

El nuevo rol del Juez en el marco de la reciente reforma del Código Procesal Civil y Comercial de Entre Ríos, conforme Ley 9776. Fortalecimiento de su participación en el proceso. Los nuevos artículos 604 bis y 604 ter consagradorios de verdaderos supuestos de “Tutela Procesal Diferenciada”.

Por Mariano Morahan¹

El Código Procesal Civil y Comercial de Entre Ríos, fue modificado mediante Ley 9776, la cual tuvo publicación en el B.O. en fecha 24/07/07. La esperada reforma por parte del foro entrerriano vino a introducir sustanciales modificaciones a las estructuras vigentes y asimismo la incorporación de nuevas figuras, hasta ahora inéditas en la Provincia e incluso a nivel nacional.

Así, al solo efecto de destacar las novedades mas sustanciales, señalamos la eliminación del Proceso Sumario, resumiendo de esta manera los Procesos de Conocimiento al Juicio Ordinario y al Sumarísimo (arts. 307 y 309), suprimiéndose así el Proceso Sumario, ello mediante la derogación del art. 308 que otrora lo regulara; la expresa regulación de los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos mediante la incorporación de la Mediación Previa Obligatoria (arts. 286 a 291 bis), la Audiencia Preliminar (art. 346 y 347), y la regulación del Proceso Monitorio (Arts. 472 a 483), convirtiéndose en este caso en la tercera provincia que lo incorporara luego de La Pampa y Río Negro, con el agregado de que, a diferencia de cómo se encuentra regulada la estructura monitoria en ambas Provincias citadas, el Legislador Entrerriano tuvo el acierto de incorporarla dentro del Libro II dedicado a los Procesos de Conocimiento, junto al Juicio Ordinario y al Sumarísimo, lo que hace honor a la real naturaleza jurídica de esta figura.

Destacamos por último, la introducción de dos nuevos artículos, el art. 604 bis y el art. 604 ter, los que, a criterio de quien escribe estas líneas, regulan los primeros supuestos de “tutela procesal diferenciada” expresamente previstos en el derecho procesal entrerriano.

¹ Abogado. Especialista en Derecho Procesal Civil y en Derecho de Daños. Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Procesal (AADP) y autor de la Obra “El Procedimiento Monitorio”. Miembro fundador del Ateneo Entrerriano de Estudios del Derecho Procesal. Colaborador para las cátedras de Derecho Procesal I (Derecho Procesal Civil) y Derecho Procesal III (Derecho Procesal Constitucional) de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (U.N.L.)

El fortalecimiento del rol del Juez en su calidad de Director del Proceso como nota distintiva de la nueva reforma. (Arts. 33, 346 y 347 del Código Procesal Civil y Comercial de Entre Ríos)

No podemos dejar de señalar que, si existe una nota que distinga con mayor énfasis la reciente reforma del Código Procesal Civil y Comercial de Entre Ríos, lo constituye, sin lugar a dudas, el marcado fortalecimiento del rol del Juez de Grado en la sustanciación del proceso a su cargo, tendencia esta que se anota en la preponderante corriente doctrinaria nacional denominada “activista” y que esencialmente preconiza la flexibilización de los tradicionales institutos procesales, en orden a salvaguardar la debida tutela judicial efectiva, evitando así que las formas procesales hagan mella en su adecuada satisfacción.

En punto al actual protagonismo del Juez en el marco del moderno derecho procesal, en particular a la luz del bienvenido activismo judicial, el cual, entre otros aspectos, brega por una participación mas activa de aquel en su calidad de Director del Proceso, traducido ello en un fortalecimiento de su rol dentro del iter procedimental, con incremento de sus potestades, alejándose de esta manera claramente de los moldes clásicos del proceso donde el juez se limitaba mas bien a una función de corte garantista, dejando así campear en consecuencia con mayor vigor el principio dispositivo y consecuente impulso procesal de partes; asistimos hoy día y a partir de este incipiente fenómeno, a un importante número de procesos regulados en nuestro derecho vigente, en todos los cuales el juez “**puede y debe**” hacer lo que de ordinario no “**no puede ni debe**”², -en palabras del Dr. Jorge W. Peyrano-, erigiéndose precisamente esta característica como uno de los síntomas reveladores para indicar cuando nos encontramos verdaderamente frente a una verdadera “**Tutela Procesal Diferenciada**” la cual tiene como norte la Tutela jurisdiccional efectiva.

