

Del nuevo jaque al Federalismo y el debido proceso bajo la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación

RC D 932/2016

Autor:

Navarro, Gastón Andrés

Sumario: I. Introducción. II. El avasallamiento a las autonomías provinciales por la apropiación del Congreso Nacional de competencias no delegadas - El abusivo dictado de normas procesales en el CCyC que altera las facultades provinciales de darse su propia administración de justicia. III. La afectación de una garantía constitucional por la incorporación de normas procesales cuyas características e influencias vulneran el debido proceso. IV. Conclusiones.

I. Introducción

El Congreso Nacional sancionó la Ley 26994 aprobatoria del nuevo Código Civil y Comercial, el que -conforme con la Ley 27077- entró en vigencia el 1 de agosto de 2015. Este ordenamiento sustancial en términos generales fue recibido por la comunidad jurídica con mucho beneplácito atento a las innovaciones que introducía y las actualizaciones jurídicas que requerían sean normadas; no obstante ello, no todo fue algarabía puesto que el novel ordenamiento también tenía sus puntos oscuros y conflictivos de los cuales sobre algunos de ellos procuraré abordar en este trabajo.

Este Código Civil y Comercial de la Nación, a diferencia de sus antecesores, viene absolutamente plagado de normas de neto corte procesal y procedimental[1] que han dado pie a una renovada discusión en torno a las facultades del Congreso Nacional para dictar normas de este carácter cuando se entiende que ello es un ámbito exclusivo reservado a las Provincias.

En este trabajo, dentro del acotado margen de extensión que se me exige, centraré todos mis esfuerzos en demostrar que las previsiones procesales contenidos en el Código Civil y Comercial no han hecho otra cosa más que volver ser una demostración cabal del unitarismo encubierto que reina en nuestra República al devenir repugnante con las Autonomías Provinciales como así también evidenciar la asistematicidad del espíritu que las infunda a dichas "normas sustanciales" respecto de la garantía constitucional del debido proceso a la cual deberían ajustarse.

II. El avasallamiento a las autonomías provinciales por la apropiación del Congreso Nacional de competencias no delegadas - El abusivo dictado de normas procesales en el CCyC que altera las facultades provinciales de darse su propia administración de justicia

El federalismo argentino adoptado en el art. 1 de la Constitución Nacional (CN) supone la coexistencia de distintos órdenes de gobierno con potestades institucionales, políticas, administrativas, tributarias propias y concurrentes, que se rigen por el principio sentado en el art. 121 en virtud del cual, las provincias conservan todo el poder no delegado a la Nación por medio de dicha Constitución Nacional.

La autonomía provincial, presupuesto del federalismo, se pone de manifiesto en la posibilidad que tiene cada provincia de dictarse su propia carta fundamental (arts. 5 y 123, CN), de darse sus instituciones locales, regirse por ellas y de elegir a sus autoridades sin intervención del Gobierno federal (art. 122, CN[2]).

En el reparto de competencias, de conformidad a lo normado en el art. 121, CN, donde leemos "poder no delegado por esta constitución" debemos interpretar que la delegación es hecha por las provincias a través de la constitución como instrumento originario de formación y estructura de la federación. Son las provincias las que mediante la constitución han hecho la delegación al gobierno federal y dentro del marco de competencias caben distinguir entre: a) competencias exclusivas del estado federal; b) competencias exclusivas de las provincias; c) competencias concurrentes; d) competencias excepcionales del estado federal y de las provincias; e) competencias compartidas por el estado federal y las provincias. Para el caso que nos ocupa en este trabajo, resalto las competencias exclusivas de las provincias respecto de las cuales cabe incluir: dictar la constitución provincial, establecer impuestos directos, dictar sus leyes procesales, etc[3].

Por su parte, entiende Bas que la autonomía provincial consiste en la "facultad de organizarse, en las condiciones de la ley fundamental, dictando sus instituciones con absoluta prescindencia de todo otro poder y de ejercer dentro de su territorio el poder absoluto y exclusivo de legislación y de jurisdicción con relación a todo otro asunto no comprendido en las atribuciones delegadas por la constitución al gobierno federal, respetando las garantías y limitaciones que la misma establece"[4].

Es decir que en nuestro régimen federal las provincias en ejercicio de su autonomía se dan sus propias normas fundamentales, con independencia del gobierno federal pero cumpliendo con las condiciones impuestas por la Constitución Nacional (arts. 5 y 123, CN), la cual, como señala Cordeiro Pinto, ha limitado el poder constituyente originario de las provincias[5].

Acentuando el carácter restringido que tiene la distribución de competencias, el recientemente nombrado Ministro de la CSJN nos apunta que: "En el sistema federal argentino la división de competencia federal y las competencias provinciales sigue el criterio de "regla" y "excepción": la "regla" es la competencia provincial o local, la "excepción" es la competencia federal". En términos constitucionales, la fórmula de deslinde se expresa en el sentido de que todo aquello que no esté expresamente cedido por las provincias al Gobierno Federal queda retenido en aquellas (art. 121 de la Const. Nac.)[6]".

