

XXXI Congreso Nacional de Derecho Procesal

Mendoza, 1, 2 y 3 de septiembre de 2022

Ponencia General Comisión 1 (Derecho Procesal Civil y Comercial)

Subcomisión 3 (Principios procesales: estado actual y visión crítica)

Plasticidad de las formas procesales, y metas de la función judicial

Livio Pablo Hojman

1. Introducción; 2. Formas y formalismos; 3. Manifestaciones del sistema intermedio; 4. Las preocupaciones por las formas. El exceso ritual manifiesto; 5. El impacto de la Tutela Judicial Efectiva en materia de formas procesales; 6. La legalidad de las formas o su adaptabilidad, ¿principio o sistema?; 7. Lo que queda pendiente. 8. Conclusiones

1. Introducción

La sociedad requiere del proceso no penal el cumplimiento de una serie de objetivos que no pueden ser desoídos. Le demanda rapidez, economía y transparencia; peticiones que no solo se pueden advertir en nuestra región, sino también en otros continentes con mayor desarrollo económico¹. Además, agrega complejidad a estos requerimientos, que iguales exigencias también se orientan hacia un denominado Estado de Bienestar, lo que implica destinar fondos a

¹ Cfr. BIAVATTI Paolo, "Tendencias recientes de la Justicia Civil en Europa", Revista de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, (2008-1) 512.

sectores como salud, seguridad social, infraestructura, o inclusive a procesos judiciales no civiles, como el penal.

Se presenta, de esta manera, un estado de situación con una preferencia a destinar recursos materiales de la hacienda pública en una ocupación distinta a la justicia no penal, debiendo resolverse un volumen trascendental de causas con escasez de material humano y material, como herramientas procesales diseñadas hace ya décadas, que no contemplaban esta situación.

Todo esto provoca una necesaria tensión de difícil resolución entre las expectativas sociales altas; y por otro lado, la escases de recursos para atender a esas demandas en forma satisfactoria. Como resultado las expectativas que depositan los usuarios del servicio de justicia en el proceso no penal se ven notoriamente insatisfechas.

En este contexto, las herramientas de gestión del proceso, bajo la pauta de la eficiencia, parecen resultar determinantes para lograr resultados trascendentales al respecto, esto bajo la comprensión de que la tarea jurisdiccional resulta una de las manifestaciones de las funciones públicas esenciales de un estado democrático; o más acertadamente, se sintetiza como un rol fundamental en clave de un Estado Constitucional ².

En este contexto, el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que fuera entregado el 1 de julio de 2019 al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación contiene, en su Título Preliminar denominado Principios, un enunciado formulado en el art. 9° que indica, bajo el epígrafe “Adaptabilidad de las formas procesales”, que el juez podrá adaptar las formas procesales, sin vulnerar el debido proceso legal, haciéndolo de oficio o a petición de parte³.

² Cfr. ZAGREBELSKY Gustavo, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 2016, 21.

³ Comisión redactora del ante proyecto conformada por los Dres: ARAZI Roland, Bermejo Patricia, CALCATERRA Ruben Alberto, CALVINO Gustavo, CALVO Hernan, CHAYER Hector Mario, DE LOS SANTOS Mabel Alicia, DIAZ CORDERO Agustina, GOMEZ ALONSO DE DIAZ CORDERO María Lilia, GRASSI Adrian Patricio, GRILLO CIOCCHIJ Pablo Agustín, HANKOVITZ Francisco Agustín, KAMINKER Mario, LEDESMA Angela Ester, MARCET Juan Pablo, OTEIZA Eduardo David, PEYRANO Jorge Walter, ROJAS Jorge Armando, SALGADO José María, SBDAR Claudia Beatriz, SOTO Andrés Antonio y PEREIRA CAMPOS Santiago. Redacción del ante proyecto reconocida por Resolución 829/2017 del Ministerio de Justicia y Derecho Humanos de la Nación.

La inserción de un Título Preliminar, como la inclusión de los denominados Principios Procesales en los proyectos de reforma actuales como el antes indicado, parecen contribuir decididamente a la comprensión sistemática de esta necesidad de cambio para la justicia no penal, entre las cuales se comprende como necesario la presencia normativa de principios, operando en conjunto con las tradicionales reglas que se observaban anteriormente⁴.

Esa circunstancia normativa es acompañada por acontecimientos que, por convicción o quizás por necesidad, demostraron que podían moldearse las actuaciones procesales cuando los contextos lo requerían, esto sin tomar los hacedores del proceso posiciones que pudieran identificarse en una postura de tipo legalista, o instrumentalista. Parecería que en aquella ocasión la *práxis* pudo más que el mundo de las ideas a la hora de lograr materializar la actividad procesal.

Se dictaron una gran cantidad de resoluciones locales como acordadas, o instrumentos similares, que implicaron modificaciones a las reglas de sustanciación del proceso, esto sin modificar las respectivas leyes procesales, y se observó en la postura adoptada por los órganos jurisdiccionales una soltura que hasta aquel momento no se había advertido.

