

Comisión 2: Nuevas estructuras procesales

Tema: Procesos simplificados o justicia inmediata o de menor
cuantía

Autor: Sosa, Toribio Enrique

Dirección postal: Pte. Uriburu 2026 – Trenque Lauquen (6400)

Dirección electrónica: tesosa@live.com.ar

Teléfonos: 02392-413918 / 02392-15612427

Síntesis de la propuesta:

El conocimiento del relato de cada parte, de la prueba en aval de cada cual (de alguna forma producida, o cuanto menos revelada como fuente) y de su comprensión jurídica, todo antes del juicio: a- propiciaría negociar sobre bases más firmes un acuerdo justo; b- en su defecto, facilitaría consensuar complementariamente sobre aspectos formales de cara al posterior proceso judicial; c- provocaría la descongestión o la simplificación del posterior proceso judicial.

Beneficios de la Instrucción Civil Preparatoria

1- La delimitación y la depuración del conflicto, previa al juicio.

No se puede resolver adecuadamente un conflicto, ni por vía de decisión de tercero imparcial, ni por acuerdo de partes, si no se sabe cuál es su consistencia básica: por un lado, versiones fácticas concurrentes o discrepantes; por otro, aval o no de pruebas para cada versión.

A fin de que resulten adecuadas, tanto la heterocomposición como la autocomposición exigen recortar esa parte de la realidad configurada por el conflicto de intereses, hay que saber de qué se trata.¹

Antes del juicio, ¿en qué consistiría determinar de qué se trata el conflicto?

Consistiría en:

- a- al menos, determinar cuáles son los relatos de las partes;
- b- si hubiera discrepancia entre los relatos, adicionalmente establecer de qué fuentes de prueba en poder de cada parte podría extraerse respaldo para cada relato; eventualmente podría producirse cierta prueba tempranamente;
- c- todo lo más, incluso sentar cuál es la calificación o sentido jurídico que cada parte atribuye a su relato y al de su adversaria.²

2- El diálogo, asistido y obligatorio, para delimitar y depurar el conflicto, previo al juicio

2.1. Por más serio que fuera el esfuerzo unilateral del abogado de cada parte realizando cada uno una concienzuda averiguación

¹ Para la autocomposición es importante además incursionar en los aspectos subjetivos de los interesados, más allá de los límites objetivos del conflicto de intereses. Para las dimensiones multidisciplinarias del conflicto de intereses, ver enlace <https://drive.google.com/file/d/0B9Y-8wCRdSJ-YXFJb01RdFV2Nkk/view?usp=sharing>

² CUCATTO, Mariana y SOSA, Toribio e. “Instrucción civil preparatoria: la delimitación y la depuración del conflicto previas al juicio”, en El Derecho del 16/5/2017. SOSA, Toribio E. “Instrucción Civil Preparatoria o, al menos, revitalización de la prueba anticipada, en Análisis de las bases para la reforma procesal civil y comercial”, Coordinador Jorge A. Rojas, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, pág. 371.

preliminar,³ sólo serviría para tener más o menos en claro con qué cartas cuentan sus respectivos clientes (el relato y las fuentes de prueba propias), pero no para conocer con esa misma claridad las cartas del adversario (el relato y las fuentes de prueba ajenas), máxime si cada cual al mismo tiempo procura ocultarlas para utilizarse lo más sorpresivamente posible dentro del proceso. Además, sin una cierta dosis de bilateralidad en la delimitación del conflicto, siempre se correrá el riesgo de ser víctimas del humano don para la “visión de túnel”, consistente en, desde una posición parcial, filtrar los datos de la realidad rescatando los que se acomodan a la forma en que queremos que las cosas sean y descartando los que no se acomodan así.⁴

La adecuada delimitación y depuración del conflicto previa al juicio supone, entonces, el diálogo entre las partes, en una suerte de comparación y eventualmente confrontación de posiciones.⁵

2.2. Pero el diálogo librado sólo a las partes no siempre es fructífero según la cultura de litigar imperante. Si existiera una cultura de litigar que incluyera el uso fecundo del diálogo, se iniciarían menos juicios, se los iniciaría en el marco de acuerdos procesales (como demanda y contestación conjuntas), no habría necesidad o sería menor la utilidad de la audiencia preliminar y no se habría previsto la intervención obligada del juez bajo pena de nulidad, etc., etc., etc.

