



El objeto de la decisión y cuestiones que integraron la litis:

Flexibilización del principio de preclusión

(The object of the judicial decision and the issues that were part of the discussion:
flexibilization of issue preclusion)

Roberto Omar Berizonce

Professor Emeritus at the Universidad Nacional de La Plata. Honorary Presidente of
the Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal

Abstract: The paper deals with the flexibilization of issue preclusion in modern civil procedure.

Keywords: Judicial decision. Object. Issue preclusions. Flexibilization

Sumario: I. La simetría entre *litiscontestatio* y sentencia. II. Hacia la flexibilización de los términos de la litis. 1. Sistema preclusivo rígido. 2. Preclusión elástica de las deducciones. III. El régimen del CPCN, la garantía del debido proceso y la descalificación de la sentencia por arbitrariedad. IV. Preclusión elástica de las deducciones en los procesos en que el interés general se encuentra comprometido. 1. Conflictos de familia y minoridad. 2. Derechos de incidencia colectiva. 3. Procesos sociales y justicia de protección o “acompañamiento”. V. Conclusiones.

I. La simetría entre *litiscontestatio* y sentencia.

El análisis de los supuestos de incongruencia como vicio que descalifica los pronunciamientos judiciales, conduce a sostener que buena parte de los “desbordes” del marco inflexible que impide a los jueces alterar de algún modo los términos en que quedó



trabada la relación jurídica procesal en la etapa constitutiva del proceso, encuentra su razón de ser en la necesidad de hacer justicia en el caso concreto. Es que a menudo, los defectos que arrastra la traba de la litis, especialmente por la oscuridad de los términos en que las opuestas posiciones de las partes quedaron definitivamente expuestas –los elementos objetivos de la pretensión y, principalmente, la causa, fundamento o título de la misma-, se erigen en obstáculo insalvable a la hora de la decisión final para el logro de la justa composición del conflicto, misión esencial de los jueces que encarece la preceptiva constitucional.

Lo que aquí propugnamos, precisamente para salvaguardar tal imperativo, es una interpretación más flexible y a la postre útil al resultado de la jurisdicción, de las reglas que en nuestro ordenamiento procesal encapsulan de una vez y para siempre los términos de la litis, para posibilitar su alteración y adecuación en fases sucesivas de aproximación, hasta una oportunidad procesal concreta y última –la audiencia preliminar- y a condición de la estricta observancia del contradictorio que posibilite igual oportunidad a todas las partes en litigio.

II. Hacia la flexibilización de los términos de la litis.

Son bien conocidos los diversos sistemas que se exhiben en la legislación comparada, que van desde aquellos apegados a la estricta observancia de la regla de la preclusión procesal, hasta los que en los esquemas de unidad de vista se colocan en extremo opuesto, pasando por el denominado de la preclusión elástica de las deducciones.

1. Sistema preclusivo rígido.

Entre otras derivaciones de la regla de preclusión procesal, necesariamente inherente al adecuado desarrollo de todo el proceso y su coronación en la sentencia, se destaca en cuanto aquí interesa la estricta y hermética configuración de los términos en que queda trabada la litis, de una vez y para siempre conforme exclusivamente a los escritos constitutivos –demanda, contestación, reconvención y su réplica-. Lo cual conlleva la irremediable preclusión de las cuestiones no propuestas en aquellas postulaciones como



