

DEBIDO PROCESO Y PROCEDIMIENTO MONITORIO

GUSTAVO CALVINHO

1. Introito. 2. Concepto, características y clases del procedimiento monitorio. 3. El debido proceso y el instituto monitorio —siempre procedimiento, nunca proceso—. 4. El procedimiento monitorio ante las garantías constitucionales. 5. Procedimiento monitorio y títulos admisibles. 6. Corolario.

1. Introito

Desde lustros atrás se viene discutiendo en diversos ámbitos procesales iberoamericanos acerca de una antigua figura nacida en las postrimerías de la Edad Media en Italia: el procedimiento monitorio¹. En varios países, alcanzó consagración legislativa: República Oriental del Uruguay, Brasil, Portugal, Venezuela² y España³ si-

¹ Sus orígenes se remontan a la Alta Edad Media —siglo XIII— en Italia y concretamente en las ciudades que ante la necesidad de agilizar el tráfico mercantil y con la finalidad de evitar el juicio plenario, buscaron un título de ejecución rápido y eficaz. Se configuró entonces como un procedimiento sin fase previa de cognición que elude la fase declarativa. Durante los siglos XIV y XV pasa al derecho germánico extendiéndose posteriormente por los diversos ordenamientos jurídicos, siempre asociado al tráfico mercantil y a sus necesidades de agilidad y seguridad.

² Donde se conoce como “Procedimiento por Intimación”.

³ Recién merced a la Ley de Enjuiciamiento Civil N° 1 del 7 de enero de 2000 —véase el Título III del Libro IV, artículos 812 a 818—.

guieron los pasos de Francia, Italia, Austria y Alemania que lo aplican desde antaño⁴.

El debate referido al instituto monitorio se centra en conocer si presenta las condiciones suficientes para consolidarse como un aporte efectivo para la administración de justicia del siglo XXI, sin ofrecer como contrapartida menoscabo de la seguridad jurídica. Debe tenerse en cuenta, merced a ciertas confusiones imperantes por falta de análisis desapasionado, que en ocasiones su incorporación al régimen legal no sólo interfiere los dominios del proceso ejecutivo, sino que llega incluso a derrocarlo inapropiadamente⁵.

Considerando que la estructura del procedimiento monitorio⁶ no reviste complejidad alguna, es difícil toparnos con definiciones desencontradas. Incluso cuesta descubrir el motivo por el cual, en la actualidad, es ensalzado como deidad por estudiosos de nuestra disciplina y presentado cuasi como solución del letargo judicial en gran medida, abonando este panorama con la llamativa insistencia —tanta que se asemeja a imposición— con que es incluido en proyectos de reformas adjetivas y congresos de la especialidad⁷. Mas puede despertar interés abordar otros de sus

⁴ En la República Argentina, su implementación legal puede encontrarse en el Libro III del Nuevo Código Procesal Civil de la Provincia de La Pampa —arts. 463 a 470—, vigente desde el 1° de abril de 2001 según la ley N° 1870 del 7 de diciembre de 1999.

⁵ Conforme a lo que puede advertirse en algunas opiniones doctrinarias, normas vigentes, anteproyectos y proyectos de ley.

⁶ En el apartado 3 explicamos por qué se trata de “procedimiento” y no de “proceso”.

⁷ En la República Argentina, por ejemplo, ya a principios del año 1988 se conoció en el ámbito del Ministerio de Justicia de la Nación un proyecto de reforma al Libro III “Procesos de Ejecución” del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que organiza esos pleitos con un esquema muy similar e incorpora, inclusive, la posibilidad de ordenar la subasta de bienes en la misma sentencia monitoria, bajo responsabilidad del ejecutante. Fue incluido en otros anteproyectos de reforma y de códigos, como el Anteproyecto de Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de 1993 —de los doctores Arazí, Kaminer, Eisner y Morello—, ed. de los autores, pp. 113 y 114 —Libro III— y el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Ciudad Autónoma de Bue-

aspectos: analizarlo bajo el prisma constitucional y a la luz del debido proceso, evaluar si se trata de un proceso o un procedimiento, establecer sus límites o plantearnos si puede reemplazar al juicio ejecutivo y hasta qué punto su inclusión legislativa ayuda a mejorar el servicio de justicia.