La adecuada delimitación y depuración del conflicto previa al juicio supone, entonces, el diálogo entre las partes, pero asistido por un tercero imparcial.

En la audiencia preliminar,⁶ ese tercero imparcial es el juez.

³ FALCON, Enrique M. “La recolección probatoria en el proceso civil”, en Revista de Derecho Procesal. Prueba - I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, to. 2005-1, pág. 113 y sgtes. TESSONE, Alberto J. “El abogado y la instrucción preliminar”, La Ley 1997-E-151.

⁴ HONORÉ, Carl “La lentitud como método”, Ed. RBA, Barcelona, 2013, pág. 39.

⁵ “Aportes para un diálogo sobre el acceso a la justicia y reforma civil en América Latina”, publicación fomentada por el gobierno alemán a través de la GIZ, Santiago, 2013, pág.124 y sgtes.

⁶ De dudosos resultados prácticos, según algunas encuestas, debido a la falta de compromiso de los protagonistas: abogados que no conocen acabadamente el caso, jueces que delegan la audiencia y sólo pasan para preguntar “si ha habido algún arreglo”, etc.; ver LEDESMA, Ángela “La oralidad del proceso civil como instrumento de cambio”, en Revista Derecho Privado, año II número 7 “El proceso civil en tiempos de cambio”, pag. 90 y 91.

Pero, ¿antes del juicio?

En el fuero de familia de la provincia de Buenos Aires cada juzgado cuenta con un(a) consejero(a) de familia, con atribuciones que van más allá de las conciliatorias,⁷ en una etapa previa al juicio.^{8 9}

La propuesta sería entonces que, en cada juzgado, pudiera desempeñarse un funcionario con la misión de *delimitar y depurar* el conflicto,¹⁰ *mutatis mutandis* con atribuciones similares a las de un consejero bonaerense de familia.

Y si por cualquier motivo (v.gr. presupuestario)¹¹ eso no fuera considerado factible, deberían utilizarse para la temprana delimitación del conflicto las estructuras actualmente existentes, como la de la justicia de paz^{12 13} o la de la mediación pre-procesal obligatoria.¹⁴

⁷ Art. 834 CPCC Bs.As.: "Atribuciones. A tal efecto podrán convocar a las partes y a toda otra persona vinculada, disponer comparendos, solicitar informes, requerir tanto la colaboración del Cuerpo Técnico Auxiliar, de la Oficina Pericial y efectuar el reconocimiento de personas o lugares.

Asimismo, podrán solicitar al Juez, todas las medidas que hagan al mejor cumplimiento de sus fines, incluyendo las de carácter cautelar."

⁸ Tanto así que sólo una vez cerrada la etapa previa orquestada por el consejero de familia, recién queda habilitada la posibilidad de introducir la demanda (art. 837 *in fine* CPCC Bs.As.).

⁹ Por ej. en supuestos de reclamación de paternidad extramatrimonial, una de las partes alega la paternidad del futuro demandado y éste lo niega o lo desconoce; en esa encrucijada, es común que las partes acuerden realizar, en la etapa previa al juicio y por influjo de la gestión del consejero de familia, una prueba biológica de carácter preponderante, de cuyo resultado dependerá el desenlace del caso según sus particularidades, por ejemplo: a- reconocimiento de la aducida paternidad, sin necesidad de juicio a menos que fuera necesario remover una paternidad formalmente preexistente; b- conciliación, mediación, arbitraje o juicio para la determinación de la existencia y monto de los hipotéticos daños derivados de la falta de reconocimiento previo de la paternidad.

