

## **Cooperación como modelo (y principio) procesal: cambio de paradigma e interpelaciones en pro de una reforma igualitaria, responsable y democrática**

Por Matías A. Sucunza

*Sumario: I. Planteo. II. Constitucionalización del derecho: marca de agua. III. El CPCC como modelo agotado. IV. Superación de categorías jurídicas históricas. V. Síntesis como imperativo: 1. La acumulación de modelos-tradiciones como problema; 2. El lugar de los derechos, el poder y la democracia. VI. Finalidades de los mecanismos de resolución de conflictos. VII. Modelo (y principio) cooperativo: 1. Concepto; 2. Justificación; 3. Marco regulatorio y principio; 4. Manifestaciones y alcance. VIII. Conclusiones.*

### **I. Planteo**

El presente trabajo tiene por objetivos:

a) Identificar cuáles han sido los rasgos distintivos del fenómeno de constitucionalización del derecho y las rupturas paradigmáticas que supuso, a fin de pensar en torno al tipo de intervención procesal que el Estado debiese promover.

b) Visibilizar que el modelo procesal vigente responde a una concepción de la conflictividad, derechos, poder y autogobierno colectivo inexistente o agotada, que no sólo no explica ni realiza adecuadamente sus fines, sino que resiente, dificulta o directamente contraría el ideario valorativo que el movimiento de la constitucionalización impuso.

c) Problematizar en relación a la acumulación de tradiciones legales, explicitando la necesidad de abandonar categorías jurídicas históricas y justificando la exigencia de una síntesis que abrevie en un modelo epistémicamente superador.

d) Propiciar como ideal regulatorio un modelo cooperativo, considerando que es el tipo de intervención procesal que mejor explica, realiza y potencia nuestros compromisos constitucionales y los fines del proceso como mecanismo igualitario, responsable y democrático de resolución de conflictos.

e) Conceptualizar en qué consiste el modelo cooperativo, brindando algunos lineamientos generales en vinculación con su alcance y sus principales manifestaciones.

En primer término, señalaremos brevemente qué entendemos por constitucionalización del derecho, dando cuenta de sus principales manifestaciones (marca de agua). Nos interesa enfatizar el cambio paradigmático operado para revisar los modelos procesales vigentes e interpelarnos en relación a su adecuación para la realización de ese ideario.

En segundo lugar, pasaremos revista sobre la estructura en la que se edifica el modelo procesal actual, a fin de evidenciar cómo su diseño y las prácticas más distintivas que lo caracterizan responden a un paradigma constitucional agotado. Con ello pretenderemos mostrar que ese modelo está pensado desde categorías jurídicas propias del siglo XVIII y XIX que, no obstante, siguen permeando el discurso jurídico.

Luego, trataremos de explicitar el problema de la acumulación de tradiciones y la necesidad de una síntesis. Analizaremos allí como la constitucionalización impone nuevos esquemas de entendimiento desde los cuales abordar la reforma a la justicia no penal en general y al proceso en particular en clave de derechos, poder y democracia. Parte de ese cambio será repensar las finalidades de los mecanismos de resolución de conflictos y la organización de poder.

A partir de dichas premisas, propiciaremos como modelo procesal uno de tipo cooperativo, conceptualizando lo que entendemos por el mismo, justificando su razón de ser y ventajas epistémicas, delineando su alcance y principales manifestaciones.

### **II. Constitucionalización del derecho: marca de agua**

La constitucionalización del derecho es un fenómeno holístico y complejo. Holístico, porque conmueve la estructura misma del derecho y las prácticas que lo conforman. Complejo, porque no

es un hecho definitorio ni definitivo, sino un proceso de construcción de sentido y disputa de poder.

La constitucionalización del proceso, como parte del fenómeno *neoconstitucional*, es un movimiento regional y universal. En mayor o menor medida, los distintos ordenamientos jurídicos han repensado su ingeniería y arquitectura judicial y procesal al calor de los nuevos conflictos, derechos, bienes y valores constitucional y convencionalmente adoptados<sup>1</sup>.

En el caso argentino, si bien la relación entre CN y proceso (derechos, poder y democracia) ha estado presente, lo novedoso radica en la marca de agua que este nuevo proceso de constitucionalización trae.

Este fenómeno reivindica el paradigma que el constituyente de 1994 sentó y que el contexto regional y universal de los derechos humanos consolidó. Un paradigma que pretende realizar los ideales regulatorios de la autonomía individual y autogobierno colectivo desde un plano de mayor y mejor igualdad real, responsabilidad social y rendición de cuentas.

Entre las modulaciones más significativas que este cambio paradigmático supone, destacamos:

a) El hecho que la CN convencionalizada adquiere un lugar central dentro del sistema de pluralidad de fuentes (epicentro), que se interrelaciona con las restantes para aportar razones y criterios de autoridad en la resolución de conflictos<sup>2</sup>.

Dejamos de considerar a la ley autosuficiente, completa, clara u omnicomprensiva; relativizamos su valor como fuente predominante y excluyente; otorgamos a los principios y valores significación normativa; concebimos al régimen jurídico como sistema; y, rompemos con la pretensión de neutralidad del derecho como orden dado que rechazaba e invisibilizaba las vinculaciones políticas, morales o sociales de aquél o la falta de percepción de la cuestión constitucional como problema.

b) La injerencia de la constitucionalización en términos de contenidos, los cuales se construyen a partir de la reafirmación de cierta tradición e identidad cultural latinoamericana.

Esta nueva concepción política del derecho contrasta con la individualidad, patrimonialidad, igualdad formal y el perfeccionismo eurocentrista ilustrado (blanco, propietario, católico, heterosexual y masculino) que recorría la fisonomía del Código Civil derogado y los arreglos interpretativos mayoritarios.

La constitucionalización viene a dar respuesta a las distintas demandas e intereses que los movimientos y procesos sociales exigían dentro de una sociedad cada vez más mediatizada, compleja, plural, fragmentada y estructuralmente desigual.

El reconocimiento de derechos colectivos que rompen con la individualidad como eje estructurante; la interdicción de la discriminación; la mayor reglamentación de derechos en clave igualitaria en una sociedad plural y multicultural; la creación de microsistemas en función de la identificación de sujetos estructuralmente desaventajados y bienes especialmente protegidos; la desmercantilización de los derechos fundamentales, son parte de este nuevo modelo.

c) El reconocimiento de una serie de principios provenientes del ámbito del derecho de los derechos humanos. Entre ellos, el enfoque de derechos, los principios de indivisibilidad e interdependencia, progresividad y no regresividad y la perspectiva de género. Estas herramientas

---

<sup>1</sup>Muestra de ello es lo establecido por el Código de Proceso Civil brasileiro (art. 1).

<sup>2</sup> ALEGRE señala que *“la constitucionalización del derecho privado implica echar por tierra con la tradicional pretensión de aislar al derecho privado del alcance de los principios constitucionales, sobre todo en lo atinente a estándares de justicia distributiva. La idea tradicional era que el derecho privado tiene su propia dinámica, y sus propios principios”* (ALEGRE, Marcelo, *A propósito de la reforma al Código Civil. Duguit y la constitucionalización del derecho privado*, en *“Pensar en derecho”*, disponible online en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/0/a-proposito-de-la-reforma-al-codigo-civil.pdf>).

resultan elementales porque constituyen directrices *normativas* para entender el alcance de las nuevas reglas y su composición a la luz de las corrientes que conforman el marco constitucional.

d) La centralidad de la labor interpretativa y redefinición de las autoridades interpretativas, lo cual supone visibilizar la importancia de la organización de poder y su directa vinculación con la protección y efectividad de los derechos.

e) La participación informada, igualitaria y efectiva en el ejercicio de poder estatal, la toma de decisiones públicas y rendición de cuentas. Ello conlleva romper con la lógica de espacios exentos de control y ámbitos de poder discrecional, exigiendo mayor y mejor intervención ciudadana.

f) La potenciación de las garantías procesales, tanto por su revalorización como derechos en sí como por su condición de medios instrumentales para la realización efectiva de derechos.

### III. El CPCC como modelo agotado

El CPCC vigente, como máxima expresión del sistema *dispositivo atenuado*, está anclado en un paradigma constitucional superado. Su concepción, diseño y las prácticas más distintivas que lo caracterizan, dificultan o directamente contrarían el ideario valorativo que la constitucionalización del derecho impuso.

