

XXXI Congreso Nacional de Derecho Procesal

“Un proceso para una nueva justicia”

1, 2 y 3 de septiembre de 2022

Mendoza, Argentina

PROCESAL CIVIL

Comisión 3: “Principios procesales: estado actual y visión crítica”

Ponencia: Colaborar vs. Competir: Pautas para un sistema que permita soluciones antes que sentencias.

*Por María Eugenia Gómez,
Romina Soledad Moreno y
Débora Judith Waldfogiel**

Domicilio: Lavalle 1675, 10mo. piso, of. 10, C.P.1028, C.A.B.A.

(011) 4374-4406/4375-4024 y

(011) 154084-7557, (011)156305-1276 y (011)154421-4967

rsmoreno@jorgearojas.com.ar

mariaegomez@fibertel.com.ar

waldfogiel@stutman-waldfogiel.com.ar

Sumario: A través de esta ponencia proponemos invertir la mirada del caso, partiendo desde el conflicto, materia prima con la que trabaja el derecho procesal, para construir un sistema que se adapte a las particularidades de cada situación conflictiva, todo ello para dejar de lado moldes preconcebidos, que nos conducen a un proceso que hoy podemos considerar agotado.

Entendemos que la incorporación de la colaboración en el diseño del proceso judicial sería un gran aporte para crear un sistema cooperativo, diferenciando los conceptos de *cooperación*, *colaboración* y *composición* a fin de transformar nuestro arraigado modo de ejercer la profesión, con actitudes confrontativas y en un marco adversarial, proponiendo debatir sobre las pautas para conformar sistemas adecuados para resolver no solo casos jurídicos, sino conflictos y lograr así un proceso eficaz que brinde a los justiciables una tutela judicial efectiva.

*Esta ponencia fue realizada en el marco de estudios de investigación en nuestra calidad de docentes de la Cátedra de Derecho Procesal Civil del Dr. Jorge A. Rojas en la Facultad de Derecho, U.B.A.

1.- INTRODUCCION

Los principios del proceso han sido interpretados de manera diversa por reconocidos autores estudiosos del derecho procesal. Es un punto de partida problemático y es necesario, como premisa innegable, la necesidad de encontrar un acuerdo sobre el tema a partir del cual poder construir un ordenamiento procesal.

Las reformas procesales constituyen una constante en Argentina y se han visto alguna de ellas consagradas como “nuevos ordenamientos” en distintas provincias (vgr. Chaco, Misiones, Corrientes, entre otras).

Entre todas ellas se puede advertir un denominador común que es la construcción de un proceso –en general por audiencias- que mantiene como matriz símbolo indiscutible a la adversariedad como sustento del desarrollo de cada uno de esos ordenamientos, a través de un sistema dispositivo como el que conocemos en la actualidad.

La pregunta que nos formulamos, y es a partir de la cual construimos esta propuesta, consiste en determinar si resulta adecuada esta línea de trabajo. Es que nos parece llamativo que se trate de sistemas que –*mutatis mutandi*– son muy similares a los que fueron legislados prácticamente en la mayoría de las provincias e incluso a nivel nacional, con algunas variantes que tienen que ver con institutos específicos. Algunos de ellos, si bien parecen innovadores, como el caso de la oralidad o el proceso por audiencias, tienen la particularidad que no solo no resultan novedosos sino que nos sumergen nuevamente en un sistema de trabajo como el que conocemos desde el siglo XIX.

De este modo, en el artículo 10 del Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación presentado ante el Senado de la Nación en 2019, se establece: “*Colaboración Procesal. Las partes, el juez, los terceros y aquellos cuya participación se requiera, deben cooperar para obtener, en tiempo razonable, una justa solución al conflicto. Su cumplimiento injustificado por una de las partes generará un indicio en su contra*”. ¿En qué medida se consigue con una norma aislada una actitud colaborativa de las

partes? En cambio, ¿deberíamos crear un sistema en el cual se diseñen diversos subsistemas en los cuales las partes encuentren un incentivo para colaborar?