¹⁰ Acaso el secretario/a del juzgado, si se estuviera a favor de un cambio en sus funciones, como lo ha propuesto el profesor de Barcelona Jordi NIEVA FENOLL en "La desburocratización de los procedimientos judiciales (Reflexiones a propósito del Código Procesal Modelo para Iberoamérica)". Verlo en enlace <https://drive.google.com/file/d/0B9Y-8wCRdSJ-RjZZRmtDWGh5b2c/view?usp=sharing> También LEDESMA, Ángela "La oralidad del proceso civil como instrumento de cambio", en Revista Derecho Privado, año II número 7 "El proceso civil en tiempos de cambio", p. 98.

¹¹ Prevenía MORELLO que todos los propósitos innovadores se estrellan en las reales posibilidades financieras del erario provincial, en "La Justicia de Paz en la provincia de Buenos Aires. Necesidad de su reforma", Jurisprudencia Argentina 1965-III-30.

¹² BERIZONCE, Roberto O. "Justicia Conciliatoria y Justicia de Paz", en Jurisprudencia Argentina 1984-I-778. Lo he propuesto antes de ahora para la Justicia de Paz lega de la provincia de La Pampa, a través de ponencia presentada en el XII Congreso Nacional y II Latinoamericano de Sociología Jurídica "Problemas Sociales de Latinoamérica. Desafío al Campo Jurídico" desarrollado en Santa Rosa (La Pampa) en noviembre de 2011.

Podría asignarse esa función a la justicia de paz, que ya sabe de diversificación de roles.¹⁵

Y machacamos, para que la mediación pre-procesal obligatoria sea útil yendo más allá de buscar nada más una solución autocompositiva para el conflicto, debería ser un ámbito fértil para su delimitación y depuración, tarea ésta que serviría incluso para facilitar el logro de un acuerdo.

Nótese que en todas las hipótesis señaladas el delimitador y depurador del conflicto previo al juicio no es el juez que debería conocer del caso ¹⁶ si efectivamente se tuviera que llegar a un proceso judicial,¹⁷ sino un funcionario judicial interno al juzgado que debería intervenir (delimitador y depurador dentro del juzgado), un funcionario judicial externo al juzgado que debería intervenir (juez de paz) o un particular o funcionario no necesariamente judicial (mediador).

Ver [enlace](https://drive.google.com/file/d/0B9Y-8wCRdSJ-eTINeklvUzF1WVvk/view?usp=sharing) <https://drive.google.com/file/d/0B9Y-8wCRdSJ-eTINeklvUzF1WVvk/view?usp=sharing>

¹³ Aplicar la justicia de paz, aunque para conciliar conflictos cuya elucidación contenciosa corresponde a la justicia ordinaria, fue propuesta de HITTERS, Juan C. “La justicia conciliatoria y los conciliadores”, en “La justicia entre dos épocas”, Ed. Platense, La Plata, 1983, pág.180, nota 59.

¹⁴ LEGUISAMÓN, Héctor E. “Los adelantos tecnológicos y los problemas en la preconstitución de prueba y producción de prueba anticipada”, en “XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal”, Ed. Facultad de Derecho UBA y AADP, Bs.As., 2009, pág. 449. por GRILLO CIOCCHINI, Pablo “Intercambio de información y prueba antes de la demanda (...y al diablo con la teoría del proceso), en “XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal”, Ed. Facultad de Derecho UBA y AADP, Bs.As., 2009, pág.425.

¹⁵ Ver *supra* nota 18. V.gr. en Buenos Aires es justicia especial civil y comercial, es justicia rural, es justicia de faltas, es auxiliar de fiscalías en materia penal, etc. (art. 61 ley 5827); incluso en La Pampa funciona como registro civil, ver SOSA, Toribio E. “Organización del Poder Judicial de La Pampa”, en La Ley Patagonia 8/2/2012.