Entre los elementos más problemáticos identificamos:

a) Es un proceso que, a pesar de la *iuspublicación*, sigue actuándose como un asunto privado. La administración del proceso sigue descansando en la voluntad de las partes. A pesar de existir reglas precisas y consenso acerca de la condición pública del proceso, del impulso de oficio y rol de director del juez, las prácticas construidas dan cuenta de lo contrario.

b) Es un proceso pensado para solucionar conflictos eminentemente individuales y patrimoniales. Por ende, el modelo procesal que construye parte de presupuestos falsos y parciales. Basta recordar que los conflictos colectivos, a pesar de su reconocimiento en 1994, no cuentan con reglas de procesamiento o que, otros tipos de justicias (indígena o comunitaria), no encuentran cabida allí.

El CPCC es la realización de la garantía del debido proceso constitucional. Es decir, es un derecho en sí mismo y un medio instrumental para la realización de los derechos que en él se disputan. Al reglamentar dicho derecho-garantía pensando que la conflictividad es individual y patrimonial, invisibilizo el resto de conflictividades existentes, promuevo interpretaciones del proceso afines a ese esquema de entendimiento, dificulto la discusión de conflictos que requieren de otro modelo de debate y obstaculizo la realización de los derechos en juego.

De igual manera, la patrimonialidad se instituye como criterio rector para la definición de diversas cuestiones relevantes en la estructuración del proceso, operando en muchas ocasiones como un obstáculo irrazonable. Por ejemplo, al limitar posibilidades recursivas ordinarias o extraordinarias en función del “valor del agravio” como criterio excluyente, sin incluir otros valores trascendentes (o atribuyendo la facultad de excepcionarlo a la Alzada en términos totalmente discrecionales)<sup>3</sup>.

El régimen cautelar también fue construido para resguardar esa visión patrimonial e individual de la conflictividad. De allí el embargo como figura primaria y madre, los problemas para trabajar y entender lo cautelar material (anticipo provisional) o pensar la condición inaudita parte como un elemento contingente en distintos tipos de conflictos.

---

<sup>3</sup>El caso del juicio promovido por Pando contra la Revista Barcelona sirve de ejemplo para mostrar los tres factores: 1. La mercantilización de derechos, al reducir un conflicto de libertad de expresión a una cuestión de daños; 2. La limitación irrazonable, al advertir cómo -bajo esa lógica- la posibilidad de impugnar la decisión estaba condicionada por un tope dinerario (en un conflicto de relevancia social); y, 3. La discrecionalidad en torno a la administración del sistema recursivo (<https://www.mdzol.com/nota/789626-fallo-sobre-revista-barcelona-la-satira-politica-no-es-delito/>).

c) Es un modelo de litigio pensado de manera binaria, lineal, bipolar, retrospectiva, motorizado y controlado por las partes, donde el derecho y remedio relucen interdependientes y el proceso es un episodio autosuficiente (el dictado de la sentencia concluye la actividad judicial).

En numerosos conflictos -especialmente, en justicia de acompañamiento o litigios de interés público-, la estructura no puede ser rígidamente bilateral, sino expansiva y amorfa; la indagación sobre los hechos no es histórica y adjudicativa, sino predictiva y legislativa; la remediación no piensa tanto en el pasado como en el presente y futuro, diseñándose al efecto sobre bases amplias y flexibles y siendo la cosa juzgada mutable y/o colectiva; la composición es negociada; el debate es necesariamente plural; y, la materialización de la decisión exige un compromiso continuo del tribunal<sup>4</sup>.

d) No es un proceso pensado para generar información de calidad en momentos oportunos que favorezcan el contradictorio igualitario entre partes para la dilucidación del conflicto, su composición y toma de decisión. No existen mecanismos de instrucción preliminar; la prueba anticipada es introducida al mero efecto conservativo; no hay una recepción clara y objetiva de los principios de colaboración y cooperación; los jueces no ejercitan las prerrogativas que detentan a tal fin; y, no se controla e incentiva el ofrecimiento y producción probatoria.

e) Es un proceso que no se piensa desde el conflicto sino desde la autoridad. Por ello las vinculaciones entre esquemas y modos de resolución son rígidas y escalonadas.

El primer elemento que aparece regulado es la jurisdicción y no la maximización de derechos en clave constitucional; la mediación está regulada antes y de modo obligatorio; no existen (des)incentivos para la utilización de métodos adecuados de resolución; ingresado al proceso, la organización judicial impone como única alternativa la confrontación (no existen alternativas como formas de gestión multipuertas, flexibles y dinámicas); y, tampoco es una práctica habitual de los jueces cumplir con su deber de “intentar una conciliación total o parcial del conflicto o incidente procesal” y, menos aún, ponderar la posibilidad de “proponer y promover que las partes deriven el litigio a otros medios alternativos de resolución” (art. 36 inc. 2).

f) La concepción del proceso es rígida, lineal, burocrática y escrituraria. Ese modelo procesal atenta, directa y mediatamente, contra los distintos derechos-garantías constitucionales y convencionales involucrados. Por ejemplo, el derecho a audiencia<sup>5</sup> en mediación.

En el orden no penal, la inmediatez nunca ocupó un lugar central. En términos generales, podemos advertir una doble limitación. La primera, de índole conceptual. La inmediatez fue asociada con la presencia del juez en algunos actos de adquisición de pruebas, pero difícilmente como un elemento ordenador en torno al cual diagramar el proceso. La segunda, de índole institucional. El proceso no es pensado ni estructurado desde la inmediatez, las reglas que existen son insuficientes y, las prácticas construidas, totalmente opuestas.

La instauración de la audiencia preliminar en el CPCCN fue solo una declaración normativa. Dicha circunstancia, sumada al carácter eminentemente escriturario del proceso, la delegación de tareas y otras vicisitudes, dan cuenta de la construcción de una institucionalidad de despersonalización, mediación y ajenidad del conflicto.

---

<sup>4</sup> Profundizando dicha idea, CHAYES señala que “la acción de clase es un reflejo de nuestra creciente percepción respecto a que un importante conjunto de interacciones públicas y privadas -quizás las más relevantes a la hora de definir las condiciones y oportunidades de vida de la mayoría de las personas- están conducidas con una lógica rutinaria o burocratizada y que por tanto no pueden continuar siendo abordadas como relaciones bilaterales entre partes privadas” (CHAYES, Abram, *El rol del juez en el litigio de interés público*, Traducción al español de Olivia MINATTA y Francisco VERBIC, en Revista de Processo Nº 268 -junho 2017-).

<sup>5</sup> La *errónea* (o interesada) traducción del art. 8 de la Convención Americana por parte de la tradición procesal latinoamericana interpretó el derecho a audiencia como equivalente a ser oído.

g) Un proceso concebido de manera formal, donde no existen facultades para que el juez y/o las partes puedan adecuar la tramitación al tipo de conflicto o construir una agenda de trabajo (al estilo *case management* o acuerdos procesales) para optimizar su procesamiento. La manera de concebir la legalidad es propia del siglo XIX. Ello resulta verdaderamente problemático si tenemos en consideración que supone negar el fenómeno mismo de la integración de fuentes y, además, el principio de la instrumentalidad de las formas. La constitucionalización nos exige repensar la legalidad como modo de vinculación del juez y sujetos con las reglas para la realización de derechos.

h) Es una estructura de poder carente de todo tipo de control. No rinden cuentas de ningún tipo. Ni en su labor administrativa ni jurisdiccional. Los mecanismos existentes, por cuestiones de diseño y prácticas, no funcionan. Uno de los déficits centrales es que se controlan entre ellos o entre los propios grupos de poder estatal o fáctico.

i) Es una estructura que trabaja con un modelo de gestión judicial del siglo XVIII. Existe un modelo único, jerárquico, rígido, formal y burocrático en cabeza de un juez que ejerce facultades de administración y jurisdiccionales. El personal atiende las necesidades del juez o expediente (no del justiciable, caso o servicio en términos globales).

Se caracteriza por la discrecionalidad; falta de transparencia; amateurismo; anarquía; inexistencia de planificación, comunicación, información y retroalimentación; delegación; ausencia de rendición de cuentas tanto en su faz administrativa como jurisdiccional; y, confusión de actividades y responsabilidades. Favorece la corrupción y prácticas contrarias a la adecuada prestación del servicio de justicia.