La denominada instrumentalidad de las formas, que había resultado un necesario correctivo para la rigidez de las actuaciones, ahora producto de la pandemia era colocada como una herramienta factible de utilidad para planificar *ex ante* la actividad procesal, en una posición anticipatoria que buscaba indudablemente la tutela de los derechos de los justiciables.

Ahora bien, la formulación del citado art. 9º, o lo acontecido con la pandemia, resultan demostraciones de un fenómeno de incesante reconfiguración del proceso, bajo el imprescindible criterio de autoridad judicial, que lleva a comprender que el principio procesal de la Tutela Judicial Efectiva impone una tarea de construcción de mecanismos procesales aptos para proteger los derechos materiales, considerando en cada caso sus particularidades

⁴ Cfr. UCEDO Soledad, "Algunas reflexiones en torno a los principios procesales modernos", en GRILLO CIOCHINI Pablo Agustín, HANKOVITS Francisco Agustín, SOTO Andrés Antonio (Dir), *Recalculando el sistema de justicia para el siglo XXI*, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022, 3-26.

De esta manera, se intentará recorrer en estas líneas uno de los dos criterios que se perciben como una atenuación de las formas preestablecidas legalmente; específicamente hacemos referencia a la adaptabilidad por decisión judicial, y como esta se encuentra atravesada por las pautas que le impone la Tutela Judicial Efectiva. Por ende, se propone aquí dar respuesta a algunos interrogantes sobre su eventual aplicación actual, con conclusiones que llevamos a este Congreso para su aprobación dejando también puntos de trabajo para futuros espacios de intercambio de opiniones científicas.

2. Formas y formalismos

El deslizamiento entre posiciones que fomentan la formalidad, o la ausencia de esta, no resulta por cierto una novedad. Chiovenda indicaba que se trataba de un difícil problema determinar si las normas debían ser señaladas por la ley o si esta tarea tenía que afincarse en el juez⁵.

Indudablemente, resulta necesario establecer un orden disciplinario que establezca, previo a su comienzo, como se desarrollará la actividad procesal, sobre todo cuando se advierte que la razón de ser para desplegar esa actividad es la solución de una controversia que llega al proceso por la existencia de intereses contrapuestos en pugna. En esa circunstancia, con un conflicto ya desatado, resulta necesario para recorrer un camino que otorgue certeza a la actividad que se desarrollará en ella, prever las circunstancias de forma, tiempo y lugar para el despliegue de los actos procesales.

Ahora bien, clasificando las fuentes u orígenes de las formas procesales con aptitud de disciplinar la actividad procesal, se pueden advertir tres núcleos generadores: el primero, el *legislativo*; el segundo de origen *convencional*, es decir por acuerdo de parte; por último, en lo que lo que aquí nos convoca, el *judicial*.

La primera de las fuentes, la que conforma una garantía frente a la autoridad, es la *legislativa*, siendo ella la que permitirá otorgar previsibilidad a la sustanciación del proceso. Inclusive, cuando las formas provienen del legislador, estás

⁵ Cfr. CHIOVENDA José, *Derecho procesal civil*, Editorial Reus, Madrid, 1925, 125.

resultarán una preciada garantía con la que contarán los particulares frente al órgano jurisdiccional, y para autorizada doctrina será esa fuente la primera herramienta que disciplinará la actividad procesal⁶.

Con la afirmación anterior se observa que las restantes fuentes se ubicarán en un peldaño inferior, aunque como se verá luego, esta posición es matizada por nuevas líneas de pensamiento, en las cuales la función judicial, con roles de dirección y gerenciamiento del proceso, producen cambios al respecto.

Entonces, en principio la forma legal es la que establecerá la regularidad de la actividad procesal, sea porque lo hace en forma minuciosa, o porque cuando no logra su cometido remiten a normas generales que así lo disponen⁷.

La segunda fuente, la *convencional*, será el acuerdo de voluntades que nos llevará al negocio jurídico procesal, convención que tendrá como alcance regular algún trámite del proceso⁸; figura que hoy encuentra encauce textual con su directa inserción en el texto del Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial al que antes hemos aludido⁹.

De esta manera, en la fuente convencional, la autorregulación y la heterorregulación se complementan, pues el acuerdo por un lado, y la ley por el otro, ya no se entienden como instrumentos mutuamente excluyentes, sino convergentes¹⁰. Pese a que la temática de la fuente convencional excede el objetivo del presente trabajo, se advierte claramente que comparte en sus objetivos la de eficacia procesal pretendida en cumplimiento de la Tutela Judicial Efectiva.

⁶ Cfr. GOZAINI Osvaldo Alfredo, "El principio de legalidad de las formas", *Revista Derecho & Sociedad de la Pontificia Universidad Católica del Perú* (2009), 32- 249.

⁷ Ibid, 248

⁸ Cfr. PEYRANO Jorge W, "Estado de situación del instituto de los negocios jurídicos procesales", *Revista de Derecho Procesal* (2017-2) 53-59.

