

ORALIDAD EN LOS PROCESOS COLECTIVOS. PROPUESTAS PARA SU IMPLEMENTACIÓN

Por Guillermo M. Aban Burgos¹

Comisión 3: Sistemas masivos de resolución de conflictos

Estructura de los procesos colectivos según su finalidad

Sumario:I. Introducción: La oralidad como uno de los rasgos de la reforma procesal. II. La necesidad de una oralidad efectiva se agudiza en los procesos colectivos. III. Insuficiencia de los esquemas tradicionales. IV. El claro mensaje de la Corte Nacional. V. ¿Qué se está haciendo?La oralidad en los proyectos de ley. VI. De *lege ferenda*: propuestas para su implementación. VII. ¿Qué podemos hacer hoy?

I. La oralidad como uno de los rasgos de la reforma procesal

Las distintas problemáticas que enfrenta el sistema judicial argentino², han llevado a plantear la necesidad de su reforma estructural, de modo de garantizar de un modo eficaz la tutela judicial continua y efectiva.

En ese contexto, las reformas procesales se caracterizan, en general, por la armonización de los Códigos con la nueva Ley Civil, la incorporación de nuevas tecnologías³, la implementación de un proceso por audiencias con presencia del Juez, y el replanteo de la gestión del órgano judicial.

¹Docente de Derecho Procesal Civil y Comercial Universidad Nacional de La Plata y Universidad Nacional de Avellaneda. Candidato Magister en Derecho Procesal UNLP. Secretario del Instituto de Derecho Procesal del Colegio de Abogados de la Plata. Asesor jurídico y apoderado de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires. Dirección Postal Calle 20 Nro. 588 La Plata.Teléfono 221 594 7183

² V. gr. Duración de los procesos, nuevas realidades no legisladas, necesidad de mayor intermediación con los justiciables, etc.

³ V. gr. Videograbación de audiencias, notificaciones y presentaciones electrónicas, expediente digital, subasta electrónica, firma digital para magistrados, etc.

El proceso por audiencias, si bien no es una idea novedosa⁴, hoy encuentra respaldo en las mediciones de eficiencia y satisfacción (tanto de operadores como de ciudadanos), que son realizadas y publicadas periódicamente por el Ministerio de Justicia de la Nación⁵ en el marco del denominado Proyecto Justicia 2020⁶.

En la Provincia de Buenos Aires, el convenio celebrado entre la Suprema Corte y el Ministerio de Justicia de la Nación, arroja resultados interesantes, pues con 110 jueces adheridos al Plan de Generalización de la Oralidad sobre un total de 168, se ha logrado reducir significativamente la duración de los procesos, y las encuestas reflejan un alto nivel de satisfacción, tanto de los profesionales, como de los justiciables.

Si bien la oralidad consiste en una metodología de producción y comunicación de la información entre los sujetos procesales, es eso y mucho más. Supone el uso de la palabra (y no de la escritura), como el único mecanismo para asegurar la inmediación y la publicidad, que requiere debido proceso consagrado en los tratados internacionales.

Esta oralidad presupone la presencia del juez, ya que, si las funciones fuesen delegadas no se garantizaría la inmediación, ínsita en la noción de oralidad efectiva. Ello no implica que todas las actuaciones del proceso sean orales, sino que lo sean aquellas que van a contribuir de modo directo en la formación de la convicción en el juzgador y sobre las cuales debe sustentar su decisión, a fin de satisfacer de modo real la motivación adecuada reclamada por el ordenamiento civil y comercial sustantivo⁷.

⁴ Nótese que el procedimiento civil romano ya era oral, y en el derecho nacional se remonta a las ideas de Jofré, Mercader, Morello, por sólo nombrar a los más destacados.

⁵ <http://datos.jus.gob.ar/pages/oralidad> (chequeado por última vez el 30/5/2019).

⁶ Programa del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina que pretende lograr una transformación integral de las instituciones del sistema de justicia, a través de un proceso de participación guiado por la pluralidad de voces e ideas. Fuente: <https://www.justicia2020.gob.ar/institucional/> (chequeado por última vez el 30/5/2019).

⁷ *La oralidad en el proceso civil como elemento esencial del debido proceso desde la perspectiva transnacional*. Hankovits, Francisco A. - Malchiodi, Alejandra. Publicado en: SJA 31/01/2018, 31/01/2018, 61. Cita Online: AP/DOC/1083/2017

II. La necesidad de una oralidad efectiva se agudiza en los procesos colectivos

Ahora bien, hasta aquí una apología de la oralidad en general, pero cabe preguntarnos qué ocurre con los procesos colectivos. Es imperativo empezar a hacernos estos interrogantes, pues cuando el proceso por audiencias sea ley, tendremos que vernos las para aplicarlo a los litigios sobre derechos de incidencia colectiva.

