XXVIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL

San Salvador de Jujuy

10, 11 y 12 de septiembre de 2015

Comisión 1: DERECHO PROCESAL CIVIL

IMPLEMENTACION DE NUEVOS SISTEMAS DE RESOLUCION DE CONFLICTOS

1. El abogado negociador y el rol de la Universidad. El conflicto y sus implicancias colaterales. La preparación de los operadores jurídicos.
2. Nuevos procedimientos para la solución de conflictos en el derecho comparado. Los sistemas del "conmow law": el mini trial; el tercero neutral; el dictamen por expertos; variantes en el arbitraje y el llamado "summary trial".
3. La importancia de la justicia de paz. La promoción e implementación de sistemas mixtos: mediación-arbitraje; conciliación-arbitraje.
4. Judicialización o desjudicialización de la etapa preliminar al proceso. La instrucción del proceso y el rol del abogado. La producción de prueba.

Ponentes generales:

Prof. Jorge A. Rojas (UBA)

Prof. Toribio E. Sosa (UNLPam)

Instrucción civil preparatoria

Por Toribio Enrique Sosa

1- Introducción. 2

2- ¿Cómo se puede resolver un conflicto de intereses? Variantes típicas y combinadas. 4

3- ¿Qué es lo que hacemos usualmente cosechando resultados insatisfactorios? 10

4- El diálogo y sus reglas según la lingüística..... 11

5- La delimitación y la depuración del conflicto, previa al juicio. 15

6- El diálogo, asistido y obligatorio, para delimitar y depurar el conflicto, previo al juicio. 18

7- La prueba temprana..... 23

8- Sintética propuesta final..... 26

1- Introducción.

Esta ponencia girará en torno a la delimitación y depuración del conflicto de intereses [1], mediante un diálogo entre las partes:

a- previo al proceso judicial.

b- asistido;

c- informado;

d- obligatorio.

Diálogo, porque sin él no puede haber válida autocomposición ni heterocomposición del conflicto.

---

[1] Para la noción de interés y de conflicto de intereses, ver SOSA, Toribio E. "¿Es la acción un flogisto procesal", en El Derecho del 12/9/2014, enlace https://drive.google.com/open?id=0B9Y-8wCRdSJ-Qjg2WFZRUDk3WFk&authuser=0;

Para las dimensiones multidisciplinares del conflicto de intereses, ver enlace https://drive.google.com/file/d/0B9Y-8wCRdSJ-YXFJb01RdFV2Nkk/view?usp=sharing

Previo al proceso, para evitarlo o, si inevitable, para simplificarlo y abreviarlo [2] [3].

Informado, por el conocimiento de la versión del adversario, de las fuentes de prueba en su poder y por la producción temprana [4] de prueba (sea anticipada, sea preconstituida) [5] [6].

Asistido por un tercero imparcial, para facilitarlo entre partes en discordia.

Obligatorio, porque su previo tránsito sería un requisito de admisibilidad de la posterior demanda [7] y porque no participar o participar insuficientemente debe acarrear alguna clase de consecuencia jurídica desfavorable al interés del renuente.

En pocas palabras, la delimitación y depuración del conflicto que se ha de proponer podría ser rápidamente visualizada como una *audiencia preliminar anticipada*, toda vez que la audiencia preliminar también se propone

---

[2] Se advierte la falta de matiz cautelar en la propuesta, porque lo cautelar no busca evitar ni simplificar ni abreviar el futuro juicio, sino asegurar la eficacia de sus resultados. Por el contrario, algunas cautelares pueden aumentar el ánimo de litigar precipitando el proceso judicial.

[3] Cfme. 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.353.

[4] MORELLO, Augusto M. "Producción de prueba temprana", en La Ley 1996-C-1228.

[5] Prueba anticipada es la que se produce judicialmente, con resguardo del principio de bilateralidad, dentro o fuera del juicio pero antes de la etapa probatoria regular; mientras que prueba preconstituida es la producida por las partes extra y prejudicialmente, por lo general unilateralmente. Sobre prueba preconstituida ver ARAZI, Roland "La prueba en el proceso civil", Ed. La Rocca, Bs.As., 2001, pág. 51/52.

[6] El XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal, realizado en San Juan en 2001, se abocó al tratamiento del tema "Privatización de ciertas actividades procesales" y, entre ellas, lo relativo a la materia de prueba preconstituida.

[7] Lo que trazaría diferencia con las conferencias preliminares de la regla 16 de las Federal Rules of Civil Procedure, pues su realización es decisión judicial discrecional, ver 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, 359/361. Ver esa regla 16 en https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_16.

esos objetivos *pero luego de la etapa postulatoria del proceso* [8]. Sería algo así como una *instrucción civil preparatoria* (ICP).

Me apresuro a destacar que la fase previa al inicio del proceso ("pre-action phase") fue abordada en el XIII Congreso Mundial de Derecho Procesal (Salvador de Bahía, Brasil, 2007)[9] y, entre nosotros, en el XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal (Buenos Aires, 2009) [10].

2- ¿Cómo se puede resolver un conflicto de intereses? Variantes típicas y combinadas.

2.1. Se lo puede resolver sobre la base del poder (fuerza, violencia), de los derechos (heterocomposición por un tercero, aplicando normas jurídicas o criterios de equidad) o de los intereses (autocomposición).

Se ha sostenido que, cuanto más civilizada y saludable una sociedad, los conflictos tienden a resolverse mayoritariamente en base a los intereses, menos en base a los derechos y mucho menos en base al poder [11].