⁹ El Art. 14 del Anteproyecto Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial, al cual se hace referencia al comienzo de esta ponencia, dispone: "Las partes pueden celebrar, en procesos donde se debatan derechos disponibles y en tanto no concurriera una inobservancia del orden público, acuerdos procesales que puedan determinar una modificación de las normas procesales. Tales acuerdos podrán adecuar el proceso a las particularidades del conflicto y especificar el alcance de las cargas, facultades y deberes procesales de las partes. De oficio o a requerimiento de parte, el juez controlará la validez de los acuerdos debiendo negar su aplicación en los casos en que lo pactado resulte nulo, suponga un abuso del derecho o importare el sometimiento a un contrato de adhesión". Igual configuración encontramos en el actual Art. 190 del CPC de Brasil.

¹⁰ Cfr. CABRAL Antonio, "Convenciones procesales: desarrollo y evolución", *Revista de Derecho Procesal* (2020- 2) 547-561.

Por último, como tercera fuente, y en lo que aquí resulta de interés para esta ponencia, el órgano jurisdiccional como creador de normas procesales. Aquí el juzgador disciplina el material solemne, dirigiendo el proceso en su desarrollo, en una posición de un director del proceso.

Ahora bien, como se advierte más adelante, no resulta concebible pensar un proceso solo construido por la voluntad del órgano judicial, pues esto nos llevaría indudablemente a desoír normas constitucionales y convencionales; como también se pasaría de la indeseable ritualidad normativa, a la también criticable sacralidad de la voz judicial.

En cambio, reconocer la fuente normativa, pero adoptando un protagonismo judicial en la conformación de las formas procesales, es como consecuencia de matizar el principio dispositivo y provocar una penetración de él por el de autoridad, transitando de un juez observador a un juez director¹¹. De ahí que la legalidad de las formas marca una fuente por antonomasia, pero ella debe ser modalizada por otras fuentes, como la judicial que aquí se resalta.

Inclusive, muestra de esta matización de la formalidad se puede advertir tempranamente en el concepto de la denominada instrumentalidad de las formas, figura que se induce presente en el código adjetivo nacional por la introducción en el año 1967 del art.169, como de los códigos adjetivos que replicaron la forma nacional (Entre Ríos en su art. 166), y otros como La Rioja (art. 241), Mendoza (art. 94.I), Jujuy (art. 179) o Santa Fe (art. 128, inc. 1).

Así pues, de lo que se observa en materia de nulidades, al no poder declararse ésta aún en los casos de actos procesales que infringen las reglas procesales, cuando ellos han alcanzado la finalidad a la que estaban destinados; entonces, para esta posición, es posible advertir que las formas del código adjetivo no custodian una ritualidad vacía, sino que portan un destino más amplio que el mero desarrollo de su aspecto exterior, pues si la finalidad del acto se ha cumplido, la forma pasará a cumplir un rol menos preponderante.

De ahí que la indicada instrumentalidad no solo es una calidad atribuible al proceso como tal, sino también a los actos concretos que se llevan adelante en él. Por ello se reafirma que la finalidad resulta una herramienta correctiva que

¹¹ Cfr. MAURINO, Alberto Luis, *Nulidades Procesales*, Astrea, BsAs, 2009, 9.

nos permite morigerar la tendencia a la rigidez que normalmente se observa en los operadores del proceso.

Recientemente, el máximo tribunal nacional, sin mencionar la identificada doctrina del Recurso Indiferente¹², ha afirmado que las decisiones judiciales que obstruyen de manera injustificada el acceso a una vía revisora deben ser calificadas como arbitrarias, cuando aplican un excesivo rigor formal. Considera él tribunal que una interpretación de ese tipo atenta contra la garantía de defensa en juicio, y provoca una arbitraria privación de acceso a una sentencia fundada, revelándose de esta manera en la postura del máximo tribunal una posición que comprende esta posición finalista o instrumental¹³.

3. Manifestaciones del sistema intermedio

Como se ha mencionado, ninguna de las formas puras se presenta en su totalidad; ni el de la más absoluta y minuciosa regulación legal, ni el de más abierta posibilidad de definir por las partes o el juez. Los deslizamientos que se mencionaban anteriormente no llegan a conformar un sistema de pureza absoluta, por lo que puede advertirse la presencia de un sistema denominado intermedio¹⁴.

De esta manera, se puede advertir que la indicada flexibilidad no puede constituir la estructura de un procedimiento, o punto de partida. Ella es más bien un método para adecuar un esquema procesal a la concreción de los casos individuales.

En su actual regulación, este indicado sistema intermedio, se puede observar en diversas manifestaciones del articulado de los códigos adjetivos: la acumulación de procesos (art. 190 CPCCN), las potestades que se otorgan para sustanciar los incidentes ante el trámite sumarísimo (art. 187 CPCCN) otorgando en este caso facultades para indicar plazos como cualquier otra medida para evitar la paralización del proceso; o los deberes del art. 34 del CPCCN, o las facultades

¹² Cfr. MIDÓN Marcelo Sebastián, "Acerca del poder deber del juez de reconducir el recurso inadecuadamente propuesto. El principio de saneamiento procesal y la doctrina del recurso indiferente", en PEYRANO Jorge W (Dir.) Principios procesales, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, I-529.