El hecho que lo alarmante de la dimensión del tiempo (plazo razonable) y ejecución no hayan motorizado cambios en la cultura organizacional-institucional, demuestra su condición de preocupación discursiva y su funcionalidad a ciertos sectores<sup>6</sup>.

j) Un proceso que era pensado como un espacio apolítico y de adjudicación, donde el juez no era visto en su condición de autoridad pública y como responsable institucional llamado a dialogar con el resto para la construcción, mejoramiento y perfeccionamiento de las políticas institucionales y públicas. El cambio paradigmático ha conllevado que el litigio se convierta en un foro político explícito y el tribunal en un brazo visible del proceso político-jurídico.

#### IV. Superación de categorías jurídicas históricas

Una consecuencia inherente al cambio paradigmático es la crisis de una serie de categorías jurídicas propias del siglo XVIII y XIX. Entre ellas nos interesa destacar: 1. Lo público y privado; 2. Lo dispositivo e inquisitivo; 3. Sustantivo y procesal; 4. Jurídico y político; 5. Lo judicial y político; 6. Inmediato y programático; 7. Controlable y no justiciable; y, 8. Unitario y federal.

Afirmamos que son categorías jurídicas históricas porque responden a un marco teórico y valorativo inexistente. Es decir, no sirven para describir ni abordar la conflictividad y reglas vigentes. Tampoco las explican y realizan adecuadamente. Esas categorías no ilustran tanto cuanto limitan: el paradigma constitucional cambió y nosotros seguimos trabajando con las mismas herramientas conceptuales. Queramos (o no), la apelación a esas categorías trae consigo el peso de su tradición.

La crisis de estas categorías opera en cuatro sentidos. En primer lugar, reconociendo que esos dispositivos no existen más en tanto tales. En segundo término, asumiendo que es un error epistémico seguir pensándolas en términos dicotómicos, binarios y excluyentes. En tercer orden, entendiendo que deben pensarse de manera interrelacionada e integral, desde la conflictividad

---

<sup>6</sup> Si este estado de cosas no fuese funcional al Poder Judicial, los jueces y otros sectores de poder, las cosas hubiesen cambiado hace tiempo.

que pretenden resolver, con base en el esquema constitucional planteado y en miras a realizar sus objetivos y finalidades. En cuarto lugar, reconociendo que son conceptos dinámicos que se encuentran en constante deconstrucción y resignificación, cuya condición es meramente ordenatoria y no prescriptiva.

Explicitar cómo entendemos la crisis en cada una de las relaciones planteadas excedería el objeto de este estudio. Para el cometido del presente nos basta con visibilizarla y exhibir su radicalización a la luz del proceso de constitucionalización señalado.

## V. Síntesis como imperativo

### 1. *La acumulación de tradiciones-modelos como problema*

¿Cómo debemos trabajar situaciones de marcado pluralismo? Podemos asumir distintas estrategias: imposición, silencio, acumulación o síntesis. Como señala GARGARELLA, en el siglo XIX, la estrategia de acumulación se volvió relevante en Latinoamérica. La preferencia por la acumulación liberal-conservadora se tornó evidente en ambas partes de la Constitución (dogmática y orgánica). Dadas las dificultades que encontraron al negociar sus diferencias y resumir sus pretensiones frecuentemente opuestas, ambas facciones decidieron sumarlas en el mismo texto<sup>7</sup>. Esto generó profundos contrasentidos intra e interseccionales. Esto es, dentro de cada parte de la Constitución y entre ambas.

Las sucesivas reformas constitucionales acrecentaron el problema, pues incorporaron una serie de demandas igualitarias, de mayor compromiso social, político y democrático, pero mantuvieron intacta la columna vertebral de la organización de poder.

En línea con nuestro diseño constitucional, el proceso civil en términos de derechos y organización de poder se construyó desde esa matriz liberal-conservadora. El modelo procesal fue concebido como un esquema dispositivo, aunque para la protección de cierto tipo de derechos-conflictividades y bajo la dirección de un juez director del proceso con amplias facultades. Al mismo tiempo, fue organizado como un espacio público y de discusión, pero bajo una estructura elitista, rígida, jerárquica y carente de controles. Decir el derecho era concebido como un acto *unilateral silogístico*, el ámbito judicial como apolítico y la mirada sobre la democracia restrictiva.

Es decir, lo que hicimos fue replicar parte de lo peor de nuestra práctica constitucional: la acumulación de tradiciones contrapuestas. Sumamos o juntamos las distintas pretensiones dejando las demandas en tensión (total o casi) totalmente intactas. El concepto de modelo dispositivo atenuado al cual solemos aludir para explicar la arquitectura híbrida de nuestro diseño procesal, es muestra de ello.

Luego, resulta comprensible porqué la incorporación de instituciones que suponían poner en riesgo las visiones acumuladas antedichas, fueron neutralizadas por el propio sistema. La incorporación de cuerpos extraños a esa concepción y forma de administrar el poder (v.gr., la audiencia preliminar; la conciliación; la idea de caso o causa por sobre situaciones jurídicas subjetivas; la posibilidad de contestación y demanda conjunta; los acuerdos probatorios; o, inclusive, el rol activo del juez) fueron repelidas.

La acumulación es un problema relevante, porque implica la existencia de un modelo procesal sesgado y parcial, que no se hace cargo de las tensiones y que no resuelve la situación de pluralismo razonable. Pero también porque el diseño actual es resistente y disfuncional a las demandas y exigencias del ideario constitucional vigente.

Es imprescindible una revisión de nuestros marcos teóricos. Trabajar desde modelos dispositivos o inquisitivos (aun atenuados), centrados en el juez o en las partes, son variantes que

---

<sup>7</sup> GARGARELLA, Roberto, *Creación constitucional en sociedades plurales. La "estrategia de acumulación"*, Anales de la Universidad de Chile: Democracia y proceso constituyente, Universidad de Chile, 2016.

no permiten comprender y avanzar en profundidad en concepciones distintas de la conflictividad y el tipo de intervención procesal.

De allí que debemos promover una síntesis. Esto es, hacernos cargo de discutirlos profundos desarreglos que tenemos en el diseño procesal para obtener un acuerdo sintético que resuelva las demandas opuestas o contradictorias. Esta opción es la más coherente con la idea de una sociedad dialogante e inclusiva.

La estrategia de acumulación que se manifiesta de formas diversas en los ordenamientos constitucionales representa una de las fallas más graves del constitucionalismo regional, y explica muchos de los problemas que enfrenta, tanto en materia de organización del poder, como en lo que hace a la implementación de los derechos que generosamente consagra<sup>8</sup>. El Código Civil y Comercial de la Nación es, aún con sus críticas, un ejemplo del intento por lograr una reconfiguración (comunidad de reglas) con pretensión de coherencia en clave constitucional-convencional.

Esto también visibiliza lo que entiendo como falsos consensos. Es decir, simular que tenemos acuerdos sobre circunstancias trascendentales en las que en realidad disentimos o no estamos realmente contestes. Por ejemplo, la idea del activismo judicial. ¿Es activismo o parte de su responsabilidad funcional inherente? ¿Cómo podríamos explicar que los jueces tengan innumerables potestades y no las ejerzan? ¿Es concebible y eficiente un sistema donde nadie controla lo que hacen?

En línea con la idea sintética propuesta, es imposible pensar en algún tipo de cambio en el rol del juez sin reformular la organización judicial existente. No sólo para acompañarla con ideales más igualitarios y democráticos, sino como medio para que el *activismo* trabaje en la realización de los fines del proceso. En su defecto, como ha ocurrido, la matriz del sistema conspira contra su razón de ser.

El fetichismo normativo -la creencia en que la modificación legal conlleva por sí misma una transformación cultural e institucional-, el hecho que no se hayan tocado las estructuras conceptuales y organizaciones de poder del sistema y su funcionalidad a los intereses a los que responden, son razones que explican el tipo de prácticas que nos definen.

## 2. El lugar de los derechos, el poder y la democracia

Si debemos lograr una síntesis, ¿en qué modelo debiésemos abreviar? ¿Cuáles debiesen ser sus rasgos característicos o fines? ¿Cómo incide el marco constitucional-convencional señalado en relación al tipo de modelo procesal?

El cambio de paradigma operado en la significación misma de la CN, resignifica las nociones de derechos, poder y democracia a partir de las cuales trabajábamos.

