

¿Reforma procesal o reconciliación social?

El proceso colaborativo, cooperativo y compositivo como salida del descrédito del sistema judicial.

Por José María Salgado.

1.- Introducción.

Mientras observo el horizonte esperando la llegada de Godot me pregunto sobre el objetivo de la reforma procesal en el ámbito civil, comercial, laboral y todas las otras áreas que acompañan ese movimiento legislativo que no termina de concretarse. Aclaro que en ese “no termina de concretarse” se encuentran todas las reformas que dejaron las cosas más o menos igual que antes o incluso que retrocedieron en lo que al acceso a la justicia se refiere. Confieso que mi mayor temor son los cambios que no cambian nada. Eso genera nuevas reformas, de las anteriores reformas, que siguen sin atacar los problemas basales del sistema.

El objetivo primordial en esta asignatura, que tiene varias décadas de antigüedad y que denominaré “Reforma Procesal Civil”, en la actualidad debería situarse en la reconciliación de los usuarios con el servicio de justicia. Es decir, dentro del listado de objetivos el primero, el más relevante, constituye recobrar la credibilidad en el aporte que la jurisdicción podría generar en los conflictos que está llamada a resolver¹.

Es necesario cambiar la percepción instalada que los problemas aumentarán cuando lleguen a manos de abogadas/os y juezas/ces, merced a un sistema que rehúye a la cercanía y empatía con los usuarios/os, por una lógica en la cual la intervención de la jurisdicción contribuya a poner a las personas en un lugar mejor al que se encontraban antes de que ello sucediera.

¿Cuáles pueden ser los motivos que hacen caer al sistema en un espiral refractario de los requerimientos de los justiciables? Cuatro o cinco razones pueden alcanzar para justificarlo: i) la sentencia como el modo normal de concluir el proceso, casi siempre es tardía y está desacoplada a la realidad que intenta decidir; ii) un proceso judicial tedioso y todavía burocrático, frente a una hiperinflación de conflictos con

¹ Las ideas sintetizadas en este trabajo forman parte del libro Calvo Soler, Raúl, Rojas, Jorge A., Salgado, José María, El proceso articulado, Hacia un proceso cooperativo, colaborativo y compositivo, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2022.

fisonomías cambiantes; iii) un sistema con pretensiones de erigirse en un proceso por audiencias con operadores formados para escribir, que evitan el contacto directo con la materia prima con la que tienen que trabajar, en alguna medida esto lo transforma en personas con discapacidad auditiva; iv) juezas/ces y funcionarias/os dedicados a la gestión administrativa del sistema, restando tiempo al trabajo jurisdiccional, llevar adelante las condiciones se convierte en un obstáculo para lograr los objetivos y; v) reglas de “juego” diseñadas para enfrentar a las partes, para batallar en miras a una victoria, para dañar al rival, el proceso como la mimesis de la guerra, olvidando que el objetivo no es ganar, sino solucionar el conflicto y sanar las relaciones conflictivas².

La reforma procesal, la no penal, como objeto de estudio reúne muchos aspectos y el mal funcionamiento responde a un fenómeno multicausal. Sin embargo, determinadas cuestiones deben ser abordadas de modo preeminente para comenzar a andar un círculo virtuoso, que llevará tiempo y mucho trabajo.

En este trabajo analizaré cuáles constituyen los pilares centrales a modificar para revertir esa percepción, que en muchos casos coincide con la realidad, sobre el sistema de justicia.

2.- El sistema de justicia como una política pública estable y trascendente.

¿Qué es un círculo vicioso en torno al servicio de justicia? Un espiral decadente que envuelve en cada giro un territorio cada vez más grande, aquello que funcionaba medianamente bien lo empeora, lo que funcionaba más o menos lo arruina y hace crecer la desesperanza.

¿Cuáles considero que deberían ser los objetivos prioritarios a atender? El título del acápite lo anticipa, alejar el funcionamiento del sistema de justicia de los vaivenes electorales al que está sometido. Es inviable que se planteen sucesivamente cambios sin atender a una lógica de trabajo mantenida en el tiempo, estable, orientada a la consecución de objetivos determinados y con modificaciones justificadas en el mejor desempeño del sistema como un todo que se interrelaciona con su entorno.