A través de esta ponencia proponemos invertir la mirada partiendo desde el conflicto, materia prima con la que trabaja el derecho procesal, para que podamos construir un sistema de trabajo que se adapte a las particularidades de cada situación conflictiva, que desde luego no es idéntico en todos los casos, todo ello para dejar de lado moldes preconcebidos que nos conducen a un sistema que hoy podemos considerar, sin mayores dudas, como agotado.

2.- PRINCIPIOS Y SISTEMAS

Aristóteles sostenía en su Metafísica que un principio es el punto de partida desde el cual una cosa es, se hace o se conoce. Partiendo de esta idea, resulta fundamental diferenciar a los principios de los sistemas, identificando a los primeros como los presupuestos políticos con contenido jurídico fundantes de un ordenamiento cualquiera, en este caso el procesal. En cambio, los sistemas son las formas metódicas a través de las cuales esos principios cobran vida en la realidad¹.

Desde esta distinción, resulta necesario acordar sobre cuáles principios se va a construir el proceso judicial, es decir, determinar el sistema que queremos crear, sabiendo o acordando de antemano cuáles serán aquellos principios específicos del proceso que resultaran rectores para desarrollar un sistema eficaz para la solución de conflictos, cuyos objetivos sean brindar respuestas a los conflictos de este siglo, con sus dinámicas propias y complejidades de las relaciones humanas. Los principios vienen puestos por el constituyente, y se encuentran positivizados no solo en la letra de la Constitución Nacional, sino además en la de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y no permiten confusión pues se presentan en la realidad con una sola cara (vgr. principio de igualdad, legalidad, etc.).

¹ Rojas, Jorge A., *Los principios procesales*, en Revista de Derecho Procesal, N° 2020-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe ps. 41/64.

Los sistemas por el contrario, son creados por el legislador, sobre la base de aquellos principios fundamentales fijados por el constituyentes y los otros específicos que haya previsto el legislador, muestra de lo cual son los subtemas que propone este congreso, que apuntan a tomar distancia de la adversariedad o del sistema dispositivo, de modo tal que quién podrá optar por ejemplo por un sistema en el cual rija la preclusión, la oficiosidad o bien un sistema de unidad de vista, será el legislador para converger en un nuevo ordenamiento superador, acorde con los tiempos actuales y con dinámicas distintas a la que reflejan los códigos procesales tradicionales como los citados.

Tomando como punto de partida los elementos que califican la particularidad del conflicto y a efectos de dar algunos lineamientos para obtener una solución que resulte eficaz, consideramos necesario su tratamiento desde estructuras que, si bien algunas pueden considerarse preconcebidas, tengan la suficiente flexibilidad para adaptarse al caso concreto, de modo de poder atender el conflicto dentro del molde que el juez considere más adecuado para gestionarlo².

Claro que para ello la formación de los operadores jurídicos cumplirá un rol fundamental, pues en la actualidad los abogados/as somos capacitados a través del estudio de materias codificadas, con prácticamente nula formación en prevención, gestión y solución de conflictos, pues concretamente, salvo elecciones de materias optativas, ni siquiera estudiamos la teoría del conflicto.

Entonces nos preguntamos, descontando que desde una mirada sistémica no alcanza solo con diseñar un nuevo ordenamiento procesal, sino entre otros aspectos liminares deberíamos diseñar nuevos planes de estudio en nuestras Universidades, Colegios públicos de abogados, escuelas judiciales, etc. ¿cuáles serán las pautas que el legislador puede tener en cuenta a fin de crear un sistema adaptable a las necesidades de los conflictos concretos, en el marco del debido proceso legal?

3.- COLABORACIÓN, COOPERACIÓN Y COMPOSICION

² Sirva como ejemplo de ello, la postura asumida por la Corte Suprema de Justicia en el caso conocido como Mendoza o cuenca Matanza-Riachuelo Fallos 329:2316.

