

## **Formalismo atenuado: su aplicación al proceso civil, flexibilización de las formas y adaptabilidad del proceso.**

**Por Julian Almeida**

Introducción. Formalismo o rigorismo formal. Formalismo atenuado como postura intermedia. Formalidades esenciales y no esenciales. La tutela judicial efectiva y la adaptabilidad de las formas. Vinculaciones con el principio pro actione. Posibles escenarios de flexibilización de las formas. Adaptabilidad del proceso a la causa. Conclusiones

Síntesis: En la presente ponencia desarrollaré los temas referenciados anteriormente, proponiendo una visión actual de la adaptabilidad de las formas; la aplicación de un formalismo atenuado; la búsqueda de un nuevo paradigma en cuanto a adaptabilidad, y como todo no va en desmedro de la tutela judicial efectiva, sino que la fortalece.

Autor: Julian Almeida (DNI 39.850.130)

Comisión 3: Principios procesales: estado actual y visión crítica

Subtema 4: Adaptabilidad de las formas y acuerdos procesales

Domicilio postal: Santa Fe 2047 4D, Mar del Plata, Buenos Aires

Teléfono: 2235398610

Email: [almeidajulian.estudio@gmail.com](mailto:almeidajulian.estudio@gmail.com)

Postulación para: Premios Asociación Argentina de Derecho Procesal y Fundación de Estudios Superiores e Investigación (FUNDESI)

## **Formalismo atenuado: su aplicación al proceso civil, flexibilización de las formas y adaptabilidad del proceso.**

**Por Julian Almeida**

### **I.-) Introducción**

Muchos han sido los cambios que se han suscitado en torno al proceso en los últimos años. Si bien nos encontramos frente a un avance del llamado derecho procesal electrónico, el cual llega con nuevas reglas y principios propios, todavía no se llegó a un cambio de paradigma en la forma en que concebimos al proceso.

De esta manera, lo que se viene viendo en los últimos años es una automatización del derecho procesal, es decir transpolar el proceso “en papel” al proceso informático, en vez de buscar una verdadera transformación, que cambie verdaderamente la forma que tenemos de entender el proceso. En ese sentido, un cambio necesario es la flexibilización o atenuación de las formas procesales, adaptándolas a los medios y herramientas que hoy en día tenemos disponibles

Es por ello que en este trabajo intentaré explicar algunos de los cambios que considero necesarios, la posibilidad de aplicar un formalismo atenuado al proceso, como ello no menoscaba la tutela judicial efectiva sino que la favorece, y como el proceso se debería adaptar a la causa y no a la inversa.

### **II.-) Formalismo o rigorismo formal. Formalismo atenuado como postura intermedia.**

El formalismo sostiene el cumplimiento implacable de las formas procesales por sobre la verdad material. Se torna en la obstaculización de una solución judicial a la controversia jurídica por las exigencias formales y por un mal entendimiento de las formas, entendiéndolas como un fin en si mismas. Lo decisivo es la finalidad del requisito y no la forma concreta que se establece para que se alcance, sin llegar a la utilización de formas inadecuadas pero si la existencia de cierta flexibilidad.

Por otro lado el informalismo consiste básicamente en la dispensa a los judiciales del cumplimiento de las formas o la inexistencia de las mismas.

Entonces nos encontramos frente a dos sistemas: uno que tarifa las formas y pena su incumplimiento y otro que al contrario, puede llegar a no regularlas

Frente a estos sistemas, debería imponerse el formalismo atenuado. Haciendo un paralelismo con el procedimiento administrativo, podría aplicarse este sistema, donde se excusa la inobservancia por los interesados de exigencias formales no esenciales (art 1º inc. C, ley 19.549)

Ello no implica que no deba existir formas solemnes y obligatorias, sino que estas además de estar establecidas en la ley, deben poder ser adaptables a cada caso concreto y a los avances tecnológicos siempre que no menoscabe el debido proceso, ni afecte el orden público ni derechos de terceros. Como dice Comadira, no es a la forma, sino al rigorismo formal al cual se debe combatir[1]

El principio del formalismo atenuado sería de aplicación como principio general en la actividad judicial en aquellas cuestiones no esenciales, es decir salvo los elementos esenciales del debido proceso.

En los supuestos esenciales, el principio general se invierte, por lo cual deben cumplirse las reglas formales predeterminadas, salvo norma expresa o razonablemente implícita que establezca lo contrario, la existencia de acuerdo de parte que no afecte al orden público ni a ninguna de las partes o intervinientes en el proceso o la existencia de ritualismo formal excesivo, manifiesto e injustificable

### **III.-) Formalidades esenciales y no esenciales**

Para hablar de atenuar las formas, hay que identificar qué formalidades son esenciales y no pueden ser alteradas, y cuáles por el contrario fácilmente puedan ser adaptadas sin menoscabar el derecho al debido proceso, sin causar agravio a terceros, al interés público, ni a la esencialidad de la juridicidad vigente.

