

LA VIGENCIA DE UN PENSAMIENTO

Por Jorge A. Rojas

El pasado 18 de septiembre de 2008, se inscribirá como otra fecha triste en la historia de la procesalística argentina, porque dejó de existir nuestro querido amigo el profesor Dr. Juan Pedro Colerio. Muchas veces, por nuestra afinidad en las tareas de la cátedra, nuestra amistad personal y otras tantas razones que me llevan a recordarlo con un enorme cariño, con Juan hablamos de los zigzagueos que se producían en la enseñanza de nuestra materia, y la preocupación que ello nos generaba, pero además de eso, también conversábamos sobre la Revista, sus contenidos, las oportunidades a los autores jóvenes, la importancia de tener la mente abierta para recibir las inquietudes del público en general, y entre esos comentarios había uno que era recurrente en Juan, siempre me señalaba que no le gustaban las notas necrológicas, a tal punto que en una oportunidad cuando solicitamos al público en general que nos hiciera llegar sus comentarios sobre la opinión que le merecía la Revista, él hizo llegar una nota a la dirección en la que insistió en suprimir lisa y llanamente los obituarios.

Nunca pensé que me iba a enfrentar a una situación como ésta que hoy me toca, por eso lo conversé con todos los integrantes de la dirección, con quienes acordé, que me parecía que la mejor manera de recordar a nuestro querido amigo, era hacer una referencia a algunas de sus preocupaciones constantes que -entre otras- era ni más ni menos que la enseñanza de la materia, en lugar de caer en el lugar común que el mismo no quería.

Por ese motivo, reflaté un trabajo que en alguna oportunidad le mostré, cuando se iba a trabajar en la modificación de la curricula y nos iban a convocar para conocer nuestra opinión. La invitación nunca nos llegó. Eso motivo este artículo que finalmente jamás se publicó. Lo había llamado, siguiendo los mismos pasos de Juan, porque refería a una ponencia suya: “¿Réquiem o Resurgimiento para el Derecho Procesal?”. Sin embargo, cuando hablé el tema con nuestro querido maestro Augusto M. Morello, no sólo compartió la idea sobre el trabajo, sino que además él mismo me sugirió su título, que no es otro que el que finalmente lleva el homenaje al querido amigo siempre presente en nuestro corazón.

I.- Introducción

Corría el año 1991 y se llevaba a cabo en Buenos Aires el XVI Congreso Nacional de Derecho Procesal, al que –como era costumbre– se habían dado cita no sólo los máximos exponentes nacionales en la materia, sino destacados juristas internacionales de Brasil, Perú, España, Uruguay, entre otros países.

Dentro del tema central del Congreso que era “Proceso y Justicia”, una de las varias comisiones de estudio que se organizaron, se encargó de tratar el tema del abogado, su formación y habilitación, que aunque no era la primera vez que se trataba en un Congreso Nacional de la

materia¹, mantiene siempre su vigencia como tema pues refiere siempre entre otros aspectos a la enseñanza del Derecho Procesal.

Uno de los profesores asistente a ese evento, el Dr. Juan Pedro Colerio, conmovió a la nutrida concurrencia con su ponencia titulada “En los umbrales de la desaparición del Derecho Procesal”, que llevaba como aclaración previa, que más que referirse a la formación del abogado, apuntaba a la enseñanza de una materia central para aquélla, como la que aquí nos lleva a reflexionar².

Colerio con aguda perspicacia, y a modo de cuento, relataba qué le sucedía a un profesor que llegaba a la Facultad de Derecho de la U.B.A. en el año 1990, al enterarse del cambio del plan de estudios, y como era profesor de derecho procesal en una universidad del interior, conversaba con un amigo sobre las características del nuevo plan de enseñanza.

Grande fue su sorpresa, cuando su amigo le contaba que el derecho procesal como tal, prácticamente había desaparecido del plan de enseñanza, quedando reducido a una sola materia llamada “elementos de derecho procesal civil”, en la que se trataba de ver solo en un cuatrimestre, a lo largo de toda la formación del abogado, algunos aspectos centrales de la materia.