Desde siempre, hemos optado por diseñar sistemas adversariales y competitivos a fin que las partes resuelvan sus conflictos, los cuales hoy devinieron obsoletos para brindar soluciones eficaces a los justiciables, quienes lamentablemente ya no confían en el sistema de justicia ni en los abogados/as.

Entendemos que la incorporación de la colaboración en el diseño del proceso judicial sería un gran aporte, especialmente porque el modo de resolver los conflictos nos define como sociedad y por ello debemos trabajar en provocar el cambio cultural que tanto necesitamos para lograr la evolución de nuestra ciencia en su aplicación práctica.

¿De qué hablamos al referirnos al principio de colaboración? En verdad, más que un principio constituye un sistema al que puede acudir el legislador para atenuar la típica confrontación del mecanismo adversarial. Si bien el principio de contradicción resulta indispensable, para el respeto de la garantía del debido proceso legal, la implementación de la cooperación no implica apartarse de él.

Un sector de la doctrina entiende que la cooperación importa un principio que florece en las cargas y deberes procesales que pesan no sólo sobre las partes, sino también sobre terceros ajenos al proceso. En todos los supuestos su funcionamiento revela que el proceso civil debería ser considerado como una empresa común, cuyo feliz resultado exige la colaboración de ambas partes y de los demás sujetos compelidos legalmente para lograr el objetivo. Se entiende que se obtiene la colaboración a través de un sistema de premios y castigos y, en general, se lo asocia mayormente con el deber de las partes de contribuir en la producción de prueba.

Morello refería que la dimensión social en que se encuentra el derecho, exige un rol protagónico no sólo de la jurisdicción dirigiendo el proceso sobre los valores de paz y justicia, sino que el comportamiento de las partes también tiene una vital relevancia para la resolución del conflicto. Por ello, el proceso debe concebirse como una entidad compartida en pos de un ideal común: una sentencia justa. El ordenamiento legal no sólo les impone cargas a los litigantes sino el deber de colaborar habida cuenta que están

involucrados en una obra común³. Pero, ¿cómo logramos que las partes actúen de manera colaborativa en el proceso?

El sistema de colaboración, supone una nueva y superadora concepción del sistema procesal, que es considerado un proceso de comunicación, formación de opinión y decisión, que es abierto, argumentativo y flexible, cooperativo. Y en ese contexto se inserta un rol del juez como una actividad de asistencia y conducción⁴.

El modelo cooperativo de proceso civil, consiste en la redefinición de las posiciones jurídicas de las partes y del juez para construir una comunidad de trabajo en la cual predomina el diálogo paritario y horizontal en la discusión; y la asimetría de poder en la decisión⁵.

Por lo tanto, entendemos que para lograr el diseño de un verdadero sistema en el cual las partes colaboren, es necesario partir tal como lo destacan Calvo Soler, Rojas y Salgado, de la diferenciación de los conceptos de *cooperación*, *colaboración* y *composición*, que consideramos tres aspectos esenciales y dependientes entre sí para lograr el objetivo.

Lo *cooperativo* apunta al diseño del proceso judicial en el cual partes se encuentren incentivadas en contribuir; lo *colaborativo* está vinculado a las actitudes de los profesionales que intervienen en el proceso, es decir, la colaboración es un tipo de actitud que se difunde y aconseja a los sujetos que participan en el proceso; y lo *composicional* apunta a la predisposición a utilizar dentro del proceso los sistemas alternativos de resolución del conflicto en lugar de esperar el dictado de la sentencia, o sea, un complemento entre lo que hace al sistema procesal y a cómo se comportan las partes dentro de él⁶.

³ Morello, Augusto Mario, *La obligación de cooperación para acceder a la verdad en el ámbito del proceso (A propósito de la obtención coactiva de sangre a fin de realizar la prueba hematológica)*, JA, 1991-III- ps. 52/55.