¹⁶ Dado que la depuración y la delimitación del conflicto pueden conducir a una conciliación, que el delimitador y depurador del conflicto no sea el juez que debiera conocer del posterior proceso va en línea con la idea, propugnada por Cappelletti y Morello, entre otros, según la cual no es conveniente reunir la función de conciliador y juzgador (ver HITTERS, Juan C. “La justicia conciliatoria y los conciliadores”, en “La justicia entre dos épocas”, Ed. Platense, La Plata, 1983, pág.180; LEDESMA, Ángela “La oralidad del proceso civil como instrumento de cambio”, en Revista Derecho Privado, año II número 7 “El proceso civil en tiempos de cambio”, pag.91.

¹⁷ En cambio, según el método de la justicia de paz lega bonaerense anterior a 1979, como la demanda y la contestación tenían que ser planteadas en una audiencia, el juez podría él mismo contribuir a que las partes delimitaran y depurasen el conflicto (ver arts. 45 a 72 ley 1853, en [enlace https://drive.google.com/folder/view?id=0B9Y-8wCRdSJ-flZZdzRJR3JXb1FqLWlIQWlaa0NpYIRqVjdNdk5YTFRKMVc3UjNDc2J0SFU&usp=sharing](https://drive.google.com/folder/view?id=0B9Y-8wCRdSJ-flZZdzRJR3JXb1FqLWlIQWlaa0NpYIRqVjdNdk5YTFRKMVc3UjNDc2J0SFU&usp=sharing)).

Se propone, así, un diálogo previo asistido pero presencial, que no coincide con el *discovery* norteamericano (que está librado a las partes, a salvo la intervención judicial para algunas puntuales medidas, en caso de abuso de la *discovering party* o de irrazonable falta de colaboración de su rival),¹⁸ excede la medida de un intercambio informal y no vinculatorio (como el *mini trial* en EE.UU.)¹⁹ y va mucho más allá de la “letter before action”.^{20 21}

2.3. Cooperar en la etapa previa de delimitación y depuración del conflicto no debe ser una concesión gentil: no cooperar o cooperar insuficientemente debería dar pábulo a alguna clase de *implicatura* denotativa de sinrazón, o, llegado el caso, las normas jurídicas deberían considerarlo un comportamiento socialmente inaceptable y por ende pasible de oportunas consecuencias jurídicas adversas.

En efecto, no participar en esa etapa previa, o participar sin cooperar suficientemente, debería ser visto como infracción al deber de buena fe²² e implicar consecuencias desfavorables regladas específicamente, como ser económicas (multas verdaderamente disuasivas; costas agravadas si quien no participa en la etapa previa es derrotado en el juicio posterior; costas a cargo de quien no participe en la etapa previa,

¹⁸ Para las características del *discovery* y su comparación con nuestra prueba anticipada, *brevitatis causae* remito a SOSA, Toribio E. “La prueba anticipada con finalidad proactiva”, en “Aportes para una justicia más transparente”, BERIZONCE, Roberto (coordinador), Ed. Platense, La Plata, 2009, pág. 357 y sgtes. Ver haciendo enlace con <https://drive.google.com/file/d/0B9Y-8wCRdSJ-SHItOWhCMzNWRFE/view?usp=sharing>

¹⁹ . ROJAS, Jorge A. “Etapa preliminar al proceso civil”, ponencia general para la subcomisión 3, en “XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal”, Ed. Facultad de Derecho UBA y AADP, Bs.As., 2009, pág.356.

²⁰ Mecanismo según el cual cuando una persona decide accionar contra otra, debe escribirle una carta informando de su intención con sumaria noticia del alcance y fundamentos de su pretensión, en algunos lugares –ciertas regiones de Brasil- con obligación de contestarla y a continuación negociar so pena de alguna clase de sanción en caso de violarse es protocolo..