objeto de la decisión final, con el concurrente efecto de que no podrán ser propuestas en adelante, durante el curso del proceso ni, desde luego, después de la sentencia por operancia de la cosa juzgada. Es el sistema tradicional de la LEC española de 1881 (arts. 546 a 548)¹. Un esquema similar adopta el CPCN argentino (arts. 330, 331, 356, 358, 359 y conc.)². Sólo queda margen al actor para modificar la demanda mientras no sea notificada y, a ambas partes, para alegar con posterioridad hechos nuevos que tuvieren relación con la cuestión que se ventila (arts. 365, 260 inc. 5, a), o sobrevinientes (art. 163 inc. 6). La distinción entre transformación o alteración y cambio de la demanda, se ha dilucidado sosteniéndose que mientras la primera supone un acto procesal unitario que conserva inmutables alguno o algunos de sus elementos, por el contrario el cambio de la demanda implica la sustitución de una demanda por otra, totalmente diferente en sus elementos esenciales –sujetos, objeto, causa³. Si el demandante modifica lo pretendido haciendo sustituciones o cambios en la causa de pedir, o en el sujeto pasivo o en lo que concierne a la cosa (objeto) o bien de la vida que concretamente recaba, se está innovando sustancialmente en la posición del adversario, por manera que en esos casos habrá en verdad una nueva y distinta demanda que ha de dar lugar a un proceso diferente.⁴

2. Preclusión elástica de las deducciones.

En cambio, en los procesos por audiencias con unidad de vista, se flexibiliza notablemente la *mutatio libelli*. La ZPO alemana prevé que la interposición de la demanda produce la listispendencia e impide que la causa sea promovida de otra manera por las partes (§261); con posterioridad, sin embargo, es admitida la modificación de la demanda en todo

¹ FAIREN GUILLÉN V., *La transformación de la demanda en el proceso civil*, Porto, S. L., Santiago de Compostela, 1949, pp. 116 y ss.

² CARLI C., *La demanda civil*, ed. Lex, La Plata, 1977, pp. 101 y ss. MORELLO A. M., *Reflexiones en torno al cambio o transformación de la demanda y su ampliación*, RADP, La Ley, Bs. As., 1971-3, p. 363 y ss. COLOMBO C. J. *Código Procesal...*, Abeledo-Perrot, Bs. As., v. III, p. 150. PALACIO L. E., *Derecho Procesal Civil*, Abeledo-Perrot, Bs. As., v. I, p. 427; v. IV, p. 303 y ss.

³ FAIREN GUILLÉN V., ob. cit., pp. 88 y ss... CARLI C., ob. cit., pp. 111-112.

⁴ MORELLO A. M., SOSA G. L. Y BERIZONCE R. O., *Códigos Procesales...* Abeledo-Perrot/LEP, Bs. As., 2a. ed., 1990, v. IV-B, pp 78-84.



tiempo cuando el demandado así lo consienta o el tribunal lo considere pertinente (§263). El concepto de modificación está restringido, sin embargo, al cambio de los sujetos del proceso o de los fundamentos de la pretensión (objeto litigioso), conforme al actual §264.⁵

En sentido análogo, el CPC italiano de 1942 establecía originariamente como una de sus innovaciones⁶ que en la primera audiencia de tratamiento las partes podrán, cuando sea necesario, modificar las demandas, excepciones y conclusiones formuladas en el acto de citación y en el escrito de contestación (art. 183), posibilidad que se extendía durante el curso del procedimiento ante el juez instructor y hasta antes de la elevación de la causa al tribunal del debate oral (art. 184). El propio esquema de la oralidad presupone una cierta libertad y flexibilización de las formas, que admite la provisoriedad de las deducciones de las partes para su progresiva fijación en el momento de la proposición formal ante el tribunal. De todos modos, la libertad de las partes de modificar o completar sus deducciones no se prolonga de una manera incondicionada durante toda la fase instructoria, sino que está sujeta a una serie de preclusiones escalonadas y cada vez más rigurosas⁷. En definitiva, un sistema atenuado de preclusión de las deducciones, de preclusiones elásticas con amplias facultades judiciales para su reglamentación. Es sabido que por obra de sucesivas reformas que de algún modo han culminado en las últimas enmiendas de 2005-2006, se ha ido afianzando el esfuerzo de reconducir la fase introductiva del proceso, tendencialmente, a una sola audiencia preliminar de tratamiento de la causa (art. 183), que vendría a condensar los contenidos de las anteriores conocidas como de primera comparecencia, de primer tratamiento, de programación de la instrucción.⁸ En el esquema vigente, al cabo de la audiencia única de tratamiento queda aún, de todos modos, margen a las partes para definir mejor la materia objeto del proceso, bien que

⁵ CARLI C., ob. cit., pp. 101-102, en alusión a los mismos textos en su anterior numeración.