⁴ Berizonce, Roberto O., *Las estructuras cooperativas y consensuales de normatividad: ¿Hacia la superación de la cultura del litigio?*, en Revista de Derecho Procesal, N° 2017-2, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, ps. 61 y ss.

⁵ Giannini, Leandro J., *Colaboración y contradictorio: una propuesta de reforma de los principios procesales enunciados en el proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, en Revista de Derecho Procesal, N° 2020-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 183/191.

⁶ Calvo Soler, Raúl, Rojas, Jorge A., Salgado, José María, *El proceso articulado, Hacia un proceso cooperativo, colaborativo y composicional*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2022.

Para la obtención de una conducta colaborativa de los sujetos (juez, partes, letrados), reiteramos que la formación de los operadores jurídicos resulta esencial, pues urge la necesidad de liberarnos de la rigidez de una capacitación que construye una mentalidad o pensamiento de “suma cero”, es decir, que solo admite un vencedor y, obviamente, un vencido⁷. Ello es lo que sucede cotidianamente, pues al ingresar a gestionar cada conflicto, desde ese pensamiento, casi automáticamente deslegitimamos a la otra parte, o bien se transforma en “el enemigo”, sin permitirnos otras posibilidades que habiliten la existencia de situaciones de conflictos y situaciones de colaboración, lo que admita un pensamiento de una dinámica variable para cada conflicto buscando soluciones creativas que a su vez creen valor, de modo de generar espacios para solucionar conflictos y no solo perseguir el dictado de sentencias judiciales como destino de finalización normal del proceso.

Las formas de resolver los conflictos reflejan la cultura base de la sociedad, sus convenciones sociales y los símbolos a través de los cuales se representan. Y ello debe tenerse en cuenta a la hora de transformar nuestro arraigado modo de ejercer la profesión, con actitud confrontativa y adversarial, todo ello a fin de crear sistemas adecuados para resolver no solo casos jurídicos, sino conflictos y lograr así un proceso eficaz que brinde a los justiciables una tutela judicial efectiva.

Los tres aspectos resultan determinantes para lograr el objetivo de un verdadero proceso cooperativo, colaborativo y compositivo.

4.- PAUTAS PARA CREAR UN SISTEMA COOPERATIVO

Desde esta óptica la propuesta nos conduce a buscar pautas para diseñar un sistema basado en un modelo cooperativo. Y para ello es fundamental habilitar la posibilidad a partir de la cual, en cada caso concreto, sea posible flexibilizar las formas, para adaptarlas a las necesidades que pueda requerir el conflicto, y esto no es otra cosa que el reflejo del principio de proporcionalidad que propone abordar este Congreso.

⁷ El pensamiento o mentalidad de suma cero proviene de la teoría de los juegos. Se define como la percepción de los sujetos de que no hay posibilidad, en una interacción dada, de que ambas partes ganen, puesto que, invariablemente, lo que se lleve uno será lo que al otro se le reste.

El sistema debe contener subsistemas que puedan resultar elásticos para poder brindar a las partes a lo largo de todo el proceso, la posibilidad de exponer sus posturas con amplitud y claridad, generando un espacio donde se pueda asegurar la revelación de información necesaria y cierta para la solución del litigio⁸, pero además que habilite a que las partes puedan realizar acuerdos procesales que les permitan obtener avances que resulten dinámicos y generen aperturas para solucionar el conflicto (vgr. en producción de prueba anticipada, desistir recursos, evitar declaraciones estériles, etc.).

Entendemos que el desarrollo de un proceso superador de la crisis actual, no debe asimilarse a un modelo rígido, como el que conocemos, que sumerge al conflicto y lo petrifica, sino que debe ser maleable de acuerdo a las necesidades del conflicto, de las partes y las particularidades del caso concreto.

