



Principios, reglas y sistemas: hacia un proceso civil maleable

Principles, Rules, and Systems: Towards a Malleable Procedure

José María Salgado

Profesor de derecho procesal en la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Nacional José C. Paz

Contacto: jm_salgado@hotmail.com

Resumen

El autor defiende que la adaptabilidad de las formas es una variante mixta entre los sistemas de legalidad e informalismo y no propiamente un principio rector del proceso. Así, de incorporarse en los sistemas procesales, aquella serviría como herramienta al juez para que pueda desempeñar mejor su función creativa y sanadora del proceso.

Palabras clave: Adaptabilidad, sistemas procesales, principios

Abstract

The author argues that the adaptability of forms is a mixed variant between the systems of legal formalism and informalism, and not strictly a guiding principle of the process. Thus, if incorporated into procedural systems, it would serve as a tool for the judge to better perform their creative and remedial functions in the process.

Key words: Adaptability, procedural systems, legal principles

Recibido: 15 de octubre de 2021 / Aprobado: 31 de marzo de 2022



Principios, reglas y sistemas: hacia un proceso civil maleable*

José María Salgado

1. Introducción

Desde el punto de vista evolutivo, mucho se ha trabajado para que las formas procesales no primaran sobre los derechos sustanciales. Sin embargo, el llamado principio de legalidad de las formas es el que impera en la legislación¹. De algún modo eso significa que la rigidez de la estructura procesal difícilmente se amolde a la necesidad del conflicto sustancial.

Dice PALACIO, refiriéndose a la legalidad de las formas, que excluye la posibilidad de que las partes convengan libremente los requisitos de lugar, tiempo y forma a que han de hallarse sujetos los actos procesales requiriendo, por lo tanto, que aquellas se atengán a los requisitos que determina la ley². Aunque reconoce que dicho principio está limitado por la existencia de las llamadas normas procesales optativas o dispositivas, de cuya aplicación cabe prescindir cuando existe acuerdo de partes, sea expreso o tácito por no denunciar su incumplimiento (v.gr. nulidad procesal).

* Texto previamente publicado bajo el siguiente título: "Adaptabilidad de las formas procesales", en *Revista de Derecho Procesal - Los principios procesales*, 2020-1, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 87-102.

¹ DÍAZ (1968: 225).

² PALACIO (1975: 293).

Los recaudos de modo, tiempo y lugar hacen que el proceso sea un método de debate ordenado, secuencial, lógico y racional destinado a obtener la solución del conflicto³. Existe cierta ambigüedad en hablar de formas de los actos procesales y formas del procedimiento. CHIOVENDA clasificaba las normas procesales entre sustanciales y formales, de acuerdo a que aquellas regulen una figura procesal que conceda una acción determinada, propia de su concepción concreta de la *actio*. Explicaba que las formas son indispensables para asegurar el orden del debate, los derechos de las partes y la justicia de la sentencia; su cumplimiento se traduce, evidentemente, en una pérdida de tiempo y, a veces su inobservancia produce la pérdida de un derecho. Todo ello es el precio que el ciudadano paga por su libertad. “Se requiere, de un lado, que las formas sean pocas, simples, rápidas; se quiere, de otro lado, que no quiten nada a la amplia discusión de las razones de las partes; lo ideal está en el equilibrio de estas dos exigencias”⁴.

Que el proceso se sujete a reglas preestablecidas, explica ALSINA en una línea muy similar, es necesario por la lealtad del debate, la igualdad en la defensa y la rectitud en la decisión. La intervención del Estado en un litigio se hace bajo ciertas condiciones que no pueden quedar libradas al arbitrio de los contendientes. El desarrollo del proceso, para evitar que el litigante sorprenda a su adversario, habrá de establecer diversos requisitos, en las notificaciones, en los plazos para la defensa, en la lealtad de los debates, en la actuación de los jueces, en el derecho de impugnación de las partes, etc. Tienen, a la vez, el inconveniente de demorar los procesos, elevando su costo, y cuando son excesivas las reglas, los términos se invierten, el derecho material o de fondo para cuya realización han sido establecidas resulta sacrificado. Dos son los intereses a conciliar en esta materia: celeridad y segu-

³ COLERIO (1990: 465).