²¹ Entre nosotros, podría rescatarse el obligatorio envío de intimación de pago de los alquileres antes de la demanda respectiva (derogado art. 5 de la ley 23091; art. 1222 CCyC). Pero también es destacable el bastante común inicio de hostilidades a través del intercambio de cartas documento, cuyos términos es inadmisibles que las partes abandonen injustificadamente luego, en juicio, por violatorio de la doctrina de los propios actos, tributaria del principio de buena fe.

²² La buena fe exige un esfuerzo para evitar un litigio innecesario y sus costos consecuentes.

aunque gane en el juicio posterior)²³ , o acaso jurídicas (imposibilidad de fundar la demanda posterior en hechos que no hubieran sido informados; considerar admitidos en un juicio posterior los hechos constitutivos aducidos por el rival en la etapa previa; imposibilidad en el juicio posterior de plantear hechos impeditivos, extintivos, invalidativos o modificativos que hubieran podido ser dados a conocer en la etapa previa; que la falta de participación sin justificado motivo permita al juez, al sentenciar en el ulterior proceso, extraer de allí argumentos de prueba; ²⁴ imposibilidad de prueba que no se hubiera revelado a la contraria), o tal vez profesionales (descalificación para actuar en el juicio, del abogado no cooperativo en la etapa previa). ²⁵

2.4. El diálogo asistido previo al juicio podría ser suficiente para poner al descubierto cada parte, ante los ojos de la otra, su relato y las fuentes de prueba en su poder. Pero como consecuencia de ese diálogo podría resultar de la mayor importancia la producción de alguna prueba para esclarecer circunstancias fácticas controvertidas y conducentes que se consideren cruciales para tomar luego las partes la decisión v.gr. de acordar una solución o de ir a juicio. Como fruto del diálogo asistido, sin orden judicial podría ser impulsada v.gr. la recepción de declaraciones testimoniales ²⁶ o la realización de un dictamen pericial preponderante o

²³ Sobre los incentivos económicos: en la conciliación, ver HITTERS, Juan C. "La justicia conciliatoria y los conciliadores", en "La justicia entre dos épocas", Ed. Platense, La Plata, 1983, pág. 163 y 180; Sobre los pre-action protocols, de Inglaterra y Gales, ver VILLA, Pedro S. "La etapa preliminar al proceso. Reflexiones a partir de la experiencia del derecho comparado", en "XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal", Ed. Facultad de Derecho UBA y AADP, Bs.As., 2009, pág. 394 y sgtes.

²⁴ En Italia, art. 8.5 del Decreto Legislativo n° 28 del 4/3/2010 sobre mediación civil y comercial.

²⁵ Es la figura del "collaborative law", ver PONCE, Carlos R. "Negociación previa al proceso: hacia un cambio de mentalidad", en "XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal", Ed. Facultad de Derecho UBA y AADP, Bs.As., 2009, 405.

²⁶ Sin descartar la utilidad de extender en alguna medida la preconstitución de prueba testimonial recibida unilateralmente por las partes, aunque luego eventualmente ratificable, ya prevista v.gr. a los fines cautelares o en el beneficio de litigar sin gastos: arts. 79 y 197 CPCC Nación. Ver PRADA ERRECART, María L. – PÉRSICO, Mariela – ALONSO, María J. "La producción anticipada de prueba como medio de autocomposición de conflictos y sistema de preconstitución de prueba judicial", en "XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal", Ed. Facultad de Derecho UBA y AADP, Bs.As., 2009, pág.465. Ver también RAMÍREZ CARBAJAL, Diana M. "Breve mirada a la reforma del proceso civil con tendencia oral. Perspectiva del caso colombiano", en en Revista Derecho Privado, año II número 7 "El proceso civil en tiempos de cambio", p. 144.

prevalente ²⁷ a través de un experto designado por quien actué como asistente del diálogo ²⁸ o de común acuerdo por los interesados; ²⁹ o, en su defecto, podrían procurar su realización judicial anticipada pero con fines proactivos ³⁰ y no meramente asegurativos. La prueba temprana que se colecte en el transcurso del diálogo asistido y con salvaguarda del principio de bilateralidad en su producción, debería en principio quedar adquirida para el eventual proceso posterior, ³¹ sin necesidad de expreso acuerdo de las partes. ^{32 33}