El marco desde el cual debo pensar al derecho al proceso y los derechos que en él se disputan, es el enfoque de derechos. La matriz de entendimiento consiste en comprender que las personas no tienen necesidades sino derechos, los cuales son -al mismo tiempo- obligaciones jurídicas del Estado. Es decir, no son ya directrices ni políticas ni morales, sino jurídicas. Por tanto, plenamente exigibles y justiciables<sup>9</sup>.

El (debido) proceso constitucional se consolida como derecho en sí. Ya no es un mero enunciado sino una prerrogativa que me permite exigir una serie de contenidos mínimos e insuspendibles sin los cuales no puede afirmarse la existencia de un proceso válido. Esto implica la

---

<sup>8</sup> GARGARELLA, Roberto, *Creación constitucional (...)*, ob. cit.

<sup>9</sup> Es cierto que los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales vuelven a construir fórmulas de exigibilidad distintas. Sin embargo, aún en ese escenario, son plenamente justiciables y, siéndolo, controlables bajo los estándares e indicadores que se han instituido para saber si esos derechos (obligaciones jurídicas del Estado) se encuentran satisfechos.

transformación de ideas clásicas y la incorporación de nuevas. Por ejemplo, la consolidación del plazo razonable como garantía constitucional, la utilización de un lenguaje comprensible o el deber de adoptar medidas en función de sujetos estructuralmente desaventajados<sup>10</sup>. Todas estas exigencias pasan a formar parte del núcleo duro del derecho al debido proceso (individual-colectivo) constitucional.

Ello debe complementarse con otra premisa consabida: el proceso es un medio para garantizar la protección de otros derechos. Por lo tanto, partiendo del mencionado enfoque, el proceso deberá reformularse en sí y como método para realizar de mejor manera su exigibilidad.

Esto explica la concepción amplísima en torno a la legitimación y que su análisis no gire más respecto de categorías jurídicas (v.gr., derecho subjetivo o interés legítimo) sino en relación a la existencia de un *caso*. Implica que debemos acostumbrarnos a argumentar, producir y controlar información presupuestaria y discutir franca y abiertamente en relación al costo de un derecho<sup>11</sup> y la razonabilidad de las decisiones de gobierno a la luz del programa constitucional.

Por su parte, el poder-autoridad deja de ser entendida como una cuestión de imposición unilateral, rígida, forzosa y discrecional, para asumirla como el ofrecimiento de razones, diálogo, consenso y, especialmente, rendición de cuentas. El cambio respecto del poder opera en un doble sentido: como poder en sí (organización de poder) y como medio para (organización judicial).

Respecto del primero, la reforma a la justicia no penal debe cambiar la matriz elitista, conservadora, oscura, burocrática y ajena a todo control con la que trabaja el Poder Judicial. Tenemos una declaración de derechos del siglo XXI y una organización de poder del siglo XVIII<sup>12</sup>. El modo en que pensamos las instituciones es muy similar a como lo pensaban las élites liberales conservadoras del siglo XIX: poder concentrado, desconfianza en la ciudadanía, ausencia de controles y limitación a la participación popular.

Pensemos que el enfoque de derechos en un sistema judicialista supone que todo conflicto, siendo de derechos, se discutirá en sede judicial. La política queda sometida a un discurso de derechos, donde las personas *exigen derechos*. Ello otorga un poder enorme a los jueces. ¿Qué mecanismos existen para que su actuar sea responsable y realice los fines del proceso?

Si tenemos una concepción de derechos con impronta democratizadora, social, progresista y horizontal no puede preservarse la otra parte de la CN de modo vertical, elitista, contramayoritario y cerrado a lo social. Las palancas del poder, la lucha por la exigibilidad de los derechos, están en la organización de poder. La reforma a la justicia no penal es una oportunidad para reacondicionar la organización de poder con un compromiso serio con los derechos que gestiona<sup>13</sup>. Esto es parte fundamental del sistema procesal en general y del proceso en particular.

---

<sup>10</sup> También explica el estado inconstitucional de cosas en materia de conflictos-derechos colectivos. Primero, por la omisión del legislador de reglamentar el derecho al debido proceso colectivo constitucional. Segundo, porque el proyecto que el Ejecutivo ha enviado al Congreso limita severamente el derecho al debido proceso colectivo en sí e, indirectamente, la justiciabilidad de todos los derechos que mediante él se exijan.

<sup>11</sup> Todo derecho tiene un costo. Como señalan HOLMES y SUNSTEIN "afirmar que un derecho tiene un costo es confesar que tenemos que renunciar a algo a fin de adquirirlo o conservarlo. Ignorar los costos deja convenientemente fuera del cuadro ciertas concesiones dolorosas. [...] Atender el costo de los derechos plantea una cantidad de cuestiones adicionales, no solo acerca de cuánto cuestan sino también sobre quién decide cómo asignar nuestros escasos recursos públicos para protegerlos y para quién" (HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass, R., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2012, pp. 34-51).

<sup>12</sup> GARGARELLA, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Katz Editores, Madrid, 2014, p. 354.

<sup>13</sup> Ver SUCUNZA, Matías y VERBIC, Francisco, *La CSJN y el art. 32 de la Ley General del Ambiente: una práctica arbitraria que se consolida*, ReDA, en prensa. Un informe detallado de la causa desde el derrame tóxico de septiembre de 2015 en <https://classactionsargentina.com/2018/02/27/el-conflicto-colectivo-ambiental-provocado-por-barrick-gold-corporation-en-san-juan-tres-derrames-toxicos-en-menos-de-dos-anos-omisiones-estatales-y-falta-de-respuestas-de-la-csjn-en-la-causa/>.



En referencia al segundo, la reforma debe asumir que el sistema de justicia es una organización administrable, que la gestión judicial es un elemento esencial para el proceso y que debe transformarse radicalmente el modelo imperante. La forma de organización de los tribunales es la expresión técnico administrativa de la concepción de poder concentrada, elitista y oscura a la que aludimos. Esa estructura consolida el patrón cultural que supuestamente queremos remover.

Por último, la democracia deja de ser entendida como una forma de participación restringida, electiva, formal y periódica para concebirse como un mecanismo de deliberación y toma de decisiones públicas, igualitaria, informada, cotidiana y plural. Esa idea de democracia que la constitucionalización consolida, reconfigura al PJ, los jueces y proceso.

Al PJ y a los jueces los desafía en su condición de autoridad. Esto es, en la forma en que se concibe y ejerce. La validez y legitimidad del sistema reside ahora en el marco dialogal que se promueve para la toma de decisiones, su transparencia, la posibilidad de contralor y el deber de rendir cuentas. El destierro de las cuestiones políticas no justiciables habla acerca de ese cambio.

Sin embargo, la democratización de la justicia exige mucho más en términos de modelo procesal. Invita a pensar la introducción de juicios por jurados para cuestiones de trascendencia institucional o pública (por ejemplo, fusiones societarias vinculadas a medios de comunicación masiva); o, la construcción de esquemas dialógicos para el ejercicio del control de constitucionalidad o la ejecución de sentencias en casos colectivos, que logren reconfigurar los problemas constitucionales de la última palabra y la acumulación de sentidos<sup>14</sup>.

Respecto del proceso, este se reconfigura como un espacio hábil e idóneo para dar razones públicas, de manera informada y en condiciones de igualdad. Ello implica que en ciertos supuestos la decisión deba construirse a partir de argumentos de sujetos distintos de las partes, pero cuyas razones públicas son ineludibles.

El juez ya no sólo no pone el derecho (*iura novit curia*) porque el derecho es argumentación, sino que construye su decisión a partir de la discusión de la comunidad de trabajo (cooperativo) que supone el proceso. Ello implica entender la toma de decisión como un medio dialógico; repensar el alcance de intervención de todos los participantes; y, qué, cómo y cuáles razones se dan en la rendición de cuentas<sup>15</sup>.

Pensemos en la causa "*Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto*"<sup>16</sup>. La decisión involucró cuestiones de relevancia institucional, política, social y jurídica, tales como la determinación del sistema de fuentes de derecho, su alcance e interpretación, los criterios de autoridad imperantes y su incidencia en la exigibilidad y justiciabilidad de derechos. Si esta decisión expresó un desacuerdo significativo sobre esos aspectos y nuestra pertenencia al sistema interamericano al desafiar la obligatoriedad de las decisiones de la CIDH, ¿cómo se supone que nosotros el pueblo participamos en ella? No se activó ninguno de los mecanismos instituidos por la propia CSJN para

---

<sup>14</sup> Por ejemplo, el artículo 19 de la CN, el cual contiene en su seno el más fuerte compromiso liberal con la moral personal -el de la moral privada entendida en línea con la noción de "daño a terceros"- y el más fuerte condicionamiento conservador sobre la misma -que la conducta no afecte el "orden y la moral pública" (ver GARGARELLA, Roberto, *Reconstruyendo...*, ob. cit.).