No obstante, entendemos que en la actual situación institucional de muchos países latinoamericanos es misión primordial privilegiar un debate de ideas y propuestas con el objeto de dar respuestas a la sociedad en torno a un problema más acuciante: la inseguridad jurídica⁸. En sintonía con ello, sin más, retumba el interrogante antes planteado: ¿reviste el procedimiento monitorio una contribución a la seguridad jurídica o, en cambio, por sus características genera más desconfianza en el sistema por parte del ciudadano? Es aconsejable, llegado el caso, detenerse a examinar la real dimensión que alcanza como pieza dentro de un ordenamiento procesal determinado, confrontándolo con otras alternativas.

nos Aires, de los mismos autores, art. 509 y ss., de 1998 —Ed. Rubinzal-Culzoni—. En los XVIII, XIX, XX y XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal —celebrados en 1995, 1997, 1999 y 2005 respectivamente— fue tratada la temática del procedimiento monitorio y su incorporación al ordenamiento argentino.

⁸ “En su mensaje navideño de 1942, el Papa Pío XII dejó definido como derecho subjetivo el derecho inalienable del hombre a la seguridad jurídica, consistente en una esfera concreta de derecho protegida contra todo ataque arbitrario. La seguridad jurídica implica una libertad sin riesgo, de modo tal que el hombre pueda organizar su vida sobre la fe en el orden jurídico existente, con dos elementos básicos: a) *previsibilidad* de las conductas propias y ajenas y de sus efectos; b) *protección* frente a la arbitrariedad y a las violaciones del orden jurídico [...] Las *garantías constitucionales* son el soporte de la seguridad jurídica”. Bidart Campos, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, p. 622, Ediar, Buenos Aires, 1995. También se ha afirmado: “En términos generales, hay seguridad jurídica cuando el sistema ha sido regularmente establecido en términos iguales para todos, mediante leyes susceptibles de ser conocidas, que sólo se aplican a conductas posteriores —y no previas— a su vigencia, que son claras, que tienen cierta estabilidad, y que son dictadas adecuadamente por quien está investido de facultades para hacerlo”. Alterini, Atilio Aníbal, *La Seguridad Jurídica*, p. 19, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.

2. Concepto, características y clases del procedimiento monitorio

El procedimiento monitorio⁹ tiene por objeto, de manera sumamente expeditiva, crear un *verdadero* título ejecutivo¹⁰ —en realidad, ejecutorio: que valga *per se*—, cuyo inicio ante la autoridad¹¹ correspondiente desembocará en una orden de ejecución directa —denominada sentencia monitoria—.

Incluso encontramos legislación de algunos países que siquiera exige la presentación de documento alguno¹². Por el contrario, otros lo requieren para que la autoridad efectúe de manera preliminar un análisis¹³.

Ahora bien, a fin de resguardar el derecho de defensa del presunto deudor, se invierte la carga del contradictorio otorgándosele la iniciativa. Si no formula oposición a tiempo, aquel decreto adquiere fuerza ejecutiva y autoridad de cosa juzgada¹⁴. En sínte-

⁹ "Monitorio" significa aviso, amonestación o advertencia merced a su raíz latina que procede del vocablo *monitorius* —amonestar—.

¹⁰ En muchos casos, el proceso "ejecutivo" que se observa en diversos ordenamientos procedimentales —al estilo del que figura en los artículos 520 al 562 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina— en realidad es un proceso de conocimiento abreviado o limitado. En definitiva no se ejecuta directamente el título, sino la sentencia —cuando hace lugar a la pretensión del accionante— que se obtiene luego de tramitado el proceso y que constituye *res judicata* formal, sirviendo aquél únicamente como acceso a este tipo de juicios. Sin demasiado esfuerzo podemos colegir que la denominación "juicio ejecutivo" resulta discutible, cuando no inadecuada.

¹¹ Decimos autoridad y no juez, pues en algunos países —Portugal, Alemania, Austria— este procedimiento se lleva a cabo en el ámbito administrativo, sin intervención del magistrado. Italia, Brasil, Venezuela y España optaron por conferirle un carácter jurisdiccional.

¹² En Austria coexisten los procedimientos monitorios "documentales" y "no documentales" —también conocidos como "puros"—, con diferente forma de tramitación.

¹³ Hay quienes sostienen, siguiendo a Calamandrei, que el procedimiento monitorio es una forma especial de proceso de cognición abreviado, encontrándose esta característica en la revisión del documento que efectúa el juez antes de impartir la orden.

¹⁴ Cabe discutir acerca de la conveniencia de conferirle a la sentencia monitoria el carácter de cosa juzgada material o formal. Si bien ciertos autores se inclinan por la primera alternativa, opinamos que su sentencia debe representar *res*

sis, la sentencia monitoria se dictará como consecuencia directa de la pretensión del actor y por ende sin oír al demandado. Este, para tener la posibilidad de ejercer su derecho de defensa sólo puede atacarla dando comienzo al contradictorio. Se sostiene que, justamente, al combinarse la inactividad del deudor —su silencio— con la actividad del acreedor —su afirmación— se conforma la base lógica y jurídica de esta figura procedimental.