De conformidad a lo expuesto precedentemente, resulta inobjetable que dentro del esquema de competencias no delegadas a la Nación se encuentran las facultades autonómicas de las provincias de darse su propio ordenamiento y sistema judicial dentro del cual lógicamente recaen las normas procesales[7]. Ahora bien, con tan clara premisa me pregunto: ¿Por qué el Congreso Nacional legisla normas procesales de incidencia provincial? ¿Existe alguna excepcionalidad a la regla apuntada? ¿Por qué? ¿Bajo qué parámetros y límites?

Como se bien se podrá imaginar el auditorio, esta discusión no es novedosa y -pese a su vetusto carácter- no deja de tener vigencia, mucho menos pacífica aceptación política ni jurídica.

Calificada doctrina como Hugo Alsina, hace tiempo adelantaba que "(...) tanto el Congreso de la Nación como las legislaturas provinciales pueden dictar leyes de carácter procesal; la dificultad está en establecer la línea de separación, y hay que convenir que ello no es fácil. Algunos entienden que el Congreso tiene facultad para dictar normas procesales en tanto y en cuanto sea necesario para asegurar la eficacia de las instituciones reguladas por los códigos civil, penal, comercial y de minería. Ésta es la opinión más generalizada, y la que ha obtenido la consagración de la Corte Suprema de Justicia, al declarar la constitucionalidad de ciertas leyes, como las de accidente de trabajo, arrendamientos agrícolas, prenda agraria, artículo 29 del Código Penal, etcétera, que son complementarias de dichos códigos y contienen disposiciones procesales"[8].

Nuestro más Alto Tribunal Federal se ha pronunciado en reiteradas oportunidades arguyendo que: "Las reglas fijadas por el Congreso, con el fin de asegurar la efectividad e inmediato ejercicio de los derechos que consagra la legislación de fondo, no vulneran la atribución constitucional de las provincias en cuanto a su capacidad para dictar leyes locales de procedimientos[9]", siendo ésta la jurisprudencia señera pero que ha disparado un sinnúmero de fallos en el mismo sentido[10], a partir del cual se ha querido justificar a veces avances extraordinarios en la materia sobre las autonomías provinciales.

Bajo tales antecedentes, y pese a las justificaciones emanados por la CSJN, no debemos dejar de recordar que: "Si se atiende a la solución jurídico positiva -o sea lo prescripto por la Constitución Nacional- es evidente que el federalismo argentino se caracteriza por un status de equilibrio entre la afirmación de la entidad Nación y el reclamo de autonomía de las provincias. Tal cual lo predicó Juan Bautista Alberdi en Las Bases, no tenía sentido la opción de un régimen puro, ya sea unitario o federal. Es sabido que la Constitución, fue una solución combinatoria que, sin embargo, puso especial cuidado de conferir unidad jurídica al Estado sin desmedro de las autonomías provinciales. Pero la experiencia histórica no resultó fiel a estas previsiones de la norma, de modo creciente el centro de gravedad del régimen político-institucional argentino se fue instalando en la tendencia centralista"[11].

Con el progresivo y continuo marco de políticas públicas adoptadas en los últimos años que llevaron a la concentración de poder centralista en la Nación merced de la genuflexa postura de los gobiernos locales de turno en aras de recibir meras dadivas, nos impone la urgente obligación de no seguir avalando el creciente avance unitarista que agobia a nuestro país en desmedro del régimen federal consagrado por la CN. El permanente fantasma de la emergencia económica y la falta de un Congreso Nacional realmente fuerte en su rol institucional -debidamente integrado por dignos miembros del pueblo al cual representan-, ha impedido que las provincias hagan valer su voz en los ámbitos correspondientes y se defiendan en consecuencia de tal atropello como en este caso, cuando sin mayor preocupación se avalan leyes que vienen a tener directa injerencia en las mismísimas administraciones de justicia de cada provincia, trasgrediendo la clara disposición limitativa del art. 124, CN de no alterar las jurisdicciones locales.

Bien se indica que: "Es necesario, asimismo, advertir que, junto a la administración de justicia que ejercen las provincias por intermedio de su propio Poder Judicial, existe una competencia o jurisdicción federal para las situaciones en que los sujetos o los bienes comprometidos estén jurídicamente calificados como de la órbita federal. De ahí que el inciso 12 del art. 75, CN (atribuciones del Congreso) establezca que la competencia federal para el dictado de los códigos de fondo (Civil, Comercial, Penal, Minería, Trabajo y Seguridad Social) no puede alterar las jurisdicciones locales correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones"[12]. En este sentido acertadamente aporta un reconocido procesalista cordobés: "Un problema grave, diferido para otro trabajo, es el de la validez misma de las normas en cuestión, pues se trata de normas procesales dictadas por el Congreso de la Nación, seguramente con afectación de los espacios de reserva provinciales a quienes compete el dictado de tales normas. De este modo nos encontramos una vez más frente al avasallamiento de las autonomías provinciales y del régimen federal en sí mismo. Es cierto que quien tendrá la última palabra es la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su caso, o con otra solución, la decisión política de las provincias en adecuar sus códigos procedimentales a las normas del mismo carácter dictadas por la Nación, actuando de modo convalidativo de la posible irregularidad señalada"[13].