La situación se agudiza en los procesos colectivos de interés público, que exigen el dictado de una sentencia estructural (Verbitsky – Mendoza), y en aquellos que, aun sin exigir ese tipo de complejas decisiones, ponen al Poder Judicial en situación de decidir sobre la constitucionalidad y convencionalidad de ciertas acciones u omisiones del poder estatal en el marco de la diagramación e implementación de políticas públicas (Halabi – Benghalensis).

Para otorgar voz a los que no la tienen, no es suficiente darles un representante procesal adecuado, sino que también es imperativo dotarlos de una oportunidad material de expresarse, obviamente dentro de un marco procedimental que lo haga viable. No hay que perder de vista que el proceso colectivo de interés público es una expresión de las tutelas procesales diferenciadas.

La implementación de audiencias como método para ventilar cuestiones de contenido sensible para una comunidad, conlleva ciertos caracteres que la tornan única. Veamos los fundamentos de esta afirmación:

a. El primero de ellos se sitúa en la **significación republicana que tiene la audiencia pública**, al permitir fortalecer el debate desde distintos ángulos. Debemos partir de la base de que el proceso colectivo se ha convertido en una herramienta de participación política por parte de sectores que tradicionalmente no son escuchados.

Tanto el conjunto de experiencias en marcha, así como el incremento de reclamos judiciales permite observar que la presión por parte de la ciudadanía para intervenir en este tipo de decisiones va aumentando y ello

redundará, cada vez, en mayores exigencias sobre los diseños de los espacios de debate plural así como sobre su real aporte en las decisiones que finalmente se adopten⁸.

b.La audiencia pública, también **pone de manifiesto el sometimiento de estas cuestiones al más amplio escrutinio público**, a modo de garantía de la transparencia del procedimiento.

c.Como tercer rasgo característico que se desprende de la audiencia, podemos identificar su **significado legitimador no sólo de la intervención del Tribunal, sino también, a la larga, de la decisión que emita**. La celebración de la audiencia, con su nota de publicidad, autoriza a predicar la legitimidad de lo que en ella se haga y decida, de cara a la sociedad expectante.

Siendo ello así, no cabe sino concluir en lo fructífero de la adopción del sistema de audiencias, constituyendo un saludable ejercicio de justicia republicana al que bien se haría en replicar en todos los estamentos judiciales, sin que la eventual ausencia de normativa que la regule represente obstáculo alguno para su implementación.

III. Insuficiencia de los esquemas tradicionales

La abrumadora mayoría de los procesos colectivos tramitan hoy en forma escrituraria. Suponiendo que haya audiencias, rara vez son públicas. Entre las que son públicas la difusión es nula o insuficiente.

Va de suyo que el tradicional esquema escriturario de corte individual, no está pensado para tratar este tipo de problemáticas. Falcón, en su Tratado, advierte que estos tipos de procesos tienen una formación de trámite, prueba y resolución que no puede regirse por las normas de los procesos individuales, sino que requiere un modelo propio en razón de sus especiales características.

⁸*Apuntes para democratizar las decisiones colectivas que afectan a la naturaleza*. Berros; María Valeria; Publicado en: Sup. Amb. 21/11/2017, 21/11/2017, 2 Cita Online: AR/DOC/2727/2017

Por su parte el proceso por audiencias basado en una preliminar y otra de vista de causa, si bien es superador, necesita algunas modulaciones. Ya en el año 2006 Oteiza nos decía que, ni la legislación vigente en materia de amparo, ni los procesos regulados por el Código Procesal Nacional, son vías aptas para tutelar este tipo de derechos, debido al esquema formalista, sin intermediación con un acentuado criterio escriturario, en tribunales cargados de causas.

Tampoco el amparo, que se muestra como la vía más elegida en la *praxis* para plantear pretensiones colectivas de interés público, ha demostrado ser una herramienta eficaz para canalizar estos temas. La ley de amparo nacional solo contempla una audiencia de prueba, que rara vez se materializa (por no decir nunca).

Es así que necesitamos reglas claras en una eventual legislación sobre procesos colectivos, que tracen pautas horizontales para aplicarse independientemente del vehículo procesal que puntualmente se utilice.

IV. El claro mensaje de la Corte Nacional

Ante las enormes lagunas existentes, y en un contexto social donde las acciones colectivas se han multiplicado exponencialmente, la Corte Suprema ha asumido un rol determinante en el desarrollo de diversos principios, reglas de debate e institutos procesales orientados a ordenar este tipo de discusiones⁹.