2.2. La ley excepcionalmente admite o convalida en ocasiones el uso de la fuerza por los particulares, como v.gr. en la autoprotección de la posesión usando una "fuerza suficiente" (art. 2240 CCyC), en el derecho de retención (arts. 2587 y sgtes CCyC);etc. Desde luego, inevitablemente pero hasta cierto punto paradójicamente, el Estado que veda a los particulares el uso de la fuerza

[8] Ver más sobre la audiencia preliminar a los fines de delimitar y depurar el conflicto, en https://drive.google.com/file/d/0B9Y-8wCRdSJ-M2RqM21hSmhYQmM/view?usp=sharing

[9] Con relatos generales de N.Andrews y B. Groen. Ver PELLEGRINI GRINOVER, Ada y CALMON, Petronio (organizadores), "Direito Processual Comparado, Ed. Forense, Río de Janeiro, 2007. Nuestro representante en el tema fue el profesor platense Roberto O. Berizonce, a quien agradezco me haya facilitado el material de consulta. En ese encuentro internacional se concluyó que, en la mayoría de los países, la fase previa al inicio del proceso no ha sido objeto de regulación extensa y detallada, aunque muchos poseen previsiones modestas pero relevantes que no responden a patrones comunes entre ellos (ob. cit., pág. 202 y 204).

[10] Pueden consultarse ponencias y relatos generales al respecto, en "XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal", Ed. Facultad de Derecho UBA y AADP, Bs.As., 2009, pág. 375 y sgtes.

[11] URY, William, citado por CAIVANO, Roque J. en "Abogacía moderna vs. Abogacía tradicional. Los sistemas alternativos de disputas como forma de ser más eficientes", La Ley 1994-E-885

para la defensa de sus derechos, en caso de incumplimiento voluntario de sentencias, laudos o acuerdos autocompositivos, justifica el uso de la fuerza a través de trámites de ejecución compulsiva sobre quien ha incumplido.

2.3. En los métodos heterocompositivos es un tercero, ajeno a las partes, quien resuelve el conflicto.

Entre nosotros, según las previsiones normativas vernáculas, el tercero puede ser:

a- un juez estatal (servicio público de justicia), sea que aplique principios y normas jurídicas (juez letrado), o que decida en función de criterios de equidad y justicia "según su leal saber y entender", "a verdad sabida y buena fe guardada" (juez lego);

b- un particular (arbitraje), tanto un árbitro aplicando principios y normas jurídicas, como un arbitrador amigable componedor que decide según criterios de justicia y equidad (a "verdad sabida y buena fe guardada", "según leal saber y entender"); con la variante de los peritos árbitros, previstos para resolver como amigables componedores pero sobre cuestiones de hecho concretadas expresamente que requieran conocimientos especiales en la materia [12].

2.4. En sus vertientes características, la autocomposición puede producirse por vía de tratativas directas entre los interesados o por conducto de tratativas de alguna manera gestionadas por intermediarios [13].

La *negociación directa* es la comunicación entre los interesados en conflicto con el propósito de acordar la solución, sea solos o sea con alguna

[12] CPCC Nación (art. 773); CPCC Bs.As. (art. 811); CPCC La Pampa (art. 750); CPCC Catamarca (art. 800); CPCC Chaco (art. 776); CPCC Chubut (art. 786); CPCC Corrientes (art. 773); CPCC Entre Ríos (art. 802); CPCC Formosa (art. 808); CPC Mendoza (art. 301); CPCC Misiones (art. 773); CPCC Neuquén (art. 800); CPCC Salta (art. 802); CPCCM San Juan (art. 764); CPCC San Luis (art. 773); CPCC Santa Cruz (art. 757); CPCC Santiago del Estero (art. 788); CPCCLRM Tierra del Fuego (art. 748).

[13] CAIVANO, Roque J. "Abogacía moderna vs. Abogacía tradicional. Los sistemas alternativos de disputas como forma de ser más eficientes", ya citado. SOSA, Toribio E. "Ley de mediación en La Pampa", LLPatagonia, abril 2015, pág. 807.

clase de acompañamiento (asesoramiento, asistencia, representación) por otras personas parciales como v.gr. sus abogados, sus asesores técnicos o científicos, etc..

En la *negociación asistida* también existe comunicación entre los interesados en conflicto con el propósito de acordar la solución, pero no es una comunicación directa sino intermediada por una o más personas imparciales, cuya intervención admite diversos grados de menor a mayor:

a- el *facilitador* se limita a optimizar la comunicación entre los interesados, allanando el camino para que las conversaciones mantengan un curso ágil, no se estanquen y puedan llegar así a un resultado positivo;

b- el *mediador*, cuya tarea es más activa que la del facilitador, por un lado, guía a los interesados para que delimiten y clarifiquen los puntos de discordia, y, por otro, interpreta, opina, argumenta en pos de posibles soluciones propuestas por los propios interesados; es decir, el mediador por regla general no propone soluciones;

c- *conciliador*, con una tarea más activa aún que la del mediador, va más allá que éste proponiendo posibles soluciones; desde luego, el conciliador no decide, pues si decidiera su labor escaparía del territorio de la autocomposición e ingresaría en el de la heterocomposición.

2.5. Cabe aclarar que las variantes típicas de resolución de conflictos referidas en 2.3. y 2.4., si no son el proceso judicial, son denominados medios alternativos de resolución de conflictos (por sus siglas en inglés, ADR) [14].

[14] Ver ya en el siglo pasado, a comienzos de los 80, CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant "El acceso a la justicia", Ed. Colegio de Abogados de La Plata, La Plata, 1983, capítulo IV, pág. 84 y sgtes.. Y el comentario bibliográifco de NOGUEIRA, CARLOS A. en Jurisprudencia Argentina del 24/8/1983.

2.6. Lo cierto es que todas esas variantes son combinables sucesiva o simultáneamente [15].

Así, en cualquier momento del proceso el juez tiene atribuciones para impulsar una conciliación [16]; en algunas jurisdicciones también se prevé que en cualquier momento del proceso [17] o luego de contestada la demanda o de vencido el plazo para hacerlo [18] o en la audiencia preliminar [19] pueda derivar [20] el conflicto hacia una mediación, o que propiamente los jueces actúen como mediadores [21].