El sistema de justicia, en algunos aspectos clave, como el mecanismo de nombramiento y control de magistrados, se ha convertido en un campo de disputa de facciones políticas que intentan sacar ventajas, ya no hay ideologías, todo se basa en

²Calamandrei, Piero, El proceso como juego, estudio escrito en 1950 en homenaje a Francesco Carnelutti, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Vol. III, Trad. Santiago Sentís Melendo, El Foro, Buenos Aires, 1996, p.263.

alianzas para prolongar los enfrentamientos. La idoneidad del postulante pasó a un segundo plano, el control y evaluación de su desempeño está atravesada por factores políticos.

Lo propio sucede con la supervisión de la actividad de los abogados y abogadas, tanto en lo relativo a la obtención de las matrículas profesionales, como a la evaluación de su trabajo y a las eventuales sanciones de inconductas o faltas éticas en su tarea.

El corto plazo es amigo de las campañas electores y enemigo del funcionamiento del sistema. Cambiar, volver a cambiar y volver a cambiar, genera una paranoia general que desacredita la seguridad jurídica, la credibilidad, la imparcialidad, la ajenidad y tantos valores afines que debería brindar el sistema jurisdiccional. Objetivos trascendentes, mecanismos de gestión y administración independientes, transparencia y rendición de cuentas permanentes, deberían constituir los pilares de una nueva justicia.

3.- Cuando el sistema deja de servir y se convierte en un obstáculo.

El sistema funciona en base a la actividad humana. La interrelación de quienes lo integran resulta fundamental en términos de buen cumplimiento de las funciones y de la ubicación correcta de cada operador y operadora, en base a los objetivos prefijados.

Los tres primeros artículos del CCCN, agrupados en el Capítulo I, "Derecho", del Título Preliminar, siguen la tendencia iniciada con la Reforma Constitucional de 1994, conformando un ordenamiento de principios y de muy pocas reglas mediante un sistema abierto, que impone el diálogo de fuentes: Constitución Nacional, tratados de derechos humanos, finalidad de la norma, usos, prácticas y costumbres. Allí se incluyen no solo reglas, sino también principios y valores³. Se trata de un alejamiento del positivismo legalista y un acercamiento al pensamiento de la razón práctica, que se conoció también como "no positivista" o "principalista". El sistema, por su propia necesidad, interpela a los operadores y operadoras, fundamentalmente a los jueces/zas, y les impone el deber

³Alexy afirma que los principios "son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida de lo posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados". Por eso sostiene: "no se trata de normas vagas sino que con ellas se plantea una tarea de optimización. Dicha tarea es, en cuanto a la forma: jurídica; en cuanto al fondo: moral" Alexy "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", Doxa, Alicante, 1988, p. 143/144.

de interpretar. Abandona la idea de que ellos son la “boca de ley” y los obliga a subjetivizar el discurso⁴.

Bajar los principios a la aplicación concreta tiene como premisa que las reglas nunca serán suficientes para permitir la realización de los derechos y para resolver todos los conflictos que se susciten. Los jueces/zas deben ubicarse en el lugar correcto para poder atenderlos y para crear reglas de aplicación a los casos concretos, como un modo de realización práctica.

¿Es posible constitucionalizar el derecho privado por el sistema de fuentes, sin hacer lo propio con el derecho procesal?

La tarea queda a mitad de camino si el instrumento para la realización de los derechos sustanciales responde a una lógica diversa a la requerida en los ordenamientos citados. La articulación de lo procesal con el sistema principialista, implica modificar estructuras y modalidades de trabajo. En lo que aquí me interesa, que es marcar los aspectos fundamentales sobre los cuales asentar el sistema, implica la necesidad de contar con un juez presente, visible y tomando decisiones jurisdiccionales que sirvan a la pacificación de los conflictos. La solución dirimente y retributiva, que es el objetivo del sistema adversarial vigente, no es la única función a la que está llamada la jurisdicción. Muchos conflictos requieren otro tipo de atención, mediante la utilización de la función compositiva o restaurativa.

Distintos cambios pueden hacerse para lograr esos objetivos de cercanía entre la jurisdicción y el conflicto. Liberar a los jueces de la burocracia de la gestión y situarlos de cara al conflicto para que tomen las decisiones pertinentes, es quizás la más relevante. La oficina judicial u oficina de gestión, que los abastezca de casos en condiciones de ser abordados es una opción distinta de hacer las cosas, de organizar los componentes del sistema de justicia que permitirá superar estructuras de trabajo heredadas, adecuadas quizás en la etapa fundacional del Estado, pero que carecen de sentido en los entornos urbanos actuales.