¹³ Fallos: 345:61

¹⁴ Cr. MAURINO op.cit., 6.

del art. 36 del CPCCN; todos ellos resultan expresiones de este sistema mixto o intermedio.

Inclusive, dentro de las amplias posibilidades que otorga el art. 34 del CPCCN, encontramos como deberes, consideraciones tales como “dirigir” el proceso, y dentro de las herramientas encontramos “concentrar” en un mismo acto o audiencia todas las diligencias que fuere menester realizar; también “señalar” antes de dar trámite cualquier defecto u omisión en un trámite o “disponer de oficio” toda diligencia para evitar nulidades.

También resulta valioso advertir la riqueza del art.36 donde encontramos potestades como “tomar” medidas tendientes a evitar la paralización del proceso, o “proponer” fórmulas para simplificar y disminuir las cuestiones litigiosas surgidas en el proceso o respecto de la actividad probatoria.

De esta manera, el órgano jurisdiccional, como puede observarse, se encuentra facultado para adecuar las formas procurando celeridad y eficacia, esto siempre cumpliendo con el límite de conservar la igualdad de las partes en el proceso. Todas estas no son más que herramientas que se advierten como idóneas para moldear la materia procesal pero exigirán una decidida participación activa y oportuna del juez para gerenciar el flujo de actuaciones que se le presentan ante sí¹⁵.

Inclusive, refuerza esta posición de director del proceso con potestades para otorgar plasticidad a las formas, la inclusión conceptual de un juez que no solamente cumplirá su rol judicial como director del proceso sino ahora también como un gerenciador, con habilidades para administrar además de decidir las controversias¹⁶.

El rol de prevención y sanción de todo acto de las partes contrario a la lealtad, probidad y buena fe es superado por una visión de eficiencia, que no abdica de una posición moralizadora, pero que recoge el estado de situación que se

¹⁵ Cfr. HANKOVITZ Francisco Agustín, “El juez o jueza como factor de eficiencia en la resolución de los derechos litigiosos: proceso flexible”, en GRILLO CIOCHINI Pablo Agustín, HANKOVITS Francisco Agustín, SOTO Andrés Antonio (Dir), *Recalculando el sistema de justicia para el siglo XXI*, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022, 40-47.

¹⁶ Cfr. PEREZ RAGONE Alvaro, “Conducción y gerenciamiento de procesos por audiencias”, *Revista de Derecho Procesal* (2019 – 1) 137-194

advierte al comienzo de este trabajo: una realidad de escasos recursos materiales y altas demandas sociales.

De esta manera, ya no resulta posible adoptar formas sin comprender las razones de su regulación, pues ello lleva a fomentar situaciones patológicas, donde se produce un culto a la ley y los ritos, convirtiendo al proceso en el mero cumplimiento de un ritualismo sin sentido¹⁷.

Se trata de un sistema intermedio, donde conviven la legalidad y otros mecanismos para lograr disciplinar el debate procesal, y que en su aplicación le impone al órgano jurisdiccional una función preponderante, inclusive pretendiendo que su rol supere o se ascienda un escalón más que la función de director del proceso.

Podría advertirse que la ausencia o el silencio de la norma ritual (aunque sostenemos que esta situación no se presenta) sería una barrera para adoptar una función de gestión procesal activa por parte del juez. Sin embargo, parece confirmarse una posición que afirma ya no poder pensarse la legalidad en términos decimonónicos, donde se afirmaba una tajante diferencia entre la Administración, por un lado, y los Particulares por el otro. Para la primera un poder limitado en línea de principio, y para los segundos, libertad como pauta preponderante¹⁸.

La manera de comprender el actual Estado de Derecho Constitucional es advertir que la regla del SXIX podrá aplicarse a determinados sectores del derecho, como el sistema punitivo por ejemplo, pero de ninguna manera puede ser generalizada. Entonces, el techo para la actividad procesal no se encuentra en el normativa procesal particular, concretamente en cada código adjetivo; el límite se encuentra en las constituciones y normas convencionales de jerarquía equivalente.

4.Las preocupaciones por las formas. El exceso ritual manifiesto

¹⁷ Cfr. PRIORI POSADA Giovanni, *El proceso y la tutela de los derechos*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2019, 33.

¹⁸ Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 2016, 34.

Las cavilaciones de las décadas anteriores parecerían centrarse en si las formas obstruyen en ciertas ocasiones la actividad parcial, es decir una mirada detenida en la defensa en juicio, afincada la idea en una corrección *ex post* antes que *ex ante*, advirtiendo que la presencia de esta deformación procesal lleva a encontrarnos con una sentencia arbitraria, bajo la mirada del principio del debido proceso (art. 18 CN).

La doctrina del "exceso ritual manifiesto" de creación pretoriana y de una enorme riqueza, señala que no se puede abandonar la búsqueda de la verdad cayendo en meras preferencias por la liturgia. Eso se frustra en ciertas ocasiones cuando se observa una inclinación por el rito impidiendo obtener la finalidad del proceso, que es encontrar la verdad jurídica material¹⁹.