Los jueces de paz legos [22], en general con competencia para causas menores o vecinales [23], actúan mediante procedimiento simple y verbal -casi

[15] Ver CAIVANO, Roque J. "Negociación, mediación y arbitraje: variantes e interacciones", en Revista de Derecho Procesal. Sistemas alternativos de solución de conflictos, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, t.2010-2, pág. 65 y sgtes.

[16] CPCC Nación (art. 36.4); CPCC Bs.As. (art. 36.4); CPCC La Pampa (art. 374.); CPCC Catamarca (art. 36.4); CPCC Chaco (art. 36.2); CPCC Chubut (art. 36.2.a.); CPCC Entre Ríos (art. 33.b); CPCC Córdoba (art. 58); CPCC Corrientes (art. 36.2); CPCC Formosa (art. 36 párrafo 2°); CPC Jujuy (art. 11); CPC Mendoza (art. 83.I); CPCC Misiones (art. 36.2.a); CPCC Neuquén (art. 36.4); CPCC Rio Negro (art. 36.2.a); CPCC Salta (art. 36.3); CPCCM San Juan (art. 35.2); CPCC San Luis (art. 36.2); CPCC Santa Cruz (art. 36.4); CPCC Santa Fe (art. 19); CPCC Santiago del Estero (art. 36.2).

[17] CPCC Río Negro (art. 36.2.a); CPCC La Pampa (art. 37.4); CPCC Chaco (art. 36.2); CPCC Formosa (art. 36 párrafo 2°); CPCCM San Juan (art. 35.2); CPCC San Luis (art. 36.2); CPCC Santiago del Estero (art. 36.2).

[18] CPCCM San Juan (art. 451.4).

[19] CPCC Río Negro (arts. 361.1 y 639); CPCCM San Juan (art. 321); CPCC San Luis (art. 360.1); CPCCLRM Tierra del Fuego (art. 370.1).

[20] "Debe" hacerlo en cualquier momento del proceso: art. 34.7 CPCC San Luis.

[21] Los jueces de paz en asuntos de menor cuantía: CPCC Río Nego (art. 803). En Córdoba, los jueces de paz legos deben actuar como mediadores en sus respectivas jurisdicciones (art. Art. 56 ley 8858) y en La Rioja pueden hacerlo (art. 73 ter ley 2425).

No debería sorprender del todo, porque si los jueces pueden lo más –conciliar- deberían poder lo menos –mediar-, ver SOSA, Toribio E. "La mediación dentro del actual proceso judicial civil", rev Jurisprudencia Argentina del 27/XII/95.

[22] En Capital Federal la justicia de paz empezó siendo lega, luego pasó a letrada, luego a justicia nacional especial en lo civil y comercial (año 1972) y luego se fundió con la justicia nacional civil (1988). En la provincia de Buenos Aires, con el d.ley 9229/78, se convirtió la justicia de paz en letrada, con competencia variopinta. En el resto del país, la justicia de paz letrada sita en las ciudades más importantes fue absorbida por la justicia ordinaria, subsistiendo la justicia de paz lega en la campaña**.** En algunas jurisdicciones la normativa consagra la coexistencia de la justicia de paz letrada y lega (v.gr. Entre Ríos, La Rioja, Salta, Tucumán, San

siempre actuado [24]- buscando la conciliación o en su defecto para decidir como amigables componedores en equidad según su leal saber y entender o a verdad sabida y buena fe guardada [25] o para decidir en forma mixta según equidad y conforme a ley [26].

Un acuerdo de partes durante el proceso podría ponerle fin para colocar el conflicto en el territorio de la mediación o del arbitraje [27].

Luis). Ver IBAÑEZ FROCHAM, Manuel "La organización judicial argentina. Época colonial y antecedentes patrios hasta 1853", Ed. Bolenteni, La Plata, 1938. DIAZ, Benito "Juzgados de paz de campaña de la provincia de Buenos Aires (1821 – 1854)", Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 1952. MORELLO, Augusto M. "La justicia de paz en la provincia de Buenos Aires. Necesidad de su reforma", en J.A. 1965-III-27/28. BERIZONCE, Roberto O. "Justicia conciliatoria y Justicia de paz", en J.A. 1984-I-771/774. SOSA, Gualberto L. "Instituciones de la moderna Justicia de Paz Letrada", Ed. Platense, La Plata, 1993, pág. 1/55. ESTÉVEZ, Juan J. "La Justicia de Paz Bonaerense", Colegios de Abogados y de Magistrados de Trenque Lauquen, Trenque Lauquen, 2013; SOSA, Toribio E. "Justicia de paz bonaerense como justicia especial civil y comercial", en La Ley Buenos Aires agosto/2014, 697.

[23] La provincia de Santa Fe se divide en Comunas, Circuitos Judiciales, Distritos Judiciales y Circunscripciones Judiciales (art. 3 ley 10160). Los jueces comunales son legos, con las funciones típicas de la justicia de paz lega (art. 118 y sgtes. ley 10.160).

[24] "No actuado", edicta el art. 127 de la ley santafecina n°10160 para el trámite verbal ante los jueces comunales.

[25] Córdoba (art. 167 y sgtes. Constitución; ley 8435/95); Salta (art. 162 y sgtes. Constitución; ley 5594); Corrientes (arts. 202 y sgtes.Constitución; d.ley 26/00; ley 5907/09); Catamarca (art. 223 y sgtes. Constitución; Ley Nº 2337/70); Chaco (art. 159 Constitución; d. ley Nº 2247/62); Formosa (art. 159 Constitución; STJ Acdo. 2059- Pto. 16 del 25/05/97); La Rioja (arts. 129 y 135; ley 2425); Misiones (art. 158 y sgtes. Constitución; ley 1550); Neuquén (art. 243 y sgtes. Constitución; art. 887/75 y modif.; STJ Acdo. 4433 del 09/09/09); Río Negro (art. 214 Constitución; ley 2430); Tucumán (art. 28 ley 6238); Chubut (art. 183 y sgtes. Constitución; ley 3); Jujuy (art. 159 y sgtes. Constitución; ley 4055); La Pampa (art. 100 Constitución; ley 2574; ley 2229/56; ley 270); San Luis (arts. 219 y sgtes. Constitución; Ley Nº IV-0086-2004 5651); Santa Cruz (arts. 134 y sgtes. Constitución); Santiago del Estero (art. 191 Constitución; art. 84 y sgtes. ley 3752).

