanteo de la igualdad de oportunidades en el marco del proceso judicial. Una reforma procesal que ignore el reclamo de justicia social no satisface los estándares convencionales a que han de ajustarse los Estados a fin de no incurrir en responsabilidad internacional.

Una de las aristas involucradas en la cuestión, plantea la necesidad de diagramar procesos especiales que canalicen aquellas pretensiones que no encuentran un cauce adecuado en el plenario de conocimiento tradicional. No ha de perderse de

vista que el proceso ordinario debe seguir siendo el núcleo del sistema alrededor del cual han de instrumentarse los cauces rituales de excepción.

Tratándose de vías diferenciadas, los mecanismos de tutela anticipada constituyen una opción eficiente, en cuanto se trata de herramientas que permiten ahorrar tiempo y esfuerzos para dar protección a situaciones particularmente sensibles caracterizadas por el “factor evidencia”.

La propuesta no puede encararse seriamente prescindiendo de la idea más general de Reforma de la Justicia no Penal.

Es que su funcionamiento eficaz requiere de la figura de un juez con amplias facultades directivas e instructorias que haga gala de la intermediación que la resolución de este tipo de conflictos requiere.

La estructuración del juicio monitorio en derredor de una audiencia de vista de causa constituye una opción seria que podría evitar presentaciones insustanciales, vacías de real contenido.

Como se apuntara, su implementación podría combatir las demoras del proceso ordinario en los casos en que el demandado se limitara a intentar una defensa formal de la cuestión –o no controvierta la decisión adoptada.

Su estructura permite disuadir al deudor de arremeter insustancialmente, pues la infundabilidad manifiesta de la defensa esgrimida frente al auto monitorio ha de provocar una suerte de rechazo liminar del óbice deducido, confirmando la fuerza ejecutoria de la resolución inicial.

Mecanismos accesorios tales como la imposición de sanciones procesales al litigante insustancial resultan potencialmente útiles a la hora de regular la materia.

Desde los lineamientos que competen a las políticas públicas, la técnica podría evitar la proliferación de reclamos por las más dispares y diversas vías que podrían revelarse inidóneas con relación al diagrama que se postula en cuanto permite contar con un proceso especial (con una estructura monitoria) para la tutela de derechos constitucionales de primera línea, cuya sensibilidad o natural desventaja los evidencia merecedores de un tratamiento preferente.

Consideramos que lo que se plantea resulta compatible con la noción de debido proceso y constituye un instrumento idóneo para mejorar el rendimiento de la respuesta judicial. Pero para que así sea, ha de regularse cuidadosamente su implementación a fin de preservar el contradictorio. La decisión debe necesariamente estar

motivada y el demandado debe contar con alternativas para revertir la medida anticipada.³⁵

Se trata de abrir el abanico de alternativas y construir sin perder de vista el objetivo que ha de guiar la empresa.

³⁵ OTEIZA, E.; *Las tutelas cautelares y anticipadas...*ob.cit.