Se advierte en esta posición una mirada disvaliosa a la conducción del proceso, a la cual se la reprocha su apego a lo estrictamente formal, o con aplicación de un mero mecanicismo. Se señala críticamente un desconocimiento de la finalidad de las formas; y por ello se ha expresado como aquel estado patológico...denominado "formalismo" o, tal vez mejor y más propiamente "formulismo", como un apego riguroso a lo ritual, que por ese modo se convierte en el objeto de un culto ciego, que viene así a despojar al proceso de aquello que resulta su verdadero sentido y valor, caracterizando a este fenómeno como desnaturalizante²⁰.

Este exceso ritual manifiesto se observa cuando las formas vienen a quedar, en ciertas ocasiones desnaturalizadas. Se puede comprobar así un auténtico estado patológico en lo referente a lo formal, precisamente, contrapuesto a aquella normalidad que podemos denominar -aquí también metafóricamente- y sin mayores compromisos, como fisiológica²¹.

Tomado esto bajo un prisma axiológico, el fenómeno del formulismo expresa no solo el triunfo de una injusticia al no permitirse aplicar el derecho material, sino también frustrar un adecuado servicio de justicia y desnuda que no se puede

¹⁹ Comienza en el año 1957 con el ya conocido caso Colalillo (238:550) , y luego extiende la CSJN su aplicación adoptando igual postura, por ejemplo, en : Fallos, 302:416; 308:155, etc.

²⁰ Cfr. BERTOLINO Pedro J., El exceso ritual manifiesto, Librería Editora Platense, La Plata, 2003, 40.

²¹ Ibid.

escindir el trámite de la decisión, pues ambos se encuentran imbricados en iguales niveles de relevancia.

5. El impacto de la Tutela Judicial Efectiva en materia de formas procesales

Se advierte que en sus comienzos habiendo estado el derecho procesal enlazado al derecho material, cuando logró cortar su dependencia y convertirse en una disciplina autónoma, intentó rápidamente desprenderse de todo vestigio que lo relacionara con él, construyendo de esta manera una disciplina conceptualmente abstracta, desprovista de toda consideración del derecho material que debía aplicar²².

Para equilibrar ese denominado hiperprocesalismo, se debió retomar la idea de la “eficacia sustitutiva” del proceso, especialmente considerando que la respuesta para la aplicación del derecho material no podía estar separada de una visión que contemple una respuesta temporalmente adecuada, y eficiente en términos materiales y humanos, entre otros principios²³. Para ello la mentada neutralidad requirió ser reconfigurada en clave de mirada del derecho material.

En ese camino, la concepción de la necesidad de un pronunciamiento judicial dictado en un tiempo razonable, que implícitamente se observa en los art. 18 y 33 de la CN; o claramente se expresa en los arts. 8 de la de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, o 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, entre otras normas convencionales, conforma un criterio bajo la idea superadora del Debido Proceso, que se alcanza con un concepto de Tutela Eficiente²⁴, y retoma en una mirada ahora más madura y dialógica con el derecho material .

El Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial, al que se ha aludido anteriormente, específicamente recoge este principio procesal en su artículo primero del Título Preliminar, donde bajo el epígrafe Tutela Judicial Efectiva,

²² Cfr. PRIORI POSADA Giovanni, El proceso y la tutela de los derechos, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Peru, Lima, 2019, 34.

²³ Cfr. CALAMENDREI Piero, Estudios sobre el proceso civil, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961, 20.

²⁴ Cfr. CARBONE Carlos Alberto, “Tutela Judicial efectiva y nuevos principios procesales: la razón del actor y la igualdad de armas”, en PEYRANO Jorge W (Dir), Principios procesales, Rubinzal Culzoni, S.Fe, 2011, I-107.

expresa que las normas procesales se interpretarán con el objeto de lograr la efectividad de los derechos sustanciales, observando los fines sociales del proceso, las exigencias del bien común, la eficiencia, la legalidad, la proporcionalidad y la razonabilidad, procurando afianzar la tutela judicial efectiva, en especial para los casos de personas en situación de vulnerabilidad.

También igual artículo indica que se asegurará a las partes la igualdad real de oportunidades para la defensa de sus derechos, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su ejercicio o coloquen a una de ellas en condición de inferioridad jurídica; y por último específicamente aludiendo al factor tiempo el mencionado artículo primero indica que el proceso, desde su inicio hasta la ejecución de la sentencia, estará sujeto a una duración razonable²⁵.

Parece entonces advertirse que uno de los principales impactos de la idea de una Tutela Judicial Efectiva, sobre las formas, es que se deberán calibrar estas con una mirada que ya no será solamente como una corrección posterior para los excesos formales, sino una mirada preventiva, anticipatoria, en cuanto a las posibles demoras o encarecimientos que pueda sufrir la gestión procesal.

Se puede advertir entonces sobre la existencia de un consenso en cuanto a que lo que gira en torno a la garantía de un eficiente servicio de justicia, o como consenso denominado Tutela Judicial Efectiva, debe contemplar tutelas diferenciadas, como herramienta derivada de esta tutela eficiente²⁶. Inclusive, este proceso conducido de manera dúctil, con una visión constitucional, contemplando las particularidades del derecho material en juego, exige al juez que revise las reglas establecidas por el legislador para advertir si las mismas, en el tránsito procesal específico, resultan adecuadas.

