

## **Pautas para delinear un proceso eficaz**

Por Jorge A. Rojas y Raúl Calvo Soler

### **1.- Introducción**

Existe un denominador común que recorrerá seguramente en forma implícita o explícita todos los trabajos de este número de la Revista, que es la insatisfacción que existe sobre el sistema de justicia.

No conviene detenerse en estadísticas no solo de consultoras especializadas, o del periodismo especializado para señalar esta insatisfacción, y en la mayoría de las veces para criticar –aun con argumentos pobres- las voces que se levantan para hablar de la necesidad de reformar el sistema de justicia.

En verdad se trata de un debate empañado por la política, y no hay dudas que cuando se alude en los últimos tiempos a pretensas reformas de la justicia, se hace referencia a pequeños espacios de poder que se pretenden contrarrestar políticamente, casi como apuntando a obturar el funcionamiento pleno y fluido del sistema judicial.

Sirva como ejemplo contundente de ello las reformas que se ha atribuido la comisión bicameral para introducir en el Código Procesal Penal, bajo el ropaje de analizar el funcionamiento del sistema que se puso en práctica en algunas provincias, aludiendo a resultados que conviene ir “ajustando desde ahora”, para concluir en una finalidad no deseada que raya la inconstitucionalidad, no solo por las atribuciones que se arrogó esa comisión, sino además por el contenido mismo de las reformas.

Lo que está pasando inadvertido cuando se alude a la reforma de la justicia, o cuando se pretende –políticamente en forma encubierta- aludir al mejoramiento del sistema de justicia, apuntando al funcionamiento de la Corte Suprema o

proponiendo la creación de tribunales intermedios, es que en todos los casos se pasa por alto que siempre se apunta a una finalidad política, de la cual no podemos renegar, porque cualquier sistema de justicia tiene que tener en cuenta las pautas culturales de la población dentro de la cual se lo pretende implementar, y ese tipo de decisiones tienen carácter político, pero entendida ésta en el sentido de alta política como diseño para propender a un mejor sistema de justicia.

Lo paradójico de los trascendidos que existen, es que cuando se apunta a una reforma se pretende una simple reasignación de competencias en un fuero, desde luego muy caro para los intereses políticos, o bien se apunta a la creación de un tribunal intermedio sin advertir que en el ámbito penal, que es donde mayor énfasis se pone, ya existe.

Lo incomprensible de esta realidad que toca vivir, de ahí la temporalidad de esta tarea que trataremos de hacerla atemporal, propendiendo a una proyección un poco más amplia que la simple referencia a la realidad, es que nunca se alude al sistema de trabajo al que seguimos asistiendo inertes, como si fuera valioso y nos brindara las respuestas que necesita la sociedad.

Ahí entendemos que radica uno de los aspectos liminares de cualquier reforma que no se puede agotar en el sistema de justicia –a secas- reduciéndolo solo a la modificación de un código, porque implicaría una vez más reiterarnos en el mismo camino de siempre, sino que requiere una mirada sistémica a los fines de poder advertir todos los sistemas o subsistemas que están involucrados para apuntar a una verdadera reforma.

Desde la formación de los operadores jurídicos, con el rol que toca jugar a las universidades, pasando por el sistema financiero para dotar a los tribunales de justicia de los elementos tecnológicos apropiados a los fines de actualizar adecuadamente su funcionamiento, pasando por la independencia que requiere de los restantes poderes del Estado el funcionamiento del judicial, hasta la

despolitización del Consejo de la Magistratura para evitar los inconvenientes que genera su funcionamiento, no solo con la remoción de jueces, sino sobre todo con su designación.

De qué vale que los candidatos se ofrezcan a participar en concursos que llevan un desarrollo que parece apropiado a los fines de determinar quiénes son los que mejores condiciones reúnen para cubrir un cargo de magistrado, si luego por arte de birle y birloque se designa a alguien que –aun sin antecedentes- siendo un ilustre ignoto, puede llegar a cubrir un cargo de trascendencia dentro de la justicia, como es el caso de un juez de primera o segunda instancia.