Su perplejidad lo llevó a interiorizarse en forma personal sobre ese nuevo plan de enseñanza y advirtió, que no sólo era cierto lo que le había contado su amigo, sino que además se enseñaba un poco de procesal penal, dentro de derecho penal, otro poco sobre el proceso

¹ El estudio de la formación del abogado, el desarrollo de sus tareas, sus incumbencias, y demás cuestiones atinentes a su quehacer profesional, fueron tratados en diversos Congresos Nacionales de Derecho Procesal (vgr. Salta en 1948, Mar del Plata 1985, Santa Fe 1995, entre otros). Al respecto puede consultarse el libro que contiene las conclusiones de todos los Congresos Nacionales de Derecho Procesal que hizo el Dr. Juan Carlos Quiróz Fernández, Ed. Rubinzal-Culzoni.

² Se puede encontrar la ponencia en el Tomo I, del libro de ponencias que se publicó en ese evento, p. 61 y ss.

laboral dentro de derecho laboral, y lo mismo sucedía dentro de la órbita del derecho administrativo y del tributario, entre otras materias de contenido material que habían adoptado esa tónica.

Esta sigue siendo la realidad en el año 2003, por lo cual recordamos aquél trabajo de Colerio, porque su vaticinio nos permite sacar algunas conclusiones en el camino que él marcaba, y que nos llevan a formularnos la pregunta central de este trabajo.

II.- El retroceso y sus manifestaciones

En la actualidad se mantiene aquél status quo, pero con una triste ventaja, al advertir los resultados de ese plan. El novel abogado es muestra elocuente de todo ello.

Parece que el mundo del derecho está inmerso en una espiral descendente, en la que se ubican por igual todos aquellos que a él se vinculan, y el reflejo no es otro que el rostro que brinda la justicia a la sociedad: el proceso.

Demás está señalar las “quejas” de la sociedad toda por el funcionamiento de la justicia, pues no es ninguna novedad, ni menos aún señalar la situación de colapso por la que atraviesan muchos fueros, pues nada nuevo se agrega a lo conocido. Quizás sí resulte desconocido, cómo hacen aquellos jueces que tratan de mantener la regularidad en el funcionamiento de sus juzgados, pues ya se están convirtiendo en una rara avis.

Lo importante a advertir es que entre otros aspectos, en el desarrollo del proceso judicial, la usina que sigue generando los operadores jurídicos, sigue funcionando de la misma manera, arrojando un resultado quizás cada vez más llamativo, por resultar totalmente inapropiado a los fines que se persiguen, y esto no puede dejar de

tenerse en cuenta como uno de los insumos esenciales que hacen al desarrollo del proceso y por ende al buen funcionamiento de la justicia. Por lo tanto, se continúa dentro del círculo vicioso del deficiente operador jurídico, y por ende la deficiencia evidenciada en el funcionamiento de la justicia, que por supuesto si bien no es la única razón que conduce a ello, es importante no perderla de vista, por lo menos sólo para cuestionarnos qué estamos haciendo en este aspecto. No es la vía legislativa la única que se debe tener en cuenta para remediar este tema, omitiendo tener en cuenta que ese es el único camino que sabemos transitar, para desandararlo a poco de armado, y volver a insistir en una nueva senda de características similar a la anterior y de esa manera ad infinitum.

El poder legislativo provoca sin perjuicio de su trascendencia para la sociedad, una retahíla de lamentos desde todos los ángulos, sin propuestas concretas y efectivas para trabajar en su solución.

La formación del abogado es un aspecto central o medular en ese camino, y mucho más aún la enseñanza del derecho procesal, por su carácter instrumental, que permite la operatividad de la norma sustancial, como herramienta directa y concreta de trabajo, sin la cual aunque parezca perogrullesco señalarlo aquella resulta inerte, carece de operatividad por sí misma, pues sólo dentro de un proceso puede hacerse realidad.