2.5. Si del tránsito por una etapa previa de depuración y delimitación del conflicto, con adicional producción de prueba temprana, pudiera surgir un derecho altamente creíble, podría ser seguido de un proceso monitorio que no sería puro, pero tampoco documental,³⁴ sino uno

²⁷ PEYRANO, Jorge W. "Anotaciones sobre la gestión conciliatoria. Estímulos y predisponentes. La llamada pericial prevalente", en Revista de Derecho Procesal. Sistemas alternativos de solución de conflictos, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, t. 2010-2, pág. 97 y sgtes. ARAZI, Roland "Prueba pericial preponderante", en <http://fundesiblog.blogspot.com.ar/2014/08/prueba-pericial-preponderante.html>

²⁸ El mediador solo (art. 16 ley de mediación n° 5487 de Corrientes).

²⁹ El mediador, con la conformidad de las partes, puede recabar el apoyo de expertos neutrales (La Pampa, art. 54 ley 2699); San Juan (art. 32 ley 7454), Río Negro (art. 9 ley 3847); San Luis (art. 17 Ley N° IV-0700-2009).

³⁰ SOSA, Toribio E. "La prueba anticipada con finalidad proactiva", en "Aportes para una justicia más transparente", BERIZONCE, Roberto (coordinador), Ed. Platense, La Plata, 2009, pág. 357 y sgtes. Ver también PERRACHIONE, Mario C. "La prueba anticipada como una especie de medida cautelar", en "XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal", Ed. Facultad de Derecho UBA y AADP, Bs.As., 2009, pág. 436.

³¹ Salvo excepciones puntuales, como la confesión extrajudicial sucedida durante la mediación, evidentemente excluida debido a la operatividad del principio de confidencialidad, v.gr. art. 388 CPCCM San Juan.

³² Opina eso con respecto a la prueba recogida en la mediación preprocesal, LEGUISAMÓN, Héctor E. "Los adelantos tecnológicos y los problemas en la preconstitución de prueba y producción de prueba anticipada", en "XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal", Ed. Facultad de Derecho UBA y AADP, Bs.As., 2009, pág. 449.

³³ Según el art. 15 de la ley de mediación n° 7844 de Tucumán, el dictamen del experto puede ser utilizado como elemento de prueba en el proceso posterior. No obstante, los arts. 4 y 54 de la ley de mediación n° 2699 de La Pampa requieren acuerdo de las partes para hacer valer en juicio la prueba producida durante la mediación, lo mismo que el art. 5 de la ley de mediación n° 804 de Tierra del Fuego. Y, en tesitura extrema, el art. 6 de la ley de mediación n° 7324 de Salta prohíbe "bajo ningún motivo" usar las pruebas reunidas en la mediación en el proceso judicial.

³⁴ En torno a la clásica distinción entre proceso monitorio puro y documental, ver SOSA, Toribio E. "El proceso monitorio en Código Procesal Civil y Comercial de La Pampa", en La Ley Patagonia octubre 2014.

basado en la alta probabilidad de derechos *cualesquiera sean éstos y cualquiera sea la prueba de donde emerja esa alta probabilidad*.³⁵ “Ciertos es que, tradicionalmente, el procedimiento monitorio está concebido como una suerte de pieza de recambio (más ágil) de nuestro vetusto juicio ejecutivo, de raíz hispánica, que más tiene de conocimiento que de ejecución. Sin embargo, modernamente se acepta y recomienda la aplicación del monitorio en parcelas jurídicas ajenas al juicio ejecutivo. Bien se ha dicho que el monitorio puede aplicarse a cualquier tipo de litigio”.³⁶