Por esas razones, la concepción de un proceso eficaz, como primera medida que debemos asumir, no puede agotarse en el simple dictado de un código procesal, menos como los que se proyectan que no son más que una especie de “pretendida actualización” de lo que ya tenemos, sea porque se contemple la oralidad, sea porque se contemple el impacto de la tecnología, aspectos ambos que son bienvenidos, pero que requieren en su implementación de una adecuada eficiencia en los operadores, para propender a la eficacia del sistema.

Por esa razón cuando aludimos al proceso eficaz, nos preguntamos si en verdad no estamos partiendo de premisas que no son las apropiadas para su diseño, porque se requiere de la delimitación adecuada del campo de trabajo, para saber efectivamente hacia donde apuntamos y como haremos para implementar los fines que perseguimos. De eso trataremos de proponer algunas líneas de trabajo, solo como una aproximación a un campo de trabajo que aparezca –por lo menos novedoso- que abra el debate y no reitere caminos ya transitados que ya sabemos adónde nos conducen.

## **2.- Entre la eficiencia y la eficacia del proceso**

En los últimos tiempos hemos asistido a un creciente debate en torno al rol que ocupan en nuestras sociedades dos instituciones claramente vinculadas entre sí: el derecho y el debido proceso legal. Obviamente los debates en cada una de ellas, aunque tienen autonomía propia, tienden a estar conectados y se retroalimentan; la discusión sobre el derecho afecta al debate sobre el debido proceso legal y viceversa.

Las razones que se plantean en este debate son múltiples y variadas. En líneas muy generales, hemos intentado ordenar de alguna manera los planteamientos que interesan a este trabajo, podríamos clasificar las discusiones en tres grandes categorías: el tema de los intereses no siempre claros que afectan a estas dos instituciones y a su desempeño (justicia), la cuestión de la satisfacción para los ciudadanos sobre el proceso (satisfacción), lo que nos lleva al planteamiento del rol del derecho en las sociedades del siglo XXI (utilidad).

*Justicia.* En el primer tema se discute en qué medida el derecho y el debido proceso o, en su versión más estructurada, los poderes más relacionados con la aplicación de lo normativo, como son el poder ejecutivo y el judicial usan de una manera poco clara, incluso espuria, estas instituciones. El derecho en general, y el debido proceso, en particular, son utilizados, según observan los participantes en este primer debate, por políticos y jueces como herramientas para realizar o desarrollar intereses personales, sectarios o ideológico-partidistas que los separan de una visión mucho más general del rol que ha de ocupar lo jurídico en el marco de un Estado que se identifica como de Derecho. En lo que sigue no nos ocuparemos aquí de este primer tema de discusión porque su vinculación con los objetivos de este trabajo requerirían una más extensa explicación.

*Satisfacción.* Un segundo punto controversial es el referido al nivel de satisfacción que tiene el debido proceso legal en relación a las expectativas de las personas que llevan sus conflictos a este espacio. En este punto hay dos aspectos que merece la pena destacar. Por un lado, se ha trabajado a través de estadísticas y encuestas el

nivel de satisfacción que tienen los usuarios en su paso por el proceso. Y, por el otro lado, ha habido importantes desarrollos encaminados a investigar el tema del acceso a la justicia por parte de la ciudadanía, en general, y de algunos sectores marginales, en particular. Para los más críticos cabe constatar la caída de los niveles de satisfacción y el desarrollo de procesos de exclusión por parte de la justicia.

*Utilidad.* El tercer y último debate está relacionado con la utilidad que cabe asignarle al derecho y al proceso en relación a una sociedad del siglo XXI. Se discute si estas instituciones, en su caracterización como un espacio en el que los ciudadanos pueden encontrar la solución de sus conflictos, no han quedado obsoletas frente a un nivel de conflictividad individual y social que es cada vez más complejo y dinámico. La conflictividad del siglo XXI parece no amoldarse bien a las propuestas resolutivas que ofrece el mundo jurídico. En la misma línea, pero desde una versión menos confrontativa, se ha discutido también en qué medida las respuestas jurídicas acortadas a espacios geográficos determinados pueden resultar útiles; los procesos de globalización tanto de la comisión de ilícitos como de la existencia de bienes jurídicos globales han puesto en cuestión a un derecho excesivamente limitado y limitante.