⁴ CHIOVENDA (1949: 123-154).

ridad. “Por una parte, el actor desearía que el proceso tuviera resolución en el plazo más breve posible, reduciendo el conocimiento del juez a una simple información sumaria; en tanto que el demandado reclamará la mayor amplitud para el ejercicio de la defensa y estimará lesiva para sus intereses cualquier restricción a este respecto. Frente a ellos el interés de la sociedad exige que la decisión del juez sea justa para que lleve a cabo su función social y restablezca el orden jurídico”⁵.

PALACIO también diferencia las normas procesales formales refiriéndose a aquellas que regulan lugar, tiempo y forma, y materiales a las que se refieren a los requisitos de capacidad y legitimación. Luego adhiere a la clasificación que distingue normas estrictas o rígidas y flexibles o elásticas. Señalando que, si se distingue entre necesarias y optativas, se presupone la admisibilidad o no de prescindir lisa y llanamente de la norma, cuando la otra clasificación refiere a la posibilidad de una mayor dosis de libertad o arbitrio en que las normas acuerdan en general a los órganos estatales de aplicación⁶.

La revisión de los autores clásicos indica que la doctrina, al abordar el tema de las formas procesales, se inclinaba por definir la legalidad e indisponibilidad, dejando en un lugar residual la posible modificación de aquellas. Como puede advertirse, el “principio” de legalidad de las formas, deja abierta como una opción menor y algo olvidada la posibilidad de cambiarlas o adaptarlas. Lógicamente, adaptar las formas a las necesidades de los conflictos era una hipótesis poco abordada o, al menos, trabajada con menor ahínco en comparación con la legalidad que predominaba y predomina. Mucho tiempo transcurrió desde que fueron escritas aquellas consideraciones citadas, por lo que cabe formular algunos interrogantes y nuevas reflexiones de cara a las exigencias actuales.

⁵ ALSINA (1956: 617-620).

⁶ PALACIO (1975: 37).

¿Libertad de las formas es igual a adaptabilidad? ¿Es un principio procesal? ¿Es novedoso hablar de la adaptabilidad? ¿En qué momento la doctrina comenzó a analizar la disponibilidad de las formas? ¿Cuándo una forma puede adaptarse? ¿En qué contexto puede hacerse? El Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial elaborado para el sistema nacional argentino, en el “Título preliminar. Principios” incluye, en el art. 9º, lo siguiente: “Adaptabilidad de las formas procesales. El juez podrá adaptar las formas procesales, sin vulnerar el debido proceso legal, de oficio o a petición de parte”. Desde este punto de partida, cuya necesidad no es exclusiva de un contexto jurídico particular, sino compartida por una compleja realidad globalizada, hiper conectada —hasta la toxicidad—, efímera y líquida en sus puntos de apoyo, revisaremos algunos aspectos de la cuestión a efectos de mensurar la dimensión y posibilidades que un enfoque menos rígido del ordenamiento procesal puede llegar a proveer, hasta —quizás— volverse necesario.

2. Sistemas y principios

¿La legalidad de las formas es un principio o un sistema? FALCÓN ha trazado una división sobre el tema que no puede ser desconocida y que diferencia los principios de los sistemas⁷. No se

⁷ FALCÓN marca el nacimiento de la Teoría General de los Sistemas en 1969 cuando von Bertalanffy escribió la introducción de un libro –continuación de su artículo “Problemas de la vida”, donde afirma que era necesaria una nueva filosofía que pensara en los sistemas (FALCÓN, 2003: 181). Von Bertalanffy refiere que durante el primer año del *Center for Advanced Study in the Behavioral Sciences* (Palo Alto), se encontraron Boulding, el biomatemático A. Rapoport, el fisiólogo Ralph Gerard y él mismo. En la reunión anual de la *American Association for the Advancement of Science* de 1954 cuajó el proyecto de una sociedad dedicada a la teoría general de los sistemas. Sus propósitos y funciones principales son: 1) investigar el isomorfismo de conceptos, leyes y modelos en varios campos y fomentar provechosas transferencias de un campo al otro; 2) estimular el desarrollo de modelos teóricos adecuados en los campos que carecen de ellos; 3) minimizar la repetición de esfuerzo teórico en diferentes campos; 4) promover la

trata de una clasificación, sino de una perspectiva que demuestra que muy poco tienen que ver unos con otros, no obstante que tradicionalmente la doctrina, en general, los reúna bajo la noción de principios⁸.