Me atrevo a decir que la idea crítica medular del avasallamiento de las administraciones de justicia locales, ya no pasa solamente por la necesidad esencial de zanjar definitivamente la vigente discusión de si el Congreso Nacional puede o no dictar normas procesales en leyes sustantivas, sino que, cuando aquel hace uso de esta excepcional facultad, la prodigalidad y exorbitancia con que lo concibe (como con el complejo y numeroso plexo normativo procesal que contiene el CCyC) obliga a las provincias a reestructurar sus administraciones locales por la imperiosa necesidad de dictar normas legales -por sobre todo las reformas a los códigos procesales- en aras de amoldarse a la normativa de fondo. Y no conforme con ello, deviene por detrás todo un desfase económico, político y administrativo propio del acomodamiento que debe realizarse dentro de las intrincadas burocracias locales. Ante dicho contexto, reitero enfáticamente, es donde palmariamente se quebranta la limitación constitucional ya analizada sin perjuicio de renegar asimismo de la idiosincrasia propia de cada Pcia.[14]

III. La afectación de una garantía constitucional por la incorporación de normas procesales cuyas características e influencias vulneran el debido proceso

En estos tiempos, especialmente con la incorporación a nuestro sistema constitucional de tratados internacionales de derechos humanos con aquella jerarquía, es que recorremos un camino que transitó desde el denominado "Estado de derecho legal" hasta el actual "Estado de derecho constitucional", lo que evidencia algo más que lo meramente jurídico, al impactar en varios órdenes, todos complementarios[15].

Gil Domínguez explica que el paradigma constitucional argentino desde 1853/1960 hasta 1994 se configuró mediante el Estado constitucional de derecho, y desde 1994 en adelante, se desarrolló en el marco del Estado constitucional y convencional de derecho. En ambos supuestos, la ley no constituía el techo del ordenamiento jurídico y debía adecuarse a la fuerza normativa proveniente de la Constitución argentina y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos dotados de jerarquía constitucional. Pero de forma paralela, el derecho secundario civil y comercial se ancló en el paradigma del Estado legislativo de derecho marcando una total indiferencia hacia la Constitución y expresando a través de los Códigos el techo del ordenamiento jurídico como exclusivo orden público.

Para mayor abundamiento: "En el modelo clásico, la Constitución opera su límite negativo: la "legitimidad" de cualquier tema del derecho depende del respeto a dichos límites. Las normas constitucionales establecen qué es lo que no se puede ordenar, prohibir, sancionar. El test de legitimidad de los contenidos pasa en lo sustancial por verificar si se respetan los límites que determinan las normas constitucionales. La principal forma de establecer si una norma es inconstitucional consiste en constatar su contradicción con la normativa constitucional. Toda norma es constitucional simplemente "respetando" lo delimitado por la Constitución, que comporta un límite negativo que le dice al legislador aquello que no puede hacer. En este modelo, el juez limita su análisis constitucional a los casos concretos en que una ley deba ceder por razones procedimentales (para algunos, excepcionalmente en el contenido) a lo determinado por algún precepto constitucional. La supremacía constitucional sobre las leyes se limita a que un órgano judicial pueda invalidar una ley que contrarie lo expresamente dispuesto en la Constitución. En el modelo de Estado constitucional, en cambio, todo el orden jurídico es concebido como un desarrollo positivo de los derechos fundamentales. Las normas constitucionales adquieren una fuerza expansiva fundamental a la hora de determinar el contenido tanto del derecho público cuanto del privado. Por ello se dice que "las exigencias normativas derivadas de los derechos constitucionales ya no se verán como límites negativos y deberes de respeto, sino como exigencias de "desarrollo" y "concreción" de los mismos: ellos serán la fuente central para determinar qué se debe ordenar, prohibir y sancionar". Parafraseando al jurista catalán, diremos que una decisión constitucional no será aquella que simplemente respete los límites que le marcan las normas constitucionales sino aquella que desarrolle en forma positiva todas y cada una de las exigencias normativas derivadas de los derechos con jerarquía constitucional. En el Estado constitucional la decisión judicial debe concretar las exigencias constitucionales. En virtud de ello, el control de constitucionalidad ya no se presenta como (mera) ausencia de contradicción con las normas constitucionales sino que, además, impone una "razonable" determinación de los derechos que emanan de la Constitución"[16].