Dentro de la lógica de estos dos debates, el de satisfacción y el de utilidad, se han propuesto algunas vías de solución para encarar los problemas que se discutían. La incorporación de las nuevas tecnologías tanto en su versión más simple de uso de medios electrónicos como en su propuesta más compleja, de uso de programas de una posible inteligencia artificial, el desarrollo de la oralidad en el proceso, el reclamo de la inmediatez del juez, la incorporación de opciones que resulten más baratas como criterio de procedibilidad (oferta en firme como resultado de una negociación, mediación, arbitraje, conciliación etcétera), medidas para evitar la dilación o suspensión de las audiencias acordadas y/o el desarrollo de procedimientos abreviados, entre muchas otras.

Todas estas propuestas se configuran a partir de dos grandes categorías de conceptos: el tiempo y los costos. En referencia a los tiempos se habla de agilizar el proceso, impedir las dilaciones, evitar el abuso de las pautas procesales y/o disuadir de todas las acciones tendientes a postergar el proceso. En relación a los costos se menciona el tema de la incorporación de las tasas judiciales, la reducción de la documentación en diferentes etapas del proceso, la exoneración de costas conforme al uso hecho de otros métodos de solución de controversias con el objetivo de evitar el proceso, el uso del soporte electrónico para la conservación de la documentación y/o la acotación del concepto de expediente administrativo, entre otras.

Estos debates y sus respectivos conceptos giran en torno a una específica caracterización de las propuestas de mejora en los niveles de satisfacción y utilidad del derecho y del proceso legal: su eficiencia. En ese sentido, los planteamientos en relación a las preguntas de por qué el proceso legal no es percibido como satisfactorio por los usuarios y por qué el derecho y las respuestas normativas parecen no terminar de acomodarse a la complejidad y agilidad de los conflictos del siglo XXI quedan enmarcados en un debate sobre la eficiencia.

El discurso desde la eficiencia supone emitir un enunciado valorativo constituido por dos afirmaciones. La primera es una afirmación implícita; el instrumento sirve para obtener un determinado resultado. La segunda es una aseveración explícita; por determinadas condiciones la obtención de ese resultado se produce de una manera óptima (eficiente) o sub óptima (ineficiencia).

Cuando trasladamos el concepto de ineficiencia al debate de la satisfacción o la utilidad, lo que se está sosteniendo y, consecuentemente lo que se propone para resolver el problema, es que si bien el derecho y el proceso son instrumentos adecuados para ayudar a las personas a resolver sus conflictos, ciertas condiciones (tiempo y costos) generan un proceso sub óptimo que merma el nivel de satisfacción y condiciona la real utilidad de estas dos instituciones. Así que, no es de extrañar,

que las propuestas presentadas queden limitadas a mejorar los niveles de eficiencia del derecho y del proceso legal.

Ahora bien, las preguntas que nos hacemos con este panorama son dos: (1) ¿realmente el discurso de la eficiencia debe ser el punto de partida de la discusión? y (2) ¿el debate sobre la satisfacción y utilidad del derecho y del proceso son expresiones de un problema de eficiencia? Y nuestras respuestas son, para ambos interrogantes negativas.

En relación a la primera pregunta, creemos que no es un buen punto de partida el discurso de la eficiencia porque presupone un debate anterior. Cabe recordar que el que sostiene la eficiencia del sistema afirma la idoneidad de este a los efectos de realizar un determinado objetivo. Pero, sería posible poner en cuestión, precisamente, esta premisa implícita en el enunciado de eficiencia.

A nuestro parecer es importante empezar con un planteamiento mucho más rico y ambicioso, también para el derecho y para el proceso, que es la discusión en torno a la eficacia de ambas instituciones. Y, en relación al segundo interrogante, cabe destacar que si bien hay, probablemente, un aspecto de la puesta en duda del valor de la utilidad y de la satisfacción vinculado con el tema de la eficiencia, hay toda otra cara del problema que se relaciona con la eficacia y que no estamos distinguiendo con claridad bajo el manto omnicomprendivo del discurso de la eficiencia.