<sup>15</sup> Como señala UCIN, se podría ver al proceso judicial como un "micro-cosmos democrático" del Estado de Derecho, con connotaciones de libertad, igualdad y participación, a través del contradictorio, en un clima de legalidad y responsabilidad. Así, se puede asumir que la propiedad deliberativa de la democracia debe ser transversal a todos los poderes del Estado, siendo un modo de gobernar y hacer política, dando razones públicamente de las decisiones que se adoptan e incorporando, en la mayor medida posible, la voz de los diversos sectores afectados (UCIN, María Carlota, *Dimensión democrática y deliberativa del proceso*, ponencia presentada en el Congreso Nacional de Derecho Procesal, AADP, Termas de Río Hondo, Santiago del Estero, 2017).

<sup>16</sup> CSJN, 368/1998 (34-M), "*Ministerio de Relaciones Exteriores*", ob. cit.

robustecer la participación o mejorar su legitimidad<sup>17</sup>. Existía una regla interpretativa previa de la CSJN que postulaba lo contrario. ¿Qué dice la Corte acerca de ello? ¿Cómo explica su apartamiento? Los votos mayoritarios y concurrentes no se hacen cargo de nada. Ni siquiera se los cita. Lorenzetti y Highton de Nolasco integraban la otra mayoría y ahora aparecen firmando la decisión sin siquiera dar un solo argumento que explique su cambio<sup>18</sup>.

La CSJN reglamentó formas de participación (*amicus* o audiencias públicas), que utilizó cuándo y cómo quiso, siendo contadas las veces que siquiera citó su realización o se hizo cargo de algún tipo de argumento. La investigación desarrollada por BENEDETTI y SÁENZ en ese sentido es elocuente<sup>19</sup>.

Como intentaremos evidenciar, el modelo cooperativo es el marco-sistema que mejor realiza las exigencias del cambio de paradigma operado.

#### VI. Finalidades de los mecanismos de resolución de conflictos

Otro de los puntos que estimo necesario revisar para pensar en relación a los modelos procesales son sus finalidades. Es decir, qué es lo que debiésemos lograr. Tener en claro esos objetivos nos permite comprender mejor la razón de ser del proceso como mecanismo de resolución de conflictos, definir sus componentes, ordenarlos y vincularlos.

Creo que aquí también mantenemos una serie de categorías jurídicas que no se corresponden con el esquema constitucional-convencional actual, ni con el desarrollo de la propia disciplina procesal. Por ejemplo, sostener que el proceso busca la verdad.

Hemos hecho ingentes esfuerzos para tratar de resignificar esa noción porque asumimos que tiene un anclaje histórico-político denso, es problemática y, además, poco útil. Sin embargo, aun después de ello, seguimos aludiendo a la verdad como un fin del proceso. Este y otros elementos (v.gr., la concepción que tenemos de la legalidad o autoridad), dificultan seriamente pensar en los cambios que son imprescindibles en la estructuración de un nuevo modelo sintético.

Teniendo en consideración la marca de agua que la constitucionalización impuso, considero que la finalidad del proceso debiese ser la maximización de la protección de derechos y autogobierno colectivo de modo oportuno, adecuado y efectivo. Por ello, el proceso debiese preocuparse por: (i) la obtención e intercambio oportuno de la mayor cantidad de información de calidad posible; (ii) la construcción de un ámbito de discusión plural, abierto y amplio, que maximice el contradictorio igualitario e informado entre los sujetos intervinientes (comunidad de trabajo); (iii) la composición y/o solución dialógica, adecuada y legítima del conflicto; y, (iv) la realización efectiva y oportuna de lo compuesto o decidido. El modelo cooperativo, como expresión sintética de la acumulación planteada, responde y realiza mejor estas finalidades<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> SUCUNZA, Matías, *Soberanía judicial: la (des)obediencia como reafirmación de autoridad*, Revista de Derecho Público (Tomo 1), Editorial Rubinzal Culzoni, Tomás Hutchinson y Horacio Daniel Rosatti (Directores), julio de 2017.

<sup>18</sup> Ver CSJN, "Recursos de hecho deducidos por la actora en la causa 'Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut' y por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto en la causa C.594.XLIV 'Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut'", sent. del 6-VIII-13, voto de los Dres. Highton de Nolasco y Lorenzetti, Considerando 10 y 11.

<sup>19</sup> Se destacan como elementos definitorios de la misma, la discrecionalidad en el uso, su subutilización, la obliteración de voces y la asimetría de trato (BENEDETTI, Miguel Ángel y SÁENZ, María Jimena, *Las audiencias públicas de la Corte Suprema. Apertura y límites de la participación ciudadana en la justicia*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2016).

<sup>20</sup> Necesitamos romper con un modelo burocrático, rígido en sus reglas, disfuncional a la pretensión de corrección de cualquier decisión, donde el juez es el centro y el contradictorio débil y formal. Nos urge superar la idea de cooperación como "corset ético" (funcional al estado de cosas) para establecer derechos-deberes positivos dentro un sistema coherente.

## VII. Modelo (y principio) cooperativo

### 1. Concepto

Teniendo en consideración la relación que se da entre el juez y las partes, MITIDIERO recupera tres modelos de proceso: isonómico, asimétrico y cooperativo. En el primero el juez aparece en pie de igualdad con las partes y, tanto el proceso como la búsqueda de la *verdad*, se encuentran en manos de los justiciables. El asimétrico, es producto de un modelo de organización social de tipo jerárquico y de la consolidación del Estado moderno. En este, la relación entre las partes y el juez es vertical y el juez se encuentra en la cúspide del triángulo. El proceso cooperativo sería propio de un Estado constitucional en el marco de una sociedad plural. En él, el juez sería isonómico en la conducción del proceso y asimétrico en cuanto a la decisión.

Defendiendo este último modelo, MITIDIERO sostiene que la colaboración es un esquema que pretende organizar el papel de las partes y del juez en la conformación del proceso, estructurándolo como una verdadera comunidad de trabajo, en la que se privilegia la labor procesal en conjunto del juez y de las partes. En otras palabras: se trata de reacondicionar el formalismo del proceso, dividiendo de forma equilibrada el trabajo entre todos sus participantes. Como modelo, la colaboración rechaza la jurisdicción como polo metodológico del proceso civil, ángulo de visión evidentemente unilateral del fenómeno procesal, privilegiando en su lugar la propia idea de proceso como centro de su teoría, concepción más pluralista y acorde a la idea democrática íntegra al Estado constitucional<sup>21</sup>.

En nuestro caso, compartimos el enfoque analítico, pero disentimos en su sentido y alcance. Partiendo de las ideas de derecho, poder y democracia explicitadas, consideramos que el modelo cooperativo concibe al proceso como una comunidad de trabajo entre los sujetos intervinientes, un espacio político de diálogo y una organización horizontal de composición del conflicto, cuyo objeto es la maximización de la protección efectiva y oportuna de la autonomía personal y el autogobierno colectivo mediante la obtención de información de calidad, la promoción de un contradictorio amplio e igualitario y un correcto sistema de rendición de cuentas.

Como podemos advertir, esta concepción piensa multidimensionalmente al proceso: no se ciñe a la cooperación como conducta (de las partes, terceros o juez) ni dilema meramente ético, sino que propone asumirla además como un concepto holístico, transversal y utilitario al ejercicio de derechos y estructura de poder. La transformación del marco constitucional y de las finalidades del proceso, exigen un cambio cultural e institucional que resigne todos sus componentes<sup>22</sup>.

De allí que:

(i) Todos los sujetos deben cooperar. Cooperar es obrar juntamente con otro u otros para la consecución de un fin común. Es decir, no es trabajar para el beneficio de otro, sino con otro para un fin común que beneficia a todos (proceso justo).