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 tomados como imperativos de una filosofía política en su formación, las disposiciones de la carta magna y de los tratados internacionales con jerarquía constitucional 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 esta y; iii) aquellos fundados en principios lógicos o científicos, es decir, sin tanto apego a lo jurídico pero con igual importancia como pauta rectora.

Entonces, puede decirse que los principios procesales son puntos de partida sobre cuya base se elabora un sistema determinado. Dicho de otra manera, la forma en que el proceso se estructura debe respetar la vigencia de los principios al elaborar las reglas de trabajo. Su nota determinante es la unipolaridad, es decir que solo es concebible ese punto de partida, sin que pueda tomarse como válida su versión opuesta. Veamos algunos ejemplos: buena fe, moralidad, economía, bilateralidad y congruencia son principios aceptados como rectores de los sistemas procesales, nadie sostendría —en cambio— que el proceso puede ser guiado con mala fe, inmoralidad, dispendio de recursos, sin escuchar a la contra parte y/o con incongruencias entre sus actos.

unidad de la ciencia mejorando la comunicación entre especialistas. Cfr. VON BERTALANFFY (1995).

⁸ FALCÓN (2018: 505 ss.).

Los sistemas procesales⁹, 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 y que se orientan en la búsqueda de diversos objetivos. Dichas decisiones 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. Estos pueden o no coincidir con los objetivos buscados con su implementación. El sistema de control informará sobre ello y el de retroalimentación propondrá los cambios necesarios para la optimización y mejora, como una actividad continua.

En contraposición con los principios, aquí disponemos de una relación binaria, (*v. gr.* oralidad o escritura) que, como regla general en la práctica, se presenta de modo mixto. Esto significa que no hay un proceso totalmente oral o enteramente escrito, sino que ambos sistemas se combinan en la realización de la sucesión de actos procesales, escritos u orales, que se registran en actas, filmaciones y/o audios.

Observar al proceso como un sistema, es abandonar la idea de que el todo es la sumatoria de sus partes e intentar establecer, en cambio, relaciones fructíferas entre los componentes que lo hacen funcionar, puesto que la secuencia e interacciones modificará el resultado. El planteo, entonces, consiste en asumir que el conjunto es el modo en que sus componentes interactúan y de ello dependen sus funciones.

⁹ Esta teoría emerge ante la incapacidad de las teorías analítico-aditivas de la ciencia clásica para enfrentarse a problemas teóricos de las ciencias biosociales y a los problemas prácticos planteados por la tecnología moderna.

Este paradigma permite explicar y comprender de una mejor manera los fenómenos sociales. En este caso, el servicio de justicia ajustado a un entorno sociocultural, económico y político determinado. La instauración de un modelo o sistema de enjuiciamiento civil comienza con el planteo de los objetivos a conseguir, con los medios, los insumos y las estrategias a utilizar y con el trazado de un recorrido.

En ese contexto, se advierte que el estudio de los principios y los sistemas responden a focos de análisis muy diversos, así como lo son los aportes que desde cada uno de estos campos se puede enriquecer la ciencia procesal. Lo relevante, entonces, es no confundir directriz con mecanismo, ya que podríamos olvidar que algo puede hacerse válidamente de un modo diferente –a veces mejor–, así como que ciertas prácticas o modalidades terminan olvidando y/o borrando determinados puntos de partida cuyo desconocimiento pone en cuestión su constitucionalidad, es decir, la validez de la regla de trabajo.

En el tema que estamos analizando, es menester referirse a la “adaptabilidad de las formas” como una posibilidad dentro del sistema. El eje binario, en este caso, sería la legalidad de las formas en un polo y la informalidad, es decir, la ausencia absoluta de formalismo, en el otro. Ya CALAMANDREI lo decía en estos términos:

“La determinación de los modos con los cuales deben ser realizados y deben ser ordenados en serie los actos que componen el proceso (modos que se comprenden bajo la denominación de “formas procesales”), puede llevarse a cabo según dos sistemas, abstractamente concebibles como contrapuestos: el de la *libertad de las formas procesales* y el de la *legalidad de las formas procesales*”¹⁰.

La adaptabilidad, entonces, resultaría una versión mixta o intermedia entre ambos sistemas.

¹⁰ CALAMANDREI (1996: 319).