Este proceso que viene acaeciendo es el que marcó a fuego la identidad que se buscó imprimir en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Bajo el fenómeno de la "constitucionalización del derecho privado" se justificaron los argumentos para poder avanzar en temas procesales desde la ley sustantiva. Tal postulado es claramente explicado en este pasaje: "Las disposiciones procesales incorporadas al Cód. Civ. y Com. se hallan en consonancia con el espíritu que se le ha insuflado, basado principalmente en un nuevo rol del juez, más activo, de mayor amplitud y superador de trabas procesales que conspiran contra la eficacia, celeridad, rapidez, búsqueda de la verdad jurídica objetiva y respuesta judicial útil. En tal sentido, la influencia de la jurisprudencia de la CSJN que desde hace tiempo ya, descarta razonamientos fundados en el exceso ritual manifiesto y brega por el imperio de la verdad jurídica objetiva (...) Ello coincide con criterios provenientes de la Corte IDH y recomendaciones de la Comisión IDH a cuyas jurisdicciones se ha sometido Argentina, conducen a revalorizar la figura del juez. Las normas procesales incorporadas al Cód. Civ. y Com. tienen como cometido que el juez deje ya de ser un mero espectador en el proceso atado a reglas procesales rígidas que en algunos supuestos inmovilizan su accionar, para pasar a conducirlo en calidad de director del mismo, con facultades de mayor amplitud para ordenar su tránsito a fin de llegar a una sentencia en la forma más activa (...) Lo que significa que la noción de activismo judicial según se desprende del Cód. Civ. y Com., es la necesidad de que el juez se involucre activamente en el proceso, arbitrando y resolviendo las cuestiones incidentales y de fondo, desde análisis y las miradas constitucional y convencional, impuestas por cláusulas superiores que le sirven para interpretar y aplicar las leyes sustantivas y de procedimiento"[17]. Por su lado y en idéntico sentido señalando el pretense nuevo rol que se busca asignar al juez en el CCyC otro jurista nos indica que: "(...) se advierten en el texto de la misma ley estilos muy diversos de legislar. Se ha perdido en gran parte de sus normas la objetividad de la descripción del supuesto de hecho y se ha colocado en cabeza del juez una serie de decisiones discrecionales no solo en lo sustancial, sino también en lo procedimental. Ejemplo de ello es que un grupo de normas del CCC es el juez quien decide, procesa, dicta, etc. mientras que en otras es el caso mediante el esquema disyuntivo propio el utilizado. Modernas teorías, como la que se denomina de la decisión judicial, han tomado fuerza en el CCC con resultados impredecibles"[18].

Esta aparición de otorgar mayor relevancia a los jueces (rol magistral que devendría algo propio del sistema de justicia que cada jurisdicción pcial. debiera definir) tiene su gravedad mayúscula no por el solo hecho de que sea materia de previsión en un código de fondo sino también por las implicancias que tiene en torno a la afectación de la garantía constitucional del debido proceso contenida en el art. 18 y cc. de la CN al dársele margen de vida al sistema inquisitivo. Esta aseveración es claramente ejemplificada a continuación: "En la Latinoamérica procesal de estos días, la confrontación de ideas entre el activismo jurisdiccional y el garantismo procesal se ha ganado la atención no sólo de los académicos, sino también de abogados litigantes y de diversos operadores jurídicos, pues el debate aporta útiles insumos al sistema de enjuiciamiento. Debemos reconocer que, por herencia de las tradiciones española y portuguesa, aún hoy se mantiene demasiado arraigada la cultura -por no decir la mentalidad- inquisitiva, lo que ayuda a explicar la persistencia del autoritarismo en las estructuras, normas y conductas del quehacer jurisdiccional (...) El corrientemente denominado activismo judicial o, más propiamente, jurisdiccional -antaño elegantemente conocido como publicismo- defiende una visión estatista y paternalista de un proceso confundido conceptualmente con el procedimiento, que siempre en mayor o menor proporción abreva en el inquisitismo. De este modo emerge el protagonismo de los jueces -fomentándose el intervencionismo procesal- que a su turno ven facilitadas sus reivindicaciones como factor de poder. El garantismo procesal -que no debe confundirse con el abolicionismo penal, ni con ninguna teoría que predique favores para ciertos sujetos procesales- en cambio, se preocupa por la persona que recurre a la justicia y busca, a partir de ella, edificar un modelo de enjuiciamiento donde el proceso es garantía y herramienta de efectivización de derechos humanos. La mirada se posa en el derecho de defensa que las partes ejercen en el proceso ante un juez imparcial e independiente"[19].

Hablar de Activismo o Decisionismo Judicial equivale a decir Inquisitismo, porque con ello no se hace otra cosa más que empoderar al Magistrado para que realice todo tipo de decisiones absolutamente carentes de apego en un proceso donde las partes puedan ejercitar con tranquilidad su derecho de defensa dentro de un marco dialéctico determinado con reglas claras y precisas como método de debate entre las mismas. Recuerda el Jurista que: "Confrontando los dos sistemas se advierte que en el dispositivo no solo corresponde a las partes el ejercicio de la acción, sino que ellas fijan la cuestión litigiosa (thema decidendum), establecen los hechos que determinan su posición respectiva frente a ella y utilizan los medios de prueba que estiman más ventajosos, dentro de los permitidos por la ley, para el éxito de sus pretensiones; por consiguiente, el juez desempeña un papel pasivo, manteniéndose a la expectativa para atribuir en su fallo la victoria a quien mejor hubiere defendido su derecho. En cambio, en el inquisitivo el juez se desempeña activamente, averigua los hechos, trata de descubrir, frente a la verdad formal que le presentan las partes, la verdad real que le permita dictar una sentencia justa. Pero no son sistemas absolutos, porque no hay procesos puramente dispositivos o inquisitivos"[20].