Entonces hablamos de formalidades esenciales cuando se vinculan con el orden público, con el derecho al debido proceso y derechos de terceros, y hablamos de formalidades no esenciales cuando se puedan adaptar a la causa en concreto o a la tecnología existente, a fin de garantizar un proceso más ágil y dinámico, sin menoscabar el debido proceso.

Por ejemplo, si en un juicio laboral se acompañan escalas salariales del trabajador, y la otra parte las desconoce, ¿es realmente necesario haber solicitado oficio respaldatorio, librarlo, que lo controlen, que se remita y que lo contesten? ¿No sería más ágil que el juez chequee la web del gremio y constate que dichas escalas son verídicas?

En este ejemplo nos encontramos ante una formalidad no esencial, ya que el resultado es el mismo: el reconocimiento de la documental por parte del juez, solo que de esta manera se ahorraría tiempo y actividad judicial, es decir, se aplicaría también el principio de economía procesal.

En cambio, estaríamos frente a una formalidad esencial si actor y demandado se ponen de acuerdo para reducir los plazos de presentación de una pericia, lo cual perjudica ostensiblemente al perito sorteado.

Los requisitos y formas procesales, más allá de la importancia que revisten para el orden del proceso, no pueden ser obstáculos o límites para la prosecución del mismo, ni convertirse en formalismos insalvables

#### **IV.-) La tutela judicial efectiva y la adaptabilidad de las formas. Vinculaciones con el principio pro actione**

En sus efectos prácticos, el derecho a la tutela judicial efectiva comprende: el acceso a la jurisdicción en forma amplia a todo aquel que invoque una situación jurídica subjetiva –derecho subjetivo, interés legítimo, intereses colectivos–, la sustanciación del proceso, de resultar admisible, su duración razonable y el cumplimiento de la sentencia[2].

La tutela judicial efectiva “desplegará sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el derecho de acceso al proceso; segundo, una vez en él, haciendo posible la defensa y la obtención de una solución en un plazo razonable; y tercero, una vez dictada la sentencia, al llegar la hora de hacer efectivos sus pronunciamientos. Acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia”[3]

Cuando las formas no se identifican necesariamente con derechos o garantías, no es exigible que se respeten las formas, ni el derecho a las mismas, ya que su ejercicio sería abusivo.

Este derecho al cumplimiento de las formas de ninguna manera es absoluto ni ilimitado, y cuando se pretenda hacer uso de él solo a los fines de lograr dilaciones indebidas en el proceso, se debe rechazar dicha petición por la inutilidad de la forma que se solicita y por aplicación a su vez del principio de buena fe procesal.

Entonces podemos decir que si una forma no está identificada con un derecho o garantía, y se pueda lograr un resultado igual o mejor al previsto, no habría lesión a la tutela judicial efectiva y por consiguiente, tampoco al debido proceso

Esto se relaciona directamente con el ya conocido por todo principio pro actione. En este sentido, la aplicación del formalismo atenuado y de la flexibilización de las formas acorde a las necesidades propias de cada proceso, excluidas aquellas formalidades esenciales exigidas por el orden público, irrenunciables o indisponibles, significaría promover resoluciones judiciales que favorezcan a la vigencia de este principio.

No hablamos de interpretación de normas procesales, ya que para esto es presupuesto necesario que haya ambigüedad en la norma, que haya una “res dubia”.

Resumiendo, lo que corresponde al aplicar este principio no es la interpretación de la norma, sino directamente su sustitución por otro requisito que sea más

acorde al caso concreto. Lo que se necesita es una norma que faculte la sustitución de requisitos formales por otro más adecuado al caso concreto, para que el juez tenga un marco de legalidad en el cual apoyarse para distanciarse de los requisitos normados

#### **V.-) Posibles escenarios de flexibilización de las formas.**

a) Supuestos que necesitan han quedado anacrónicos y deben ser modificados o eliminados.

- Plazo de gracia

El artículo 124 del Código Procesal Civil y Comercial, en su parte pertinente, establece: "...El escrito no presentado dentro del horario judicial del día en que venciere un plazo, sólo podrá ser entregado válidamente el día hábil inmediato y dentro de las cuatro primeras horas del despacho".

Cabe destacar la innecesariedad de un plazo "extra" para presentar escritos, ya que este fue pensado debido al acotado tiempo de atención de las oficinas de tribunales, y que al vencerse los plazos a las 00.00 del ultimo día, el justiciable se veía privado de mas de 10 horas para ejercitar su derecho a defensa.