Ver información completa enlazando con https://drive.google.com/file/d/0B9Y-8wCRdSJ-bWgzR1E4U1VuUW8/view?usp=sharing

[26] Tucumán, art. de la ley de Procedimiento de la Justicia de Paz Nº 4815: "Los jueces de paz fallarán conforme a su leal saber y entender, de acuerdo con los antecedentes de los autos, pero procurando, en cuanto les fuese posible, ajustar a derecho sus sentencias." Cfme. BERIZONCE, Roberto O. "Justicia Conciliatoria y Justicia de Paz", en Jurisprudencia Argentina 1984-I-775.

[27] ROJAS, Jorge A. "Otro modo de conclusión del proceso: la pericia arbitral", en Revista de Derecho Procesal. Modos anormales de terminación del proceso, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012, t. 2012-1, pág. 371 y sgtes.

En vez de perito árbitro podría imaginarse un perito conciliador y en esa línea se inscribe el art. 696 bis del CPC italiano [28], introducido por la reforma de 2005/2006, que prevé una consulta técnica con función conciliatoria o, en defecto de ésta, aquélla puede quedar adquirida por y para el posterior proceso judicial [29] [30].

O podría tan sólo vislumbrarse la posibilidad de una prueba pericial preponderante o prevalente [31] producida de modo anticipado [32] [33] ante cuyos resultados se produjera luego una negociación entre las partes directa o

[28] Ver el texto completo de la norma en http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:regio.decreto:1940-10-28;1443

[29] BERIZONCE, Roberto "Algunas propuestas para la transformación del proceso civil", ", en Revista Derecho Privado, año II número 7 "El proceso civil en tiempos de cambio", p. 35. BIAVATI, Paolo "Las recientes reformas al Código de Procedimiento Civil italiano", en Revista de Derecho Procesal, Nulidades. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, t. 2007-1, pág. 536. 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. 525 y sgtes.

[30] Cabe destacar que la consulta técnica preventiva convive con la verificación preventiva del estado de lugares o de la calidad o condición de cosas (art. 696 CPCC Italia), también judicial y preprocesal, pero teniendo ésta características cautelares pues debe mediar urgencia y peligro en la demora procesal. Ver BIAVATI, Paolo "Las recientes reformas al Código de Procedimiento Civil italiano", en Revista de Derecho Procesal. Nulidades. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, t. 2007-1, pág. 536. También MAGI, Francesca – CARLETTI, Fabrizio "I provvedimenti di istruzione preventiva", en TARZIA, Giusepe – SALETTI, Achille (coord..), "Il proceso cautelare", Ed. CEDAN, Milán, 2008, 182 y sgtes. Además, SALETTI, Achille, "El nuevo régimen de las medidas cautelares y posesorias", en Revista peruana de derecho procesal, MONROY PALACIOS, Juan J. (dir.), ED. COMMUNITAS, Lima, 2008, 414 y sgtes.

[31] 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

[32] No necesariamente practicada ante el juez que deba conocer en el posterior proceso. Por ej. en Buenos Aires, la justicia de paz letrada tiene competencia para medidas preparatorias y prueba anticipada en asuntos que son incumbencia de la justicia ordinaria (art. 61.I.1.e de la ley 5827). Ver SOSA, Gualberto L. "Instituciones de la moderna Justicia de Paz Letrada", Ed. Platense, La Plata, 1993, pág. 180.

[33] El art. 326 bis del CPCC Corrientes, introducido en 2009 por la ley 5905, prevé la realización de prueba pericial ofrecida por las partes inmediatamente de contestada la demanda y antes de ordenar la producción de la restante prueba, con cuyo resultado luego el tribunal debe procurar una conciliación. A diferencia del régimen italiano, donde el mismo perito es también conciliador.

asistida que pusiera fin al conflicto o que condujera a su canalización judicial por vía de demanda y contestación conjuntas, etc., etc., etc..

Por ejemplo en EE.UU.:

a- es utilizada una mixtura entre conciliador y mediador con la denominación de tercero neutral (*neutral listener*) [34];

b- un acuerdo de partes antes del proceso podría consistir en realizar una especie de juicio privado ficticio que culminara con un veredicto no obligatorio pero que permitiera a las partes formarse una idea de cuál sería el resultado en un juicio verdadero (*summary jury trial*) [35];

c- un acuerdo de partes conduce a un juicio privado (*prívate trial*) colocado en manos de un abogado, como si fuera un juez del Estado pero sin *imperium* [36].

En fin, las combinaciones son tantas como se las pueda imaginar y la idea es tornarlas más factibles según lo esbozado en el capitulo 1 y conforme la propuesta sintética del capítulo 8-.

3- ¿Qué es lo que hacemos usualmente cosechando resultados insatisfactorios?

Dentro de un proceso [37] y ante un juez letrado, ponemos en tensión relatos unilateralmente construidos; en su transcurso se tiene que producir la prueba pertinente y conducente para determinar, en la sentencia que lo corona, qué relato es el más probable y, al fin, cuál es su significación jurídica.

---

[34] 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.357.

[35] . 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. 357.

[36] 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.

[37] Tomamos como referencia un proceso de conocimiento pleno, aunque cualquier tipo de proceso suele ser de todas formas ineficiente si sus resultados son confrontados con las expectativas de los justiciables.