Para ver el alcance del debate desde la lógica del discurso de la eficacia necesitamos, por un lado, plantearnos cuáles han de ser los objetivos que deben cumplir el derecho y como consecuencia de una de sus facetas, el proceso. En este sentido, ambos discursos (eficiencia y eficacia) desplazan cualquier visión de la aplicación del derecho o del desarrollo del proceso como un fin en sí mismo (positivismo ideológico).

No hay nada valioso en la implementación del espacio jurídico *per se* sino en la medida que son instrumentos adecuados para la obtención de determinados objetivos o fines considerados como socialmente valiosos. Y, por el otro lado, es necesario reinterpretar el discurso de la utilidad y de la satisfacción en clave de la lógica de la eficacia; las personas ponen en cuestión la utilidad de estas instituciones porque tienen problemas para cumplir los objetivos para las que fueron creadas y las personas se sienten insatisfechas por su tránsito por los espacios jurídicos, no sólo por una cuestión de tiempo y costes, sino porque no alcanzaron los fines buscados o se truncaron sus expectativas.

Aunque no tenemos posibilidad en este trabajo de extendernos en relación al clásico debate de las funciones y objetivos tanto del derecho como del proceso, si podemos presentar, siquiera sea de una manera escueta, algunas ideas sobre esta cuestión.

En nuestra opinión, el derecho tiene una multiplicidad de funciones. Entre ellas, las más conocidas serían: coordinar conductas, disuadir de la realización de ciertos comportamientos, permitir la previsibilidad de las conductas de los otros, reducir costos de decisión y de información, limitar el impacto de los sesgos decisionales y permitir la generación de planes de vida. Ahora bien, para que estas funciones sean realizables es necesario que su aplicación a través del proceso cumpla con ciertas características: previsibilidad de las etapas, razonabilidad de las respuestas, aplicabilidad de las amenazas de sanción, gestión del caso por parte del juez, etcétera.

Una parte determinante de todas estas funciones está relacionada con el tema de la conflictividad entre las personas. En este sentido, el derecho y el proceso parecen funcionar como instrumentos que ayudan a las personas a prevenir, gestionar o resolver sus conflictos cotidianos. Frente a la conflictividad de lo imprevisible, la previsibilidad que busca aportar el derecho. Ante la confrontación que provocan ciertos comportamientos, la limitación que proveen las amenazas de sanción y su

concreción en el proceso. O, contra los conflictos que surgen por la toma de decisiones costosas, desinformadas y sesgadas, la razonabilidad del tipo de respuesta fijada por el espacio jurídico.

Sin embargo, en los últimos tiempos, y esto está relacionado en parte con el inicio de los tres debates anteriormente mencionados, la lógica de la previsibilidad, de la razonabilidad y de la gestión de los espacios jurídicos ha tenido que enfrentar dos problemas importantes; la complejización y la dinamización de los conflictos propios de las sociedades modernas. Para entender por qué se produce la afectación de estos dos problemas es importante tener en cuenta el proceso de configuración de las normas jurídicas.

Cuando el legislador pretende a través del derecho ayudar a los ciudadanos a resolver sus conflictos necesita seleccionar del conjunto de características de la realidad un subconjunto que sirva para definir un caso jurídico en un espacio temporal determinado.

En este sentido, la posibilidad que tiene el derecho y concretamente el proceso, de trabajar con la conflictividad de las personas requiere una selección previa en la cual el legislador identifica ciertas propiedades como relevantes y excluye otras. Para ello utiliza una pluralidad y diversidad de criterios. En cualquier caso, siempre es necesario establecer qué queda dentro del caso y, por lo tanto, se hace valedor de una solución jurídica y qué queda fuera del término, con lo que no cabe proponer una solución jurídica. Además, este proceso se contextualiza para un conjunto de propiedades del conflicto disponibles en un momento determinado.

Sin embargo, una de las cuestiones relevantes de la caracterización actual de la conflictividad humana es que ésta ha sufrido un proceso de complejización y dinamización notorias. En primer lugar, el conjunto de características que son relevantes a la hora de entender un conflicto y de buscar soluciones se ha expandido constituyendo conjuntos cada vez más amplios y diversos. Y, en segundo lugar,

hemos asistido a una vertiginosa dinámica en las relaciones humanas que hace que la variabilidad de características que nos permiten comprender un conflicto se haya acelerado.