De lo expuesto y sin más, surgen las características salientes del procedimiento monitorio:

1º) Un exiguo marco de conocimiento, limitado al análisis del escrito inaugural y los documentos —si es que corresponde presentarlos— que efectúa la autoridad.

2º) Obviamente la congruencia que debe existir entre la petición del actor y la sentencia monitoria.

3º) La mentada inversión del contradictorio, a fin de permitir la defensa en juicio del presunto deudor.

También de lo apuntado se infieren las clases de procedimiento monitorio que se pueden presentar, según se requiera acompañar o no documentación y acorde a desarrollar su trámite ante una autoridad administrativa o un juez.

Si bien el análisis introductorio del instituto bajo tratamiento hasta aquí ha sido sucinto, lo consideramos suficiente atento a la escasa complejidad procesal que ostenta. Ahora sí, están dadas las condiciones para ceder el paso a otras cuestiones que efectivamente presentan dificultades cuando se las enfrenta al procedimiento monitorio.

judicata formal. Si tomamos en cuenta las aristas especiales que presenta este procedimiento, sobre todo su exiguo marco cognoscitivo —mucho más acotado que en el juicio ejecutivo, donde la sentencia hace *res judicata* formal— y la inversión del contradictorio, se justifica mantener la alternativa del proceso de conocimiento posterior como contempla, v. gr. en Argentina, el art. 553 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pero con estrictos límites y recaudos adaptados al procedimiento monitorio, a fin de respetar acabadamente en la mejor medida de lo posible el derecho de defensa en juicio.

3. El debido proceso y el instituto monitorio —siempre procedimiento, nunca proceso—

Si bien el concepto de acción procesal le es característico y propio —al ser su distintivo respecto las demás ramas jurídicas y su puerta de ingreso—, el derecho procesal es la disciplina¹⁵ que se ocupa de estudiar el proceso y sus cuestiones conexas¹⁶.

Para aproximarnos a la idea de proceso —concepto puramente lógico—, es fundamental distinguirlo del procedimiento —concepto netamente jurídico—, siendo éste una *realidad formal* —adjetiva— y aquél una *realidad conceptual* —sustantiva—, continente de garantías procesales que posibilitan la tutela judicial efectiva a través del debido proceso sustantivo. El proceso no sólo es la especie dentro del género procedimiento, sino también su justificación¹⁷. De allí que todo proceso contiene un procedimiento, pero no todo procedimiento constituye un proceso.

Es innegable que el derecho procesal representa una contribución fundamental a la seguridad jurídica de toda sociedad. Por lo

¹⁵ Excede el marco de este trabajo ocuparnos del status del derecho procesal como ciencia —o conjunto de verdades sistematizadas en sentido teórico—, para lo cual mucho ayudaría a fin de despejar toda duda alcanzar algún día un lenguaje unívoco y conceptos que constituyan un todo unitario dentro de un sistema.

¹⁶ Enseñaba el reconocido procesalista Humberto Briseño Sierra, recientemente desaparecido: “Lo único que cabe es sostener que la denominación derecho procesal, repona al dato más relevante de la rama que es el proceso, pero el derecho procesal estudia también la organización de la administración de justicia, ejecuciones, procedimientos para-procesales, ‘jurisdicción’ voluntaria, etcétera. Entonces, el sentido teórico del derecho procesal se constituye con otra nota que le diferencia de aquellas disciplinas que conocen de procedimientos conflictivos no procesales, por la imparcialidad del juzgador. Conviene recordar que no importa la ubicación del proceso, de manera que no cabe pensar que el derecho procesal limitase al proceso judicial, sino que implica al proceso donde quiera se presente, bastando que el juzgador aunque sea autoridad administrativa, sea imparcial”. Briseño Sierra, Humberto, Los “Principios” del Procedimiento Mexicano, Revista Procesal de México, Año 2 —1973—, N° 1, p. 32.

¹⁷ El proceso, continente de garantías constitucionales, se encargará de corregir cualquier error en la aplicación del procedimiento. Es lo que acontece en el trámite monitorio ante la oposición del requerido, cuestión que se tratará en el apartado siguiente.

tanto, debe ser apreciado como un *sistema de garantías*¹⁸ cuyas piedras angulares son postulados constitucionales que corresponde sean contemplados íntegramente y con fidelidad por el procedimiento. Sólo así, en definitiva, podremos desembarcar en el “debido proceso”.