La implantación de la Tutela Judicial Efectiva, como sistema solar, nos ha impuesto que los tiempos procesales sean senderos que necesariamente se transitarán con una adecuada gestión procesal, y decidida posición que morigere, en cuanto sea necesario, el plan preestablecido por el legislador.

²⁵ Aludimos al anteproyecto elaborado por la Comisión respectiva y que recibiera aprobación por Resolución 829/2017 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

²⁶ Cfr. BERIZONCE Roberto O, Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas, Revista de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni, 2008-2, 35-49

No son pocos los ejemplos que anteriormente revelaron el activismo de los jueces que, trascendiendo la pura interpretación normativa limitada a esclarecer el sentido y alcances de la preceptiva formal, se adentraron en la articulación creativa pretoriana de nuevas vías, procedimientos y formas en general. De ahí se gestaron la acción de amparo, la acción declarativa de inconstitucionalidad, la doctrina de la arbitrariedad y del exceso ritual manifiesto, la acción de tutela de los derechos individuales homogéneos, el régimen singular de manejo de los procesos de interés público, junto a otros más. Esto demuestra que la ductibilidad de las formas puede insertarse en este sendero y prueba de ello son los ejemplos antes indicados.

En tal sentido, con una posición similar se puede recordar aquí que en el XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Jujuy – 2015) la Comisión Nro. 1 concluyó que resulta imprescindible mejorar la regulación de los métodos de resolución de conflictos a través de un enfoque sistémico, que tenga en cuenta el funcionamiento y los resultados reales de las técnicas aplicadas, como asimismo evaluar la incorporación de institutos procesales del Derecho Comparado adecuados a la realidad de nuestra sociedad.

De esta manera, la apuesta a la centralidad judicial, se coloca en el eje del éxito de la utilización de la mentada herramienta de adaptación de las reglas procesales y para ello, con una finalidad de eficacia procesal resultará relevante considerar la liberación de las formas inútiles y la eliminación de los obstáculos cuyo costo (tiempo y dinero) no se observe compensado con los resultados obtenidos²⁷.

Los ejemplos de creación judicial, anteriormente señalados, demuestran claramente de la capacidad adaptativa de los órganos judiciales cuando han tenido que armar senderos allí donde el legislador no había establecido norma adjetiva alguna.

En definitiva, el objetivo está dirigido a convertir el instrumento formal en una experiencia procesal eficaz (en cuanto lograr hacer efectivo un propósito: concretar la función del proceso) y eficiente (alcanzar la meta con economicidad de recursos: materializar la finalidad del sistema de justicia).

²⁷ Ibid., pag. 41

Con esa finalidad la Comisión nro. 1 del XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal (San Juan -2019) consideró que la necesidad de establecer “nuevas estructuras procesales” no se limita a redefinir los institutos que conocemos para lograr un proceso más económico, eficaz y eficiente. También involucra la necesidad de discutir sobre nuevas estructuras orgánico funcionales, nuevas modalidades de organización y distribución del trabajo y nuevas herramientas para la gestión del conflicto.

Desde que hemos requerido a los particulares la sustitución del ejercicio de la fuerza, prohibiéndoles la acción directa para ordenarles un mecanismo de solución de sus conflictos acudiendo a un tercero²⁸; solución provista por el estado como una derivación de su soberanía para la tutela del orden jurídico²⁹; la respuesta no puede ser carente de valoración en cuanto a cuándo y como llega para los justiciables, agregando a ello que costo fiscal tiene para los terceros, con el presupuesto público, proveer de la misma.

No se trata de perseguir una eficacia que nos convierta en meramente relatores de un empirismo procesal, pero si establecer que la instrumentalidad del proceso también debe ser observada sobre las reglas procesales que requieren de un director procesal consciente de su rol preponderante.

Para ello, se requiere el abandono de la mirada privatista del proceso, esta que entendió el tránsito procesal como una extensión del derecho de propiedad confundiendo entre disposición del objeto litigioso, de naturaleza civil, con el dominio respecto del proceso³⁰, y que tuvo un verdadero recelo de los poderes estatales en la actividad procesal.

Por último, la mentada anticipación o gestión ex ante, y no ex post decisión judicial, para observar críticamente las formas procesales establecidas, deben ser tenida en cuenta para acceder a planes procesales que sirvan de herramientas eficaces. En esa planificación ex ante, indudablemente deberán contemplarse el elemento humano, económico, científico y tecnológico como

²⁸ Cfr. FERRREYRA de DE LA RUA Angelina y GONZALEZ de la VEGA DE OPL Cristina, Teoría General del Proceso, Edvocatus, Tomo I, pag. 149.

²⁹ Cfr. ECHANDÍA, Hernando Davis, Teoría general del proceso, Ed. Universidad, BsAs 2004, pag. 39

³⁰ Cfr. PICÓ I JUNOY, Joan, Los principios dispositivos y de aportación de parte: Significado actual, en obra colectiva Principios Procesales (Dir. PEYRANO Jorge W.), Rubinzal Culzoni, Tomo I, pag. 165

puntos a revitalizar para lograr una gestión judicial eficiente, que permita llegar de manera rápida y económica a la decisión judicial.

