

Notificación de demanda por whatsapp, en resguardo de la tutela judicial efectiva

Autor:

Villa, Pedro Sebastián

Cita: RC D 3150/2020

Subtítulo:

Comentario al fallo 'D. C. A. vs. A. H. s. Alimentos', C 2ª CC Sala I, La Plata, Buenos Aires, 04/08/2020

Encabezado:

A partir de lo resuelto por la Sala I de la Cámara Civil y Comercial de La Plata, en la causa "D. C. A. vs. A. H. s. Alimentos", donde se autorizó a notificar una demanda de alimentos a través del servicio de mensajería de Whatsapp, el autor reflexiona sobre la conveniencia de flexibilizar el principio de instrumentalidad de las formas, frente al contexto de aislamiento social, preventivo y obligatorio, y el riesgo sanitario que implican las gestiones presenciales.

Notificación de demanda por whatsapp, en resguardo de la tutela judicial efectiva

I. Comentario

En tiempos de excepcionalidad y crisis, se requiere una judicatura que actúe en sintonía con el contexto, pero siempre conjugando adecuadamente los principios procesales bajo el prisma convencional-constitucional.

La pandemia mundial originada por el COVID-19 ha tenido alcances impensables de los que no se tiene registros históricos comparables y, particularmente en nuestro país, ha producido una pseudo paralización del servicio de justicia que, poco a poco, va adquiriendo rasgos de una nueva normalidad.

El decisorio en comentario, nos permite reflexionar sobre algunas cuestiones procesales que han merecido profunda y especial atención de la doctrina en las últimas décadas, como lo son los principios procesales, las tutelas diferenciadas, el rol del juez, el acceso a la justicia, entre otros.

Desde la óptica del principio de legalidad, es cierto que el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires actualmente vigente establece en su art. 143 una serie de medios de notificación entre los que no se encuentra el servicio de mensajería "Whastapp". Es más, respecto a la notificación del traslado de demanda dicha norma es mucho más restrictiva, ya que excluye la posibilidad de hacerlo a través de carta documento, correo electrónico oficial o telegrama colacionado, quedando habilitada exclusivamente la cédula en soporte papel y el acta notarial.

El motivo de la restricción de los medios de notificación a utilizar en el contexto del traslado de demanda, se relaciona con la necesidad de que un acto procesal de tal trascendencia llegue a conocimiento del destinatario en forma personal, directa y fehaciente. Es por ello que se habilita la cédula papel -en la que interviene un oficial notificador que a esos efectos reviste el carácter de oficial público- y el acta notarial -en la que interviene un escribano depositario de la fe pública-. Es más, debemos recordar que el código también establece un procedimiento especial de notificación para el traslado de demanda, en los términos del art. 338, que se justifica por el carácter personalísimo de la citación para que comparezca, y el emplazamiento para que ejerza su derecho de defensa, en el marco de un proceso del que muy probablemente no tenga noticia.

Ahora bien, el contexto actual de Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (ASPO) que en algunas regiones de nuestro país se ha extendido por casi seis meses, y el riesgo sanitario para las gestiones presenciales como las

notificaciones a través de los medios previstos por la norma, nos impone la necesidad de pensar si en algunos casos no resulta conveniente la flexibilización del principio de legalidad o, dicho de otro modo, la aplicación del denominado principio de instrumentalidad de las formas.

Es sabido que la realización de un acto procesal apartado de la norma positiva que prescribe la forma en que debe ser realizado, podría acarrear su nulidad. Sin embargo, cabe recordar que las nulidades procesales son relativas y si el acto procesal se concreta y cumple con la finalidad prevista por la norma -a pesar del desvío formal- éste será plenamente eficaz, impidiendo la declaración de nulidad, pues el nulidicente carece de interés jurídico en la declaración^[1]. La clave radica entonces en que las formas constituyen un medio para un fin, y si este se cumple a pesar del desvío formal, el acto será válido^[2].

En el caso que nos convoca, la vía alternativa de notificación fue analizada y finalmente autorizada en forma previa a su realización, estableciendo una suerte de protocolo de actuación tendiente a asegurar el conocimiento directo del destinatario del acto de comunicación. Entonces, ¿estaríamos realmente ante un quebrantamiento de las formas o se trata en realidad de una adecuación decidida por el órgano jurisdiccional en resguardo de los derechos en juego, en un contexto de excepcionalidad inusitada? Nos inclinamos sin hesitar por la segunda alternativa, al mismo tiempo que estimamos que un eventual planteo nulitivo difícilmente pueda prosperar, a partir del análisis previo efectuado por el juzgador y la definición de un procedimiento ad-hoc, con la intervención del secretario que realizaría el acto de comunicación también como depositario de la fe pública, teniendo oportunidad de explicar personalmente al demandado los alcances y efectos del procedimiento.