3. Vencer al formalismo

¿Por qué hablar de adaptabilidad parece una novedad? Históricamente, el sistema procesal se inicia bajo una impronta formalista de carácter simbólico y religioso, pues eran los sacerdotes quienes tenían el monopolio del conocimiento del derecho. Tanto las *legis actiones* y luego el proceso formulario, que básicamente constituyan fórmulas solemnes y sacramentales indispensables para realizar cualquier acto procesal, constituyan sistemas con formas rígidas, en las que sustancia y proceso no encontraban líneas de separación¹¹. Desde la fase proceduralista, cuyos resabios llegan hasta la actualidad, con fuerte dependencia del derecho material, se ha transitado lentamente un largo camino hacia descascarar las formas superfluas de aquellas necesarias, que son las que arropan garantías.

Carlos Alberto Álvaro de OLIVEIRA nos habla del viraje a diferentes épocas en lo relativo a las formas: primero surgió el instrumentalismo¹², en el que el proceso es comprendido como un medio de realización del derecho material bajo un esquema de aplicación positivista de las normas y luego el conceptualismo valorativo, en el que el proceso además de la técnica, comienza a visualizarse como un fenómeno cultural, cobrando relevancia los valores constitucionales y los derechos fundamentales en miras a la concreción de la justicia material, con un modelo de juez cooperativo propio de un modelo de democracia participativa¹³.

Sin embargo, aunque el formalismo fue y es justamente criticado cuando se convierte en rito vacío de contenido, la legali-

¹¹ PRIORI POSADA (2019: 18-21).

¹² La noción aparece claramente en el sistema de nulidades procesales incorporado en la reforma del ordenamiento procesal civil nacional en 1967, conforme la cual el acto -no obstante tener irregularidades formales o carecer de requisitos- no habrá de ser declarado nulo si cumplió con la finalidad a que estaba destinado (art. 169).

¹³ OLIVEIRA (2007: 20-23).

dad de las formas, el respeto por las reglas preestablecidas por el ordenamiento jurídico, tienen una importante función de garantía: limitan la actividad jurisdiccional y el libre arbitrio de los jueces. Es que al no poder realizar la tarea de cualquier manera y al regular de modo anticipado el tiempo, lugar y modo en que el juez y las partes deben exteriorizar su voluntad, dan previsibilidad y certidumbre a los trámites, así como estabilidad a las actuaciones judiciales. Disciplinan el desorden del conflicto, pautan un comportamiento reglado, evitan discrecionalidades y garantizan la igualdad, el derecho de defensa y la imparcialidad del juez.

Leamos este párrafo que nos da noticias viejas sobre cómo debemos auscultar las formas para saber si tienen sobrevida: “El estudio de las formas judiciales debe tener por objeto principal el examen de los orígenes de cada una de las razones que determinaron su introducción y de los diversos factores de sus transformaciones; la confrontación de los resultados de tal investigación con las condiciones del tiempo en que viven y sobreviven, para deducir de ella los criterios de innovación e interpretación”. Es un extracto de un trabajo de CHIOVENDA escrito en el año 1901¹⁴.

El párrafo nos habla de las situaciones a las que estamos expuestos. El formalismo ciego, que se genera por mantener reglas antiguas sin constatar su utilidad, conlleva teatralizar situaciones carentes de objeto y a la pérdida de la razón de ser del molde legal, algo bastante habitual en ordenamientos pensados para otro mundo, no para el actual. Tener un proceso antiguo en un mundo etéreo es también complejo desde su propia concepción. En un tiempo donde todo cambia constantemente, la idea de mantener reglas fijas para dar previsibilidad y seguridad puede quedar fácilmente desacreditada por no amoldarse a la realidad y a las necesidades y exigencias de los usuarios del sistema, acostumbrados —cada vez más— al uso de la tecnología para resolver

¹⁴ CHIOVENDA (1949: 129).

sus problemas; y que razonablemente se preguntarán, por qué en materia jurisdiccional la cuestión debe ser diversa.

CALAMANDREI ya advertía sobre una posibilidad similar a la proyectada, “entre los dos sistemas de la legalidad y de la libertad, se introduciría un tercer sistema que se podría llamar de la disciplina judicial de las formas, según el cual las formas procesales no se dejarían sin regulación al arbitrio de las partes, sino que estarían sujetas en todo procedimiento a las reglas especiales fijadas, caso por caso, por el mismo juez ante el cual el proceso se inicia”¹⁵.