Para lograr ese objetivo, debemos tener especialmente en cuenta que el lenguaje constituye una herramienta esencial para la gestión de los conflictos, que impacta directamente en la capacidad de análisis, reflexión y toma de decisiones. El lenguaje es el vehículo para la comunicación y por ello resulta fundamental fomentar la inclusión de un lenguaje claro⁹, cuya utilización constituye un verdadero incentivo para que las partes puedan interactuar y lograr así una mayor autocomposición de las disputas.

Como ya sostuvimos, el insumo humano resulta fundamental en la conformación de este nuevo modelo, por este motivo la formación de todos los operadores jurídicos en teoría del conflicto, oratoria, técnicas de litigación oral como así también la incorporación de habilidades blandas, capacitación en competencias comunicacionales, argumentación jurídica, técnicas de negociación, soluciones restaurativas, etc. debe ir acompañando la transformación que postulamos para lograr un proceso eficaz.

⁸ Gómez Alonso de Díaz Cordero, María Lilia/ Bermejo, Patricia, *El principio de transparencia en el proyecto de reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, en Revista de Derecho Procesal, N° 2020-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 143/176

⁹ Tal como se sostiene desde la Federación Internacional para el Lenguaje Claro (International Plain Language Federation), una comunicación está en lenguaje claro si la lengua, la estructura y el diseño son tan claros que el público al que está destinada puede encontrar fácilmente lo que necesita, comprende lo que encuentra y usa esa información <http://lenguajeclaroargentina.gob.ar>

Desde una mirada sistémica podemos observar que para que pueda cobrar vida en la realidad un verdadero proceso cooperativo, colaborativo y compositivo, no alcanza con enunciarlo en la letra de una norma. Por el contrario, resulta necesario que se construya un escenario que no se presente exclusivamente con un formato y una lógica adversarial para que pueda contemplar las pautas mencionadas.

El desafío consiste en diseñar un mecanismo cooperativo ampliando la mirada, corriéndose de la lógica habitual de imposición de penas y castigos. La idea es buscar soluciones creativas para fomentar, incentivar y estimular la conducta colaborativa y compositiva, convenciendo a las partes que la colaboración termina por ser un buen negocio, y permite a su vez que se acceda a soluciones justas.

Consideramos que la sola mención en una norma sobre el deber de cooperar resulta insuficiente. Existen regulaciones en otros países que pueden ser consideradas innovadoras porque convierten a las partes, al juez y a los funcionarios judiciales en protagonistas de la solución del conflicto. Sin embargo, no encontraremos actitudes colaborativas cuando la estructura de trabajo es rígida y adversarial, pues no hay espacio para el premio, que en esa lógica se lo llevará quien más daño genere en el adversario. Así sucede en el sistema actual en el cual la tradicional salida del conflicto es a través de una sentencia, que adjudica derechos y dispone que existe un vencedor y un vencido¹⁰.

Falcón señala que si las partes estuviesen sometidas al deber de decir la verdad y ese deber se cumpliera, no habría juicios que durasen más allá de la contestación de la demanda, aunque es razonable que, si al momento de

¹⁰ El art. 7 del Código Procesal de Portugal dispone lo siguiente: **Principio de cooperación:** 1.- Al conducir e intervenir en el proceso, los magistrados, los agentes judiciales y las propias partes deben cooperar entre sí, contribuyendo a obtener, de manera rápida y efectiva, la justa composición de la controversia. 2.- El juez podrá, en cualquier momento del proceso, escuchar a las partes, a sus representantes o representantes judiciales, invitándolos a aportar las aclaraciones sobre la cuestión de hecho o de derecho que sean pertinentes e informando a la otra parte de los resultados de la diligencia. 3.- Las personas a que se refiere el párrafo anterior están obligadas a comparecer siempre que se les notifique para hacerlo y a proporcionar las aclaraciones que se soliciten, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3 del art. 417. 4.- Siempre que alguna de las partes alegue justificadamente dificultad grave para la obtención de un documento o información que condicione el ejercicio efectivo de la facultad o el cumplimiento de cargas o deber procesal, el juez deberá, en la medida de lo posible, prever la remoción del obstáculo.

la sentencia se advierte la mentira con el único fin obstructivo, se sancione al mentiroso económicamente¹¹.