El resultado de todo esto es que la capacidad del derecho para captar los elementos relevantes del conflicto en una norma jurídica se ha visto claramente mermada. O el legislador no selecciona de manera correcta, o lo que seleccionó ayer, hoy ya no es determinante para resolver el conflicto. El resultado es que la norma jurídica fija un caso que con el tiempo no representa de manera adecuada, o al menos completa, el conflicto. Así que cuando en el proceso legal se dicta sentencia, el caso se resuelve pero el conflicto pervive.

En nuestra opinión, el debate sobre la satisfacción y la utilidad está fuertemente constituido por el tema del desencaje entre la resolución de un caso y la resolución del conflicto que tienen las partes. Y esto es, fundamentalmente, un debate sobre la eficacia del derecho y el proceso y no sobre su eficiencia. Lo que aquí se pone en juego es cómo en un contexto de tanta variabilidad, instrumentos pensados básicamente desde una lógica simplificadora y sincrónica pueden dar cuenta de una realidad compleja y diacrónica. Conceptos como coordinación de conductas, previsibilidad de los comportamientos, gestión de casos, reducción de costos o solución de conflictos parecen estar cada vez más alejados de los resultados que propone el espacio jurídico en su versión más clásica.

Lo curioso de todo esto es que las medidas propuesta en la lógica del discurso de la eficiencia sin tomar conciencia del debate de la eficacia no sólo no parecen estar resolviendo las dificultades, porque yerran el foco, sino que además parecen estar generando nuevos problemas.

### **3.- Caso vs. Conflicto**

Conforme lo llevamos expuesto, existe una distinción liminar que debemos hacer entre la resolución de un caso por la simple aplicación del derecho y, la resolución del conflicto que subyace detrás.

Es posible que la realidad nos marque diferencias. Y la respuesta positiva cae de maduro, ya que es altamente probable que ninguna persona hoy tenga dudas que la ineficiencia del sistema de trabajo –por ejemplo- para el ámbito del derecho de familia a nivel nacional resulta inapropiada.

No solo muchas veces es ineficiente por la complejidad de los trámites que requiere su desarrollo, cuando los conflictos tienen una dinámica que descoloca al proceso como mecanismo útil a esos fines, sino que además resulta ineficaz porque los fines que propende en la mayoría de los casos no son los deseados.

Del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se pueden advertir algunos de estos aspectos. Dispone el art. 706 que los jueces del ámbito de familia deben ser especializados, y además deben trabajar con equipos interdisciplinarios.

La pregunta que cabe formular sería ¿cuál es la especialización que han recibido esos jueces? El art. 114 de la Constitución Nacional, entre alguna de sus funciones, requiere al Consejo de la Magistratura que dicte los reglamentos necesarios para asegurar un eficaz sistema de justicia.

Es puntual y concreto el inc. 6 de esa norma. Por ello ha sido intención del Consejo crear la Escuela Judicial. La pregunta es si funciona adecuadamente, desde luego en línea con lo que estamos aludiendo. La respuesta negativa caerá de maduro. Es evidente que no solo es necesaria la reglamentación que manda ese precepto.

La consecuencia de esta ineficacia resulta que cotidianamente, no solo a nivel nacional, sino en distintos lugares del país nos encontramos con una serie de femicidios que hasta se presentan como estadísticas habituales.

La respuesta de la justicia, por lo menos la más común de todas, es fijar un límite perimetral que el agresor no puede transgredir, o a veces brindarle un botón anti pánico a la posible víctima.

Es decir, se trabaja sobre la posible víctima. No se trabaja sobre el victimario. Pero ¿se pensó en trabajar en sentido inverso? No es posible trabajar en crear un fuero especial para ese ámbito, donde converjan la materia civil y la materia penal. Nos preguntamos, porque seguimos asistiendo a los mismos resultados de siempre, utilizando los mismos sistemas de siempre que ya han mostrado su ineficiencia y su ineficacia.