Con la llegada de las presentaciones electrónicas, las cuales permiten su envío las 24 horas, de cualquier día de la semana, se ve salvaguardado el derecho a defensa, ya que se pueden enviar hasta el ultimo minuto del plazo.

Entonces, por lógica consecuencia, las cuatro horas del día posterior hábil (que incluso puede significar tener dos o tres días más) resultan injustificadas ya que las partes pueden hacer uso del sistema de presentaciones electrónicas las 24 horas del día.

Entiendo que el juez o la jueza del proceso no podrían apartarse de la letra de la ley y dejar de lado este instituto de forma oficiosa. Lo que sí creo posible es que las partes en común acuerdo dejen de lado esta posibilidad que les brinda el

código y se acojan a los plazos que establecen las normas procesales sin considerar el plazo de gracia.

- Notificación por nota

Las notificaciones aseguran la vigencia del principio de contradicción y establecen el punto de partida para el cómputo de los plazos.

Parecería que con la notificación automatizada producto de la nueva tecnología aplicada al proceso, este sistema de notificación en días martes o viernes dejaría de existir. Pero esto no fue así. En las acordadas surgidas en época de pandemia y aislamiento, la SCBA sostuvo esta práctica.

Así la ac. 4039 (que modifica acordadas anteriores como la 4013) en su art. 13 sostiene que en los casos de notificación automatizada (que es el principio general), la notificación se tendrá por cumplida el día martes o viernes inmediato posterior o el día siguiente hábil, a aquel en que la resolución judicial hubiere quedado disponible en el portal de presentaciones y notificaciones.

A mi parecer esto no encuentra otro sentido más que replicar viejas estructuras, ya que quedando disponible la resolución judicial, y además pudiendo ser examinado el expediente en cualquier momento mediante la mesa de entradas virtual (MEV), no encuentro justificación lógica en perder varios días entre cada notificación por mantener el sistema de los días martes y viernes. Sería mucho el tiempo que se ahorraría en el proceso si luego de quedar disponible la resolución en el domicilio electrónico del letrado, este quedara notificado y le empezara a correr el plazo al día hábil posterior.

Supongamos que es una intimación a realizar el pago de anticipo para gastos de un perito llega al portal un día martes. Esta quedará notificada el día viernes posterior. Recién el lunes empiezan a correr los 5 días, los cuales vencerían el viernes, pero aplicando el plazo de gracia tendría las cuatro primeras horas del lunes siguiente, siempre que sea hábil. Entonces, aplicando el sistema actual se prolongan 6 días más solo este acto procesal. Esos días perdidos, multiplicados

por todos los actos procesales del expediente termina resultando en mucho tiempo que se pierde innecesariamente.

b) Escenarios que requieren de una nueva regulación por ser formas esenciales o no admiten flexibilización de las formalidades.

- Actividad recursiva

Hemos dicho que las partes pueden, siempre que sea aplicable para ambas partes y posterior a la radicación del expediente, desistir del recurso de apelación por no violar una garantía constitucional, y por no afectar la estructura del proceso.

En cambio, las partes no podrían renunciar a toda la actividad recursiva ya que afectaría al normal desenvolvimiento del proceso. El órgano judicial no podría siquiera tener un error material ya que si no lo advierte, no pasaría por el control de los letrados, que al advertirlo interpondrían una aclaratoria (aunque algunos autores lo consideren como un remedio y no un recurso)

Un escenario similar podría darse en el caso de renunciar al recurso de reposición. De esta manera la parte se vería privada incluso de solicitarle al propio juez que dictó una resolución que la revise.

- Procesos vinculados estrechamente con el orden público

Sin ahondar en lo que significa el orden público, y porque estos procesos tienen características especiales, considero que en procesos de interés público o donde el orden público se encuentra comprometido ni el juez ni las partes podrían modificar las formalidades del proceso.

Por ejemplo, las partes nunca podrían en un proceso de adopción reducir los plazos, ni en un proceso donde está implicada la violencia de género podría el juez dictar una suspensión de juicio a prueba (art. 7 de la Convención Belem do Para, arg. fallo Gongora)

- Audiencia preliminar y de vista de causa

No podría existir acuerdo de partes para dejar de lado la celebración de estas dos audiencias, ya que es deber del juez según el protocolo de Justicia 2020, y nunca un entendimiento de los litigantes puede condicionar la actuación de la jueza o juez del proceso.

c) Escenarios que se pueden dar en cada caso concreto sin necesidad de regulación

- Plazos: Con la regulación legal existente, tanto las partes de comun acuerdo como el juez de oficio podría modificar los plazos que establece la ley, generando un nuevo sistema de plazos. Por ejemplo el juez al imprimirle el caracter de sumario a un proceso, podría sin embargo ampliar el plazo a 15 días para contestar la demanda