Con la reforma que Colerio trajo a cuento en su ponencia, señalaba bien, y con tino, que habíamos retrocedido a épocas pretéritas, que ubicaba con anterioridad a la que se conoció como escuela científicista del derecho procesal³, transformando la enseñanza de esta rama

³ Es decir anteriores a la famosa polémica entre Winscheid y Mütter sobre la acción, del año 1856; o bien la obra de Von Bülow de 1868, que describió al proceso como una nueva relación jurídica, distinta de la sustancial, que es netamente procesal, gobernada por normas de derecho público, que iba a permitir la actuación de la voluntad de la ley sustancial, precisamente resguardando el debido derecho de defensa en juicio de las partes.

autónoma del derecho, en cursos de aplicación práctica, o de práctica forense, o como apéndices prácticos de materias de derecho sustancial.

Por eso se preguntaba Colerio ¿cuándo se enseña la teoría general del proceso? ¿Cómo pasar por alto que el derecho procesal constituye una rama autónoma dentro de las clásicas que se conocen en el mundo del derecho? ¿Cuándo aprenden los alumnos sus características?

Graciosamente, y no sin ironía, se contestaba el profesor que venía del interior en su relato, que los porteños éramos exageradamente sintéticos, porque se logró en cuatro meses enseñar el derecho procesal, sobre todo teniendo en cuenta sus proyecciones para la formación del abogado.

Evidentemente, los resultados dan cuenta que es muy poco (o tal vez nada por la dificultosa ubicación que tiene actualmente en la curricula esta materia), lo que se enseña. Eso es insuficiente a la luz de lo que correspondería enseñar, por lo menos para una adecuada formación del abogado.

En apoyo de su posición, y de la importancia que tiene la materia, Colerio, no sólo recordaba a maestros como Palacio, Clariá Olmedo, Alcalá Zamora y Castillo, Couture, o Carnelutti, sino que además rememoraba que en todos los casos, ya desde la tradicional escuela italiana que integró éste último como discípulo de Chiovenda, se enseñó la unidad fundamental que tenía el derecho procesal, que si bien tenía manifestaciones en diversas áreas del saber jurídico, ello no implicaba que debía seccionarse su enseñanza restringiéndola a aspectos prácticos de materias de contenido sustancial.

Hoy es fácilmente comprobable que todo ello provoca su anulación, contrariamente a lo que sucede en universidades privadas en donde más allá de asignársele la importancia adecuada a la materia se la

estudia en profundidad desde el punto de vista tanto teórico como práctico⁴.

No puede pensarse que esto constituya un plan estructurado para provocar la desaparición del derecho procesal, tratando de restringirlo a las manifestaciones prácticas de una materia de contenido sustancial de la carrera. Lo cierto es que –pensando bien- inadvertidamente está dejándose de lado un eslabón importante en la cadena de conocimientos de los cuales se tiene que nutrir el abogado.

Hace más de veinte años que estamos involucrados en la carrera descendente antes mencionada, y seguimos impertérritos como si nada sucediera, se puede suponer con toda lógica, que esto implica entre otras cosas, el tratamiento de nuevas cuestiones, la ampliación de materias, o la adaptación de algunos de sus contenidos.

En fin, la necesidad de volver a pensar el plan de enseñanza –por algunos sectores- de la Facultad de Derecho de la U.B.A. da cuenta de que es probable presumir la necesidad de algunos cambios o adaptaciones para su mejoramiento.

Sin embargo, en la publicidad se señalan algunos de los objetivos que se persiguen, por ejemplo: “el perfil del profesional del abogado. Su rol social”; o “interdisciplinariedad del saber jurídico”; o “la formación práctica del profesional del derecho. Diferentes alternativas posibles”, entre otros aspectos centrales.

Para ello se han diseñado diversas comisiones de trabajo, a saber: de derecho privado, de derecho penal, de derecho empresarial y otras que incluyen varias ramas del saber jurídico, como derecho internacional, derechos humanos, o derecho constitucional, tributario, o teoría general del estado, etc.

⁴ Sirva como ejemplo los planes de enseñanza de las Universidades Di Tella y Austral, en donde los alumnos ven teoría general del proceso y procesal penal, procesal civil primera parte y segunda parte (tres materias teóricas), y a ello se agregan dos cursos de práctica profesional o clínica jurídica.

Claro el derecho procesal brilla por su ausencia, con lo cual me asalta la duda si el profesor Colerio, en 1991, había sido premonitorio, ya que su vaticinio se está haciendo realidad, cuando señalaba que nos encontrábamos en los umbrales de la desaparición del derecho procesal.