⁶ CALAMANDREI P., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, EJEA, Bs. As. 1962, trad. S. Sentís Melendo, v. I, pp. 386 y ss.

⁷ Ob. cit., p. 389. La Relación Grandi confrontaba claramente las opuestas exigencias del interés en alcanzar la verdad, que aconseja dejar abierta la posibilidad a tales deducciones, aún tardías y, de otro lado, la necesidad de celeridad y la salvaguarda de la buena fe (pp. 390-391). Sobre las reformas introducidas en 1990: COLESANTI V., *Il processo di cognizione nella riforma del 1990*, Riv. Dir. Proc., 1993, p. 29 y ss.; GRASSO E., *Interpretazione della preclusione e nuovo processo civile in primo grado*, Riv. Dir. Proc., 1993, pp 639 y ss.

⁸ BIAVATI P., *Las recientes reformas al Código de Procedimiento Civil italiano* en RDP, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2007-1, pp. 525-529 y bibliografía que allí cita. CARPI F. y TARUFFO M., *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*, Cedam, Padova, 2006, 5a. ed., pp. 562-570.



dentro de plazos prefijados que, no obstante, admiten elasticidad en el marco del novedoso instituto de la *rimessione in termini* contenido en el art. 184 bis., según los textos de las reformas de 1990 y 1995. En suma, un sistema singular en el que el originario paradigma de elasticidad de las deducciones se ha mantenido y consolidado a través de las ulteriores modificaciones tendientes a su perfeccionamiento.

De su lado, la LEC española N° 1/2000 si bien mantiene el principio de la inalterabilidad del objeto del proceso establecido en los actos de constitución (art. 412.1), admitió sin embargo diversos supuestos de excepción, a partir de la facultad genérica reconocida a las partes de formular alegaciones aclaratorias complementarias (art. 412.2, 426). En verdad, son admisibles: a) alegaciones del actor relativas al incumplimiento de requisitos procesales, a la personería y contestación del demandado, que tienen lugar en la audiencia previa (arts. 418.1, 424. 1); b) alegaciones que implican modificaciones de la pretensión procesal objeto del proceso (art. 426, 443); c) alegaciones complementarias y aclaratorias de las formuladas en la demanda y contestación sobre hechos constitutivos, impeditivos, extintivos y excluyentes (art. 426). Todavía resultan procedentes las alegaciones ampliatorias de hechos relevantes para la decisión del pleito que hubieran ocurrido o que hubieran sido descubiertos por la parte, con posterioridad a la demanda o contestación (art. 426.4) aún cuando fueran determinantes de una nueva causa de pedir; sin perjuicio de que si el tribunal apreciare ánimo dilatorio o mala fe procesal en la alegación, podrá imponer al responsable una multa en los términos del art. 286.4⁹.

III. El régimen del CPCN argentino, la garantía del debido proceso y la descalificación de la sentencia por arbitrariedad.

Hemos ya referido la adscripción de nuestro ordenamiento al rígido sistema de preclusiones que encapsula herméticamente el *thema decidendi* en los márgenes estrictos del contenido de la *litiscontestatio*. Consecuentemente, deviene inconstitucional por arbitrario el

⁹ ORTELLS RAMOS M., *Derecho Procesal Civil*, Aranzadi, 3a. ed., 2002, pp. 355 y ss.



pronunciamiento que decide con demasía sobre cuestiones no planteadas por las partes, aunque asiente en el principio *iura curia novit*, desde que menoscaba la garantía del debido proceso conforme conocida doctrina de la CSN argentina¹⁰.