El sistema actual del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en Argentina, señala BERIZONCE, en una lectura estricta, resulta muy acotado en la concesión a los jueces de poderes ordenatorios¹⁶, lo que no ha impedido la creación interpretativa de nuevas herramientas, con sustento “... en las garantías fundamentales del debido proceso, primero –doctrina de la arbitrariedad de sentencia por excesivo rigor formal– y de la tutela judicial efecti-

¹⁵ CALAMANDREI (1996: 323).

¹⁶ “Así en las tercerías (art. 101 CPCN); en la acción meramente declarativa (art. 322); en la determinación de los daños y perjuicios derivados de las medidas cautelares (art. 208); o en el trámite de la ejecución de sentencia en supuesto de condena a entregar cosas que no puede cumplirse (art. 515); en la liquidación de sociedades, incluida la determinación del carácter de los bienes de la sociedad conyugal (art. 516, 514). En las causas iniciadas en ejercicio de los derechos de consumidores o usuarios regirán las normas del proceso de conocimiento más abreviado, a menos que a pedido de parte el juez por resolución fundada y basada en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado (art. 53, Ley 24.240, texto Ley 26.361). En esos supuestos, corresponde al juez señalar en la primera providencia instructoria cuál ha de ser la vía o tipo procesal por la cual se canalizarán dichas pretensiones, preservando naturalmente la garantía de la defensa. La habilitación que proviene de la propia ley procesal resulta acotada, en cuanto las atribuciones del juez se limitan a escoger una de entre las distintas vías normadas. No puede determinar una diversa ni, tampoco, articular un procedimiento abierto innombrado con el solo argumento que lo considera más apto para el logro de las finalidades perseguidas” (BERIZONCE, 2011: 1144).

va, después, (lo que) permite aseverar que el principio de adecuación judicial de las formas, en los márgenes y con las limitaciones que hemos de ver, integra el sistema formal argentino". Todo ello derivado del reconocimiento del derecho fundamental a la tutela judicial eficiente, luego de la reforma constitucional de 1994, lo que "ha impuesto un replanteo general de los pilares en que se sustenta todo el Derecho Procesal, en especial, las teorías de la jurisdicción, la acción y el proceso, con virtualidad directa sobre el régimen de las formas procesales"¹⁷.

La concreción legislativa de la tendencia anunciada por OLIVEIRA y BERIZONCE vendría a tener recepción, más allá de los loables esfuerzos pretorianos, en las facultades otorgadas en el art. 9 del Proyecto de CPCC, para que los jueces decidan adaptar las formas cuando lo consideren necesario. Es claro, que la utilización de la opción mixta de la adaptabilidad, en medio de un sistema en el que rige la legalidad, debe hacerse respetando principios rectores como la igualdad, la defensa y la imparcialidad que conforman el debido proceso.

Hablando de adaptabilidad de las formas, podemos proyectar la mirada más allá de la solución *ad hoc*, necesaria en un caso particular, que podría ser la primera idea que emerge de la lectura del precepto proyectado. Hagamos un poco de futurismo e imaginemos el proceso como una aplicación en nuestro celular, que nos permita "chatear" los actos, enviarle *memes* y *emojis* a la parte contraria y quizás al propio magistrado, como formas de expresión de nuestros mensajes¹⁸. La verdad es que no sabemos si realmente ese será el cambio que se avecina, pero pocas dudas deberíamos tener que, seguramente, esos u otros senderos nos depositarán en lugares más parecidos a esa descripción, que al

¹⁷ BERIZONCE (2011: 1144)

¹⁸ Ver el caso del Juzgado Civil y Comercial nº 2 de Azul, Provincia de Buenos Aires, Argentina, que implementó un sistema de notificaciones mediante el uso de mensajería instantánea, WhatsApp.

proceso pseudodigital con el que contamos –en algunos lugares–, en el que las presentaciones se hacen de modo remoto y se consulta la causa por Internet. ¿Estamos pensando en las formas procesales como algo dinámico, que debe *aggiornarse* a un ritmo parecido al que se cargan las nuevas configuraciones en nuestros teléfonos celulares? En el ámbito de los sistemas, como lo mencionamos, los mecanismos de control y retroalimentación se ocupan de estos aspectos vitales.