En lo atinente a lo que nos interesa, ha celebrado numerosas audiencias públicas, que por lo demás han sido reglamentadas sistematizándolas en informativas, conciliatorias y ordenatorias, mediante la acordada 30 del año 2007, en gran medida con motivo de la experiencia ganada en el marco de la causa “*Mendoza*”. También ha dictado la acordada 28 sobre *amicus curiae* en el año 2004, reformada en el año 2013, con la finalidad de lograr una mayor efectividad en el uso del instituto.

⁹La Corte Suprema argentina y la construcción de un debido proceso colectivo. Verbic, Francisco Int'l Journal of Procedural Law, Volume 5 (2015), No. 1.

Estas medidas, y la propia práctica de la Corte, evidencian un guiño hacia el debate amplio en la discusión de temas sensibles que involucran el interés público a través de audiencias públicas. Este criterio denota una exteriorización ideológica innegable, que se impone por encima de lo que la ley ritual pueda o no establecer. Se trata, pues, de una elección consciente de la Corte que busca transparentar el accionar de la Justicia a la vez que marcar rumbos a los tribunales inferiores¹⁰.

V. ¿Qué se está haciendo? La oralidad en los proyectos de ley

a. Proyecto Ramón de ley nacional de acceso a la justicia colectiva, en su art. 2, entre los principios, coloca a la oralidad, y contempla cinco audiencias: 1. Audiencia de apertura (art. 16); 2. Audiencia de prueba (art. 19); 3. Audiencia abierta para debatir sobre la razonabilidad y conveniencia de acuerdos conciliatorios (art. 24); 4. Acción colectiva pasiva (art. 11)..

b. Anteproyecto de ley de procesos colectivos impulsado por el Ministerio de Justicia de la Nación “Justicia 2020”

Consagra entre los principios (art. 2), la oralidad y la inmediación. Prevé cuatro audiencias, a saber: 1. Audiencia preliminar (art. 30); 2. Audiencias complementarias de la preliminar (art. 30 *in fine*); 3. Audiencia de producción de prueba (art. 30 inc. d); 4. Audiencia de evaluación de acuerdo conciliatorio o transacción (art. 37).

c. Anteproyecto Verbic – Salgado – Giannini

Prevé tres audiencias públicas. A saber: 1. Apertura (art. 8) con una segunda, de ser necesario; 2. Audiencia de evaluación de acuerdo de transacción o desistimiento (art. 12); 3. Audiencia para discutir el contenido y la

¹⁰Las audiencias públicas judiciales como manifestación republicana. Kamada, Luis E. LLNOA2012 (diciembre), 1161.

modalidad de implementación del proyecto de cumplimiento de sentencias estructurales o complejas.

Llama la atención que no esté expresamente regulada la audiencia de prueba, pero se infiere su existencia del principio general.

d. Anteproyecto de Código General de Proceso de Chubut

Es el proyecto más innovador e interesante, pues revoluciona la manera en la que se estructuran los procesos, pretendiendo abarcarlos a todos en una norma general.

A grandes rasgos, clasifica a los conflictos en simples y complejos, colocando por regla a los procesos colectivos y de reforma estructural entre estos últimos. Incluye entre los elementos especiales del debido proceso colectivo, a la adopción de **mecanismos de participación ciudadana efectiva tales como audiencias públicas**.

Lo más revolucionario, a nuestro entender, es la introducción de Jurados populares (art. 118) en *Conflictos colectivos referidos a cuestiones de relevancia social, económica o política; b) Constitucionalidad o convencionalidad de leyes, reglamentos o cualquier tipo de norma general*.

Establece una multiplicidad de audiencias. A saber:

1. Audiencia sobre viabilidad, registro, audiencia, declaración de admisibilidad y apertura e inscripción del proceso colectivo.(art. 270).
2. Audiencia preliminar y/o gestión del caso (art. 276).
3. Audiencia sobre medida innovativa o anticipatoria (Art. 321).
4. Audiencia sobre modificación de medidas cautelares (art. 300).
5. Audiencia de juicio(art. 535)
6. Audiencia de evaluación de acuerdo transaccional (art 523).

7. Audiencias en cámara(art. 474). Audiencia multipropósito.Recurso complejo:Audiencia preliminar. Audiencia de debate(art 475).