4.- Yo colaboro, tú colaboras, él colabora, todos colaboramos.

⁴ Rojas, Jorge A., Moreno, Romina S., ¿Principios o límites en materia probatoria en el Código Civil y Comercial de la Nación?, Revista de Derecho Procesal, Año 2016 – 2, La prueba en el Código Civil y Comercial de la Nación Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 71/88.

La tendencia hacia plasmar un proceso con un objetivo compositivo, con reglas cooperativas que alienten la colaboración debe tener un correlato dentro del sistema. Es insuficiente enunciar principios, reclamar el deber de decir verdad o exigir buena fe procesal, es necesario trascender de lo enunciativo y conectar los principios con regulaciones concretas que tengan esos objetivos.

Bajo las reglas actuales el trabajo del abogado/a, aún aquellos respetuosos de la ética y la buena conducta, consiste en distorsionar el conflicto y adaptarlo a los requerimientos del caso a efectos de intentar tener éxito en su faena. Esas reglas conducen a dar batalla a la parte contraria, acometer en su contra de diversos modos para que la endebles del agonista le dé la victoria y aprovechar al máximo las reglas del sistema para arrinconar al contrario.

El juez o jueza recibe el conflicto procesado bajo la licuadora de la adversariedad, relatos opacos, falta de evidencia, afirmaciones ambiguas, medios de prueba innecesarios, demandas plagadas de equívocos, posturas petrificadas que impedirán cualquier reconfiguración de la situación. Se ha abandonado el conflicto originario, ahora el caso ha escalado las posturas de las partes y el destino normal de conclusión del proceso será una sentencia postrera, en general de espaldas a la realidad de que debe ocuparse. Cuanto más dinámico es el conflicto, más desajustada es la decisión.

Las opciones que presenta el sistema de gestión de los conflictos transforman lo que supuestamente constituyen objetivos de realización en algo racionalmente inviable. Los operadores están determinados por las reglas para actuar de esa forma.

Motivos históricos determinan que el proceso civil esté diseñado bajo un esquema puramente contradictorio, donde lo primordial es garantizar la posibilidad de enfrentamiento, con la finalidad de persuadir a un tercero que cada parte tiene razón.

La demanda en el sistema procesal de origen romanista, con el que usualmente comienzan los procesos en nuestra región, está diseñada como un acto procesal complejo. Es necesario formular la pretensión, efectuar un relato pormenorizado de los hechos en los que se basa el planteo, señalar los medios de prueba mediante los cuales se le dará sustento y acreditará el relato, acompañar la prueba documental e identificar a los sujetos contra los cuales se formula la demanda. Cuando el demandado quede notificado del traslado, por regla general y como parte de la herencia histórica de la *litiscontestatio* romana, aquella ya no podrá ser modificada.

El demandado, conociendo las reglas del sistema, puede escoger diversas estrategias, algunas sustentadas en defensas sustanciales y otras en el aprovechamiento de las ventajas que las reglas de la preclusión le brindan ante cualquier error u omisión del actor. Sabiendo que esto es así, tampoco puede razonablemente esperarse que antes el actor asuma una conducta colaborativa, franca y constructiva en relación al conflicto, sino más bien ambigua, opaca y con estrategias de fuga ante las distintas hipótesis defensivas que se pueden presentar.

A esas conductas, alejadas de la colaboración en la solución del caso, se agrega que muchas veces es incierto que el resultado de la prueba, no se sabe si su producción responderá a sus expectativas y si eso no sucede, la construcción del caso se desmoronará. La pretensión se enuncia sin conocer los hechos, cuando la lógica indica que debería ser al revés. Frente a la evidencia es más sencillo, en esquemas racionales, acordar sobre las conductas a seguir para superar el conflicto.

¿Es lógica la secuencia que nos proponen los actos iniciales del proceso civil?; ¿en qué medida se puede modificar este aspecto con las diligencias preliminares o con la prueba anticipada?; ¿Se podría trabajar de otro modo?;

5.- Un sistema cooperativo, actitudes colaborativas y objetivos compositivos.