El “debido proceso”, expresión que hizo su aparición en la V Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787 —*due process of law*—¹⁹, no significa cosa diferente que el proceso respetuoso de las garantías constitucionales. Salvaguardias que están presentes en los *postulados* que emanan de la Ley Fundamental y —si y sólo si abrevan en ésta— en los *preceptos* que surgen de las normas, los principios y reglas procesales que elabora nuestra disciplina y eventualmente —en casos específicos— las partes y los jueces.

Es esta la única manera de tener un “Proceso” —con mayúscula por presentarse acorde a las garantías constitucionales—, donde:

1º) Sus reglas de juego son conocidas con anterioridad.

2º) Las partes actúan en igualdad de condiciones.

3º) Las partes disponen del proceso —imperio del *sistema* dispositivo—.

4º) Se desarrolla ante un tercero equidistante, independiente e imparcial que únicamente tiene facultades para conducirlo formalmente y sólo con atribuciones de elegir y aplicar el derecho en la faz de dirección material o sustantiva y la obligación, si llega a corresponder, de dictar sentencia para poner fin al litigio habiendo conferido la oportunidad de ser oído a cada uno de los contendientes.

¹⁸ Ver Lorca Navarrete, Antonio María. “El Derecho Procesal como Sistema de Garantías”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVI, N° 107, mayo-agosto 2003, pp. 531-557.

¹⁹ Integrandó la batería de las diez primeras enmiendas ratificadas entre 1789 y 1791.

Por lo tanto, el concepto de proceso debe respetar los lineamientos fijados por la Constitución nacional a través de las garantías que confiere²⁰. De allí que entendemos que el proceso es un *método de debate dialéctico y pacífico que sigue reglas preestablecidas y se desarrolla entre dos partes que actúan en condición de perfecta igualdad ante un tercero imparcial, imparcial²¹ e independiente con el objeto de resolver heterocompositivamente un litigio²²*.

Corresponde entonces evaluar si por sus características, la estructura monitoria puede considerarse un proceso —*rectius*, si se ajusta al debido proceso—. De lo contrario sólo podrá estimarse como un procedimiento, género del cual forma parte la especie proceso.

El examen pretendido, entonces, debe encararse desde la observación del trámite, donde se aprecian dos etapas:

a) Etapa de *admisión*, que se abre con la petición²³ y la documentación con que se funda —la cual acredita *prima facie* la existencia de la deuda—, salvo que se trate de procedimiento monitorio puro. La autoridad debe examinar ambos y, de resultar procedente, dicta sentencia monitoria²⁴. En caso contrario y agotados los recursos, puede optarse por otra vía.

²⁰ Por ejemplo, es necesario que tramite un proceso penal previo para ser condenado y ante juez natural; nadie puede ser juzgado sino en virtud de ley pretérita; todos los habitantes son iguales ante la ley y tienen derecho al proceso y a ser oídos; se consagran los principios de inocencia, *no bis in idem* e *in dubio pro reo*, además de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo.

²¹ Neologismo que significa que *no ha de estar colocado en la posición de parte*. Alvarado Velloso, Adolfo, *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1992, p. 261.

²² Siguiendo la misma tesitura, es dable entender al proceso como “una serie lógica y consecencial de instancias bilaterales conectadas entre sí por la autoridad —juez o árbitro—” Alvarado Velloso, Adolfo, *El Debido Proceso de la Garantía Constitucional*, Zeus, Rosario, 2003, p. 234.

²³ Según la denomina la Ley de Enjuiciamiento Civil Española 1/2000.

²⁴ Puede haber admisión parcial de la petición, en cuyo supuesto la sentencia monitoria respetará la proporción por la que prospere.

b) Etapa de *requerimiento al presunto deudor*, que se efectúa a través de la notificación de la sentencia monitoria y que va a concluir siempre por alguna de estas tres conductas posibles:

1º) Se atiende el requerimiento, abonando la suma correspondiente, lo que implica la finalización del trámite por cumplimiento de su objeto.

2º) No se atiende el requerimiento ni se presenta oposición en tiempo: el procedimiento monitorio termina porque comienza la ejecución del título ejecutivo obtenido²⁵.

3º) Se formula oposición al requerimiento y, por lo tanto, el trámite monitorio concluye pues da inicio un proceso plenario —declarativo—. Adviértase que si la oposición es parcial, se convierte en esa proporción en proceso declarativo.