Como alegué en un trabajo de mi autoría[21], el "decisionismo judicial" incurre en el despropósito de pensar que juzgar es únicamente una cuestión de voluntad y no de razón. El decisionista niega los aspectos cognoscitivos, niega lo preexistente, lo predecible a que debe someterse. No considera como operación racional la consistente en decidir de acuerdo con el derecho y en justificar o motivar sus resoluciones, las que solo incluyen argumentos aparentes o pseudo-fundamentos. Esta inclinación que actualmente crece en varios países, conduce en muchos casos a que los jueces en vez de ejercer el poder, lo ostenten primero y lo detenten después. Y por consiguiente, casi sin advertirlo, dejan de juzgar para pasar a sojuzgar. De esta manera, consideramos de vital trascendencia remarcar la necesidad de respetar el método para arribar a la meta. Que las decisiones judiciales sean el objetivo de un proceso y el fruto del derecho.

La idea o sintagma del Debido Proceso fue producto de un prolongado derrotero iniciado en la Carta Magna de 1215 que concluyó con la V Enmienda de la Constitución de los EE.UU. luego de más de cinco siglos. Si lo analizamos rápidamente, encierra una idea tan simple como importante: el debido proceso es el proceso respetuoso de los derechos y las garantías de la persona humana que deben ser reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y por las constituciones que lo reciben.

En el debido proceso, pues, quedan plasmados segura e inamoviblemente el respeto al derecho de defensa en juicio, a ser juzgado por un tercero imparcial y la igualdad jurídica de las partes. Existen otros derechos y garantías presentes en los postulados que emanan de las constituciones y de los tratados internacionales de derechos humanos y -si y solo si abrevan en éstos- en los preceptos que surgen de las normas, los principios procesales y las reglas procedimentales que elabora nuestra disciplina y eventualmente -en casos específicos- las partes y los jueces.

Como se observa, la idea sub examine se nutre y desarrolla imbricada en la de proceso. Entender qué es el proceso desde el plano constitucional y desde los derechos fundamentales nos conducirá hacia el respeto por el debido proceso.

Adolfo Alvarado sostiene que: "El debido proceso es entonces el derecho a la justicia mediante un procedimiento que no se agota en el cumplimiento formal de los trámites previstos en las leyes adjetivas, sino que se extiende a la necesidad de obtener una rápida y eficaz decisión judicial que ponga fin a los conflictos y situaciones de incertidumbre, evitando dentro de los límites de lo razonable y conforme a las circunstancias de cada caso una dispendiosa y eventualmente inútil actividad jurisdiccional. Así lo exige nuestro principio constitucional de "afianzar la justicia" consagrado en el Preámbulo. Por lo que el principio cardinal en todo procedimiento a través del cual se haya de ejercer el poder sobre un individuo es el del debido proceso o procedimiento legal justo"[22].

De esta manera vamos cerrando la idea que bajo la introducción del Decisionismo Judicial en el CCyC no se hace otra cosa más que mellar la garantía del Debido Proceso consagrado en la Constitución Nacional. Para sellar esta afirmación me valgo de lo siguiente: "Si se intenta definir técnicamente la idea de debido proceso resulta más fácil sostener que es aquel que se adecua plenamente a la idea lógica del proceso: dos sujetos que actúan como antagonistas en pie de perfecta igualdad en el instar ante una autoridad que es un tercero en la relación litigiosa (y, como tal, imparcial, imparcial e independiente). En otras palabras: el debido proceso no es ni más ni menos que el proceso que respeta sus propios principios, (...) y mediante el cual opera y puede operar el sistema acusatorio (...) Conforme lo sostenido precedentemente, ya puedo afirmar que la idea constitucional de debido proceso se encuentra única y exclusivamente en el sistema acusatorio con la clara concepción que allí se hace del principio de imparcialidad..."[23]

IV. Conclusiones

Estoy convencido que a lo largo de todo este desarrollo pude patentizar tanto la ilegitimidad de las normas procesales que este CCyC nos presenta. Existe un solapado consenso -puesto que de otra manera no habría controversia sobre la cual abordar- en que el Congreso Nacional incurrió en un abuso legislativo socavando autonomías provinciales y contrariando expresas garantías constitucionales. Como dije ut supra, tales yerros son producto de no comprender ni tratar cabalmente la materia específica que se busca incluir (la procesal) dentro de un complejo normativo que le resulta científicamente distinto (el privatista civil y comercial) y tozudamente pretender, so pretexto de buscar la uniformidad o unificación teleológica de normas, que de toda esa "melange jurídica" salga un ordenamiento positivo ajustado al plexo sistémico constitucional[24].

Válidamente surge la inquietud: "La pregunta que cabría formular sería si hubiera sido conveniente que el nuevo Código unificado se involucrara de la forma que lo hizo dentro de la temática procesal, o bien hubiera señalado principios genéricos del modo que los señala en la primera parte del artículo 706, pues el exceso en que a veces se incurre puede desdibujar su constitucionalidad a la luz de las previsiones de los artículos 5 y 121 de la Ley Fundamental"[25].