Si hay acuerdo en el objetivo central para reconciliar el servicio de justicia con el usuario, es necesario hacer todo de otro modo. Los principios son bien conocidos, buena fe, cooperación, celeridad, debido proceso, etc. ¿Cómo llevarlos a la práctica?

Falcón ha trazado un camino en este tema que ayuda a distinguir, por ejemplo, que el debido proceso puede ser respetado tanto bajo un sistema de pura guerra, como de pura cooperación. Dependerá como se ordene la secuencia de trabajo para abordar los conflictos de distinta manera⁵.

Los principios son las directivas u orientaciones generales en que se funda cada ordenamiento jurídico procesal, y por tanto son fuentes del derecho. Esas líneas emanan de distintos orígenes: i) derivan o se asientan en los principios constitucionales del Estado tomado como imperativos de una filosofía política en su formación, las

⁵ Falcón, Enrique M., Tratado de Derecho Procesal. Parte General. Volumen I. Tomo I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 505 y sgts.

disposiciones de la carta magna y de los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la CN) y son derivaciones lógicas de ella; ii) otros derivan de reglas sociales mayormente admitidas, que a veces pueden ser receptadas por la legislación, aunque siempre son presupuestas por ésta y; iii) aquellos fundados en principios lógicos o científicos, es decir, sin tanto apego a lo jurídico pero con igual importancia como pauta rectora.

Los principios procesales marcan un recorrido sobre el cual se establecen las reglas del sistema. Su nota determinante es la unipolaridad, sólo es concebible ese punto de partida, sin que pueda tomarse como válida su versión opuesta. Los sistemas procesales, en cambio, son un conjunto de actos y elementos interrelacionados, destinados al cumplimiento de un objetivo; son los mecanismos para procesar los conflictos, bajo condiciones determinadas. Allí convergen distintas posibilidades de tratamiento, que responden a opciones que pueden tomarse dentro de un menú de posibilidades. Dichas elecciones deben tomar en cuenta el contexto cultural, económico, político, social, tecnológico, etc., en que será aplicado el sistema y con el cual interactuará recibiendo –en este caso- sus conflictos y brindará respuestas en un tiempo y con una calidad esperada, que son los resultados. En este caso se trata de opciones binarias que, como regla general en la práctica, se presentan de modo mixtas.

Los principios y los sistemas responden a focos de análisis muy diversos, así como los son los aportes que desde cada uno de estos campos se puede enriquecer la ciencia procesal.

En el sistema de adversarios se premia al ganador, en el mejor de los casos, ya que una respuesta tardía o deficitaria convierte a todos en perdedores –partes, abogados/as, jueces/zas y sociedad-. Se concentra el relato los hechos en los que se basa la pretensión, se traslada la demanda, para que el emplazado los niegue uno a uno y haga lo mismo con los documentos que se le atribuyan. La primera etapa del proceso ordinario no puede ser más hostil. Trata todos los conflictos por igual, otros sistemas más abreviados (sumarios, sumarísimos, incidentes) participan de la misma lógica. La inserción de las partes en el proceso se hace un escenario nada proclive a generar en ellas un ánimo de superación del conflicto, sino más bien a recrudecerlo. Hasta resulta ilógico que, luego de haber negado los hechos, el acto subsiguiente sea la búsqueda de

una conciliación. Frente a determinados conflictos, familiares, colectivos, de derechos fundamentales, etc., otro tipo de molde es necesario.

¿Cómo hacer que los abogados/as decidan que colaborar es mejor que enfrentar?, ¿Qué poner las cartas sobre la mesa es más aconsejable que ocultar la prueba o los argumentos?

Organizar e interrelacionar los elementos del sistema con otro perfil: comenzar el proceso con una audiencia, escuchar a las partes antes que tengan que jugar sus cartas bajo el sistema preclusivo; generar un ámbito interdisciplinario antes de fijar posturas irreductibles; convocar a actores del conflicto que puedan colaborar en la búsqueda de soluciones. Las formas pueden adaptarse para evadir el molde retributivo cuando el conflicto lo haga necesario⁶.