En consecuencia, en todos los casos el trámite monitorio carece de *bilateralidad* dentro de su estructura: la autoridad dicta un pronunciamiento que puede constituir cosa juzgada sin oír a la requerida²⁶, quien para hacer valer su derecho de defensa debe acudir siempre a un proceso posterior.

Para salvar esta anomalía no queda otra posibilidad que discutir sobre la inversión del contradictorio; más aún, es designada como una de sus notas distintivas incurriendo en ingentes derroches de tinta²⁷. Pero no debemos extraviar el norte: la susodicha inversión del contradictorio se desarrolla fuera de la herramienta *sub examine* pues ya ha finalizado como tal²⁸. Y si a esto le adicio-

²⁵ Justamente así se consigue la finalidad buscada por el trámite monitorio, esto es, obtener un título ejecutivo rápido ante la solicitud del acreedor y la inactividad del deudor.

²⁶ De allí también que preferimos que se le confiera carácter formal y no material a la *res judicata* en el procedimiento monitorio.

²⁷ Como contracara, la posibilidad de acceso a un proceso plenario será muchas veces utilizada arteralmente por los deudores a fin de retardar su ejecución. En definitiva, el proceso ulterior que permite la defensa real, tiene un carácter eminentemente correctivo de las falencias e imperfecciones que muestra el procedimiento monitorio.

²⁸ La instancia —según el art. 310 *in fine* del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina en sintonía con numerosas opiniones doctrinarias—

namos que su objeto no es resolver heterocompositivamente un litigio sino crear un título que posibilite la ejecución, la conclusión es nítida: *el trámite monitorio no es otra cosa que procedimiento —una “particular modalidad procedimental”²⁹—, sin que pueda ser jamás considerado proceso* pues no se ajusta a su esquema ni completa sus requisitos.

Lo explicado denota que es incorrecto referirse al “proceso monitorio”. Es hora que renombrados autores, códigos, normas, proyectos y anteproyectos de ley lo denominen como corresponde: procedimiento monitorio.

Expresado sin eufemismos, el instituto monitorio no se adecua al concepto de debido proceso.

Aparece a esta altura una conexión entre lo expuesto precedentemente y el test de constitucionalidad que necesariamente debe sortear esta figura. Lo veremos a continuación.

4. El procedimiento monitorio ante las garantías constitucionales

El derecho procesal se encuentra íntimamente ligado a la Constitución nacional; a ella le responde y la prefiere respecto al derecho de fondo. Ergo, la interpretación y aplicación de las normas procesales tienen trascendencia constitucional³⁰.

comienza con la promoción de la demanda y finaliza con el dictado de la sentencia. Otros —ya no donde rige el código apuntado que finiquitó en sus dominios la discusión— difieren en el punto de conclusión, trasladándolo hasta el momento de la notificación de la sentencia. Lo que no se contradice es que, de una u otra forma, el procedimiento monitorio agota la instancia sin ningún tipo de intervención del requerido o demandado, quien para poder ejercitar su derecho de defensa en juicio debe instar un proceso.

²⁹ Tal como señala el doctor Roberto González López en su artículo “Sobre la debatida naturaleza jurídica del proceso monitorio”, fechado en enero de 2002, publicado en http://www.derecho.com/boletin/articulos/articulo_0108.htm, a mayo de 2006, citando a José Garberí Llobregat —*Los Procesos Civiles*, t. 5, Bosch, Barcelona, 2001—, el monitorio *ni siquiera puede ser concebido como un auténtico proceso sino como una diligencia o expediente o procedimiento preliminar de naturaleza puramente ejecutiva, como una modalidad de requerimiento de pago de origen judicial.*

³⁰ Lorca Navarrete, Antonio María, ob. cit., p. 536.

La Constitución hace descansar la protección de su supremacía por medio de la forma, instrumentación de garantías y seguridad que le brinda el mismísimo derecho procesal. Allí radica la importancia de la distinción apuntada entre el proceso —sistema de garantías de carácter sustantivo— y el procedimiento —abstracción formal y adjetiva—. Y también allí se funda basalmente la seguridad jurídica.

En otro sentido y desde una óptica filosófica, esta concepción del derecho procesal, en cuanto subordinado al orden constitucional, no debe encasillarse dentro de un positivismo mecanicista, ni mucho menos. Por el contrario, resiste y está más allá de toda disputa dialéctica entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico, por cuanto puede ser acogida por ambas vertientes³¹. En síntesis, el lugar en el mundo jurídico de nuestra disciplina se halla dentro de los límites que le impone la Ley Fundamental.