Es probable que a los alumnos se les enseñe en derecho constitucional qué cosa es la jurisdicción, o qué es el control de constitucionalidad. Lo que se pierde de vista con este sistema que deja de lado al derecho procesal, es que nuestra materia permite advertir las distintas manifestaciones que tiene la jurisdicción, y concretamente en el proceso, su momento máximo que es la operación que Couture llamaba de subsunción jurídica, cuando el juez crea la norma individual, haciendo la sentencia; o si es posible que el control de constitucionalidad sea ejercido por un tribunal que no esté dentro de la órbita del poder judicial, o bien cuáles son los distintos sistemas a través de los cuales se lleva a cabo ese control de constitucionalidad (vía acción, excepción, recurso, etc.).

Esto constituye un simple aspecto de las dudas que se pueden generar con el sistema de enseñanza existente, pues queda un amplio trecho de aspectos que quedan sin abordar.

¿Cuándo va a ver el alumno de grado el proceso de desalojo, cuando estudie derecho procesal o cuando estudie contratos y llegue a locación? ¿Cuándo se estudia teoría de la legitimación, en la parte general de derecho civil cuando se estudia persona, o cuando se estudia derecho procesal? ¿Cuándo los alumnos estudian los actos del proceso, cuando en la parte general de derecho civil ven los actos jurídicos, o cuando en la práctica forense le enseñan a hacer un escrito?

Desde luego que podemos seguir bajando en el nivel de conocimientos desde lo más profundo a lo más elemental, o subir y llegar a

preguntarnos ¿cuándo el alumno estudia el recurso de casación? ; o bien ¿cuándo el alumno estudia el recurso de revisión o la acción autónoma de revisión de la cosa juzgada?; o ¿cuándo los requisitos de admisibilidad del recurso extraordinario federal?

Ahora la cuestión es la siguiente ¿Cómo puede el operador jurídico manejar todas estas herramientas si no las conoce? ¿Cómo puede instrumentar un cambio o una mejora si desconoce en el sistema en el que se deben engarzar? Sencillamente es imposible.

El camino por el que optamos los argentinos -por ahora- es inverso al que debemos observar, pues cuando algo está mal, o no funciona apropiadamente, tratamos de tapar la realidad, generalmente a través de la letra de una ley⁵.

Un ejemplo elocuente de ello, es el dictado de la ley 25.488, que entre otras cosas se llevó a mejor vida al proceso sumario, sin advertir que el legislador de 1968 lo había previsto tan magistralmente, que lejos de constituir una herramienta impropia como hoy se la consideró, era un estandarte de avanzada hacia el diseño de un verdadero proceso por audiencias, y cabe recordar la letra del art. 486 que nos relevará de mayores comentarios.

Los operadores jurídicos (todos), no supimos manejarlo apropiadamente, y una nueva ley se lo llevó como a un trasto viejo e inútil; ¿y qué se reformó? Por ejemplo, se implantó el sistema de fonograbación para las audiencias, siendo de destacar que en los tribunales no se advierte aún ningún equipo al efecto⁶, con lo cual la pregunta que cabe (entre otras), es si están disponibles los fondos necesarios para adaptar los tribunales para implementar el sistema de

⁵ Sirva como ejemplo de ello, la ley 25.796 dictada como consecuencia de la necesidad de adaptar algunos índices establecidos por el poder administrador en esta última emergencia, que al dispararse por efecto de la realidad se los trata de contener por vía legislativa.

⁶ En este sentido es necesario recordar que la ley 25.488 es del mes de noviembre de 2001, pero entró a regir a partir de mayo de 2002.

grabación de las audiencias, pues si así no fuera, una vez más estamos legislando de espaldas no a la realidad, sino a las necesidades de la gente, que es en definitiva el usuario o consumidor del servicio de justicia, pues pese a advertirse la necesidad, no se implementa adecuadamente la reforma que se persigue, por carecerse de una visión sistémica del proceso judicial.