Un aspecto bastante notorio, que parece tener continuación en los proyectos de reforma más actuales, es mantener una regulación casuística de los supuestos en los que proceden las diligencias preliminares propias del derecho antiguo. En un contexto en el que se postula que la regulación no es taxativa, no advierto que ese sea un camino adecuado, máxime con un arrastre jurisprudencial de profunda restricción en la aceptación de mostrar la evidencia antes de ingresar en la discusión como un modo de racionalizar el proceso. Es posible reconfigurar la lógica consistente en que la formulación de la pretensión, la enunciación exhaustiva de los hechos y el ofrecimiento de los medios de prueba queden concentrados en la primera fase del proceso sin posibilidad de modificarlos en el futuro cuando los hechos ya no estén controvertidos.

Por varios motivos, principalmente el dinamismo actual de los conflictos, la necesidad de incorporar modelos de trabajo restaurativos, situar a los jueces en contextos en que puedan brindar con intermediación soluciones a los casos aplicando principios de derecho sustancial en un sistema de pocas reglas, sumado a un proceso que se prevé será por audiencias, conlleva a la necesidad de un sistema permeable al surgimiento de eventualidades -argumentos, pruebas y líneas de trabajo- en las fases posteriores, durante las audiencias. Todo ello hace aconsejable racionalizar la etapa

⁶ Priori Posada, tomando el término de Zagrebelsky, se refiere al proceso dúctil como aquella necesidad de que sea flexible, de modo que el juez pueda –además de tener la obligación de hacerlo- de adecuar las formas procesales a las necesidades de la tutela jurisdiccional. Priori Posada, Giovanni, El proceso y la tutela de los derechos, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2019, p. 50.

inicial y desestructurar el molde sumamente rígido, por otro que permita preclusiones en etapas desconcentradas y conectadas con las secuencias orales correspondientes.

El cambio conceptual consiste en ampliar el foco de los actos preliminares de conocimiento y pasar de los objetivos preparatorios y asegurativos, a un ámbito que incluya la posibilidad de evaluar las chances de éxito del reclamo mediante el sinceramiento y la puesta al descubierto de los elementos probatorios desde un comienzo.

Esta tarea involucra varios aspectos, en general, indispensables. La buena fe y la cooperación entre las partes para poner sobre la mesa las pruebas disponibles desde un comienzo deben generarse a través de los incentivos adecuados, tales como beneficios en los costos del litigio o sanciones ante eventuales ocultamientos de información, planteos impropios y/o dilatorios.

El rol del abogado/a cooperador es central, por lo que el control de su tarea también debería serlo. El juez/a debería trabajar sobre los casos asumiendo un rol de manager de la tarea a desarrollar, controlando las conductas patológicas a fin de evitarlas y resguardando el debido proceso. La estructura y contenido de los actos procesales también tendría que ser adaptada a la propuesta, generando una actividad más dinámica y flexible en el acceso a la jurisdicción, con actos de iniciación menos articulados y complejos, también más amigables al contener menos cargas procesales, como la negativa particular de los hechos o la oposición de excepciones o defensas. En particular deberán analizarse otras cuestiones como la delimitación de los conflictos susceptibles de ser abordados de esta forma, los mecanismos de comunicación extrajudicial, las obligaciones particulares de las partes, sus abogados, la designación de los peritos, sus honorarios, el sistema de costas, honorarios, entre otras reglas que deben transformarse.

Los beneficios esperables mediante la forma de trabajo descrita consistirían en lograr un mayor porcentaje de acuerdos de modo previo a la audiencia de vista de causa y al desarrollo del proceso en sede jurisdiccional. La disminución de los costos generales e individuales que irroga el proceso. Mejorar la igualdad en el acceso a la información y evitar las sorpresas de la falta de conocimiento de los hechos al deducir la pretensión y, posteriormente, facilitar al tribunal un trabajo más preciso y depurado al comenzar el debate proceso.

6.- Cierre.

La reforma del proceso civil debe centrarse en los elementos que acerquen el sistema de justicia a los usuarios como un servicio comunitario. Los ejes principales de del cambio estructural son: i) tomar el servicio jurisdiccional como una política estable a lo largo del tiempo en el que se prioricen objetivos trascendentes, mecanismos de gestión y administración independientes, transparentes y con rendición de cuentas permanentes; ii) reorganizar los componentes del sistema de justicia para superar modelos de trabajo heredados que superen la delegación e invisibilización de los jueces/zas y permitan gestionar los conflictos de modo adecuado; iii) implementar una serie de reglas tendientes a favorecer actitudes colaborativas, en un sistema cooperativo que privilegie la composición como objetivo primordial.