En definitiva, si el acto llevado a cabo de este modo provocó la toma de conocimiento personal y directa del sujeto a notificar, ningún perjuicio podría invocar a los efectos de un eventual planteo nulitivo.

El órgano decisor del fallo comentado pone en su eje los derechos y principios en juego, y realiza una interpretación armónica de la norma con sentido finalista, valorando el contexto en que se produce el planteo de la parte, el derecho sustancial tutelado y los sujetos afectados. Tal como lo plantea el prof. Arazi^[3], "no debemos olvidar que el derecho procesal regula las formas para lograr la efectividad de los derechos sustanciales".

Como bien lo señala la Cámara, se trata de un caso en que se deben atender de manera especial, tanto el derecho sustancial en juego como el sujeto titular del mismo. Así, nos encontramos ante una pretensión alimentaria de un sujeto de tutela preferente especialmente reconocida por la Constitución Nacional (art. 75, inc. 23) y los tratados internacionales incorporados a través del art. 75, inc. 22, que requiere del Estado la articulación de una tutela procesal diferenciada, con cierta flexibilidad que permita el efectivo goce de sus derechos en un plazo razonable.

En esa inteligencia constitucional, se impone al Estado el deber de aseguramiento de los derechos de los colectivos más desventajados. Al respecto, Berizonce^[4] refiere que "la operancia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva impone al legislador la obligación de diseñar técnicas orgánico-funcionales y procesales, verdaderas y propias instituciones equilibradoras de las posiciones concretas de las partes en litigio, adecuadas para la salvaguarda de los derechos, y a los jueces el deber de prestar su protección en los casos concretos". Y es precisamente ello lo que hace la Cámara ante un caso que requiere urgente tramitación en el especial contexto socio-sanitario que atravesamos, advirtiendo que la aplicación literal de la norma podría provocar una innecesaria dilación, sumado a que la adaptación procedimental no genera riesgo de indefensión si se la implementa adecuadamente.

Es cierto que el legislador ya había previsto un procedimiento especial para la pretensión alimentaria, pero obviamente nadie podía haber tenido en cuenta las actuales circunstancias, y ello requiere un ejercicio jurisdiccional acorde y dinámico en cuanto al uso e interpretación de sus facultades ordenatorias, un activismo eficiente que resguarde las garantías de ambas partes.

La tutela procesal diferenciada puede estar definida en forma expresa y previa por el legislador, tal como ocurre en materia del Derecho de los Consumidores, medio ambiente y tantas otras^[5], pero también es posible que ante el caso concreto, y en ausencia de una solución normativa adecuada al caso, se procure otorgar una tutela judicial efectiva, conjugando apropiadamente los postulados del acceso a la justicia, la simplificación de los

trámites, la aceleración de los tiempos del proceso, entre otros.

De alguna manera, después de una quietud inicial, la Suprema Corte bonaerense reaccionó y fue dictando una serie de medidas de adaptación procedimental, que permitieron dar tratamiento a conflictos urgentes, en relación a sujetos especialmente vulnerables. Tal como lo recuerda el fallo de Cámara, a modo de ejemplo, se autorizó la notificación por whatsapp en asuntos de violencia familiar o de género, a través de la Resolución de Presidencia 12/2020, del 20 de marzo de 2020.

Si bien el presente decisorio en comentario sería el primero en su tipo dictado por una Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires, ha habido algunos antecedentes que van en el mismo sentido, tales como la resolución del Juzgado de Familia n° 1 de San Isidro, del 24 de abril de 2020^[6], en la que se autoriza la notificación del traslado de demanda de alimentos por whatsapp, teniendo en consideración que el demandado ya estaba en pleno conocimiento del juzgado interviniente y de los procesos conexos en marcha; la resolución del 2 de abril de 2020 del Juzgado de Paz de General la Madrid^[7], que ordena la notificación de la demanda por violencia familiar y alimentos provisorios por whatsapp, estableciendo un protocolo especial para cumplir con el acto de notificación^[8], similar al que ahora dispone la Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata; la resolución de la Cámara Nacional en lo Civil, Sala A, del 30 de junio de 2020^[9], que revoca la decisión apelada y dispuso que la intimación al pago de la cuota alimentaria sea practicada por la parte actora mediante WhatsApp.

Si bien no propiciamos que lo excepcional se vuelva regla, sería interesante analizar la posibilidad de incorporar esta modalidad de notificación en una eventual reforma del Código Procesal, que resulta más acorde a los avances tecnológicos en los tiempos que corren, más aún si se tiene en cuenta su extendido uso y popularidad en nuestra sociedad actual.