De hecho calificada doctrina reseña que: "En cualquier supuesto hay que tener en cuenta que la cantidad de normas procesales es sobreaudante y no en todos los casos están realizadas con las denominaciones adecuadas. La tendencia de los códigos sustanciales modernos de nuestra nación, así como la enseñanza que se imparte en muchas facultades sobre el Derecho Procesal, muestra un desconocimiento de la materia por un lado y por otro una modalidad legislativa que no es la adecuada"[26].

Devienen aleccionadoras y por demás clarificadoras las siguientes reflexiones: "(...), no aceptamos los argumentos dados de una superación de esa diversidad de ramas en busca del objetivo de la unidad en aras de la aplicación uniforme del derecho. Hay una manda constitucional de fondo que obliga al legislador a respetarla a ultranza, (...). Por otro lado, tampoco se puede justificar este avance fundado en la consagración legislativa de la constitucionalización del derecho privado y su lucha encarnizada para obtener la plena operatividad de los derechos y garantías constitucionales y convencionales. Es que, por más que los redactores de este nuevo cuerpo legal insistan que este código está dirigido sobre todo a los jueces, caen en la contradicción de violar, primero a la constitución al invadir materia no delegada, y segundo a inmiscuirse en una materia que ya, por sí solo constituye una garantía. El proceso es una garantía. "En Argentina, a partir de la reforma de 1994, las garantías procesales tienen raigambre constitucional por estar consagradas tanto en la Carta Magna Federal como en los tratados de los derechos humanos dotados de jerarquía constitucional (art.

75, inc. 22, CN). Es decir que, el "bloque de constitucionalidad" o, también conocido como, paquete federal, las colocan en la cúspide del ordenamiento normativo, lugar desde el cual irradian todo el ordenamiento jurídico". Y si es una garantía, no puede violarse por el mismo Estado al sancionar una norma que en su génesis es inconstitucional. No se puede violentar una garantía para garantizar otras garantías"[27].

En síntesis, hago propias las siguientes conclusiones de este gran magistrado: "El Código Civil y Comercial de la Nación es inconstitucional en todas las normas de carácter procesal que contiene y demuestra, desde el punto de vista doctrinario y científico, un notable avance del derecho civil sobre el derecho procesal, implicando ello un retroceso de más de doscientos años de investigación y que tuvo como éxito -reiterando lo ya expuesto- la independencia del derecho y de la acción (cuestiones que como vimos hoy inexplicablemente siguen vigentes). El regreso a la primitiva postura de Savigny. El derecho se pone el casco y va a la guerra. El Código Civil y Comercial de la Nación se ha metido con los Poderes Judiciales indicando que es lo que tienen que hacer los jueces procedimentalmente hablando en varias situaciones"[28].

Con este panorama, será ardua labor de la abogacía el bregar por el fiel cumplimiento de la Constitución y, de modo indirecto, coadyuvar en romper la mutación del Colonialismo Extranjero por el Centralismo Nacional al cual obran sometidas las Provincias.