Y, antes del proceso judicial así concebido, "injertamos" un procedimiento obligatorio de mediación [38] o conciliación [39], orientados a la obtención de un acuerdo sin el simultáneo esclarecimiento de los respectivos relatos, siendo posible que así esos medios alternativos conduzcan: (i) a acuerdos injustos; (ii) o, en su defecto, a su tránsito con rapidez, con disgusto y sin ningún provecho, con pena y sin gloria, en tanto visualizados como rituales vacíos, inútiles y antieconómicos en tiempo y dinero [40].

Ninguna forma heterocompositiva privada es popularmente usual entre nosotros para abordar conflictos comunes y corrientes.

4- El diálogo y sus reglas según la lingüística.

Hemos adelantado que sin diálogo no puede haber válida autocomposición ni heterocomposición del conflicto.

Y seguramente esa aserción no se pondrá en duda tratándose de la negociación entre las partes, directa o asistida.

Pero, dicho sea de paso, ¿y en el proceso?

El proceso es un gran diálogo, o, mejor dicho, en su seno se van sucediendo múltiples diálogos secuenciales.

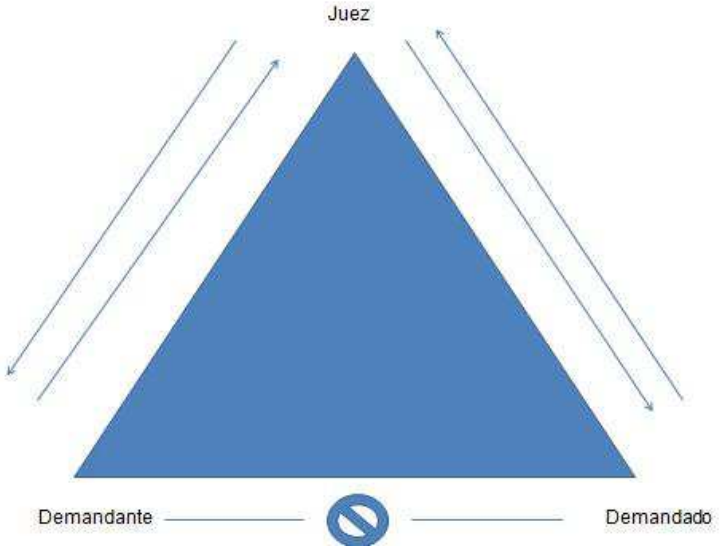
El juez es el moderador de ese diálogo y las partes –dentro del proceso- se comunican entre sí pero no directamente, sino por intermedio del juez, conforme el siguiente diagrama:

---

[38] Cuya constitucionalidad ha sido rescatada por la Corte Suprema de la Nación, en "Baterías Sil-Dar S.R.L. c/ Barbeito, Walter s/ Sumario", causa B-118 XXXV, sent. del 27/9/2001.

[39] Como en la ley 26993, sobre causas en relaciones de consumo, por un monto menor que 55 sueldos mínimos, vitales y móviles conciliación previa obligatoria, ante un ente administrativo –COPREC- y, a falta de acuerdo, con chance luego de promover un juicio ante la justicia nacional de relaciones de consumo, con características similares a las de un proceso sumarísimo, sin obligación de transitar una mediación prejudicial obligatoria.

[40] Mismas razones por las que la tasa de acuerdos es muy baja (Italia) o incluso se ha retirado la previa obligatoriedad en Francia y España, Ver Andrews, ob. cit., 208 y sgtes. Ver también 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. 392.



El juez aparece en el vértice superior del triángulo porque las normas que rigen el proceso son de derecho público, es decir, son normas que rigen relaciones humanas de supra y subordinación.

Empezando entonces por el demandante (en virtud del principio dispositivo, es el primero que debe “mover”), es de Perogrullo que los sujetos del proceso (demandante, demandado, juez), cada quien a su turno, deben o pueden “decir”.

Y, salvo el demandante al formular su pretensión inicial, todos los sujetos del proceso deben o pueden “decir” según lo dicho antes por los otros (v.gr. la contestación de demanda debe hacerse cargo de los hechos expuestos por el demandante, la prueba debe ser pertinente, la sentencia debe ser congruente, etc.).

Es así que, lo que deban o puedan decir los sujetos del proceso, no pueden hacerlo como les plazca, deben decirlo según ciertas reglas contenidas en la ley procesal.

Pero, si el proceso es un gran diálogo secuencial, en cada participación los sujetos del proceso *tampoco pueden ignorar las reglas rectoras de todo diálogo como fenómeno del lenguaje*.

Por lo tanto, mediando diálogo sea en el proceso o sea para evitar o preparar el proceso, no deberíamos desatender a la lingüística para, superando la mera intuición, rescatar los estudios sistemáticos allí realizados en torno al diálogo como fenómeno lingüístico [41].

Entre esas *reglas rectoras de todo diálogo como fenómeno del lenguaje*, sólo trataré aquí, como ejemplo, las máximas que dan forma al *principio cooperativo* de Paul Grice, las cuales de un modo u otro están intuitivamente reflejadas en las leyes de procedimiento como rectoras del diálogo dentro del proceso.

Según el filósofo inglés Paul Grice [42], la comunicación entre dos o más personas está sujeta tácitamente a cuatro *máximas* que caracterizan esa comunicación como una conducta cooperativa[43]. Estas cuatro máximas son:

a- Calidad:
Haz que tu contribución sea verdadera:
*** No digas aquello que consideres falso.**
*** No digas aquello de lo cual carezcas de pruebas adecuadas.**

b- Cantidad:
*** Haz tu contribución tan informativa como se requiera para los propósitos del intercambio informativo.**
- **No hagas tu contribución más informativa de lo necesario.**

[41] CUCATTO, Mariana y SOSA, Toribio E. " Breve introducción a la pragmática conversacional en el proceso judicial". en revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas. ISSN 2250-4087. Volumen 4-Nº1-Año 2013, sección "Divulgación científica, en prensa a abril de 2015. CUCATTO, Mariana y SOSA, Toribio E. "Sobre cuestiones y argumentos" en rev. La Ley del 19/6/2014. CUCATTO, Mariana y SOSA, Toribio E. "La pretensión es algo más que un pedido", exposición en el I Simpósio Internacional de Estudos sobre o Discurso Jurídico - I DISJURI, organizado por la UFRN, en Natal (Brasil), del 25 al 28 de noviembre de 2014, en prensa. ROJAS, E. Gustavo y SOSA, Toribio E. "La lógica del diálogo en el proceso judicial: su descripción e interpretación a partir de la pragmática lingüística", exposición en el XIV Congreso de la Sociedad Argentina de Lingüística, Catamarca, 22 al 24 de abril de 2014, en prensa.