Un esquema monitorio así podría ser útil para dar cabida y curso a la llamada “tutela autosatisfactiva”,³⁷ ³⁸ aunque sin necesidad de otros requisitos que han sido tradicionales en su concepción -acaso para ablandar el terreno jurisprudencial y doctrinario que se suponía hostil o reacio no sólo desde las filas del “garantismo”-: la alta probabilidad de frustrarse el derecho si no se lo satisface ahora y acaso el carácter fundamental del derecho en juego (v.gr. a la vida, a la salud, etc.). No discutimos la importancia de estos requisitos, pero creemos que no son estrictamente necesarios en el contexto de un proceso monitorio como el que hemos descripto, para el que basta, como requisito básico, con la alta probabilidad del derecho.

³⁵ SOSA, Toribio E. “La inversión del contradictorio y la tutela provisional antes de la definición del contradictorio”, en *El Derecho* del 1/11/2016; SOSA, Toribio E. “Extendiendo los confines del proceso monitorio: de alta evidencia con inversión total del contradictorio”, en *Derecho Procesal Civil y Comercial. Estudios en homenaje al Dr. Jorge Walter Peyrano*, coordinadora Silvia L. Esperanza, Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs.As./Santa Fe, 2018, pág. 607/626, ISBN 978-987-30-1331-7

³⁶ PEYRANO, Jorge W. “Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas”, en *Jurisprudencia Argentina* 1997-II-941.

³⁷ No tiene demasiado sentido discutir la locución “tutela autosatisfactiva” y plantear otras supuestamente más atinadas, si con aquélla todos más o menos entendemos a qué nos referimos. Si no, ¿por qué no discutimos por ejemplo también “habeas corpus”? Podríamos argumentar que es expresión insuficiente porque de nada valdría “que tengas cuerpo” pero v.gr. sin vida. ¿Y por qué la voz “recurso” si a veces con él no se vuelve a recorrer nada, como cuando el tribunal *ad quem* suple una omisión del *a quo*?, Además, las lenguas humanas presentan la propiedad de la “arbitrariedad”, es decir, entre las expresiones lingüísticas y aquello que está representado por ellas no existe una relación natural o motivada si no convencional (CUCATTO, Andrea “Introducción a los estudios del lenguaje y la comunicación. Teoría y práctica”, Ed. Prometeo, Bs.As., 2010, capítulo I, pág. 25).

³⁸ Según las VII Jornadas Bonaerenses de Derecho Procesal, Civil y Comercial de Junín (septiembre de 1996), cit. por PEYRANO en “Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas”, en *Jurisprudencia Argentina* 1997-II-939.

Abogamos, en suma, por una eficaz tutela de evidencia a través de un proceso de estructura monitoria, *sin necesidad de urgencia*.³⁹ A la eficacia de la tutela jurisdiccional no hay por qué llegar necesariamente desde la urgencia.

3- Síntesis. Propuestas.

El conocimiento del relato de cada parte, de la prueba en aval de cada cual (de alguna forma producida, o cuanto menos revelada como fuente) y de su comprensión jurídica:

(I) Propiciaría negociar sobre bases más firmes un acuerdo más justo. “Sin clarificación de los hechos, aun en grado de verosimilitud y superficialidad, la negociación “pedalea en el aire”, es algo así como un vuelo a ciegas. Al ensamblarse apropiadamente ambas actividades, las partes llegan al acuerdo amistoso con *conocimiento de causa*, lo que garantiza un consentimiento “maduro” fruto de una evaluación fundada de las circunstancias de hecho y de derecho que particularizan el caso.”⁴⁰ Negociar con las cartas sobre la mesa, no ocultando cada parte las suyas y hasta procurando engañar a su adversario sobre las que tiene como si fuera una partida de truco.⁴¹ Alguien puede creer que la posición del adversario es débil –cuando no lo es- para no proponer ni aceptar un acuerdo justo, embarcándose así envalentonado en un proceso judicial con la guardia baja y sufrir allí los efectos de una sorpresiva defensa o de un contraataque demoledores. Alguien puede creer que la posición del adversario es muy fuerte –cuando no lo es- y disuadirse por eso de promover un proceso judicial para en cambio, achicado, proponer o aceptar un acuerdo injusto. Etc. etc. etc.⁴²

³⁹ El nuevo CPC de Brasil según ley 13105 del 16/3/2015 prevé la tutela de evidencia independiente de la urgencia (art. 311). De hecho, distingue la tutela provisoria de urgencia de la tutela provisoria de evidencia (arts. 294 a 311).