8. Ejecución de sentencias. Audiencia multipropósito (art. 572). Audiencia complementaria (art. 573).

9. Ejecución de sentencias estructurales o complejas(art. 593).

e. Anteproyecto de ley de procesos colectivos del Tucumán

En el art. 3, entre los Principios, incluye a la oralidad (inc. b) y a la Inmediación (inc. c). Prevé las siguientes audiencias: 1. Apertura (art. 13); 2. Audiencia de saneamiento (Art. 19); 3. Audiencia de producción de prueba (art. 20); 4. Audiencia de evaluación de acuerdo de transaccional(art. 21); 5. Audiencia para discutir implementación de proyecto de cumplimiento de sentencias estructurales o complejas (art. 26); 6. Pretensión colectiva pasiva (art 27).

VII. De lege ferenda. Propuestas para su implementación

1. En general¹¹

a) Diseñar de manera canales de discusión en diversas escalas territoriales;

b) Involucrar a los actores interesados en todo el proceso (particulares, asociaciones, pueblos indígenas, expertos, empresas y agencias del Estado);

c) Construir canales robustos para presentar la voz de quienes no provienen del sistema científico-tecnológico;

d) Diagramar un sistema mediante el cual transparentar los aportes de los expertos, que permita conocer las vinculaciones que han tenido en el pasado o tienen en el presente con los interesados;

¹¹Fuente: Ver nota 7.

e) Establecer la forma de presentación de los resultados por parte de los expertos, aclarando suposicionamiento en el espectro de argumentos científicos postulados sobre el tópico;

f) Edificar un sistema que permita una real injerencia de lo discutido en la decisión finalmente adoptada, aun cuando el resultado de las audiencias públicas no sea vinculante

2. En especial

Dentro del proceso colectivo pueden darse una multiplicidad de audiencias, aunque no necesariamente deben tener lugar todas.

a. Audiencia de apertura

Parece razonable establecer una audiencia para discutir acerca de la admisibilidad del proceso colectivo. Es una buena oportunidad para fijar el objeto de la pretensión en su dimensión colectiva, una eventual conformación de sub grupos, fijación de medidas de publicidad, la representatividad adecuada, la participación de *amicus*, o de terceros adherentes.

b. Audiencia sobre medidas cautelares o de tutela anticipada

Es sabido que en este tipo de procesos las medidas cautelares y las tutelas anticipadas cobran un rol protagónico. Sin perjuicio de que los magistrados pudieran concederlas *inaudita parte*, sería fructífero un debate acerca de mantenimiento, modificación y bajo qué condiciones.

c. Audiencia de Resolución de excepciones - Preliminar

Muchas veces las excepciones complican la continuación del proceso (el mejor ejemplo son las cuestiones sobre legitimación). De ser rechazadas, el tribunal determinará los hechos controvertidos.

Las partes ofrecerán pruebas y el tribunal definirá su admisibilidad y pertinencia, dictará las medidas de mejor proveer que fueren necesarias, dispondrá la carga provisoria de los gastos de producción probatoria si correspondiere. El juez puede distribuir la carga de la prueba, ponderando el

deber de colaboración, la situación de las partes en relación al objeto del proceso y los principios de la materia de fondo de que trate.

d. Audiencia de vista de la causa con alegatos orales

Debe ser una audiencia donde no solo se produzca la prueba testimonial y den explicaciones los peritos, sino que también es el momento de escuchar a los amigos del tribunal y las voces que pudieran aportar contenido de calidad para la resolución del pleito. La posibilidad de realizar alegatos orales no puede ser denegada. En casos de gran trascendencia esta audiencia podría ser transmitida por medios masivos de comunicación.

e. Audiencia de análisis de acuerdos transaccionales para debatir sobre su razonabilidad y conveniencia.

f. Audiencias públicas de control o monitoreo de cumplimiento de sentencias estructurales.

g. Aplicación del juicio por jurados para causas colectivas de gran trascendencia social.

h. Audiencias públicas en instancias de revisión ordinarias y extraordinarias

VII. ¿Qué podemos hacer hoy?

Claramente con las pocas normas de derecho que tenemos hoy necesitamos jueces activos, comprometidos con el rol político que están llamados a ocupar, con los ideales de la justicia de acompañamiento, y en su nueva misión como comunicadores sociales. En este sentido, la aplicación de la teoría de las tutelas procesales diferenciadas puede ser una alternativa viable. Lo mismo con la aplicación del *case management* anglosajón.

Hoy por hoy las audiencias preliminares y de vista de causa encuentran su fundamento en las potestades ordenatorias de los jueces, sin que exista mayor reparo al respecto. El Código bonaerense prevé en el art. 349 una audiencia para resolver excepciones, y en el 181 una audiencia para resolver

incidentes. Este artículo es clave, en tanto la mayoría de los asuntos a resolver en el marco de un proceso colectivo tienen naturaleza incidental. El 125 nos dice que las audiencias serán públicas, salvo disposición expresa en contrario.