Valgan aquí como ejemplo de ello lo que hoy día conocemos como vg) “Medidas Autosatisfactivas”, asimismo la denominada Tutela Inhibitoria –y dentro de esta la llamada Denuncia de Daño Temido, regulada por el art. 2499 del C.Civil y que, como novedad, el remozado Código Procesal Entrerriano introduce expresamente a través del art. 604 bis; asimismo encontramos dentro de esta categoría de tutela inhibitoria a la acción preventiva prevista para los consumidores bajo amenaza de Daño, ello en el art. 52 Ley 24.240.- Igualmente podemos citar como supuesto de “tutela diferenciada” al Proceso Ambiental regulado por la L.G.A. (Ley General del Ambiente) –Ley 25.675- , en igual sentido el proceso reglamentado por la Ley de Defensa del Consumidor (Ley 24.240), en particular a partir de la reforma introducida a la misma por Ley 26.361 y las nuevas facultades ordenatorias ampliadas que establece su art. 55, y asimismo el proceso reglado en el marco del Derecho de Familia, en particular a partir de la figura de exclusión del

² PEYRANO, Jorge W “Que es y que no es una tutela diferenciada en Argentina”. Revista de Derecho Procesal. 2.008, II, Ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fé, año 2008 pág 32

hogar conyugal prevista en la Ley de Violencia Familiar de Entre Ríos, la fijación de alimentos provisorios durante la sustanciación del Juicio de Alimentos, etc, lo que llevó incluso a que el Dr. Peyrano afirmara a en el punto que **“En verdad, la actuación que corresponde reconocerle al Juez interviniente en asuntos de familia, es una suerte de sueño para quienes defendemos el ideario del activismo procesal o judicial, expresión esta acuñada y propiciada por la Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica, desde 1.992”**³

En todos estos nuevos procesos, y asimismo en particular en aquellos donde se encuentran en juego derechos de incidencia colectiva, vemos como nota distintiva un claro fortalecimiento del protagonismo que le cabe al Juez en el proceso, confiriéndole a este, vg) art. 32 L.G.A., **“amplios poderes de ordenación y conducción, de instrucción probatoria oficiosa y cautelares para dictar medidas de urgencia y prevención aún de oficio”**⁴

A propósito de lo expuesto, merece destacarse la nueva redacción del art. 33, del C.P.C. y C. de Entre Ríos, el cual enumera los **“Deberes y facultades Ordenatorias e Instructorias”** del Juez.

Recordemos en tal sentido que, en la anterior redacción, se disponía en dicho articulado que: “Aún sin requerimiento de parte, los jueces y tribunales **podrán**: “, mientras que en su actual redacción y a partir de la reciente reforma dispone “ Aún sin requerimiento de parte, los jueces y tribunales **deberán**”, resultando evidente que a partir de esta pequeña pero decisiva modificación, hoy recae en cabeza del Juez de Grado un grueso cartabón de funciones protagónicas que otrora fueran tano solo facultades discrecionales del mismo.

Asistimos de esta manera a una amplificación de las incumbencias del magistrado interviniente. Resulta a todas luces evidente que la reforma en este punto tiende a honrar claramente el principio de “inmediación”, en búsqueda de la verdad jurídica objetiva, contando con un nuevo Juez que tendrá ahora acabado conocimiento de los hechos que le son traídos para ser juzgados –lo que decididamente repercutirá en la calidad del decisorio final-, y en este orden de ideas, apuntamos a modo de ejemplo, a saber: 1) el nuevo deber del Juez de respetar y hacer efectivo el principio de preclusión procesal (art. 33 inc. a) –evitando de esta forma las largas pilas de procesos inactivos-, 2) el deber de intentar avenir a las partes -incs b y c), y sobre todo 3) propender a buscar la “verdad jurídica objetiva”, ello con el nuevo deber de “esclarecer la verdad de los hechos” impuesto por el inc. d) del citado artículo. Recordemos en este punto el criterio que la C.S.J.N. volcó en el precedente “Colalillo”, y a partir del cual el máximo tribunal se inclina por fulminar el “exceso ritual manifiesto” en pos de honrar a la “verdad jurídica objetiva”,

³ Ob Cit, pág 29.