6. La legalidad de las formas o su adaptabilidad, ¿principio o sistema?

Dentro de la teoría analítica del derecho, que como tradición estudia los conceptos jurídicos, su estructura jurídica y relación, conviene establecer la diferencia entre principios y sistemas, en una dimensión teórico estructural que no se encuentra exenta de desencuentros.

En tal sentido, resulta necesario advertir que introducirnos en el análisis y desarrollo de los Principios Procesales implica reconocer abandonar una concepción formalista de la ciencia jurídica que impregnó en nuestra visión el modelo Racionalista Decimonónico. Para esta posición, hoy en declinación, el modelo lógico formal lleva a una aplicación mecánica del juzgador de las reglas preestablecidas, sin aporte alguno personal³¹.

En una primera aproximación, pueden indicarse que los principios, en la concepción de Roberto Alexy, son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas, por lo que se identifican como mandatos de optimización, posibles de ser satisfechos en grados diferentes y la medida de su satisfacción depende de esas posibilidades jurídicas que están determinadas no solo por reglas sino también por otros principios opuestos³².

Esta idea, de la existencia de principios, es perfectamente encarnada en el título preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación donde se distingue claramente un sistema normativo donde las fuentes del Derecho no recaen exclusivamente en la ley por lo que la apertura de fuentes resulta notoriamente advertible³³.

Ahora bien, resulta desafiante encontrar un denominador común para caracterizar a los denominados Principios Procesales, como también su

³¹ Cfr. GRAJALES Amós Arturo y NEGRI Nicolas, *Argumentación jurídica*, Astrea, Buenos Aires, 2014,3

³² Cfr. VIGO Rodolfo Luis (h), *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Lexis Nexis, Buenos Aires. 307

³³ LAFFERRIERE Jorge Nicolas, "En torno a las fuentes del derecho en el nuevo código civil y Comercial, RCCyC 2016 (agosto) , 7.

agrupación o jerarquía. Se afirma sobre estas dificultades y desencuentros del término que cuando hablamos de principios, debemos ponernos de acuerdo sobre el significado que le damos al término empleado ³⁴. Igualmente, advirtiendo la dificultad, se indica que la multiplicidad de sentidos otorgado al término Principios Procesales nos lleva como resultado a que no resulte sencillo saber a qué específicamente nos referimos ³⁵. De esta manera, se advierten verdaderos desencuentros a la hora de identificar, definir y agrupar estos principios.

Solo con la finalidad de encontrar una basamento a esta ponencia, y bajo el convencimiento que no es posible agotar la temática al respecto en estas limitadas líneas, diremos que se trata de directivas u orientaciones generales que surgen de un ordenamiento jurídico procesal dado, y de esta manera, podemos encontrar en una sistematización de los mismos, por un lado en un peldaño a los “Principios Esenciales” que implican un orden del proceso justo, y por el otro “Principios Procesales Reguladores”, que descienden en su gradación un escalón de los anteriores, y cumplen una función formativa o rectora, contingente según las circunstancias históricas, políticas y sociales³⁶.

Con una noción aproximada a lo anterior, se ha dicho que los Principios Procesales resultan ideas básicas sin las cuales no existe un debido proceso, mientras que los Sistemas Procesales son directivas generales en las que se inspira el ordenamiento procesal ³⁷. Como se observa, lo primero resulta una directriz que se materializa en los sistemas, y en ese caso estos últimos resultan formas metódicas a través de las cuales los principios cobran vida dentro de un ordenamiento –en este caso procesal– cualquiera” ³⁸.

Concretando esta idea, en referencia a las formas, considerando que refieren a instrumentos que serán utilizados para llevar adelante el debate procesal, se advierte que tanto la flexibilidad, o inclusive su opuesto, la legalidad, no conforman una categoría identificable como un Principio Procesal. Se encuentra

³⁴ Cfr. FALCON Enrique M, “Los principios y las relaciones normativas, científicas y sociales, Revista de Derecho Procesal (2020-1), 21

³⁵ Cfr. OTEIZA Eduardo, “¿Principios procesales?”, Revista de Derecho Procesal (2020-1), 31.

³⁶ Cfr. BARBIERO Serio J y GARCIA SOLÁ Marcela M, “Principios generales del proceso civil, diseño clásico y mirada actual”, PEYRANO Jorge (Dir), Principios procesales, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, I-33.

³⁷ Cfr. ARAZI Roland, Derecho procesal civil y comercial, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, 177

³⁸ Cfr. DÍAZ Clemente, Instituciones de Derecho Procesal, Depalma, Buenos Aires, I-212.

en juego aquí una mecánica destinada a ordenar la dialéctica, y esos "sistemas" efectivamente permiten una dicotomía que no se presenta en los principios.

El elemento nuclear que se encuentra en juego a la hora de desarrollar esta temática es el de la Tutela Judicial Efectiva, hoy con basamento constitucional, o como lo indica Sagues, con "alcurnia" para llevarlo a esta categoría, y ello implica cuatro consecuencias, que sin perjuicio que el mencionado lo indica para el *alterum non laedere*, se estima razonable trasladarlo para categorizar como constitucional un derecho³⁹.