De todos modos, y como reflexión final, esta solución nos deja un cierto sabor amargo. Se requirió su utilización a mediados del mes de junio por la necesidad de urgente tutela, pero recién fue autorizado por la Cámara revisora casi dos meses después. ¿Hubiera sido más rápida una notificación urgente por cédula papel, con habilitación de días y horas inhábiles? Ya no podremos saberlo, y este análisis sería, además, contrafáctico. Evidentemente, la tutela judicial efectiva debe ser analizada de manera integral, y nuestro proceso requiere de más ajustes para proveer respuestas justas en un plazo razonable pero, a pesar de todo, el rumbo seguido por la Cámara interviniente nos parece el correcto, y merece ser destacado.

[1]

Palacio, Lino Enrique, Derecho Procesal Civil: Actos procesales. 4a ed., Buenos Aires, Abeledo perrot, 2011, Tomo IV, pág. 116.

[2]

Al respecto, el maestro Palacio recuerda a Liebman quien señalaba que la "invalidez o la nulidad de los actos del proceso se halla subordinada no a la simple inobservancia de la forma, mecánicamente relevada, sino a la relación -verificada en cada caso- entre el vicio y el fin del acto, declarando la nulidad sólo cuando éste, por efecto del vicio, no haya podido lograr su finalidad..." (Palacio, L. -ob. cit., Tomo I, pág. 218).

[3]

Arazi, Roland, "Flexibilización de los principios procesales", en Revista de Derecho Procesal: volumen especial conmemorativo del bicentenario: el derecho procesal en vísperas del bicentenario, dirigido por Roland Arazi, 1era. ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010, pág. 126.

[4]

Berizonce, Roberto O., "Fundamentos y Confines de las Tutelas Procesales Diferenciadas", en Revista de Derecho Procesal 2008-2: tutelas procesales diferenciadas I, dirigido por Roland Arazi, 1era. ed., Santa Fe,

Rubinzal-Culzoni, 2008, pág. 39.

[5]

Los antecedentes más remotos, tributarios de la raigambre liberal de nuestra Constitución, serían, por ejemplo, el proceso ejecutivo, los interdictos, el desalojo, etc. que con el tiempo se fueron ampliando para tutelar de un modo diferencial las cuestiones de familia, violencia familiar, entre otras.

[6]

Causa "Z. F. D. c. D. A. s/ Alimentos", Cita Online: AR/JUR/25946/2020.

[7]

Causa "G. S. M. s/ Protección contra la violencia familiar", Cita Online: AR/JUR/9272/2020.

[8]

"Conforme lo expuesto la notificación de la presente demanda se realizará mediante la aplicación Whatsapp de la siguiente manera: A.- Se confeccionará por el Actuario un archivo PDF con las constancias digitalizadas de la demanda, documentación acompañada y la presente resolución, que deberán extraerse del sistema Augusta con las constancias de agua del usuario que las ha generado. B.- Procederá el Actuario a comunicarse telefónicamente con el número de teléfono indicado, presentándose como funcionario de este organismo y explicando el cometido de dicho llamado. En tal acto deberá verificar si es atendido por la persona requerida, le requerirá los datos particulares que permitan su individualización (N° de DNI, dirección, fecha de nacimiento) y si el mismo es el titular de la línea telefónica en la que ha atendido. Acto seguido le procederá a explicar que se ha dispuesto notificar el reclamo alimentario por esta vía, y que se le remitirá en archivo PDF el contenido de la demanda, la documentación y la orden judicial que fija la cuota alimentaria provisoria y la citación a la audiencia prevista en el art. 636 del Cód. Proc. Civ. y Comercial. Se le comunicará el plazo que tiene para impugnar la resolución notificada así como las previsiones necesarias para que ejerza debidamente su derecho de defensa. Para el supuesto de no contar con medios económicos para afrontar las eventuales costas y/o el asesoramiento letrado particular, deberá procederse conforme las disposiciones previstas en el art. 91 de la Ley 5827, procediéndose a la designación de un Defensor Oficial. C.- Seguidamente, se le remitirá por el celular institucional dotado por la SCBA a este organismo, el archivo PDF generado. D.- El Actuario procederá a labrar el acta pertinente dando cuenta de todo lo expuesto, consignando a su vez si se procedió a la recepción del mensaje conteniendo el archivo pdf por el alimentante, a través del sistema de confirmación de recepción de mensajes que la aplicación de whatsapp permite, en caso que el usuario tenga activada tal función, precisando día y hora de la entrega del mensaje y de su lectura. E.- Eventualmente, deberá el Actuario volver a comunicarse telefónicamente con el demandado para verificar la recepción de dicho mensaje. En cada oportunidad de comunicación telefónica se le deberá poner en conocimiento al demandado la posibilidad de comunicarse telefónicamente con el organismo para cualquier duda que la tramitación de las actuaciones le genere, en aras de orientar al mismo en el ejercicio de su derecho de defensa".

[9]

Causa 80025/2019, autos "L., M. A. c. C., W. C. s/ Denuncia por violencia familiar", Cita Online: AR/JUR/21264/2020.