[42] GRICE, Paul, "Las intenciones y el significado del hablante" en Valdés Villanueva, Luis M.L. (ed.), *La Búsqueda del significado.* Ed. Tecnos, Madrid, 1991, pág. 481-510. GRICE, Paul, "Lógica y conversación" en Valdés Villanueva, Luis M. L. (ed.), *La Búsqueda del significado,* .Ed. Tecnos, , Madrid., 1991, pág.. 511-530.

[43] Dicho de otro modo, estás máximas derivan del "principio cooperativo" que se formula del modo siguiente: haga usted su contribución a la conversación tal y como lo exige, en el estadio en el que tenga lugar, el propósito o la dirección del intercambio que usted sostenga.

c- Relevancia:

- **Sé pertinente (que tu aporte "vaya y llegue al grano")**

d- Claridad.

- **Evita las expresiones oscuras o complicadas.**
- **Evita las expresiones ambiguas.**
- **Sé breve (evita las divagaciones innecesarias).**
- **Sé ordenado.**

Como se puede apreciar, en la interpretación de los enunciados es tan importante "lo que se dice" (el contenido literal o proposicional de los enunciados) como "lo que se comunica" (toda la información que se transmite con ese enunciado y que no es su significado literal o proposicional). Estos contenidos "comunicados", implícitos, son las *implicaturas,* que son inferencias pragmáticas que se definen y explican de acuerdo con el principio cooperativo y sus máximas.

Si para arribar a una interpretación adecuada y consistente el significado literal de un enunciado no alcanza (incluso porque acaso ese enunciado ni siquiera exista debiendo haber existido), eso podría entrañar algún otro significado o interpretación oculta: la importancia de lo que se dice pasaría a estar en lo que "no se dice o no se dice literalmente" pero de alguna manera "se comunica", y estaríamos "autorizados" a buscar esos otros significados "no dichos" o "comunicados", *implicaturas* o interpretaciones alternativas.

Por ejemplo, según el principio cooperativo de Grice podemos (*rectius,* deberíamos) entender que, a través de su silencio frente a la demanda, el demandado nos comunica que sensatamente no tiene con qué o cómo resistirla, es decir, podemos interpretar que, a falta de toda justificación razonable en otro sentido, el silencio del demandado implica que admite que el demandante "tiene razón" [44]. Más genéricamente, el incumplimiento de las

[44] MORELLO, en el art. 17.E de su anteproyecto para la Justicia de Paz de la provincia de Buenos Aires, a comienzos de la década del 60 en el siglo pasado, proponía como *deber* del juez "*admitir como reconocidas o confesadas las afirmaciones litigiosas, cuando quienes tengan la carga de desconocerlas o impugnarlas no comparezca o guarden silencio, sea al contestar la demanda o absolver posiciones o al evacuar el traslado…",* ver en "La Justicia de Paz en la provincia de Buenos Aires. Necesidad de su reforma", en J.A. 1965-III-33.

máximas del principio cooperativo de Grice, como v.gr. las falsedades y omisiones en materia de alegación [45], pueden valer como argumentos de prueba o como indicios relevantes que autoricen a formar presunciones *hominis* capaces de coadyuvar a la formación de convicción. Etc., etc., etc.

En suma, "evadirse" de las reglas del diálogo es lingüísticamente oneroso y, para estar a tono, debería ser "oneroso" también cuando se aborda la solución de un conflicto de intereses precisamente mediante el diálogo.

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

5.1. 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 [46].

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

Consistiría en:

a- al menos, determinar cuáles son los relatos [47] de las partes;

b- si hubiera discrepancia entre los relatos, adicionalmente establecer de qué fuentes de prueba en poder de cada parte podría extraerse

---

[45] TESSONE, Alberto J. "El abogado y la instrucción preliminar", La Ley 1997-E-151.

[46] 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 multidisciplinares del conflicto de intereses, ver enlace https://drive.google.com/file/d/0B9Y-8wCRdSJ-YXFJb01RdFV2Nkk/view?usp=sharing

[47] Sobre las nociones de relato, de verosimilitud del relato y de probabilidad del relato, enlace https://drive.google.com/file/d/0B9Y-8wCRdSJ-VFA5ajNoa09WVE0/view?usp=sharing

También: TRIONFETTI, Víctor "La construcción de los hechos en el proceso", en Revista de Derecho Procesal. Prueba - I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe,2005, t. 2005-1, pág. 105 y sgtes. SOSA, Toribio E. "El fin de la prueba", en Revista de Derecho Procesal, Prueba – I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe,2005, t. 2005-1, pág. 243 y sgtes.

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.

5.2. 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:

A- 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." [48]

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 [49]. 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. Como al fin y al cabo es humano que, en una contienda librada a su sola suerte, cada contendiente procure engañar al adversario sobre sus fuerzas, procurando que

[48] 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.

[49] 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.

sus puntos débiles no sean vistos o que sean vistos como puntos fuertes, o que sus puntos fuertes sean vistos como extraordinariamente fuertes o cómo débiles, etc. [50] y como ambos saben o sospechan que el otro puede intentar hacer ver su postura más fuerte o más débil de lo que es, no será fácil para ninguno advertir cuál es la real fuerza del otro y así, en ese marco de incertidumbres y especulaciones, cabe preguntarse cuán atinada pudiera ser la decisión de acordar o, en su defecto, litigar, como no fuera a ciegas "salga pato o gallareta".