Indica Sagues que para identificar un derecho como constitucional primero debe encontrarse (explícita o implícitamente) en la Constitución; segundo que el legislador podrá reglamentarlo, pero no negarlo; tercero que la mencionada reglamentación deberá ser razonable; por último, que la reglamentación debe ser coincidente con los valores y la ideología de la Constitución, y los principios de la disciplina particular donde se plantea ese derecho.

Indudablemente el principio que orienta la presencia y formulación tanto de la legalidad como su contracara, la flexibilidad, no es otro que el de la eficaz prestación del servicio de justicia, o como lo conocemos, el de la Tutela Judicial Efectiva, principio que se incorpora en nuestro texto constitucional en el año 1994 tanto implícitamente en sus artículos, como en la normativa convencional insertada por el camino del art. 75, inc. 22.

No se puede dejar de coincidir sobre la relevancia de insertar y sistematizar los Principios Procesales en los textos de los códigos procesales y seguramente esto llevará a una mejor interpretación y aplicación de las normas. La visión de un ordenamiento jurídico moderno nos impone la superación del sistema de reglas incorporando principios que sirvan como verdadero puente de las garantías constitucionales, y que conciban un proceso coherente con la función jurisdiccional asignada en la Constitución.

Ahora bien, en cuanto a la mentada legalidad o flexibilidad de las formas, la indicación de Principio Procesal excede del contorno que hemos descripto, pues su consideración debe ser bajo el parámetro de sistema de debate, por lo que

³⁹ Cfr. SAGÜES Nestor P. , "Notas sobre la dimensión constitucional del derecho a la reparación", ED 202-843 (2003).

su ubicación en el título preliminar del Anteproyecto puede llevar a la confusión de elevar a la categoría de basamento procesal a meras formulaciones instrumentales⁴⁰.

7. Lo que queda pendiente

Indudablemente sobre la temática de la flexibilidad quedarán temas a desarrollar en un futuro, y a solo modo de ejemplo, deberá considerarse si del diseño procesal de un juicio de conocimiento, que contempla un momento para la información, otro de prueba, luego la consecuente decisión y por último la correspondiente decisión, reservando la etapa recursiva para una eventualidad; la mentada plasticidad puede ser aplicada en iguales dosis para las fases procesales indicadas.

También si los actos emitidos por el órgano jurisdiccional, tales como los de instrucción (incluyen admisión, trasmisión, conocimiento y disciplinario), como los de resolución y de ejecución, tolerarán igual tratamiento para sostener una eventual plasticidad. También iguales interrogantes surgen para actos de partes como los de postulación, impulso, documentación y decisorios.

Cada uno de ellos deberán ser diseccionados para comprender su finalidad y establecer en un futuro, donde se podrían adaptar por decisión judicial sus formas de expresión, aplicando por ejemplo las nuevas tecnologías que antes hemos referido.

Un criterio indudablemente valioso para ello será como se ha expresado discernir lo superfluo de lo necesario, que es donde se arrojan las garantías⁴¹. Será un trabajo multidisciplinario donde deben confluir distintas miradas para poder comprender que se puede modificar de prácticas habituales que hoy pueden ser optimizadas.

⁴⁰ Se puede advertir la acertada observación al respecto realizada por Rojas Jorge A en página 179 de "Anteproyecto Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ediciones SAIJ, 2019.

⁴¹ Cfr. SALGADO José María, "Adaptabilidad de las formas procesales", Revista de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni, (2020-1) 87-102

8. Conclusiones

Por lo tanto, estimo a consideración las siguientes conclusiones para el trabajo en comisión respectiva:

1.El sistema sigue siendo de legalidad de las formas, con atenuantes provenientes del Principio de la Tutela Judicial Efectiva. Entre ellos se encuentra en forma preponderante la flexibilidad de las formas procesales a través de la decisión judicial, en situaciones que inclusive no estén contempladas normativamente por los códigos adjetivos.

2. Las herramientas de gestión del proceso, bajo la pauta de la eficiencia, resultan determinantes para lograr resultados trascendentales al respecto, esto bajo la comprensión de que la tarea jurisdiccional resulta una de las manifestaciones de las funciones públicas de un Estado Constitucional.

3. No se puede escindir el trámite procesal de la decisión, pues ambos se encuentran imbricados en iguales niveles de relevancia. La gestión procesal resulta tan relevante en la función judicial como el aspecto decisorio, a la hora de garantizar la función jurisdiccional, y en esa gestión se deben optimizar tiempo, recursos materiales y humanos, y para ello la adaptación de las formas resulta de gran utilidad.

4. Uno de los principales impactos de la idea de una Tutela Judicial Efectiva, sobre las formas, es que se deberán calibrar estas con una mirada que ya no será solamente como una corrección posterior (ex post) para los excesos formales, sino una mirada preventiva (ex ante), en cuanto a las posibles demoras o encarecimientos que pueda sufrir la gestión procesal.