Precisamente, el fundamento de la descalificación del pronunciamiento por demasía decisoria radica en la infracción del debido proceso, cuando se privó a la parte contraria del ejercicio efectivo del contradictorio, porque la cuestión se introdujo y decidió sin sustanciación alguna, ni oportunidad de defensa. La garantía del contradictorio no es una simple instancia formal sino un postulado de esencia en la conformación del proceso jurisdiccional, configurativo no sólo de un medio de lucha entre las partes sino tanto más de un instrumento operativo para el juez en la búsqueda de la verdad probable y, en última instancia, del “proceso justo”.¹¹. Empero *salvada esa garantía*, cualquier técnica procedimental deviene admisible en tanto sea apta para el logro de su finalidad. Rigidez o flexibilidad de las deducciones son sólo métodos que encarecen objetivos prioritarios que a menudo se muestran en el diseño del proceso como contrapuestos: orden y celeridad vs. justicia. El desafío reside siempre en compatibilizar las técnicas para el logro de los fines. Sin menoscabo del principio visceral del contradictorio, en definitiva, no cabe objetar la técnica de la deducción elástica, escalonada de las alegaciones que conforman la *litiscontestatio*, y hemos de ver que en el derecho argentino, en el marco genérico de un modelo de rigidez formal, se han ido colando entre sus intersticios numerosas excepciones que vienen consagradas por la ley o la interpretación jurisprudencial.

Es que, inevitablemente, no puede dejar de tenerse en cuenta que el factor tiempo y sobremanera el cambio de circunstancias objetivas: emergencias económicas, alteración del valor de la moneda, contratos de larga duración, agravamientos del daño o variaciones de características similares, deben insertarse en un enclave que si bien la ley procedimental estereotipa como si fuera un marco estático, *se va haciendo al andar*. Tiene que dar cuenta, por ende, de un fenómeno vivo cambiante. Una interpretación realista, útil a las finalidades de la

¹⁰ CSN, Fallos, 237:328; 252: 962; 256:504. Son algunos de los casos que perfilaron la doctrina de la arbitrariedad por razones vinculadas al objeto de la decisión cuando se resuelve cuestiones no planteadas (CARRIÓ G. R., *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1967, pp. 117-124.).

¹¹ PICARDI N., *Il principio del contraddittorio*, Riv. Dir. Proc., 1998, pp. 673-681. COMOGLIO L.-P., *Etica e tecnica del “giusto processo”*, G. Giappichelli ed., Torino, 2004, pp. 66-70.



jurisdicción, debe adecuar, con flexibilidad, el principio de congruencia a la cabal dimensión actual de las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión judicial¹². Comenzando por aquellos procesos en que por la naturaleza de los conflictos que se ventilan, aparecen coloreados por el interés general comprometido. Prescindimos aquí de considerar los supuestos en que y por la indisponibilidad del objeto litigioso, tradicionalmente se admite la flexibilización del principio preclusivo en la traba de la litis –declaración de incapacidad, filiación y procesos aledaños-.

IV. Preclusión elástica de las deducciones en los procesos en que el interés general se encuentra comprometido.

1. Conflictos de familia y minoridad.

Las cuestiones familiares en general es bien sabido trasuntan conflictos típicos diferenciados que, en la estimatoria colectiva, se ensalzan como necesitados y merecedores de tutelas preferenciales por el interés público general involucrado en su definición. Orden público familiar, “interés superior del menor”, son principios axiales que gobiernan las disciplinas sustantivas y procedimentales, preceptos abiertos que basan la definición de su significado en reglas sociales y nociones técnicas antes que en tipos jurídicos, y que por ello dejan amplio campo a la discrecionalidad judicial¹³. A la par, emerge un novedoso contexto jurídico supranacional integrado por los tratados y convenciones internacionales tuteladores de los derechos de la familia y los menores, que inciden directamente en el derecho interno¹⁴; tanto como fenómenos poco menos que universales tipificantes de una verdadera “explosión del contencioso familiar” en el que se reclaman más derechos y menos ingeniería jurídica, más justicia y menos cuestiones de puro corte procedimental, un proceso más

¹² MORELLO A. M., SOSA G. L., y BERIZONCE R. O., *Códigos Procesales...*, ob. cit., pp. 83-84.