Sin embargo, el mero hecho de que una figura procesal no sea proceso no implica directamente y sin más su inconstitucionalidad, si se deja abierta la posibilidad de recurrir a una vía que respete plenamente las salvaguardias de nuestra Ley Funda-

³¹ Quienes adherimos al iusnaturalismo estimamos que el derecho necesario en la sociedad requiere tanto del derecho natural—que impregna y otorga autoridad a la Constitución nacional— como del derecho positivo, a fin de lograr la plenitud del orden jurídico. Obviamente, el derecho procesal es parte integrante del derecho positivo comprometido con las garantías constitucionales. “El orden jurídico completo, pues, se integra con elementos del derecho natural—justo natural, ley jurídica natural, poder jurídico natural— y del derecho positivo —justo por determinación humana, ley humana o temporal, poder jurídico positivo—. Cada una de las partes del orden jurídico en sí sola es incompleta y sólo unida a la restante puede cumplir con su misión”. Montejano (h.), Bernardino. *Curso de Derecho Natural*, 2ª Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 260. El renombrado jurista Francesco Carnelutti, uno de los baluartes de la llamada “época dorada” de nuestra disciplina, después de un largo camino, arriba al derecho natural partiendo del análisis del derecho positivo, dejándonos como legado: “...la naturalidad del derecho, constituida por reglas en que se descompone el orden ético, no excluye la obra del hombre, la cual precisamente se despliega en su formulación y tiene el carácter inventivo propio del arte...” Carnelutti, Francesco. *Teoría General del Derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 34.

mental, a fin de ejercitar adecuadamente el derecho de defensa de las partes. Esta alternativa es el proceso.

El procedimiento monitorio en sí mismo —sobre todo cuando se presenta en estado puro o indocumentado, variante donde queda más restringido el derecho de defensa— no supera un examen de constitucionalidad, al no ser resguardo pleno de garantías.

Para ello y mediando oposición del requerido, necesariamente se debe habilitar como vía adecuada para respetar los postulados de la Ley Suprema la posibilidad de ocurrir a un proceso. En consecuencia, el legislador de manera inexorable debe tender el puente señalado para que el derecho de defensa no sea una utopía.

Resulta válido reparar en las vacilaciones que genera desde el punto de vista de la constitucionalidad del procedimiento monitorio la referida característica denominada “inversión del contradictorio”, pues trae aparejada la necesidad de instar un proceso³² a fin que el requerido sea oído en juicio y se declare su inocencia. Sencillo es notar que el trámite bajo tratamiento contraviene la conocida garantía que exige la demostración de la culpabilidad y no de la inocencia.

Son palpables las dificultades a enfrentar para intentar explicar la constitucionalidad de una figura que se adapta mejor a un sistema³³ inquisitivo que a uno dispositivo como el que debiera imperar en otros países como la República Argentina, por mandato de la Ley Fundamental³⁴.

³² Como vimos, técnicamente ha concluido la instancia sin la intervención del requerido, condenado en la sentencia monitoria.

³³ Nos inclinamos por hacer referencia al “sistema inquisitivo” y al “sistema dispositivo” —como lo designaba el maestro Hugo Alsina en su célebre *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, 2ª Edición, t. I, Ediar S.A., Buenos Aires, 1956, pp. 98/101—, aunque muchos autores lo incluyen en los “principios”. En realidad, la doctrina amplía en demasía la denominación “principio”, involucrando allí los sistemas, principios propiamente dichos y reglas técnicas procesales. Alsina, por el contrario, los citaba mayoritariamente como “sistemas”.

³⁴ Si bien la Constitución de la República Argentina, al adoptar los lineamientos de la norteamericana, incorpora el sistema dispositivo, a la legislación

En consecuencia, dado que la sentencia monitoria se dictará siguiendo la regla de la unilateralidad, estamos obligados a iterar que sólo se pueden dejar a salvo garantías constitucionales en un ulterior proceso que respete la bilateralidad.

De considerarse que el tándem procedimiento monitorio-proceso posterior sortea el vallado de constitucionalidad, todavía así su implementación debe resultar estricta y restringida a ciertos casos. Este límite debe imponerse a través de los títulos aceptados legalmente como presupuesto de la sentencia monitoria, temática que será revisada en el apartado próximo.

Pueden resultar, sobre todo para el lego, un tanto complejas y rebuscadas las explicaciones que sustentan la constitucionalidad de un procedimiento como el monitorio del que además, en muchos casos, surgirá una sentencia que se invalidará en un proceso. Por tal motivo no deja de ser un factor más entre los que coadyuvan al enraizado y generalizado descreimiento en la administración de justicia que supimos conseguir.