B- 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* [51] para abreviar o simplificar el proceso judicial [52] al que tuvieran que acudir en

[50] SUN TZU "El arte de la guerra", Ed. Libertador, Bs.As., 2009, capítulo V "De las fuerzas", pág.65 y sgts.

[51] 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.

[52] 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 introductivos sobre el

procura de una resolución para su conflicto, v.gr. demanda y contestación conjuntas [53] ;

C- Provocaría la descongestión 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 [54].

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

6.1. Por más serio que fuera el esfuerzo unilateral del abogado de cada parte realizando cada una concienzuda instrucción preliminar [55], 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

---

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.

[53] CPCC Nación (art. 336); CPCC Bs.As. (art. 335); CPCC La Pampa (art. 318); CPCC Catamarca (art. 336); CPCC Chaco (art. 315); CPCC Chubut (art. 339); CPCC Corrientes (art. 336); CPCC Entre Ríos (art. 323); CPCC Formosa (art. 333); CPCC Jujuy (art. 302 bis); CPCC Misiones (art. 336); CPCC Neuquén (art. 336); CPCC Río Negro (art. 336); CPCC Salta (art. 336); CPCCM San Juan (art. 298); CPCC San Luis (art. 336); CPCC Santa Cruz (art. 313); CPCC Santiago del Estero (art. 339); CPCCLRM Tierra del Fuego (art. 348).

[54] HITTERS, Juan C. "La justicia conciliatoria y los conciliadores", en "La justicia entre dos épocas", Ed. Platense, La Plata, 1983, pág. 163.

[55] 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.

rescatando los que se acomodan a la forma en que queremos que las cosas sean y descartando los que no se acomodan así [56].

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 [57].

6.2. 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 [58], ese tercero imparcial es el juez [59].

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 [60], en una etapa previa al juicio [61] [62].

---

[56] HONORÉ, Carl "La lentitud como método", Ed. RBA, Barcelona, 2013, pág. 39.

[57] "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.

[58] 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.

[59] Ver más sobre la audiencia preliminar a los fines de delimitar y depurar el conflicto, en https://drive.google.com/file/d/0B9Y-8wCRdSJ-M2RqM21hSmhYQmM/view?usp=sharing

[60] 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

La propuesta sería entonces que, en cada juzgado, pudiera desempeñarse un funcionario con la misión de *delimitar y depurar* el conflicto [63], *mutatis mutandis* con atribuciones similares a las de un consejero bonaerense de familia.

Y si por cualquier motivo (v.gr. presupuestario [64]) eso no fuera considerado factible, deberían utilizarse para la temprana delimitación del conflicto las estructuras actualmente existentes , como la de la justicia de paz [65] [66] o la de la mediación pre-procesal obligatoria [67].

---

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."

[61] 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.).

[62] 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.

[63] 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.

[64] 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.

[65] 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. Desafió al Campo Juridico" desarrollado en Santa Rosa (La Pampa) en noviembre de 2011. Ver enlace https://drive.google.com/file/d/0B9Y-8wCRdSJ-eTlNeklvUzF1WVk/view?usp=sharing

[66] 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

Podría asignarse esa función a la justicia de paz, que ya sabe de diversificación de roles [68].

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 [69] si efectivamente se tuviera que llegar a un proceso judicial [70], 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).

---

y los conciliadores", en "La justicia entre dos épocas", Ed. Platense, La Plata, 1983, pág.180, nota 59.

[67] 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.

[68] Ver *supra* nota 22. 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.

[69] 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.

[70] 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/folderview?id=0B9Y-8wCRdSJ-flZZdzRJR3JXb1FqLWllQWlaa0NpYlRqVjdNdk5YTFRKMVc3UjNDc2J0SFU&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 [71]), excede la medida de un intercambio informal y no vinculatorio (como el *mini trial* en EE.UU. [72]) y va mucho más allá de la "letter before action" [73] [74].

6.3. 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 (ver capítulo 4- "El diálogo y sus reglas según la lingüística"), 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 fe [75] e

[71] 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

[72] . 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.

[73] 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. Ver Andrews, ob.cit., p. 207.

[74] 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 inadmisible que las partes abandonen injustificadamente luego, en juicio, por violatorio de la doctrina de los propios actos, tributaria del principio de buena fe.

[75] La buena fe exige un esfuerzo para evitar un litigio innecesario y sus costos consecuentes.

implicar consecuencias desfavorables regladas específicamente, como ser económicas (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, aunque gane en el juicio posterior [76]), 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 [77]; 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 [78]).

7- La prueba temprana.

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.

---

[76] 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; en la mediación, según la experiencia inglesa, ver ANDREWS, ob. cit., pág. 212. 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.

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

[78] Es la figura del "collaborative law", ver PONCE, Carlos R."Negoación 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.

Esa cuestión nos enfrenta a la problemática de la prueba temprana, sea sin intervención judicial –preconstituida [79]– o con ella –anticipada- .

Como fruto del diálogo asistido, sin orden judicial podría ser impulsada v.gr. la recepción de declaraciones testimoniales [80] o la realización de un dictamen pericial preponderante o prevalente [81] a través de un experto designado por quien actué como asistente del diálogo [82] o de común acuerdo por los interesados [83]; o, en su defecto, podrían procurar su realización judicial anticipada pero con fines proactivos [84] 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,

---

[79] GOZAÍNI, Osvaldo A. "La prueba extraprocesal (sobre la importancia de la preconstitución probatoria para la resolución anticipada del conflicto)", en La Ley 1995-C- 1363.

[80] 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.

[81] 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

[82] El mediador solo (art. 16 ley de mediación n° 5487 de Corrientes).

[83] 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 Nº IV-0700-2009).

[84] 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.

debería en principio quedar adquirida para el eventual proceso posterior [85], sin necesidad de expreso acuerdo de las partes [86] [87].