Discutible es el caso en que el juez de oficio reduzca los plazos del proceso, ya que esto puede derivar en la violacion del debido proceso. Distinto seria el supuesto donde todas las partes acuerden la reduccion, lo cual creo poco probable ya que en la mayoría de los casos el demandado se beneficia por el transcurso del tiempo

- Alegatos: Las partes o el juez podrían establecer por ejemplo en un proceso sumario la posibilidad de alegar. La fundamentación por la cual se veda esta posibilidad a los litigantes es la intención de no retrasar tanto el proceso. Ahora bien, con los avances en materia de notificaciones se aceleraron bastante los tiempos de los procesos, por lo que pactar que se pueda alegar no significaría una gran demora, y ademas, significaría una mayor proteccion del derecho de defensa de las partes.
- Notificaciones: Las partes podrían acordar cambiar el sistema de notificaciones para un proceso determinado. En este caso las partes podrían acordar que todos los plazos empiecen a correr al dia siguiente de recibida la notificación, sin importar que sea por ministerio legis o personalmente. Como

quien puede lo mas, puede lo menos, tambien podrían ampliar o reducir los plazos de las mismas.

## **VI.-) Adaptabilidad del proceso a la causa**

Como explica el maestro Calamandrei “La rigidez de un procedimiento regulado de un modo uniforme para todas las causas posibles, tiene el gran inconveniente de no prestarse a satisfacer las exigencias de cuidadosas y exhaustivas investigaciones que se siente especialmente en ciertas causas mas complicadas y dificiles, y la exigencia de una rapida resolucio que predomina en las causas mas simples y urgentes”[5]

Nos encontramos actualmente frente a determinados tipos de procesos según la provincia en que litiguemos, que encorsetan a presión los hechos a determinadas reglas, siendo finalmente las formas un fin en si mismo, en vez de un vehículo para lograr la verdad material

Se deben redefinir los institutos que conocemos para lograr un proceso más económico, eficaz y eficiente, logrando de esta manera la existencia de procesos que sea moldeables, y donde el proceso se adapte a los hechos y no los hechos al proceso.

Es necesario de igual manera, para un efectivo resguardo del debido proceso, que las bases de las formas estén dispuestas desde el inicio del proceso, para que las partes sepan cuales son las “reglas de juego” a las cuales se someten. Esto no es óbice para que el juez o la partes puedan durante el transcurso del proceso llegar a acuerdos o variar las formas establecidas, siempre teniendo como objetivo el cumplimiento irrestricto del debido proceso. Es por ello que creo que el proceso se debe adaptar a los hechos y no viceversa.

Con esto quiero demostrar que ante la inexistencia de formas establecidas por la ley que sean eficientes y ágiles, el juez y las partes deberían buscar nuevas formas que se logren adaptar a la causa y a los hechos, y no por el contrario, intentar introducir a presión hechos en un proceso preconcebido y rígido.

Cada causa es un universo de posibilidades distinto y por ende es necesario que el proceso se adapte a ellas, teniendo como objetivo lograr un proceso mas eficiente, que respete los derechos y garantías de las partes y que tenga por fin lograr una solución justa y expeditiva.

## **VII.-) Conclusiones**

A lo largo de esta ponencia mi objetivo fue demostrar que se puede y se debe abandonar el rigorismo formal en el que nos encontramos inmersos, y que esto no afectaría el debido proceso ni la tutela judicial efectiva, sino por el contrario los reforzaría. Para ello, la solución que propongo es la aplicación de un formalismo atenuado, donde la jueza o el juez, y las partes, puedan diagramar un proceso que se adapte a las necesidades de cada causa, siendo teniendo como norte el debido proceso y la búsqueda de soluciones ágiles y eficientes.

Nos encontramos frente a un panorama procesal nuevo, donde las herramientas que teníamos cuando se sancionaron los códigos de procedimiento no son las mismas con las que contamos hoy, lo cual vuelve imperiosa la necesidad de reformar ciertas estructuras existentes y adaptarlas a las nuevas posibilidades.

Siempre que las formalidades no sean esenciales y no se afecten derechos adquiridos por las partes, pueden ser modificadas para cumplir su verdadero objetivo: ser un vehículo que conduzca a lograr la verdad material y una solución justa al proceso.

---

[1] (Comadira, Julio Rodolfo, La Licitación Pública, op. cit., p. 25)

[2] (Serrano Hoyo Gregorio, Formalismo y tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pag 10)

[3] (González Pérez, Jesús, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa – Ley Nº 29/1988, T. I, Madrid, Civitas, 1998, 3ª ed., p. 17)

[4] (Midon Marcelo Sebastian, “Teoría General de los Recursos”, Edit. ConTexto, pag. 60)

[5] (Calamandrei, Piero, Instituciones del Derecho procesal, Edit Ejea, t. I, pag. 378)