En Argentina, una expresión notable de la jurisdicción creando, más que adaptando, formas y estructuras procesales es la Acordada 12/2016 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación relativa al Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos¹⁹. Totalmente legítima en vista a la mora injustificable de Poder Legislativo, igualmente necesaria para brindar abrigo al debido proceso colectivo. Criticable, desde una mirada exegética, por no contar con la delegación legislativa correspondiente. Sin embargo, ¿qué aprendizaje tenemos detrás de esa secuencia? Muchas veces los usuarios y los operadores conocen mejor las necesidades e inconsistencias del sistema que el propio legislador. Además, sus intereses son distintos, pues están enfocados, mayormente, en la utilidad y la optimización de los medios. Es posible que la cambiante dinámica actual nos obligue a pensar que ciertas cuestiones deben ser delegadas por el legislador para buscar la fluidez necesaria en su utilización²⁰.

¹⁹ SALGADO (2016).

²⁰ Tal como sucedió con la Ley 26.685: “Art 1º — Autorízase la utilización de expedientes electrónicos, documentos electrónicos, firmas electrónicas, firmas digitales, comunicaciones electrónicas y domicilios electrónicos constituidos, en todos los procesos judiciales y administrativos que se tramitan ante el Poder Judicial de la Nación, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales”. Y, también: “Art. 2º — La Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Consejo de la Magistratura de la Nación, de manera conjunta, reglamentarán su utilización y dispondrán su gradual implementación”.

Clarificar que la mayor o menor formalidad es una regla que responde a un sistema y no a un principio, permite también comprender cómo el tránsito a la desformalización del proceso fue, justamente, hacer prevalecer los principios sobre normas que los desconocían; y poder idear un sistema que respete dichas directrices, leídas con una mirada actual en lo que respecta a su contenido, y que se ajusten al contexto cultural del siglo XXI.

El movimiento hacia un lenguaje claro nos muestra que se puede ser respetuoso sin locuciones sacramentales y es también, en esta materia, parte de un camino hacia la desformalización²¹. Los ritos, siempre en crisis, deberían llevarnos hacia mecanismos dinámicos, con los que podamos estar seguros que se procura la mejor solución posible al conflicto y que aquella, muchas veces, pasa por crear nuevos valores a partir del proceso, de modo que se supere la opción dirimente en la que está pensado el sistema de la legalidad de las formas.

4. *Conflictos, formas y proceso*

El contexto jurídico actual también es indicativo de la necesidad de contar con la posibilidad de adaptar las formas a la necesidad de conflicto. En efecto, la reforma constitucional de 1994 operada en Argentina que, si bien nació en medio de necesidades reeleccionarias del titular del Poder Ejecutivo, pudo incorporar a partir del Pacto de Olivos una serie de contenidos necesarios. Fundamentalmente la inclusión en el bloque de constitucionalidad de los tratados internacionales de derechos humanos y la ampliación de la base de derechos de un modo notable. Además, se incorporó el derecho al medio ambiente, de los consumidores, de género, el amparo, los derechos de incidencia colectiva, los derechos indígenas, etc. También se diseñó un nuevo mapa de poder generando nuevos actores antes desconocidos en el orden constitucional, como el Consejo de la Magistratura, el Defensor del Pue-

²¹ TAU (2019: 56-94).

blo, la Auditoría General, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, etc.

Es una constitución de principios y muy pocas reglas, que no fija el modo en que los nuevos derechos se van a plasmar en su convivencia con los viejos; y tampoco determina cómo deben ser resueltas las disputas por el poder²². Es por ello que, aún hoy, existen una serie de conflictos no resueltos, como la coexistencia de derechos individuales y colectivos, el manejo de los fondos del Poder Judicial por la CSJN o por el Consejo de la Magistratura; la coparticipación federal; el traspaso de las instituciones de la órbita nacional a la Ciudad de Buenos Aires o el modo en que debe ser seguida la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otras cosas.

Los 20 años que transcurrieron hasta la sanción del Código Civil y Comercial (CCC) fueron de profundos cambios sociales, especialmente en la dinámica de las relaciones, en la velocidad con que mutan, en la conformación familiar, etc. Los tres primeros artículos del CCC, agrupados en el Capítulo I, “Derecho”, del Título Preliminar, marcan esa tendencia 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 valores²³. Se plasma 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, funda-

²² GARGARELLA (2015: 17-34)

²³ ALEXY 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, 1988: 143-144).

mentalmente a los jueces, y les impone el deber de interpretar. Abandona la idea de que los jueces son la “boca de ley” y los obliga a subjetivizar el discurso²⁴. No hay texto sin lector, no hay norma sin interpretación.

Es en este punto en el que el mecanismo de adaptabilidad de las formas empieza a cobrar importancia, principalmente en la posibilidad de dar respuesta a este modo de realización de los derechos, en tiempo y forma adecuados.