⁴ MORELLO, A.M. y CAFFERATTA, N.A. **“Visión Procesal de cuestiones ambientales”**, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 2004, pp. 198 y ss.

Estos marcados “**deberes**” que el nuevo código procesal entrerriano asigna al Juez de Grado a partir del renovado art. 33, se conjugan con la presencia “**indelegable**” de aquel en la Audiencia Preliminar, figura esta que, como novedad, se introduce en el art. 346, el cual establece puntualmente que “....la audiencia preliminar se realizará según las siguientes reglas..será presidida por el juez, con carácter **indelegable**”.

Los nuevos artículos 604 bis y 604 ter del Código Procesal Civil y Comercial de Entre Ríos consagradorios de verdaderos supuestos de “Tutela Procesal Diferenciada”

A la luz de todo lo reseñado, y continuando con el análisis de las variadas reformas introducidas al nuevo Código Procesal Civil y Comercial Entrerriano a partir de la Ley 9776, vemos como de fundamental importancia la incorporación de dos nuevos artículos, el art. 604 bis y el 604 ter, ello en el nuevo Capítulo VIII titulado como “**Denuncia de daño temido. Oposición a la ejecución de reparaciones urgentes**” perteneciente este al Título I “ **Interdictos y Acciones Posesorias, Denuncia de Daño Temido, Reparaciones Urgentes**” del Libro IV dedicado a los “**Procesos Especiales**”. El primero de ellos regula expresamente el procedimiento para la Denuncia de Daño temido contenida en el art. 2499 del Código Civil mientras que el segundo parte del supuesto de la existencia de daño, y la urgencia de su cese.

Dispone el art. 604 bis: “**Denuncia de Daño Temido. Medidas de Seguridad**”. **Quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño grave e inminente a sus bienes, puede solicitar al juez las medidas de seguridad adecuadas, si no mediare anterior intervención de autoridad administrativa por el mismo motivo. Recibida la denuncia el Juez se constituirá en el lugar y si comprobare la existencia de grave riesgo, urgencia en removerlo y temor de daño serio e inminente, podrá disponer las medidas encaminadas a hacer cesar el peligro. Si la urgencia no fuere manifiesta requerirá la sumaria información que permita verificar, con citación de las partes y designación de perito, la procedencia del pedido. La intervención simultánea o ulterior de la autoridad administrativa determinará la clausura del procedimiento y el archivo del expediente. En su caso, podrán imponerse sanciones conminatorias. Las resoluciones que se dicten serán apelables en efecto devolutivo”**

A renglón seguido dispone el art. 604 ter: “ **Oposición a la Ejecución de Reparaciones Urgentes**”. Cuando deterioros o averías producidos en un edificio o unidad ocasionen grave daño a otro, y el ocupante del primero se opusiere a realizar o permitir que se ejecuten las reparaciones necesarias para hacer cesar la causa del perjuicio, el propietario, copropietario o inquilino directamente afectados, o en su caso, el administrador del consorcio, podrá requerir que se adopten las medidas y se lleven a cabo los trabajos que sean necesarios, disponiéndose el allanamiento de

domicilio, si fuere indispensable. La petición tramitará sin forma de juicio, con la sola audiencia de los interesados y el informe técnico que deberá acompañarse al escrito inicial. En su caso podrán imponerse sanciones conminatorias. La resolución del juez es inapelable”

Veamos ahora, si, al calor de la conceptualización doctrinaria de lo que es una “tutela procesal diferenciada”, los procesos que regulan ambos artículos participan de tal naturaleza. A tal fin debemos constatar si los mismos reúnen la totalidad de los “síntomas” reveladores configurativos de un supuesto de tutela diferenciada.