¹³ MEULDERS M. T., *Les procédures familiales en pays de “civil law” en XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*, UNAM, México, 2005, M. Storme y C. Gómez Lara coord., v. I. pp. 299 y ss., 316-319.

¹⁴ HITTERS J. C. y FAPPIANO O. L., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ediar, Bs. As., 2007, 2a. ed., t. I, v. 1, pp. 551 y ss.



humano, equitativo¹⁵. Precisamente y en lo que aquí nos interesa, en el trámite ante los Tribunales de Familia que regula el CPC de la Provincia de Buenos Aires, se prevé el *reajuste de las pretensiones u oposiciones* de las partes en la audiencia preliminar (art. 843 inc. 2), en el marco de un proceso articulado mediante audiencias sucesivas y con directa intervención del juez, quien procede a fijar los hechos litigiosos conducentes a la decisión¹⁶, sin perjuicio de sus amplias potestades instructorias y de injerencia en la formación del material probatorio.

2. Derechos de incidencia colectiva.

Explica Ada PELLEGRINI GRINOVER¹⁷ que se perfila un derecho procesal colectivo, diverso del proceso civil individual, con principios singulares propios como los del acceso a la justicia, de universalidad de la jurisdicción, de participación en el proceso, de impulso oficial, de economía, instrumentalidad de las formas, que asumen un perfil distintivo; e institutos fundamentales que presentan caracteres diferenciales: legitimación, representatividad adecuada, cosa juzgada y otros entre los que se destaca la superación del concepto rígido de objeto de la pretensión y causa de pedir. Precisamente, el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica de 2004¹⁸ estatuye en su art. 10 que en las acciones colectivas, el pedido y la causa de pedir serán interpretados extensivamente. Oídas las partes, el juez permitirá la enmienda de la acción inicial para alterar o ampliar el objeto de la demanda o la causa de pedir (par. 1°). El juez permitirá la alteración del objeto del proceso en cualquier tiempo y en cualquier grado de la jurisdicción, desde que sea realizada de buena fe, no represente perjuicio injustificado para la contraria y el contradictorio sea preservado (par. 2°). El juez, en la audiencia preliminar, fijará los puntos controvertidos (art. 11, par. 4°, III).

¹⁵ MEULDERS M. T., ob. cit., pp. 301 y ss.

¹⁶ BERIZONCE R. O., BERMEJO S. P. y AMENDOLARA Z. A., *Tribunales y proceso de familia*, LEP, La Plata, 2001, pp. 195 y ss..

¹⁷ *Derecho Procesal Colectivo* en RDP, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2006-2, pp. 387 y ss.

¹⁸ OTEIZA E., coord., *Procesos colectivos*, AADP, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2006, pp. 444 y ss.



Respondiendo a los mismos principios, en la legislación argentina, la Ley General de Ambiente (LGA) N° 25.675, art. 32, con el fin de proteger efectivamente el interés general comprometido en el proceso ambiental, confiere al juez amplios poderes de ordenación y conducción, de instrucción probatoria oficiosa y cautelares para dictar medidas de urgencia y prevención aún de oficio¹⁹. Sin embargo, el precepto del citado art. 32 fue observado por el PE. en su apartado final, que establecía expresamente la potestad del juez para extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente a su consideración por las partes. En verdad, habrá que convenir que la redacción del art. 10 del Código Modelo, ya referida, recoge con más propiedad el sistema de la preclusión elástica de las deducciones en su definición más perfeccionada.