Constitución y CCC conforman un sistema principalista, en el que se asume que las reglas nunca serán suficientes para permitir la realización de los derechos y para resolver los conflictos que se susciten y, por ello, reclaman la intervención jurisdiccional que pueda crear reglas de aplicación a los casos concretos, como un modo de realización práctica. El derecho privado queda necesariamente constitucionalizado por el sistema de fuentes, en el que los jueces dejan de ser la boca de la ley y se ven obligados a subjetivizar el discurso.

La articulación de lo procesal con el sistema principalista, implica modificar estructuras y modalidades de trabajo. En lo que aquí nos interesa, implica la necesidad de 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 que utilizamos diariamente, 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 restaurativa.

Pensemos en el sistema de adversarios, en el que habrá un ganador, en el mejor de los casos, ya que una respuesta tardía o deficitaria convierte a todos en perdedores –partes, abogados, jueces y sociedad-. Es necesario relatar los hechos en los que se basa la pretensión, trasladar la demanda, para que el emplazado

²⁴ ROJAS y MORENO (2016: 71-88).

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 en un escenario nada proclive a generar en ellas un ánimo de superación del conflicto, sino más bien recluiderlo. 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.

Existen otras posibilidades: 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; o 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 necesario²⁵.

Si acordamos con esas premisas, está claro que lo instrumental no puede quedar por delante de lo sustancial. La posibilidad de malear las formas procesales, sin vulnerar el debido proceso, permitirá llevar a cabo una tarea jurisdiccional más funcional en relación a la creación de reglas de conductas adecuadas para la solución de los conflictos.

Dicha evolución hacia un sistema procesal respetuoso del contexto principialista de los derechos sustanciales, lógicamente, reclama otros cambios, fundamentalmente en lo relativo al modo de trabajo en la administración de justicia.

²⁵ 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– adecuar las formas procesales a las necesidades de la tutela jurisdiccional (PRIORI POSADA, 2019: 50).

El juez podrá realmente ocuparse de adaptar las formas, en tanto se pueda situar en el lugar correcto, gestionando el conflicto; dedicar más tiempo a lo jurisdiccional y menos al peso de la administración del tribunal. En ese sentido, entendemos que el planteo pasa por modificar estructuras de trabajo, como la oficina judicial u oficina común, y dentro de ese sistema de gestión podrán cobrar real vitalidad funciones como la que estamos refiriendo. Lo que viene a significar que los cambios deben ser pensados globalmente, en clave de sistema.

La tutela judicial efectiva depende en gran medida del cambio en la forma en que se trabaja. De ello depende la incorporación y el éxito de una larga lista de temas pendientes, más intermediación, más oralidad cuando sea necesario, u otros mecanismos procesales que reclaman su instauración como los procesos colectivos, el proceso monitorio, el sistema de precedentes, etc.; y solo en ese marco se harán usuales decisiones que adapten las formas procesales.

5. Conclusiones

CHASE ha demostrado que las formas de resolución de conflictos, y sus ritos, reflejan la cultura en la que se ubican, sus valores, sus convenciones sociales, su metafísica y los símbolos a través de los cuales todas esas características son representadas. También que cuando una cultura, por derivación de lo anterior, sufre un cambio sustancial, con independencia del motivo que lo cause, con el tiempo las formas de resolución de controversias harán lo mismo. Así como estas tendrán capacidad para repercutir en la cultura en la que operan²⁶.

Actualmente no es suficiente renegar por un sistema que se basa en los moldes heredados del derecho antiguo. El ordenamiento procesal civil y comercial argentino, como sucedió en general con los ordenamientos latinoamericanos, reconoce sus ante-

²⁶ CHASE (2011).

cedentes directos en la ley española de 1855²⁷, lo que nos vincula a la decretal *Clementina saepe contingit* de 1306, que creó el proceso sumario y en la *ordo privatorum iudiciorum*, consagrada en el Imperio Romano en el año 342²⁸. Ello es todo un símbolo del modo en que estamos dispuestos a resolver nuestros conflictos ²⁹.

Pensar un sistema para los próximos años consiste, en parte, en tomar los desarrollos de la ciencia hasta el momento en que se elabora y en imaginar las necesidades y usos que podrá requerir un contexto social próximo. No hay dudas que muchos cambios impactaron nuestra realidad social desde 1967 –año en que se sancionó el código procesal vigente– al presente y por ello, necesariamente, debemos cambiar las formas. El desafío más importante, frente una reforma de sistema indispensable, es pensar formas procesales para un mundo líquido, móvil y en constante cambio.