Recordemos en este punto la definición que diera Peyrano en la materia al indicar que: **“habrá tutela diferenciada cuando, excepcionalmente, y a raíz de experimentar urgencias apremiantes el requirente del servicio de justicia o de las singularidades del derecho material cuya aplicación se reclama, se hubiera instrumentado un montaje procesal autónomo, de cierta complejidad, portador de una pretensión procesal y que cuenta con la dirección de un órgano jurisdiccional investido de facultades incrementadas e inusuales, estructura que deberá satisfacer, en la medida de lo razonable, la garantía de debido proceso (que ampara tanto al requirente del servicio de justicia como al requerido) y que se deberá apartar, en varios aspectos, y notoriamente, de las matrices vigentes clásicas. Dicho montaje procesal deberá brindar al demandante, un trato preferencial y admitir, por lo común, una legitimación activa amplia”**⁵. E indica que: **“De lo dicho ayer y de lo expresado hoy tenemos que habrá tutela diferenciada cuando se reúna la mayoría de los recaudos sustantivos requeridos por la doctrina autoral. Así, cuando nos encontremos con un proceso autónomo que registra un apartamiento plural y notorio de las matrices corrientes, que incluya un tratamiento preferente para el accionante, un fortalecimiento de las potestades judiciales y que ello posea justificación en la circunstancia de intentar satisfacer una particular urgencia en cabeza de aquél, o en estar comprometida la suerte de un “nuevo derecho” sustantivo”**⁶

Desglosando dicha conceptualización tenemos los siguientes recaudos configurativos, a saber:

a) Urgencia:

Ambos artículos tienen como premisa un estado de “urgencia”, la cual se encuentra textualmente mencionada, ello a modo de recaudo previo que debe necesariamente existir y ser constatado por el Juez interviniente para habilitar la acción intentada.

⁵ PEYRANO, Jorge W **“Precisiones sobre el concepto de Tutela Diferenciada”**. Revista de Derecho Procesal. 2.009, I, Ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fé, págs 22,23

⁶ PEYRANO, Jorge W. Ob cit. Pág 27.

b) montaje procesal autónomo, de cierta complejidad, portador de una pretensión procesal:

Este recaudo se encuentra presente en los dos artículos. En efecto, ambos prevén una pretensión principal, autónoma, no cautelar, por la cual se insta la urgente intervención judicial, ora en forma preventiva (art. 604 bis), ora para hacer cesar una daño ya existente (art. 604 ter).

En efecto, en el art. 604 bis, con la sola presentación de la demanda ante el Juez competente, y una vez constatada por este -in limine litis- la existencia de los tres recaudos enunciados por la norma que deben darse en forma conjunta, a saber: a) existencia de grave riesgo b) urgencia en removerlo y c) temor de daño serio e inminente, se encuentra habilitado sin más el órgano jurisdiccional interviniente para despachar cuanta medida considere suficiente para hacer cesar dicha situación.

El art. 604 ter, en cambio, y como Supra refirieramos, parte de la premisa de la existencia de daño ya ocasionado, ello conjugado con la oposición del ocupante del fundo del cual emana aquel, para efectuar las reparaciones tendientes a hacer cesar la causa del perjuicio. En tal caso se interpone demanda ante Juez competente requiriendo la adopción de las medidas pertinentes, el cual puede decretar el allanamiento del fundo si fuere indispensable, indicando la norma que se prescinde de la forma de juicio, bastando solamente una simple audiencia, y, en lo que hace al restringido marco cognoscitivo que prevé el artículo, se requiere tan solo un informe técnico pericial que debe ser acompañado con la demanda.

Vemos entonces que en ambos procesos se constata un verdadero montaje procesal autónomo y portador de una pretensión principal.

c) que cuenta con la dirección de un órgano jurisdiccional investido de facultades incrementadas e inusuales

Ello se encuentra claramente presente en ambos supuestos regulados, ya que el Juez interviniente puede adoptar cuanta medida considere necesaria y aplicable al caso para hacer prevenir, o bien ya para hacer cesar el daño existente, no pareciendo restringirse su actuar en forma alguna, quedando en consecuencia sujeta la medida a adoptarse a su entera discrecionalidad, la que, obviamente, deberá ajustarse a las circunstancias del caso.

d) estructura que deberá satisfacer, en la medida de lo razonable, la garantía de debido proceso (que ampara tanto al requirente del servicio de justicia como al requerido)

La garantía de Debido Proceso se encuentra a resguardo en ambos artículos. En efecto el art. 604 bis, si bien para el supuesto de urgencia manifiesta habilita el despacho inaudita et altera pars de la medida preventiva urgente interesada por la actora o bien la que el Juez considere pertinente, -ello una vez acreditados los recaudos que la habilitan y que deben ser previamente constatados-, el debido proceso queda a resguardo en tanto se prevé la notificación de la resolución con posibilidad de apelación –si bien con efecto devolutivo- por parte del demandado. Incluso para el supuesto de que no exista urgencia manifiesta, se prevé una sustanciación previa, mediante sumaria información y citación de ambas partes.