1 A simple modo ilustrativo: Deber de los jueces de decidir los casos mediante sentencias motivadas (art. 3). Legitimación y parte, prueba, sentencia (su registración y revisión), medidas de protección en la Sección dedicada a las "Restricciones a la capacidad" (ver arts. 33 y sig.). Tipo de proceso en cuestiones vinculadas al nombre de las personas (arts. 70 y 71). Competencia, procedimiento y sentencia en la regulación de la "Ausencia" (arts. 80 y sig.) y en la "Presunción de fallecimiento" (arts. 87 a 89). Competencia del Ministerio Público tutelar (art. 103). Apreciación y valor probatorio de los instrumentos particulares (arts. 317 y 319). Eficacia (apreciación) probatoria de la contabilidad comercial (art. 330), prueba pericial contable sobre los libros comerciales (arts. 325 y 331). Proceso de divorcio: requisito de admisibilidad y procedimiento (arts. 437 y sig.). Prueba (presunción) sobre el carácter de los bienes propios o gananciales (art. 466). Carga de la prueba y medios probatorios en la recompensa por liquidación de la comunidad (art. 492). Medidas cautelares en el régimen de separación de bienes (art. 473) y medidas protectorias en la indivisión postcomunitaria (art. 483). Carga de la prueba en la liquidación de la comunidad (art. 492), en la propiedad de los bienes (art. 506). Medios de prueba de la unión convivencial (art. 512). Tipo de proceso (el "más breve") para encauzar el pedido de alimentos (alimentos provisorios, prueba, legitimados, recursos, efectos de la sentencia, medidas cautelares) (arts. 543 y sig.). Régimen de comunicación, legitimados, oposición, procedimiento y medidas para asegurar su cumplimiento (arts. 555 y 557). Proceso en la "Declaración judicial del estado de adoptabilidad": admisibilidad y procedencia, legitimados, procedimiento, sentencia (arts. 607 y sig.). Competencia, intervención del equipo técnico y sentencia en la "Guarda con fines de adopción" (arts. 612 a 614). Proceso de adopción: competencia, requisito de admisibilidad, procedimiento, efecto de la sentencia (arts. 615 y sig.). Procesos de familia: principios generales, participación en el proceso de niños, niñas, adolescentes y personas con discapacidad, acceso restringido al expediente, prueba (testigos) (arts. 705 y sig.), reglas de competencia (arts. 716 y sig.), medidas provisionales (arts. 721 y sig.). Prueba de la existencia de las obligaciones (art. 727). Prioridad del primer embargante en la Sección "Garantía común de los acreedores" (art. 745). Gastos de defensa (costas) en la Sección "Responsabilidad por evicción" (art. 1047). Proceso arbitral (como contrato) (arts. 1649 y sig.). Prueba de los presupuestos de responsabilidad (art. 22). "Prueba de los factores de atribución y de las eximentes" (carga de la prueba, prueba dinámica) y "Prueba de la relación de causalidad" (carga de la prueba) (arts. 1734 a 1736). "Prueba del daño" (onus, presumido, notorio, art. 1744). Medidas cautelares en la Sección "Títulos valores" (art. 1822); y competencia y procedimiento en las normas sobre "deterioro, sustracción, pérdida y destrucción de títulos valores o de sus registros" (art. 1863, párr. final); procedimiento para la oposición del rescate (art. 1875) y procedimiento y costas en la pérdida de registros en caso de títulos valores nominativos o no cartulares (art. 1878). Sentencia y tipo de proceso en la prescripción adquisitiva (art. 1905). Sentencia, cosa juzgada en las acciones posesorias (arts. 2241 y 2242), prueba, conversión procesal, legitimación y procedimiento (arts. 2243 y sig.); admisibilidad, sentencia en las acciones reales y cosa juzgada (arts. 2249 y 2251). Legitimación, prueba y sentencia en la acción de reivindicatoria (arts. 2255 y sig., y 2261); legitimación pasiva y prueba en las acciones negatoria y confesoria (arts. 2262 a 2265); legitimación activa y pasiva, prueba y sentencia en la acción de deslinde (arts. 2267 y 2268). Proceso sucesorio: medidas urgentes (art. 2327); objeto, competencia y conexidad procesal (arts. 2335 y

2336); procedimiento en sucesión testamentaria e intestada (arts. 2339 y 2340); administración judicial de la sucesión (art. 2345 y sig.). Disposiciones procesales relativas a la prescripción: vías procesales, facultades del juez, admisibilidad (arts. 2551 y sig.).

2 A este conjunto de poderes reservados por las Provincias, el maestro Pedro J. Frías lo denomina "autonomía institucional", en "Autonomía y dependencia de las Provincias"; Pedro J. Frías y otros, Derecho Público Provincial, Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 24. También puede verse, del mismo autor, "Introducción al Derecho Público Provincial", Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 28. Ver también María Gabriela Ábalos, "La autonomía y el federalismo en la Constitución Nacional luego de la reforma de 1994. Especial referencia a la autonomía municipal", en Voces Jurídicas, L. L. Gran Cuyo; año 5, N° 4, L. L., Buenos Aires, agosto de 2000. También en Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Boletín N° 173, año XVI, setiembre 2000, pág. 6/13. Al referirse a la autonomía provincial, el profesor Alfredo E. Mooney destaca que, en cuanto tales, las provincias "... deben tener asegurados sus elementos estructurales: pueblo, territorio y gobierno" (Derecho Constitucional, T° 2, pág. 333). De su parte Juan A. González dejó sentado que "la principal consecuencia que en cuanto al régimen autonómico de las provincias importa una organización federativa como la nuestra, es el poder que esas provincias tienen que darse a sí mismas sus constituciones particulares, sin más limitaciones en su ejercicio, que las resultantes de la existencia de una soberanía nacional y una supremacía consiguiente de las leyes, que deben reconocer" (Introducción al derecho público provincial, pág. 131).

3 Bidart Campos nos enseña que: "Esta masa de competencias se encuentra latente en la reserva del art. 121, y en la autonomía consagrada por los arts. 122 y 123 con el añadido del art. 124. Como principio, las competencias exclusivas de la provincias se reputan prohibidas al estado federal" (Bidart Campos German, "Manual de la Constitución Reformada", T° 1, Edit. Ediar, 1998, pág. 443/444).

4 Bas Arturo M., "El derecho federal argentino. Nación y Provincia", T. I, Buenos Aires, 1972, p. 29.

5 Cordeiro Pinto, Luis, "El Estado Provincial", en Pedro J. Frías, Derecho Público Provincial, op. cit., p. 60. Comenta este autor que debe distinguirse en nuestro federalismo la soberanía atribuida al Estado Federal de la autonomía reservada a las Provincias, señalando que el comienzo de la diferenciación en el alcance de los términos y su significación data de un cita que Matienzo atribuía a Mitre quien habría expresado que "He sido defensor de la soberanía de las provincias y que ahora se llama autonomía. Yo mismo introduje la palabra autonomía para reemplazarla a aquella, a fin de que no se equivocaran las provincias sobre el alcance de su jurisdicción" (p. 59).