III.- La importancia del derecho procesal

Quizás esta visión del proceso, de pie para señalar la importancia que tiene la materia, partiendo de los trabajos que ha desarrollado Falcón en esta línea⁷. El proceso judicial no es un simple expediente en donde se acumulan papeles en varios cuerpos, y sobre los cuales va a recaer un determinado pronunciamiento de un tribunal de justicia, es algo más que eso.

Desde la teoría general de los sistemas, es de advertir que para el desarrollo de un proceso judicial se requieren determinados insumos, que están representados por las partes que intervienen en el proceso, sus abogados, las distintas líneas de comunicación que entre ellos se deben generar, para lo cual los abogados conviene reconocer que no están adecuadamente preparados, además de los insumos técnicos, como máquinas apropiadas, despachos suficientes, o insumos económicos y financieros, que tienen que ver con todos los aspectos que permiten sufragar los gastos que irroga y proyecta el desarrollo del proceso, que no se agotan únicamente en las remuneraciones de los integrantes de la oficina judicial, y sobre los cuales tampoco está preparado el abogado para hacer una evaluación propia, de lo que a él y a su cliente le incumbe, todo ello además de insumos estructurales

⁷ Véase el enfoque sistémico del proceso judicial en la Grafica Procesal nro. 1, Ed. Abeledo-Perrot, p. 10 y ss.; o Derecho Procesal, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2003, T. I.

como pueden ser los edificios donde se debe llevar a cabo su desarrollo.

Entre todos estos aspectos que señalamos se conforma la cara visible que se refleja en un expediente, pero de todo ello se necesita, para darle vida a un proceso judicial.

Esos insumos reciben su procesamiento en los estrados judiciales, y específicamente dentro del expediente que los refleja, para lo cual tanto las partes como el tribunal tienen la potestad de controlar su desarrollo, para corregir los desperfectos que se produzcan, brindando información a los mecanismos de retroalimentación que deben integrarlo, los cuales apuntarán, obtenido el resultado final que es el fallo, a corregirlo en forma inmediata, por ejemplo a través de los mecanismos impugnativos correspondientes, y en forma mediata cuando el resultado no fue el esperado, a permitir advertir las fallas para no cometerlas en otros procesos, o bien a no repetir los planteos cuando resultan inviables.

Todo ello tiene una importancia vital, pues marca una impronta muy particular de la nueva visión con la que corresponde analizar el derecho procesal, ya que dentro de él están conviviendo de la forma en que está estructurada su enseñanza actualmente en la Facultad de Derecho de la U.B.A., distintos métodos alternativos de resolución de conflictos, cuestiones tradicionales de su teoría general que no pueden dejar de observarse para la formación adecuada del abogado, instituciones nuevas como las que apuntan a regular intereses difusos o derechos de alcance colectivo, o bien temas clásicos como la prueba, pero con contornos sobradamente novedosos como la que apunta a la llamada “prueba científica”.

Por lo tanto la pregunta que cabe que nos formulemos es ¿Cuándo estudian los alumnos los alcances de la prueba científica en derecho procesal, o cuando ven sus diferencias con otros medios de prueba? tal

vez al analizar el proceso de filiación y recalcar en las distinciones que existen entre el método conocido como HLA y el llamado ADN; ¿Cuándo estudian los nuevos parámetros de la firma digital, cuando se estudia contratos?

A ello debemos agregar todo lo relacionado con los nuevos métodos alternativos de solución de conflictos ¿Conviene enseñarlos para dejar como ultima ratio al proceso judicial? ¿Existen diferencias entre la negociación, la mediación, la transacción, la conciliación? ¿Es sabido que todos estos mecanismos están concebidos en el código procesal pero se tiene en cuenta su utilización? Y en su caso ¿Cómo se enseña?

La nueva visión del derecho procesal es mucho más abarcativa que lo que acabamos de señalar. Por ejemplo el arbitraje como método alternativo de solución de controversias ¿Cuándo se enseña en derecho procesal o en otra rama del derecho? ¿y la pericia arbitral?