Por ello consideramos problemática la posición de MITIDIERO. Él considera que la colaboración en el proceso no implica colaboración entre las partes, pues ellas no quieren colaborar y no deben colaborar entre sí simplemente porque obedecen a diferentes intereses en lo que se refiere a la suerte del litigio. Lo máximo que se puede esperar es una colaboración de las

---

<sup>21</sup> MITIDIERO, Daniel, *A Colaboração como Modelo e como Princípio no Processo Civil*, disponible en [https://www.academia.edu/10250562/Cooperacao%20como%20Modelo\\_e\\_como\\_Principio\\_no\\_Processo\\_Civil](https://www.academia.edu/10250562/Cooperacao%20como%20Modelo_e_como_Principio_no_Processo_Civil).

<sup>22</sup> En similar tesis postula ZANETTI que "el principio de la cooperación se aplica en nuestro ordenamiento a los comportamientos de las partes y de los jueces, generando obligaciones típicas y atípicas, configurándose como cooperación para el proceso, a lo largo de todo el arco procesal, con deberes para las partes y para el juez (ZANETTI Jr., Hermes, *A Colaboração para o Processo*, homenaje a Humberto Theodoro Jr., inédito).

partes con el juez en el proceso civil. De allí que entienda que la colaboración en el proceso que se debe en el Estado Constitucional es la colaboración del juez con las partes.

Estimamos que ello es un contrasentido epistémico, que replica una cultura de cierto tipo de litigio ineficiente, la cual relativiza las premisas sobre las que trabaja y quita potencia al cambio que propone. Pone nuevamente a las partes de cara al juez y no en un diálogo conjunto; soslaya la condición de construcción cultural del derecho; los fines del marco constitucional y proceso explicitados; consolida las desigualdades estructurales o relativas (omisión de información como ventaja); y, limita a la cooperación como síntesis integrativa. ¿Cómo explicaríamos el *case management*, los acuerdos procesales o los sistemas de instrucción preliminar?

Si la conflictividad es un hecho irreductible de la sociabilidad y la defensa del propio interés también, la pregunta es ¿qué tipo de modelo cultural e institucional genero para lograr que todos los interesados, aun defendiendo su interés, contribuyan al bien colectivo (proceso justo)?

El hecho de que exista confrontación y posición interesada no explica ni justifica porqué las partes no tendrían el deber de aportar todos los elementos de juicio que sean necesarios para el mejor conocimiento, discusión y composición del conflicto. Salvo que sostenga que la defensa del propio interés supone la posibilidad de mentir, tergiversar, ocultar información u obtener ventajas derivadas de errores, inconducta u omisiones.

Adam Smith sostuvo que en la competencia la ambición individual beneficia el bien común. De ese modo, para obtener el mejor resultado cada miembro del grupo debía hacer lo mejor para el mismo. La teoría de los juegos de John Nash nos sirve para explicar lo contrario: para conseguir el mejor resultado cada miembro del grupo debe hacer lo mejor para el mismo y para el grupo dentro de una estructura formalizada de incentivos adecuados.

(ii) El proceso se convierta en un ámbito político de diálogo, donde lo trascendental es el intercambio de información de calidad en tiempo oportuno y la promoción del contradictorio igualitario.

Como postula BERIZONCE al referirse a los acuerdos procesales, “desde esa perspectiva, el proceso consiste entonces en un discurso racional en el que el diálogo debe ser efectivo, basado en narrativas con pretensión de veracidad, claras y completas, de modo que se posibilite que las partes, actuando siempre de buena fe, puedan ejercer su libertad de modo adecuado (...). Es en ese contexto que se insertan y destacan los poderes del juez, que son de colaboración (stricto sensu), esclarecimiento, información y advertencia, debate e indicación. Bajo ese marco y con una renovada visión del fenómeno procesal, se torna posible a las partes -por medio de un tipo de conducta frente al proceso- participar en la gestión procesal. El proceso se torna entonces cooperativo”<sup>23</sup>.

(iii) La organización de poder judicial (en sí y como medio para) deba resignificarse de modo horizontal, plural y democrático para contribuir a los fines del proceso. De ese modo, a diferencia de lo sostenido por MITIDIERO, postulamos que la solución, decisión y autoridad, se construye entre los sujetos intervinientes en el marco dialógico que supone el proceso mismo (partes, auxiliares, juez e incluso la sociedad misma a través de los *amicus*).

## 2. Justificación

¿Por qué un modelo cooperativo? En línea con lo expuesto en los apartados antecedentes, precisaremos que:

a) Es el que mejor realiza el ideario valorativo del nuevo marco constitucional-convencional y los fines del proceso. La moralización del proceso o la construcción de condiciones igualitarias

---

<sup>23</sup>BERIZONCE, Roberto, *Las estructuras cooperativas y consensuales de normatividad: ¿hacia la superación de la “cultura del litigio”?*, Revista de Derecho Procesal, Tomo 2, Santa Fe, octubre 2017.

hansido los argumentos principales en la justificación de ideas cooperativas. Sin embargo, existen argumentos importantes más allá de ellos: la obtención de información de calidad, la conformación de un ámbito de discusión racional y la composición justa del conflicto;

b) El tipo de intervención procesal existente se encuentra agotado. El problema no es la cultura del litigio, sino que tipo de prácticas fomentamos. Lo mismo en relación al tipo de autoridad que hemos construido y sostenido como espacio y forma de organización. El sistema debe tener pretensión de coherencia. Para lograr un cambio sustantivo debemos modificar las lógicas y estructuras que lo conforman.

c) Los modelos dispositivo-inquisitivo o el centrado en las partes o en el juez, no logran explicar adecuadamente los cambios operados en el marco de reglas, presentando dificultades para abordar la conflictividad actual y operando como elementos resistentes al cambio. El foco no debe estar puesto en las partes o en el juez, sino en algo común y convergente a todos: la adopción de las reglas de discusión acordes al conflicto; la obtención de información de calidad; la construcción de un espacio de diálogo; o, la aportación de razones. Esto es, la resolución adecuada del conflicto.

d) El modelo cooperativo es un mecanismo que resuelve mejor los problemas de corrección de los enunciados de hecho o probatorios; el carácter cultural y complejo del derecho; la integración normativa (fuentes y autoridades) o toma de decisión como construcción argumental. El paso de la jurisdicción como centro al proceso corresponde, en términos de lógica jurídica, al paso de la lógica apodíctica a la lógica dialéctica: del monólogo jurisdiccional al diálogo judicial<sup>24</sup>.

e) La apelación a la condición pública del servicio de justicia ya no alcanza para explicar el fenómeno de la cooperación<sup>25</sup>. Los acuerdos procesales son un ejemplo de ello y de las limitaciones para pensar la vinculación entre sujetos, reglas y fines desde categorías rígidas. La reconfiguración de la noción de legalidad como principio es más compatible con la idea de un modelo cooperativo.

f) En general, hemos pensamos en términos de derechos como disponibilidad o autoridad como imposición. El modelo cooperativo propone recuperar la noción de responsabilidad en el ejercicio de ambos. De ese modo, no sólo propicia la construcción de un esquema que resignifica la noción de derechos y poder<sup>26</sup>, sino que visibiliza la responsabilidad individual-social en el ejercicio de ambos para un fin común y útil a todos.

### 3. Marco regulatorio y principio

La cooperación debe instituirse como modelo procesal y principio dentro de ella.

Implantar un modelo cooperativo significa que la concepción, diseño y prácticas del sistema procesal y cada uno de sus componentes, de principio a fin (ejecución de la decisión), debe estar transversalmente caracterizada por la noción cooperativa del ejercicio de derecho y administración del poder a la que hemos aludido en los apartados antecedentes.

Por lo tanto, no sólo deberemos darnos un esquema de reglas que organicen el debido proceso (v.gr., Código General del Proceso) como espacio flexible de comunicación, intercambio de información de calidad y discusión argumentativa efectiva, sino que será elemental transformar

---

<sup>24</sup> MITIDIERO, Daniel, *Colaboración en el Proceso Civil. Presupuestos sociales, lógicos y éticos*, 3 Ed. revisada, actualizada y ampliada, Thomson Reuters Revista Dos Tribunais, 2015; *La colaboración como norma fundamental del nuevo Proceso Civil brasileiro*, Revista do Advogado, O Novo Código de Processo Civil, San Pablo: AASP, 2015, N° 126. Ver arts. 9 y 10, Código del Proceso Civil brasileiro.

<sup>25</sup> CALAMANDREI, Piero, "Instituciones de Derecho Procesal Civil", trad. De Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1943, Depalma, t. I, p. 337.