En ese contexto, las conclusiones pasan por considerar a la adaptabilidad de las formas como una variante mixta entre los sistemas de legalidad e informalismo y no como un principio rector del proceso. Asimismo, se trata de un concepto con antigua enunciación en la doctrina clásica, aunque con poco desarrollo teórico en sus posibilidades de uso. Es necesaria y positiva su incorporación en el ordenamiento procesal, como una herramienta más que permita a los jueces realizar su función de modo creativo y curativo, para encontrar soluciones a conflictos concretos, plasmando en reglas de asignación particulares los principios del derecho enunciados en el bloque de constitucionalidad y en el ordenamiento civil y comercial. Muy probablemente requiramos de actualizaciones constantes del sistema, lo que seguramente haga

²⁷ ALSINA (1955: 27-43).

²⁸ FALCÓN (2002: 9).

²⁹ FAIRÉN GUILLÉN provee un ejemplo claro al advertir “... la influencia de la idea de la *litis contestatio* sobre el problema de la transformación de la demanda, obrando en sentido, naturalmente, de oponerse a ella” (1955: 54).

aconsejable que, además del mecanismo de adaptabilidad del proceso en concreto, deba existir una delegación legislativa que permita un desarrollo de las formas, en una mirada general, acorde a los requerimientos culturales.

Referencias

ALSINA, Hugo

1955 "Influencia de la Ley española de enjuiciamiento civil de 1855 en la legislación procesal argentina". En *Actas del I Congreso Ibero-American y Filipino de Derecho Procesal*. Madrid.

1956 *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. I, 2^a edición. Buenos Aires: Ediar.

ALEXY, Robert

1988 "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica". En *Doxa*, n. 5.

BERIZONCE, Roberto O.

2011 "El principio de legalidad bajo el prisma constitucional". En *La Ley*, 2011-E, 1144.

CALAMANDREI, Piero

1996 *Instituciones de derecho procesal civil*, v. I. Buenos Aires: El Foro.

CHASE, Oscar G.

2011 *Derecho, cultura y ritual. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*. Madrid: Marcial Pons.

CHIOVENDA, Giuseppe

1949 "Las formas en la defensa judicial del derecho". En *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, v. II, trad. Santiago Sentís Melenndo. Buenos Aires: EJEA.

COLERIO, Juan P.

1990 “El respeto por las formas y la verdad objetiva en el proceso”. En *Revista Jurídica Argentina La Ley*.

DÍAZ, Clemente

1968 *Instituciones de Derecho Procesal. Parte General*, t. I. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Fairén Guillén, Víctor

1955 *Estudios de derecho procesal*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

FALCÓN, Enrique M.

2002 *Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, 2^a edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

2003 “Principios y sistemas probatorios. La sistémica del proceso”. En *Tratado de la Prueba*. Buenos Aires: Astrea.

2018 *Tratado de Derecho Procesal. Parte General*, v. I, t. I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

GARGARELLA, Roberto

2015 “Breve balance de la reforma constitucional de 1994, 20 años después”. En *Pensar en derecho*, año 3, n° 5. Buenos Aires: Eudeba.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de

2007 *Del formalismo en el proceso civil (propuesta de un formalismo-valorativo)*. Lima: Palestra.

PALACIO, Lino E.

1975 *Derecho Procesal Civil*, t. I, 2^a ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

PRIORI POSADA, Giovanni

2019 *El proceso y la tutela de los derechos*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

ROJAS, Jorge A. y MORENO, Romina S.

2016 “¿Principios o límites en materia probatoria en el Código Civil y Comercial de la Nación?”. En *Revista de Derecho Procesal*, (Año 2016-2) - *La prueba en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

SALGADO, José María

2016 “La Corte legisla sobre los procesos colectivos”. En *La Ley*, AR/DOC/1219.

TAU, Matías R.

2019 “Oralidad y lenguaje claro: garantía elemental del debido proceso”. En *Revista de Derecho Procesal* (2019-1): *La oralidad en el proceso*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

VON BERTALANFFY, Ludwig

1995 *Teoría general de los sistemas. Fundamentos, desarrollo y aplicaciones*. México: Fondo de Cultura Económica.