Todavía importa referirnos a la interpretación jurisprudencial de los poderes acordados al juez en la LGA, en directa correlación con las alegaciones de las partes y su suficiencia para configurar la traba de la relación jurídica procesal. La CSN, a partir de la premisa de que el medio ambiente constituye un bien colectivo que pertenece a la esfera social y transindividual, ha resaltado la “particular energía” con que los jueces deben actuar para hacer efectivos los mandatos constitucionales²⁰ que lo tutelan. En ese encuadre, y con miras a la prosecución de los objetivos procesales, en el caso singular que referimos el Tribunal ordenó *in limine litis*, antes de estar trabada la litis y de modo oficioso, diversas medidas ordenatorias y de instrucción probatoria, tendientes a identificar aspectos esenciales de la cuestión litigiosa que no habían sido debidamente esclarecidos en la demanda (“El escrito introductorio tampoco se basa en estudios actualizados”). En cuanto al bien que la demanda denomina “reversible”... tampoco se aporta ningún elemento que permita identificar cuál sería esa obra y cuáles sus beneficios satisfactivos (considerando 19). No obstante, el Tribunal haciendo uso de las potestades del art. 32 de la LGA, a “fin de proteger efectivamente el interés general”, dispuso entre otras medidas requerir que los demandados informen sobre diversos puntos relativos a la causa de la pretensión de los actores, y que éstos habían omitido determinar -v. gr., líquidos que las empresas arrojan al río, su volumen, cantidad y descripción; si existen sistemas de

¹⁹ MORELLO A. M. y CAFFERATTA N. A., *Visión procesal de cuestiones ambientales*, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2004, pp. 198 y ss.

²⁰ CSN., 20-6-06, “Mendoza Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros”, La Ley, Bs. As., 2006-D, p. 86, considerando 18. En sentido similar: SCBA, causa B-64.464, 31-3-04.



tratamientos de residuos; estudios de impacto ambiental de las empresas involucradas-. Sin perjuicio de hacer saber a la actora que debía aportar a su escrito inicial la información omitida (considerando 20).

Es cierto que la amplitud de la tutela de los derechos colectivos se enfrenta con la garantía de la defensa de los demandados. Sin embargo, la exigencia estricta de la afirmación de los hechos conducentes a la solución del conflicto no se compadece, en supuestos como los aludidos, con la extraneidad de la situación de los reclamantes frente a los hechos causantes del daño. Precisamente, son los accionados quienes mejor los conocen y por ello resulta razonable esa suerte de inversión del *onus probandi*, característica típica por otra parte de los procesos colectivos²¹, que les impone la carga de afirmación y acreditación desde que son quienes se encuentran en mejores condiciones para aportarlos. La situación del damnificado por el daño ambiental resulta similar, en este aspecto, a la de los terceros víctimas en los accidentes de circulación.

Claro que el tránsito hacia los procesos colectivos no resulta lineal y las dificultades son notorias y quizás inevitables mientras no se regule su régimen específico²². Solo así se explican los vaivenes en la doctrina de la propia Corte federal que en otro cercano precedente²³, admitió por mayoría la excepción de defecto legal opuesta ante la demanda de recomposición de daños colectivos ambientales, en la medida en que la generalidad de sus términos extiende la pretensión a toda alteración eventualmente producida en una cuenca hidrocarburífera que tenga origen en la explotación, “con total indiferencia por precisar la causa fuente del daño o la pluralidad de ellas, individualizar los agentes productores, diferenciar el aporte de cada uno en el proceso causal del deterioro y, en su caso, la gravedad de la alteración postulada”. De ahí que, se afirma, la tutela de derechos supraindividuales o colectivos incorporada como garantía de raigambre constitucional e infraconstitucional, en nada excluye ni retacea la exigencia de

²¹ PELLEGRINI GRINOVER A., ob. cit., p. 398. El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica estatuye la carga dinámica de la prueba y el poder del juez de impartir las órdenes necesarias para suplir su deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito (art. 12, par. 1°).