Este es un ejemplo de la importancia que tiene el derecho procesal. En el mundo de los negocios, el arbitraje hoy es el instrumento más utilizado para resolver las controversias que habitualmente se suscitan entre las empresas. Por lo tanto cabe cuestionarse si está preparado el profesor de derecho empresarial o comercial para enseñar las características del proceso arbitral, o cómo instituto típicamente procesal, pues en definitiva se trata de un proceso, conviene que quede su enseñanza dentro de esta materia.

Si así fuera, desde aquí podemos cuestionarnos las razones por las cuales no alcanza la difusión que sería de esperar este método diferenciado del judicial, pero que podría brindar una ayuda inconmensurable al funcionamiento del sistema judicial propendiendo a su desagote, e inclusive podría tener una proyección inesperada desde el punto de vista laboral, desarrollándolo en facetas aún inexploradas en beneficio de la comunidad, con lo cual existiría una veta sumamente

importante para explotar para los abogados, sea en forma personal como en forma colegiada.

Estas alternativas son brindadas por el conocimiento de una materia que nos resistimos a aceptarla pese a su importancia, no sólo porque permite el análisis y desarrollo de una nueva relación, distinta a la sustancial, que es la que le da origen, sino porque además de permitir, en un sentido tradicional, la actuación de la voluntad de la ley sustancial en oportunidad en que el juez dicta la sentencia, demostrando que por su vía se logra la operatividad necesaria para ello, porque ofrece otras alternativas para preparar al abogado, con una visión más amplia que la tradicional, permitiendo conocimientos sobre técnicas de comunicación, para su mejoramiento, o bases para la negociación, o el conocimiento acabado del conflicto, no sólo para su adecuado encuadramiento, sino además para advertir la conveniencia de transitar por vías alternativas solamente, o llevar hasta los estrados judiciales la cuestión, lo cual no puede aparecer como una simple actitud voluntarista de las partes, y menos aún de los abogados, sin hacer previamente un balance de la situación para determinar su mejor camino de solución.

Posiblemente se interprete que esto excede el marco del derecho procesal, pues solamente en él se debe estudiar al proceso, sin embargo, no es menos cierto que la jurisdicción, es una institución que también puede exceder aquél ámbito, al igual que la acción involucrarse en la órbita de otras ramas del conocimiento, aunque a estas últimas se las considere instituciones tradicionalmente básicas de la materia.

Lo importante que estamos poniendo de relieve es que restringir la solución de los conflictos únicamente al proceso judicial le hace un flaco favor a la materia, y no permite generar el desarrollo de nuevas alternativas para el adecuado funcionamiento de nuestro sistema de

justicia, que inclusive ya las ha incorporado el legislador, transformándolas en obligatorias para la habilitación de la instancia judicial⁸.

Una visión más abarcativa, con las implicaciones de algunas instituciones como las señaladas, requiere un mejoramiento o remozamiento de sus contenidos y una reubicación sistemática dentro de la curricula que hoy resultan impostergables.

Lo contrario implicará la profundización de una senda o camino que nos llena de insatisfacciones y que nos aleja de la realidad, pues el justiciable constantemente reclama el mejoramiento del sistema judicial, y es pieza clave para todo ello la formación del abogado, con una visión más amplia y remozada que propenda al resurgimiento del derecho procesal, pues de otra manera será cierto lo que profetizaba Colerio.

Este trabajo, fue elaborado en el año 2003 y lo compartí únicamente con Colerio, porque aquella invitación que nos iban a hacer nunca llegó, y finalmente este trabajo de aquella invitación frustrada nunca se publicó. Lo cierto es que como consecuencia de aquellos estudios para la mejora de los planes de enseñanza, actualmente el derecho procesal tendrá puntos obligatorios en la etapa del ciclo profesional orientado, aspecto que seguramente Juan coincidía conmigo no empece a su necesaria reestructuración que se impone con otro alcance.

Por eso, porque de algún modo sus amigos recogemos su posta, y no cejaremos en esa defensa, vaya este homenaje para recordar una figura preclara de nuestro ámbito, no solo por sus conocimientos, sino además por su sencillez, su bonhomía, su carácter, y su don amistoso y afable

⁸ Sirva como ejemplo la ley 24.573 ó la ley 24.635.

que lo distinguieron no sólo como un gran profesor sino como mejor amigo.