6 Rosatti Horacio, "Tratado de Derecho Constitucional", T° 2, Edit. Rubinzal Culzoni, 2011, pág. 579.

7 Esta facultad de administrar justicia comprende la facultad de establecer y organizar los órganos del Estado que llevan a cabo los actos de autoridad mediante los cuales se cumple ese cometido (Derecho de la organización judicial) y, en segundo lugar, definir los actos necesarios que integran el procedimiento mediante el cual se administra justicia (Derecho procesal penal en sentido estricto).

8 Alsina, Hugo, "Tratado Teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", T° II, 2da de. Ediar S.A., Bs. As., 1957, p. 48. Al respecto también sirve consultar a Falcón, Enrique "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, T° X, El Derecho Procesal en el Código Civil y Comercial de la Nación", Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, pág. 146 y a Cafferata Nores, Jose, "Bases uniformes para la procuración y administración de justicia penal en Argentina", ps. 338 y siguiente.

9 CSJN en "Bernabé Correa", Fallos 138:157.

10 Fallos: 141:254; 151:315; 162:376; 214:533; 219:400; 227:387; 247:524; 254:282; 265:30; 271:36; 297:458; y 299:45.

11 Autores Varios, "Manual de Derecho Constitucional", T° 1, 2da. edic, Edit., Advocatus, 1995, pág. 231/232.

12 Autores Varios, "Manual de Derecho Constitucional", T° 1, 2da. edic, Edit., Advocatus, 1995, pág. 257/258.

- 13 González Castro, Manuel A., "Normas procesales y procedimentales de impacto en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina", Edit. Advocatus, Cba., 2015, pág. 9.
- 14 Cada provincia tiene su idiosincrasia política. Hay que respetar las particularidades de un proceso acorde a las diferentes provincias. La administración de justicia se debe hacer por los lugareños, con costumbre, filosofía, con las particularidades y con normas del lugar. Ideas extraídas de Alvarado Velloso, Adolfo "Clase sobre el Debido Proceso legal y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación". Universidad Católica de Cuyo, San Juan, 02/09/2015.
- 15 Gil Domínguez, Andrés, "Estado constitucional y convencional de derecho en el Código Civil y Comercial", Edit. Ediar, Bs. As., 2015.
- 16 Chaumet, Mario E. - Meroi Andrea A., "¿Es el derecho un juego de los jueces? (Notas sobre Estado constitucional, principios y reglas, iura novit curiæ y garantía del contradictorio)".
- 17 Palacio de Caeiro, Silvia B., "El Código Civil y Comercial y el federalismo", Publicado en: L. L. 06/05/2015, 1 L. L. 2015-C,662 AR/DOC/1207/2015.
- 18 González Castro, Manuel A., "Normas procesales y procedimentales de impacto en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina", Edit. Advocatus, Cba., 2015, pág.
- 19 Calvino Gustavo, "Derechos Humanos y garantismo procesal", en <http://gustavocalvino.blogspot.com.ar/>
- 20 Alsina Hugo, *ibídem*, ob. cita, pág. 102.
- 21 Navarro Gastón Andrés, "¿Cómo debe ser el razonamiento jurisdiccional? Un análisis a la luz del modelo constitucional y el decisionismo judicial", Revista Jurídica L. L. NOA, Edit. L. L., Año 19, N° 04, Febrero 2015.
- 22 Cfr. Alvarado Velloso, Adolfo, "El Debido Proceso de la Garantía Constitucional", Edit. Zeus, Rosario, 2003.
- 23 Alvarado Velloso, Adolfo, "El Garantismo Procesal", Edit. Adrus, 2010, pag. 65/71.
- 24 Al decir conjunto de normas se alude a una pluralidad, pero no a cualquier pluralidad sino a una pluralidad coordinada. Pese a que las normas jurídicas se dictan en distinto tiempo y por distintos motivos, el derecho debe ser siempre interpretado como un sistema. Lease al respecto a Rosatti Horacio, "Tratado de Derecho Constitucional", T° 1, Edit. Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2010, pág. 21.
- 25 Rojas, Jorge A., "La introducción del nuevo Código Civil Unificado" en "Introducción a las normas procesales del Código Civil y Comercial de la Nación", "Revista de Derecho Procesal", Santa Fe, 2015, p. 121.
- 26 Falcón, *ob. cit.*, pag. 10.
- 27 Baruca, Mario C., "La Inconstitucionalidad de las Normas Procesales en el Código Civil y Comercial de la Nación, o cuando la Excepcionalidad se convierte en regla", en Revista de Derecho Público - "Cuestiones Procesales del Federalismo Argentino- I", Edit. Rubinzal Culzoni Editores, año 2016.
- 28 Baruca, Mario C., "La Inconstitucionalidad de las Normas Procesales en el Código Civil y Comercial de la Nación, o cuando la Excepcionalidad se convierte en regla", en Revista de Derecho Público - "Cuestiones Procesales del Federalismo Argentino- I", Edit. Rubinzal Culzoni Editores, año 2016.