²² MORELLO A. M., *Dificultades en el tránsito del proceso individual al colectivo*, La Ley, Bs. As., 2004-F, p. 387.

²³ CSN, 29-8-06, “Asoc. de Superficiaarios de la Patagonia”, La Ley, Bs. As., 2006-F, p. 625, con nota de ZAMBRANO P., *El derecho de defensa en juicios ambientales*.



exponer cómo tales derechos han sido lesionados por una conducta antijurídica, en qué consistía esa actividad o esas omisiones, quién es su autor y cuál ha sido el daño en concreto que se pretende reparar. Y si bien en materia de tutela del daño ambiental, las reglas procesales deben interpretarse con un criterio amplio para evitar la frustración de los intereses superiores en juego y se presenta una revalorización de las atribuciones del tribunal, tales criterios hermenéuticos no pueden entronizarse en una fuente de naturaleza superior que permita privar al demandado de defenderse²⁴. Como se ha señalado acertadamente²⁵, la mayoría del Tribunal prefirió en este caso aplicar la ortodoxia propia del modelo clásico del proceso civil, estimando así que no se había designado con exactitud la cosa demandada y que la demanda carecía de suficiente claridad, con prescindencia del deber de colaboración procesal y de buena fe a cargo de los demandados quienes -¡qué duda cabe!- sabían cuál actividad empresarial llevaban a cabo y cuáles prácticas contaminantes se les endilgaban.

Como colofón, si bien entre ambas causas –“Mendoza Beatriz” y “Asoc. Superficialarios de la Patagonia”- existían matices diferenciales, parece advertirse criterios dispares. Mientras en una el Tribunal hace extendida aplicación *in limine litis* de los poderes del art. 32 LGA, endosado a la demandada la carga de afirmación y prueba de hechos decisivos para la solución del conflicto, frente a similar situación de oscuridad e insuficiencia del planteo actoral, en la otra no solo prescinde de utilizar sus potestades de actuación oficiosa dando curso formal a la demanda sino que, al cabo, enrostra el defecto legal so pretexto de indefensión formal.

En el camino que ha de conducir a superar tan notorias contradicciones, no debería excluirse la recepción del sistema de la preclusión elástica de las deducciones que, a falta de

²⁴ En el voto disidente de los ministros MAQUEDA y ZAFFARONI se adujo que las disposiciones del CPCN deben ser interpretadas de manera de no enfrentarlas al diseño procesal específico de la ley 25.675, por lo que peca de un excesivo rigor formal que se opone en forma manifiesta al art. 41 de la CN, la aplicación mecánica del CPCN para imputar defecto legal a una demanda cuya pretensión responde a presupuestos sustancialmente diversos de aquellos que se tuvieron en cuenta al dictar la normativa procedimental. De ahí que sea improcedente la excepción de defecto legal, porque la requerida precisión en cuanto a los eventuales casos de contaminación y la determinación de las personas respectivas, se aparta del principio rector establecido en estos casos particulares en tanto se atiende un todo y no una parte de cada uno de los daños localizados dentro del ámbito exclusivo de las propiedades de los demandados.

²⁵ PEYRANO J. W., *Peculiaridades de la excepción de defecto legal en el proceso colectivo ambiental*, La Ley, Bs. As., 2006-F, p. 416.



previsión legislativa, y en conjunción con el deber de colaboración que se encarece a las partes y la consecuente fluctuación de la carga probatoria, para asignarla a la parte que se encuentre en mejores condiciones de producirla, permitirían asegurar la efectiva operatividad de la tutela de los derechos de incidencia colectiva prometida por el art. 41 CN.