Cabe preguntarse finalmente si en estos tiempos marcados por la inseguridad jurídica es oportuno y conveniente loar una figura de esta naturaleza. O si la conveniencia pasa por discutir en sociedad si es preferible limitar el poder de los jueces o aumentarlo³⁵, si se respeta a rajatabla el sistema dispositivo que im-

procedimental vigente le cuesta despojarse de la tradición hispánica-colonial de neto corte inquisitivo. Así es que tenemos en nuestros códigos lo que se conoce como “sistema mixto”. El maestro uruguayo Eduardo Couture explicaba que: “El proceso civil hispanoamericano, y en especial el de nuestro país, no consagra el principio de disposición en forma absoluta. Este tipo de proceso es predominantemente dispositivo” —Véase Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª Edición, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 186—. Esta amalgama —entendido este vocablo en idéntico sentido que el definido por la primera acepción de la 22ª y 23ª edición del Diccionario de la Real Academia, esto es “unión o mezcla de cosas de naturaleza contraria o distinta”— se desprende de los ordenamientos procesales, pero no por ello adquiere sustento filosófico y constitucional, debiendo ser aceptada sin más. Nótese que los sistemas inquisitivo y dispositivo son antagónicos y excluyentes, por lo que no puede aceptarse uno “mixto”.

³⁵ “...hay una corriente política que considera que el juzgar es propio y hasta exclusivo del estado”. Y entonces cabría recordar que Carnelutti —“Para una

pone la Constitución o si la reformamos para reemplazarlo por el inquisitivo definitivamente y si elegimos acatar de una buena vez la Ley Fundamental, la libertad y los derechos individuales en un contexto de garantías o todo lo contrario.

5. Procedimiento monitorio y títulos admisibles

Conforme a lo visto, la consonancia del procedimiento monitorio con los postulados constitucionales resulta forzada pero pueden encontrarse si cuenta con el respaldo de un proceso que garantice la bilateralidad. Su propia endeblez impone, para sostenerlo, establecer precisos límites³⁶ a los títulos idóneos para promover este trámite.

Por lo tanto, debemos distinguir en la Argentina siguiendo el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el *título ejecutorio* —sentencia firme— del *título ejecutivo* —dispuesto por ley³⁷—. Sólo se permite la ejecución directa de aquél, pues el restante debe someterse a un proceso de conocimiento reducido, denominado juicio ejecutivo —pese a no funcionar como tal— para, a la postre, obtener una sentencia que resulte título ejecutorio.

reforma del Arbitraje”, en *Estudios de Derecho Procesal*, trad. S. Sentís Melendo, Bs. As., 1952, t. II, p. 532— sostuvo que se había importado a Italia y se había visto consolidar en el campo científico, una tendencia a desvalorizar cada vez más a la parte como órgano del proceso en beneficio de los poderes del juez... El poder de la parte es el instrumento precioso de descentralización judicial. También el servicio de la justicia puede costar menos y rendir más si la misma energía que se acumula en la litis es convenientemente liberada.” Briseño Sierra, Humberto, ob. cit., p. 17.

³⁶ Los límites pueden fijarse no sólo en relación a los títulos, sino a la cuantía del reclamo, como acaece en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española 1/2000 —la cantidad máxima para acudir al trámite monitorio, según el art. 812.1 era originalmente de 5.000.000 de pesetas, luego convertidas a 30.000 euros por el Real Decreto 1417/2001—.

³⁷ Se trata de los enunciados por el art. 523 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que a su vez autoriza que se establezcan otros por ley y excluye tal facultad a los particulares—pese a lo que sostienen algunos autores que invocando la vía interpretativa intentan justificar una posición contraria a lo que con indiscutible e infrecuente claridad la norma aludida explicita—.

Esta diferenciación entre títulos ejecutorios y ejecutivos confiando ejecución directa únicamente de los primeros, encuentra su razón de ser en la *certeza de la existencia del derecho* que emana del título mismo, la cual es definitiva e indiscutible³⁸ cuando se trata de sentencia firme, y provisoria en los restantes supuestos. Y es en éstos donde comienza a tallar el concepto de *fehaciencia* del instrumento donde consta la deuda: la existencia de esta cualidad es sustento para que aceptemos asimilarlos a los títulos ejecutorios, que también la contienen, en cuanto a su ejecución directa se refiere.