⁴⁰ BERIZONCE, Roberto “Mediación, cultura y valores: por qué la conciliación-mediación ‘valorativa’”, en Revista de Derecho Procesal. Modos Anormales de terminación del proceso, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012, t. 2012-1, pág. 305.

⁴¹ Juego de naipes rioplatense en el que vale tanto el azar como la picardía, inspirador incluso de una magistral poesía de Jorge Luis Borges “El Truco” (1923); ver SUAREZ, Casiano “Dichos del truco”, Ed. MACLA, Bs.As., 1998.

⁴² SUN TZU “El arte de la guerra”, Ed. Libertador, Bs.As., 2009, capítulo V “De las fuerzas”, pág.65 y sgts.

(II) Facilitaría consensuar complementariamente sobre aspectos formales. Si no se llegase a un acuerdo, no olvidemos que al menos ambas partes conocerían sus respectivos relatos y, con la prueba propuesta e incluso en alguna medida producida, estarían en condiciones de medir las chances de éxito de cada quien de cara a una eventual salida heterocompositiva.

Sin autocomposición pero desde la perspectiva de un conflicto delimitado, las partes verían al menos: a- más asequible la chance de acordar alguna modalidad de arbitraje, en vez de la justicia estatal; o, en su caso, acordar o profundizar alguna modalidad de negociación asistida; b- más cercana la posibilidad de realizar *acuerdos procesales* ⁴³ para abreviar o simplificar el proceso judicial ⁴⁴ al que tuvieran que acudir en procura de una resolución para su conflicto, v.gr. demanda y contestación conjuntas; ⁴⁵

(III) Provocaría la descongestión o la simplificación del posterior proceso judicial.

En el peor de los casos, a falta de avenimiento y de acuerdos formales, se habría acotado el volumen del posterior proceso judicial, el que podría haber pasado a ser de puro derecho o, en todo caso, a tener una controversia fáctica reducida a una mínima expresión. ⁴⁶ Incluso, hasta cabría desembocar en proceso monitorio ni puro ni documental, sino de alta probabilidad.

⁴³ MORELLO en la década de 60 del siglo pasado ya pensaba que era *deber* de los jueces provocar “acuerdos procesales” que tuvieran por fin la simplificación del tema en debate, la abreviación de sus desarrollos y la economía en los procedimientos, ver en “La Justicia de Paz en la provincia de Buenos Aires. Necesidad de su reforma”, Jurisprudencia Argentina 1965-III-33.

⁴⁴ Si el proceso fuera inevitable, flexibilizando las formas no sólo el juez podría determinar el tipo de procedimiento aplicable, sino que las partes deberían poder acordarlo para asegurarse un *fast track*, ej. uno sumarísimo (ver BIAVATI, Paolo “Tendencias recientes de la justicia civil en Europa”, en Revista de Derecho Procesal, Sentencia – II, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, t. 2008-1, pág.538 y sgtes.; BIAVATI, Paolo “Apuntes introductorios sobre el nuevo proceso de cognición simplificada”, en Revista de Derecho Procesal. Sistemas cautelares y procesos urgentes (2ª parte), Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, t. 2010-1, pág. 556.

⁴⁵ CPCC Nación (art. 336); CPCC Bs.As. (art. 335); CPCC La Pampa (art. 318).

⁴⁶ HITTERS, Juan C. “La justicia conciliatoria y los conciliadores”, en “La justicia entre dos épocas”, Ed. Platense, La Plata, 1983, pág. 163.