<sup>26</sup> Ver OTEIZA, Eduardo, *El juez ante la tensión entre libertad e igualdad*, Revista de Derecho Procesal (número extraordinario): poderes y deberes del juez, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004, pp. 213-233.

la organización judicial como medio para ese cometido y el sistema de (des) incentivos existentes en relación a todos los sujetos (in)directamente involucrados (abogados, partes, terceros y jueces).

Debemos entronizar el sistema de justicia-procesal en la CN convencionalizada, a fin de pensar, operar e interpretar desde allí cada una de sus reglas, principios, valores y bienes en juego. Debe existir un cambio de matriz radical, la cual exigirá modulaciones especiales en función de la caracterización de los conflictos, sujetos o bienes en juego.

Como explica MITIDIERO en relación al Código de Proceso Civil brasileño: “desde el principio, el legislador establece normas fundamentales que sirven para densificar el derecho al proceso justo previsto en la Constitución (artículo 5, LIV) y dar las líneas maestras que lo estructuran. De entre estas normas, consta en el art. 6: ‘Todos los sujetos del proceso deben cooperar entre sí para que se obtenga, en tiempo razonable, una decisión de mérito justa y efectiva’. Si se adopta una clave de lectura apropiada, se trata de una norma de la más alta importancia que al mismo tiempo pretende caracterizar el proceso civil brasileño a partir de un modelo y hacerlo funcionar a partir de un principio: el modelo cooperativo de proceso civil y, el principio de colaboración”<sup>27</sup>.

Al mismo tiempo, la cooperación debe introducirse como principio<sup>28</sup>. Es decir, como directriz que sirva para explicitar, promover e interpretar el estado de cosas diseñado y resolver las tensiones existentes de manera funcional al sentido que las inspira.

Una muestra de la importancia de entender cómo debemos asumir el cambio de concepción de las instituciones, advertir la relación indivisible e interdependiente entre esos factores y la necesidad de transformar reglas y estructuras, es lo que ha ocurrido hasta el momento con el principio de cooperación en los ordenamientos procesales del país.

A pesar de la transformación de los principios de abuso del derecho, buena fe, lealtad y probidad al de cooperación procesal, este último no está expresa y generalmente recogido; de estarlo, la regulación es parcial, asistemática, fragmentada e insuficiente; su observancia y el ejercicio de las facultades que habilita es discrecional; y, no existen mecanismos de control, exigencia o monitoreo<sup>29</sup>.

El proyecto ELI / UNIDROIT para Europa es una buena síntesis del marco conceptual propuesto. Establece la existencia de un deber general de cooperación que sirve como superación a los marcos dispositivo e inquisitorio. De este deber general se derivan otras cuatro secciones que precisa el proyecto: a) gestión de casos y planificación del procedimiento; b) establecimiento y determinación de los hechos y de las pruebas; c) el establecimiento y la determinación de las cuestiones de Derecho y de Derecho aplicables; y, d) el fomento de la autocomposición y de los medios adecuados de solución de conflictos<sup>30</sup>.

#### 4. Manifestaciones y alcance

---

<sup>27</sup>MITIDIERO, Daniel, *Colaboración en el Proceso Civil...*, ob. cit.

<sup>28</sup>VILLA, Sebastián, *El principio de cooperación en el proceso civil actual* Ponencia presentada en el XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe, 8 al 10 de junio de 2011, publicada en eDial.com; PEYRANO, Jorge W., *El principio de cooperación procesal*, La Ley 08/02/2010, 08/02/2010, 1 - LA LEY2010-A, 1062; AR/DOC/315/2010; PÉREZ RAGONE, Álvaro, *Diálogo y cooperación en la justicia civil contemporánea: hacia una mayor eficiencia, legitimidad y justicia en la decisión*, [http://publications.iai.spk-berlin.de/receive/repositor-iai\\_mods\\_00000473](http://publications.iai.spk-berlin.de/receive/repositor-iai_mods_00000473)..

<sup>29</sup> Como precisa en el informe brindado al efecto PÉREZ RAGONE, “puede verse en los fallos como la cooperación se reduce al (i) ámbito probatorio, (ii) la correcta conducta procesal y (iii) alguna aplicaciones a terceros. Son los fallos a los que se puede acceder dentro de la base de datos que tiene el Poder Judicial de la Provincia de Tucumán”.

<sup>30</sup>VAN RHEE, C.H. Obligations of parties and their lawyers in civil litigation: the ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure. In.: ADOLPHSEN, Jen et al (org.). *Festschrift für Peter Gottwald zum 70. Geburtstag*. C.H. Beck, 2014, p. 669/679.

A modo ejemplificativo y brevemente, reseñaremos algunas de las manifestaciones características del modelocooperativo, sea en relación a los sujetos involucrados (partes, terceros o jueces) o instituciones procesales. Entre ellas, destacamos:

a) Se prevén reglas que el juez debe seguir en la conducción del proceso. De ese modo, aparecen los deberes de esclarecimiento, diálogo, prevención y ayuda para con los litigantes.

Como explicita MITIDIERO, “los deberes inherentes a la colaboración en el proceso responden a los presupuestos que sustentan el modelo cooperativo. Los deberes de esclarecimiento y de consulta realizan principalmente los presupuestos lógicos y éticos del modelo cooperativo de proceso, en la medida en que se derivan del carácter problemático-argumentativo del Derecho y de la necesidad de protección contra la sorpresa. Los de prevención y de ayuda descienden directamente del supuesto social del modelo, hay que evidenciar el hecho de que el sistema procesal civil es un sistema orientado a la tutela de los derechos, teniendo el juez el deber de realizarlos a partir de la relativización del binomio derecho y proceso y del compartir la responsabilidad por la actividad procedimental. Es decir, el juez debe ver el proceso no como un sofisticado conjunto de fórmulas mágicas y sagradas, al estilo de las legislaciones, sino como un instrumento para la efectiva realización del derecho material”.

Esos deberes están recogidos en nuestros artículos 34 a 37 del CPCC. Aunque debemos reformularlos, lo que realmente debe cambiar es cómo los concebimos y de qué manera estructuramos su ejercicio y control. La modificación del modelo de gestión es un punto central.

b) Partiendo de la lógica que informa la construcción del derecho actual, la potenciación del contradictorio y la construcción del proceso como marco dialógico, las partes y sujetos intervinientes deben tener mayor potestad para manifestarse e influir en las cuestiones de “derecho”. Por ejemplo, reglamentando adecuadamente la convocatoria de audiencias públicas o *amicus* como mecanismos de participación y el deber de ponderar sus argumentos.

c) El debido proceso en el modelo procesal cooperativo es necesariamente leal, por lo que la buena fe no es sólo subjetiva sino objetiva. Por ejemplo, prohibiendo la creación ilícita y dolosa de arreglos procesales, el comportamiento contradictorio, el abuso de poderes y la pérdida de facultades procesales en razón de la ausencia de su ejercicio por tiempo suficiente para inculcar en los demás participantes la confianza legítima en su no ejercicio (artículo 5 del CPC brasileiro).

d) Siendo que la colaboración organiza el proceso para lograr en plazo razonable la solución adecuada y efectiva del conflicto, deben reforzarse los deberes de lealtad y veracidad (positiva y negativamente)<sup>31</sup>, reconfigurando por ejemplo las cargas de exposición; introducir sistemas de instrucción preliminar y tribunales multipuertas; amplificar el contradictorio (v.gr., colaboración y exámenes entre partes, terceros y juez abiertos y amplios, optimizando la información y aporte de prueba<sup>32</sup>); acrecentar las facultades de saneamiento y limitar las nulidades al máximo; regular los acuerdos procesales<sup>33</sup> y el *case management*, maximizando la actividad procesal; reglamentar el principio de colaboración probatorio y las modalidades de asignación de la carga de la prueba<sup>34</sup>; reacondicionar el ejercicio y administración de los sistemas recursivos; preferir decisiones de mérito a procesales e instituir técnicas ejecutivas adecuadas para la realización de los derechos (transparencia patrimonial<sup>35</sup>).

---

<sup>31</sup> Ver § 138 inciso primero y segundo, § 423, 445, 372a y 654 ZPO.

<sup>32</sup> Pérez Ragone, A., Núñez Ojeda, R. (2009), *Die Aufklärungs- und Mitwirkungspflicht der Parteien bei der Beweisbeschaffung im Zivilprozess: der Vorschlag des chilenischen Reform Entwurfs im Kontext der internationalen Diskussion*, Zeitschrift für Zivilprozeß international, 14, pp. 349-370

<sup>33</sup> CADIET L., *La tendance a la contractualisation de la justice et du proces*, RePro, São Paulo, 2016, n° 261, pp. 117 y ss.