Vale recalcar que el carácter fehaciente es el que le otorga fe al título. Ello lo encontramos no sólo en una sentencia firme, sino además en:

- a) instrumento público de donde resulte la deuda,
- b) instrumento privado donde el propio deudor reconoce la deuda y su firma estuviese debidamente certificada por escribano con intervención del obligado,
- c) instrumento privado suscripto por el deudor y reconocido judicialmente,
- d) la confesión de deuda líquida y exigible prestada ante juez competente.

Por el contrario y enunciativamente, podemos hallar entre los que carecen de fehaciencia:

- a) los instrumentos privados sin firma certificada,
- b) toda constancia extrajudicial de reconocimiento de deuda con intervención exclusiva del deudor,
- c) los títulos que emanan de la sola voluntad del acreedor y sin intervención del deudor —v. gr. el certificado de saldo deudor de cuenta corriente o el certificado de deuda de expensas comunes del régimen de propiedad horizontal—.

³⁸ Pues su certidumbre se declaró luego de seguirse un proceso.

Teniendo en cuenta que el procedimiento monitorio posibilita la obtención de una sentencia sin oír a la parte contra la que se dirige y que sólo resulta factible el derecho de defensa mediante la inversión del contradictorio —que arranca en el ataque a aquel pronunciamiento³⁹—, estimamos prudente erradicar en la mayor medida alcanzable todo foco de conflicto ulterior a la sentencia monitoria.

En este sentido, no debe ocultarse que la oposición del requerido a la sentencia monitoria empíricamente entierra los atributos más aplaudidos del procedimiento monitorio —su celeridad y sencillez— a la vez que pone sobre el tapete los más criticados —su unilateralidad incompatible con el sistema dispositivo, la necesidad de incoar un proceso para ser oído y contener la presunción de culpabilidad, no de inocencia—.

Nótese que esa misma sentencia monitoria, al quedar firme, se convierte en título ejecutivo. Por lo tanto no podemos coincidir con quienes opinan que la finalidad de este instituto es crear un título ejecutivo, pues lo que en realidad emana de él es un título ejecutivo, no uno ejecutivo.

De esta manera, el camino adecuado para disminuir cuantitativamente la apertura de la discusión *a posteriori* de la sentencia monitoria es permitir la iniciación del trámite analizado solamente si se funda en *títulos fehacientes*. Para los restantes, se debe mantener el juicio ejecutivo.

No obstante, la ley argentina otorga carácter ejecutivo tanto a títulos fehacientes como a otros que no revisten tal aspecto. Pero ello lo realiza a sabiendas de que en definitiva se harán valer en un juicio que, si bien se lo denomina ejecutivo, no es otra cosa que un proceso de conocimiento abreviado, respetuoso de la bi-

³⁹ Una cosa es ejercitar el derecho de defensa contra una pretensión improcedente de la contraria, ya que sólo están comprometidos intereses particulares, y otra muy diferente es comenzar a defenderse a partir de una sentencia ya dictada, pues emana de la jurisdicción y por lo tanto excede el interés privado. Que quede claro nuestro pensamiento: la inversión del contradictorio en nada contribuye a la seguridad jurídica.

lateralidad y del derecho de defensa. En consecuencia, *no nos parece apropiado hacer acreedores a todos estos títulos de la llave de acceso al procedimiento monitorio, sino sólo a los fehacientes*.

La posición asumida, tal lo anticipáramos, nos conduce a mantener un proceso de trámite abreviado como el ejecutivo —sin perjuicio que aceptemos la necesidad de efectuarle cambios procedimentales— para los instrumentos no fehacientes. Por tal motivo, el procedimiento monitorio no puede ser considerado un sustituto del juicio ejecutivo.

6. Corolario

El procedimiento monitorio carece de bilateralidad dentro de su estructura. Por ello se recurre a una creación denominada “inversión del contradictorio” que puede llegar a disimular su falencia, pero nunca lograr una transformación tal como para que sea considerado un proceso desde la óptica constitucional.

Se advierten muchas vallas al momento de intentar convencer sobre la constitucionalidad de este instituto, que se adapta mejor a un sistema inquisitivo que a uno dispositivo. Sólo se pueden dejar a salvo las garantías de la Ley Fundamental si se posibilita ocurrir a un posterior proceso para suplir la inexistencia de bilateralidad.

El procedimiento monitorio puede aceptarse a los fines de lograr un título ejecutivo a través de la sentencia monitoria firme siempre y cuando parta únicamente de *instrumentos fehacientes* y sea factible recurrir a un proceso si se verifica la vulneración de derechos y garantías constitucionales. Los instrumentos o títulos no fehacientes, en cambio, solamente podrán obtener un título ejecutivo por medio de sentencia firme dictada en un proceso ejecutivo.