3. Procesos sociales y justicia de protección o “acompañamiento”.

Queda todavía una ancha franja de conflictos en los cuales, por operancia del interés general comprometido, el trámite se sujeta en general a ciertas reglas procesales especiales que conforman lo que se denomina la *justicia de “acompañamiento” o protección*²⁶. En los procesos en que se ventilan tales conflictos y, en general, cuestiones de interés social –del trabajo y la seguridad social, entre otros, además de los ya aludidos, de familia y menores-, se amplía la gama de los poderes del juez, enfatizándose como pauta genérica el principio de la adecuación judicial de las formas²⁷, su instrumentalidad y el rechazo del exceso ritual²⁸ Como correlato de ello, se flexibilizan las postulaciones de las partes en la etapa constitutiva del proceso²⁹.

V. Conclusiones.

Los principios de raigambre superior de la eficaz prestación de los servicios de justicia (art. 114, tercer párrafo, apart. 6 *in fine*, CN argentina) o de tutela efectiva de los derechos (art.

²⁶ MORELLO A.M., *La jurisdicción protectora. Hacia un nuevo rostro de la justicia*, J.A., Bs. As., 1986-II, p.305; *id.*, *Un nuevo modelo de justicia*, La Ley, Bs. As., 1986-C, p.800.

²⁷ Así, es doctrina jurisprudencial pacíficamente recibida que corresponde atemperar el rigor de las formas procesales en beneficio de derechos de contenido alimentario que cuenten con tutela constitucional (CSN, Fallos, 315:1314; 306:1839; 307:1067; 306:485, entre otros.

²⁸ CSN, Fallos, 306:485, en materia previsional. SCBA, causas L. 56.052, 29-12-94; L. 54.405, 15-6-94; L. 55.484, 13-12-94, en cuestiones del trabajo y seguridad social.

²⁹ El proyecto de Código Procesal Civil y Comercial para la Provincia de Buenos Aires (1997), incorpora la “justicia de acompañamiento o protección” en sus arts.486 a 491. Se atribuye al juez la facultad de “arbitrar de modo razonable y efectivo lo que la naturaleza del asunto y sus particulares circunstancias indiquen aconsejable” (arts.487, 488); en cuanto a las facultades de las partes, podrán modificar la pretensión en la audiencia preliminar “cuando resulte, manifiestamente, que la carencia de información o de asesoramiento han determinado omisiones en relación a derechos que asistan a la parte”, sin perjuicio de asegurar el derecho de la contraria (art.489). “Ninguna exigencia administrativa o formal” debe frustrar la tutela efectiva de los derechos en juego, y los jueces deben asegurarlo (art.490).



15 Const. Prov. Bs. As.) o de protección judicial efectiva (arts. 8 y 25, Pacto de San José de Costa Rica), presuponen el acompañamiento servicial de las instituciones del proceso. Su rendimiento en concreto en aras de asegurar la tutela de los derechos sustantivos impone el abandono o flexibilización de ciertas reglas técnicas, como la configuración encajonada y preclusiva de las deducciones introductorias, para admitir un esquema más elástico, escalonado y de aproximaciones sucesivas para la determinación definitiva del objeto y la *causa petendi* en la audiencia preliminar.

Principalmente cuando están en juego derechos de linaje constitucional amparados de modo preferente, por el interés social comprometido en el objeto litigioso, el juez debe asumir una función de protección y acompañamiento activo de la parte amparada con el objeto de que se tornen efectivos aquellos derechos superando los obstáculos y vallados procedimentales frustratorios, especialmente por conducto de interpretaciones normativas funcionales y rendidoras. Y, en ese contexto, las partes quedan habilitadas para modificar sus pretensiones, reproponiendo el objeto o la causa de pedir, a condición de su buena fe, cuando los errores u omisiones contenidos en los escritos iniciales de postulación se debieron a la falta de información o adecuado asesoramiento. A salvo el contradictorio pleno entre las partes, no cabe objetar la modificación de la pretensión u oposición originarias, desde que en definitiva –y más allá de la “indisponibilidad” del objeto litigioso desde el señorío de las partes- la correcta traba de la relación jurídica procesal constituye un presupuesto esencial de la justa decisión del litigio que encarece el mandato constitucional.