Por su parte el art. 604 ter prevé expresamente la celebración de una Audiencia, a la que deben comparecer las partes, previo al dictado de las medidas interesadas, con lo cual queda a resguardo el debido proceso.

e) y que se deberá apartar, en varios aspectos, y notoriamente, de las matrices vigentes clásicas.

Ambos procesos regulados en los artículos citados, se apartan de las estructuras procesales tradicionales. En efecto se caracterizan ambos por ser Procesos Urgentes, el primero de ellos (Art. 604 bis) desprovisto incluso y para el caso de urgencia apremiante, de toda sustanciación previa, agotándose en rigor el juicio con el despacho liminar de la medida preventiva peticionada, ello a modo de verdadera Medida Autosatisfativa. Por su parte el art. 604 ter, expresamente prescinde de toda forma de juicio, limitándose a fijar una única Audiencia previa en la cual se escuchará a las partes, bastando el solo informe técnico suministrado en el escrito inicial.

f) Dicho montaje procesal deberá brindar al demandante, un trato preferencial.

Este trato “bonificado” para el actor, se encuentra presente claramente en ambos artículos, actuando el órgano jurisdiccional ya directamente inaudita et altera pars (art. 604 bis), o bien, mediante la realización a todo evento de una simple audiencia previa (art. 604 ter), desprovista de toda formalidad, y sin apertura a prueba, con lo que ambos supuestos establecen claramente un trato preferente al Actor.

g) admitir, por lo común, una legitimación activa amplia.

Si bien este no es un rasgo configurativo imprescindible de la Tutela Diferenciada, advertimos que, por su parte el art. 604 bis, legitima en forma amplia y genérica a “**quien tema**” que de un edificio o de otra cosa derive un daño grave e inminente a sus bienes, y el art. 604 ter, -si bien en forma mas acotada en tanto regula el

supuesto de daños causados de un fundo a otro- legítima **“al propietario, al copropietario, al inquilino directamente afectado, o , en su caso, el administrador del consorcio”**, con lo cual, a criterio de quien escribe estas líneas, dicho recaudo se encontraría presente en ambos artículos.

De lo expuesto se sigue que, efectivamente, los nuevos artículos 604 bis y 604 ter, del Código Procesal Civil y Comercial de Entre Ríos, de la forma en que se encuentran redactados, consagran expresamente dos verdaderos supuestos de “tutela procesal diferenciada”.

Colofón:

Los entrerrianos asisten claramente a un nuevo y remozado proceso civil y comercial, marcado evidentemente por un renovado rol protagónico del Juez, el cual no puede ya limitarse a garantizar el debido proceso, velando solo por la prevalencia del principio procesal dispositivo y consecuente impulso procesal de parte. Se exige ahora una mayor inmediación y consecuente dinámica intervención del magistrado en la búsqueda de la verdad jurídica objetiva, contando con nuevas herramientas a tal fin. Pero ello no puede en forma alguna llevar a que el Juez de Grado acabe por suplir la actividad inoficiosa de las partes, extremo este último peligroso por cierto y que atenta contra los principios procesales que ordenan el derecho procesal civil y comercial, tal como esta reglado en nuestro país. De la prudencia y sabiduría en el empleo de dichas “potestades-deberes”, de su uso racional y acorde con las circunstancias del caso traído a juzgamiento, dependerá, en gran medida, que estas nuevas herramientas se devenguen en beneficio del proceso y logren su ansiada finalidad, cual es la satisfacción del valor justicia.

Como vemos, el principio de inmediación procesal se ve honrado claramente con estos nuevos deberes que recen ahora en cabeza del Juez entrerriano, y que, lejos de convertir al nuevo proceso civil y comercial en un juicio “inquisitivo”, no hacen mas que dinamizar y renovar el papel de aquel, aumentando decididamente su rol de director del proceso.

Asimismo y como trascendente novedad, tenemos que los nuevos artículos 604 bis y 604 ter recientemente incorporados, regulan dos verdaderos supuestos de “tutelas procesales diferenciadas”, emplazando al Código Procesal Civil y Comercial de Entre Ríos, en una especial situación de avanzada en la moderna doctrina procesal nacional relativa a las denominadas “Tutelas Procesales Diferenciadas”

FIN