<sup>34</sup> GIANNINI, Leandro, *Principio de colaboración y "carga dinámica de la prueba" en el Código Civil y Comercial*, La Ley 15/11/2016, 15/11/2016, 1 - LA LEY2016-F, 778, AR/DOC/3487/2016.

<sup>35</sup> PEREZ RAGONE, A. y SILVA ALVAREZ, O (2009) *El imperativo de transparencia patrimonial del deudor como requisito funcional para una ejecución civil eficiente*, Revista lus et Praxis 15 n. 2 , 2009, pp. 79 a 11.

Tanto en los procesos que involucran tutelas diferenciadas como en los conflictos colectivos, todas estas exigencias se potencian. Por ejemplo, el deber de información presupuestaria por el propio Estado o la posibilidad de flexibilizar la cosa juzgada a través de composiciones entre las partes y el juez siempre que proteja de mejor forma el derecho en juego.

e) Asumir que el derecho a la audiencia (y no a ser solamente oído) reconocido en el art. 8 de la Convención Americana, importa la opción constitucional de un modelo de discusión oral. Ello permitirá consolidar el conflicto (lo personal) y erradicar mecanicismos burocráticos, incidiendo en la calidad, corrección y justicia de la discusión, argumentos y resolución. Por ejemplo, la audiencia preliminar es una instancia cooperativa por excelencia.

f) Introducir reglas y principios hermenéuticos que sirvan para optimizar la composición de derechos e intereses involucrados en los conflictos, mejorando la labor interpretativa. También deben incorporarse pautas objetivas que operen como marco para el trabajo interpretativo, a fin de reducir la discrecionalidad y evitar que el problema de la acumulación de sentidos opere como excusa para formular aplicaciones del derecho conservadoras.

La valoración de la prueba debe ser necesariamente libre, no encontrándose condicionada por limitaciones legales apriorísticas. Debo eliminar los resabios de pruebas legales, amplificar la discusión, argumentación y motivación judicial como reconstrucción fáctico-jurídica.

g) Entender a la inmediatez como un principio con anclaje constitucional-convencional, que no puede reducirse a la noción histórica de juez natural. Dicho concepto debe resignificarse en razón del complejo de derechos reconocidos, su indivisibilidad e interdependencia y las obligaciones jurídicas asumidas por el Estado en términos de limitación de poder. En esos términos, es un deber del juez, un derecho-garantía de las partes y un reaseguro democrático, que compone el debido proceso, realiza la tutela judicial continua y efectiva y facilita la rendición de cuentas.

En esa lógica, debe concebirse a la inmediatez como un principio cardinal y ordenador del proceso. Esto supone que la forma de discusión debe estructurarse en torno al encuentro real y efectivo del juez con el conflicto, las partes y los elementos fácticos, probatorios y jurídicos.

Por último, consideramos que deberían prescribirse reglas que expliciten las vinculaciones existentes entre imparcialidad, independencia e inmediatez. En especial, corresponderá precisar que la inmediatez no implica parcialidad ni interés. El acercamiento es al conflicto y sus vicisitudes dentro de un marco de reglas, donde el juez se vincula en tanto director del proceso, representante del Estado y autoridad pública. Allí no existe actuación interesada sino contacto con sujetos y elementos de juicio propios del conflicto planteado ante sí. El compromiso es con la resolución del conflicto y no con los intereses que lo movilizan.

h) Regular seriamente la responsabilidad disciplinaria, civil y penal de los jueces en el ejercicio de sus funciones y los mecanismos de control de la misma, incorporando supuestos objetivos de *jury* (por ejemplo, 5 ausencias injustificadas a las audiencias) y su juzgamiento por jurados populares.

i) Entender a la organización judicial como un sistema administrable, instaurando un esquema de gestión judicial profesional y flexible, donde la labor administrativa esté escindida de la jurisdiccional y en cabeza de un administrador especializado proveniente de disciplinas afines. Ello permitirá generar información, medir resultados, adjudicar responsabilidades, controlar funciones, comunicar mejor, maximizar economías de escala y homologar procesos de trabajo en flujo, cooperando en la eficacia del servicio de justicia.

j) En relación a los terceros, deben incorporarse deberes más gravosos, precisos y claros, acrecentando las potestades de las partes y del propio juez para exigir su contribución al proceso. La información o experticia que detentan para la dilucidación del conflicto (y no ya la invocación del servicio *público* de justicia) es lo que justifica un agravamiento reglamentario. Por ejemplo,



como hemos hecho en otros campos (v.gr., tributario), podríamos syndicar a ciertos organismos públicos o privados como agentes de información. También debiésemos incorporar las TIC como medio para generar respuestas más eficientes (v.gr., implementación de la interoperabilidad).

Partiendo de la premisa de las resistencias culturales, el modelo cooperativo debe crear mecanismos de (des)incentivos adecuados. En efecto, estimamos que deben incorporarse sanciones adecuadas a las partes y terceros que omitan u obstruyan la cooperación general y/o especial. Inclusive, crearse sanciones disuasivas ejemplares. Es decir, no solamente indicios<sup>36</sup>, sino medidas que permitan construir otra lógica y prácticas en y para el sistema (por ejemplo, ante omisión deliberada de información, la pérdida del juicio). El fundamento de la sanción radicaría en el disvalor que supone para el proceso, como comunidad leal de trabajo, la violación precisada.

El límite al deber de cooperación fundado en la objeción por confidencialidad, perjuicio a terceros o sí, debe ser reglamentado minimizando su incidencia y estableciendo amplias potestades para su discusión, dispensa, control y valoración.

### VIII. Conclusiones

El derecho es construcción social. No existe nada dado ni nada le es connatural. La constitucionalización del derecho supuso un cambio radical en torno a los presupuestos lógicos, valorativos, políticos, sociales y jurídicos que informaban el marco constitucional-convencional. Al mismo tiempo, agravó la crisis de una serie de categorías analíticas que informaban al derecho como disciplina.

A lo largo del trabajo hemos intentado evidenciar que el modelo procesal vigente responde a una concepción de la conflictividad, derechos, poder y autogobierno colectivo agotada, que no sólo no explica ni realiza adecuadamente sus fines, sino que resiente, dificulta o directamente contraría el ideario valorativo que el mencionado movimiento constitucional-convencional impuso.

El problema de la acumulación de tradiciones legales exige una síntesis. Trabajar desde modelos dispositivos o inquisitivos (aun atenuados), centrados en el juez o en las partes, son variantes que no permiten comprender y avanzar en profundidad en concepciones distintas de la conflictividad y el tipo de intervención procesal.

De allí que consideremos que el modelo cooperativo es epistémicamente superador, al concebir al proceso como una comunidad de trabajo entre los sujetos intervinientes, un espacio político de diálogo y una organización horizontal de composición del conflicto, cuyo objeto es la maximización de la protección efectiva y oportuna de la autonomía personal y el autogobierno colectivo mediante la obtención de información de calidad, la promoción de un contradictorio amplio e igualitario y un correcto sistema de rendición de cuentas.

Como podemos advertir, esta concepción piensa multidimensionalmente al proceso: no se ciñe a la cooperación como conducta (de las partes, terceros o juez) ni dilema meramente ético, sino que propone asumirla además como un concepto holístico, transversal y utilitario al ejercicio de derechos y estructura de poder. La transformación del marco constitucional y de las finalidades del proceso, exigen un cambio cultural e institucional que resignifique todos sus componentes

Por lo tanto, no sólo deberemos darnos un esquema de reglas que organicen el debido proceso (v.gr., Código General del Proceso) como espacio flexible de comunicación, intercambio de información de calidad y discusión argumentativa efectiva, sino que será elemental transformar la organización judicial como medio para ese cometido y el sistema de (des) incentivos existentes en relación a todos los sujetos (in)directamente involucrados (abogados, partes, terceros y jueces).

---

<sup>36</sup> Arts. 163 inc. 5 y concls., CPCCN; SIRKIN, Eduardo, *Acerca de las sentencias definitivas, la conducta de las partes y la doctrina de los actos propios*, elDial.com.

Al mismo tiempo, la cooperación deberá introducirse como principio. Es decir, como directriz que sirva para explicitar, promover e interpretar el estado de cosas diseñado y resolver las tensiones existentes de manera funcional al sentido que las inspira.