Tanto hemos leído que la sentencia definitiva es aquella que “pone fin al conflicto” pero ¿esto es así? La respuesta será afirmativa en los casos que ello ocurra, pero será también negativa en la interminable plataforma de conflictos que no se solucionan a través de una sentencia. Inclusive en muchos supuestos la sentencia como conclusión de un sistema adversarial es parte del problema porque provoca una escalada del conflicto, en términos de dinámica, lo que sucede muchas veces en las relaciones de familia. En efecto, el caso jurídico pudo haber tenido sentencia, pero esa familia no ha encontrado una solución porque su conflicto no fue gestionado con esa finalidad en el transcurso del proceso, todo lo que muchas veces robustece las conductas hostiles, pues nadie se encuentra invitado a generar actitudes positivas en estructuras competitivas.

De este modo, las pautas para crear el sistema también deberán contener reglas con los incentivos necesarios para favorecer actitudes cooperativas de las partes.

5.- CONCLUSIONES

A modo de conclusiones primarias sobre todo lo expuesto, que son pautas para generar un debate, este Congreso nos brinda a través de todos los subtemas de esta comisión los principios específicos sobre los cuales poder construir un nuevo sistema de trabajo.

La transparencia que se requiere a la actuación de los operadores jurídicos, no puede restringirse puerilmente a sostener la obligación de decir la verdad, ella debe emanar de la cooperación.

La colaboración permite advertir la necesidad de un planteo actitudinal que no se acote a la letra de una norma como un slogan sin sustento, sino que se refleje a través de reglas que generen conductas que lleven consigo nuevos estándares interpretativos a través de premios y castigos que se

¹¹ Falcón, Enrique M., *Los principios y las relaciones normativas, científicas y sociales*, en Revista de Derecho Procesal, N° 2020-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 17/26.

reflejen en el proceso, no como penas, sino como consecuencias inevitables de posiciones que rehúyan a la efectividad de ese principio.

La proporcionalidad para brindarle al juez la facultad de adaptar las formas a las necesidades que el conflicto requiera, evitando trámites estériles, o generando mecanismos urgentes cuando las circunstancias así lo justifiquen (vgr. notificaciones electrónicas, telefónicas, o por whatsapp, entre otras variantes, que cobraron envergadura con motivo de la pandemia y recibieron en muchos casos el beneplácito jurisprudencial).

La posibilidad de una mayor intermediación –vía oralidad- entre el juez y las partes, desde un ángulo subjetivo y desde luego con el conflicto desde el punto de vista objetivo, a fin de poder fomentar acuerdos, que permitan no solo la agilización del proceso, sino incluso soluciones parciales.

Y con ello que cobre vida el otro principio que informa la temática del congreso que es la disponibilidad de las formas, que no se vean restringidas solo a procesos donde se debatan derechos disponibles, evitando confundir el derecho de fondo con el adjetivo.

Estas propuestas invitan al debate, a que pongamos en práctica el pensamiento lateral, no habrá soluciones mágicas, debemos terminar de pensar que cambiamos una norma y cambia la realidad. Si podemos hacer posible un nuevo campo de trabajo que evite tener que seguir transitando caminos trillados y gastados como los que se conocen y sobre los que ya existe consenso que carecen de toda eficacia para solucionar los problemas del justiciable, tenemos que transitar ineludiblemente una modificación en la formación de los operadores jurídicos, ya que no podemos pensar lo que no conocemos, y creemos que allí está el verdadero cambio que -a largo plazo- permitirá un cambio cultural en el modo de resolver conflictos, de ejercer nuestra profesión y de la relación de la justicia con la sociedad.