Por lo tanto cómo podemos transitar un proceso eficaz si no cambiamos “las reglas de juego”.

En qué consistiría ese cambio de reglas de juego. Sería sencillo pensar en un ámbito de trabajo diverso, con un sistema de trabajo también distinto, partiendo de la premisa de que el juez puede no estar en condiciones –solo- de advertir la peligrosidad de una persona y disponer su aislamiento para un tratamiento.

Si seguimos pensando en una demanda, aún cautelar, y una audiencia que lleve a que las partes que tal vez vienen de un fracaso en el ámbito de una mediación previa, cambien –solo porque sí- sus posiciones y le demos un ámbito para el debate para que sigan escalando su conflicto, es evidente que un flaco favor le hacemos a la solución del conflicto que padecen.

Tal vez enfocados en el caso podamos ver con claridad la normativa aplicable y la posible solución futura, pero en el mientras tanto, la realidad marca una impronta tan grave como desgraciada porque en muchos casos cuesta vidas.

Esto torna imperioso crear ámbitos adecuados para enfrentar el conflicto, con personas especializadas que trabajen para evitar su escalamiento, propender a su encauzamiento, y apuntar a una solución razonable, como lo requiere el propio

Código Civil y Comercial en su art. 3, y esto no significa tener que aplicar rigurosamente la letra de la ley, a través de un proceso rigurosamente desarrollado, sino por el contrario poner en marcha un sistema de trabajo diverso, en donde tal vez no sea necesario una demanda para fijar una posición determinada, sino el planteo del conflicto a la jurisdicción para mostrar la situación que se plantea - oralidad mediante- las pruebas con las que se cuenta tanto por una como por otra parte, para luego de ello si trabajar en la forma de encarar su desenvolvimiento.

Para ello, existen nuevos principios que permiten transitar esas vías, como el de proporcionalidad, a través del cual busca el juez con las partes las formas más apropiadas o convenientes para el desenvolvimiento del proceso, junto con el de adaptabilidad de las formas que permitiría a las partes acordar –con la supervisión del juez- las mejores formas que puedan transitar el desarrollo del proceso.

Eso haría que cobre virtualidad plena la oralidad y la transparencia a la que tanto se apunta, que no puede circunscribirse a la sola voluntad de las partes, sobre quien recae ese peso, de decir la verdad, sino que la transparencia permitirá que la parte sola tenga la necesidad de dar a conocer su posición transparentándola, exhibiendo los elementos con los que cuenta para debatir sobre el derecho que le asiste.

Todo ello permite a su vez encontrar formas de composición del litigio que pueden resultar mucho más abreviadas, no solo por la composición de los intereses de las partes y sus derechos, sino además porque permite que el juez tenga una mayor intermediación con el conflicto, tomando la distancia necesaria del caso para involucrarse en la realidad de la problemática que las partes presentan.

Esto que mencionamos a modo de ejemplo permite advertir, a los fines de extraer algunas conclusiones primarias y abrir un debate nuevo en nuestro ámbito procesal, ya que resulta imprescindible salir del sistema al que ajustamos nuestras conductas desde tiempos inmemoriales, porque la realidad marca otra impronta, las necesidades de los justiciables son otras en algunos casos mucho más complejas, a

las cuales el derecho no le puede dar la espalda, y el rol que le toca desempeñar al juez es totalmente diverso al que conocemos.

El juez no puede estar escondido en su despacho, como decía Morello, no puede ser un fugitivo de la realidad, tiene que estar al frente del conflicto, asumirlo para encarrilarlo y trabajarlo –con las partes- del modo que sea más conveniente según la problemática que se presente.

No será lo mismo enfrentar un conflicto familiar con denuncias de violencia por medio, que un proceso laboral por un despido, que un proceso comercial por una rendición de cuentas, o un proceso concursal que tiene carácter universal. Pero en todos ellos el rol del juez resultará fundamental a partir de la posibilidad de disponer de las formas del proceso, para diseñar un proceso eficaz a los fines del logro de los fines pretendidos, bajo el paraguas del principio de proporcionalidad que brindará la posibilidad del desarrollo de una relación procesal isonómica, resguardando así el debido proceso legal.