Aunque en los códigos rituales del país -y en los de la mayor parte de Sudamérica [88]- se concibe a la prueba anticipada como una variante cautelar –para asegurar su producción antes del juicio o prematuramente dentro de éste y así contrarrestar el peligro de que no pudiera ser producida en la etapa instructoria regular del proceso-, aplicando criterios de *reingeniería procesal* [89] nada podría impedir, hoy, que el juez válidamente hiciera lugar a la producción anticipada de prueba para delimitar el conflicto antes del juicio [90]: a- si ambas partes de común acuerdo lo pidieran; b- si una sola de ellas lo pidiera y el juez "estimare justo" [91] que el pedido se fundara en la meta de delimitar el

---

[85] 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.

[86] 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.

[87] 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.

[88] Chile (arts. 281, 284, 286 y 288); Bolivia (arts. 305 y sgtes.); Perú (arts. 284 y sgtes.; aunque los arts. 284 y 294 no requieren objetivo meramente asegurativo); Venezuela (arts. 813 y sgtes.); Paraguay (arts. 270 y sgtes.); Brasil (arts. 846 y sgtes); Uruguay (art. 306.2 y sgtes.). No restringen la anticipación de prueba sólo a los fines asegurativos: Colombia (arts. 183 y sgtes.) y Ecuador (arts. 64 y sgtes.

[89] SOSA, Toribio E. "Reingeniería procesal", Ed. Platense, La Plata, 2005; SOSA, Toribio E. " Reingeniería procesal: la garantía del debido proceso y la norma de habilitación", en Doctrina Judicial del 16-2-2005, ver en enlace https://drive.google.com/file/d/0B9Y-8wCRdSJ-cHU4bmxXeWc5UkU/view?usp=sharing

[90] Se trataría de prueba anticipada proactiva, en contraposición a la tradicional prueba anticipada asegurativa, ver SOSA, Toribio E. "La prueba anticipada con finalidad proactiva", en "XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal", Ed. Facultad de Derecho UBA y AADP, Bs.As., 2009, pág. 437/448.

[91] La posibilidad de evitar un proceso o de alcanzar una conciliación, son motivos justos. Así el art. 485 ZPO alemán y el art. 145 del CPCC francés, recordados por GRILLO

conflicto antes del juicio, atenta la apelabilidad sólo de la resolución que no hace lugar a la anticipación de la prueba [92]. Sin embargo, sería conveniente reformar la ley procesal, para despegar lo cautelar de la anticipación de la prueba, de modo que pueda considerarse legítima su producción temprana sin fines asegurativos necesariamente.

8- Sintética propuesta final.

Si bien las normas vigentes no impiden un diálogo previo entre las partes tendiente a delimitar y depurar el conflicto (antes bien, parecen desearlo, v.gr. propiciando la posibilidad de demanda y contestación conjuntas, alternativa inimaginable sin diálogo), la cultura de litigar imperante no lo registra entre sus prácticas, de modo que tornarlo operativo para revertir el *statu quo* requeriría de *ciertas reformas normativas inductoras* [93].

Para empezar, el intento de una etapa previa de diálogo para la delimitación y depuración del conflicto debería ser un requisito de admisibilidad de la eventualmente posterior demanda judicial.

Por otro lado, 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*

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., 424

[92] CPCC Bs.As. (art. 327), CPCC Nación (art. 327), CPCC Catamarca (art.327), CPCC Chaco (art. 307), CPCC Chubut (art. 327), CPCC Córdoba (art. 487), CPCC Corrientes (art. 327), CPCC Entre Ríos (art. 315), CPCC Formosa (art. 325), CPCC Jujuy (art. 257), CPCC La Pampa (art. 310), CPCC Misiones (art. 327), CPCC Neuquén (art. 327), CPCC Río Negro (art. 327), CPCC San Luis (art. 327), CPCC Santa Cruz (art. 305), CPCC Santiago del Estero (art. 320), CPCC Tucumán (art. 221), CPCCM San Juan (art. 323). Utiliza la más voz "recurrible" el CPCC Salta (art. 327), claro que para este cuerpo legal el que hace o no lugar al pedido no es el juez, sino el secretario. El acogimiento o el rechazo son inapelables para el CPCC Santa Fe (arts. 146 y 156).

[93] La regla no es la innovación sino la tendencia al *statu quo*: eso explica por qué siempre tendemos a sentarnos en el mismo sitio en la clase o en casa aunque no haya ninguna distribución asignada de los asientos, o por qué nos quedamos con el mismo banco o compañía de teléfonos aunque la competencia ofrezca servicios más ventajoso. Se lo llama *"efecto Einstellung".* Ver HONORÉ, Carl "La lentitud como método", Ed. RBA, Barcelona, 2013, pág. 37.

denotativa de sinrazón, o, llegado el caso, las normas jurídicas deberían considerarlo un comportamiento socialmente inaceptable y por tanto pasible de oportunas consecuencias jurídicas adversas.

Además:

a- si no fuera por algún motivo viable designar en cada juzgado un funcionario delimitador y depurador de conflictos, esa función debería ser encomendada a la justicia de paz o ser insertada dentro de los fines de la mediación preprocesal;

b- debería contemplarse la producción temprana de prueba, preconstituida o anticipada -en este último caso, sin fines cautelares-, que en cualquier caso quedaría en principio adquirida para el juicio eventualmente posterior en defecto de otra salida auto o heterocompositiva.

Y, desde luego, los cambios no deberían ser sólo normativos, sino en la formación de los operadores jurídicos ¿Por qué en la formación? No sólo para ver que el juicio no es ni la única, ni la mejor, ni tan siquiera la primera alternativa para resolver conflictos, sino para saber qué hacer concretamente para delimitar y depurar un conflicto [94].

Por otro lado, sería deseable que, como todo cambio que desafía el *statu quo*, la delimitación y depuración temprana del conflicto se implementara a través de experiencias piloto, empezando incluso con asuntos de menor cuantía [95], cuidando de no limitarse a copiar simplemente instituciones de derecho comparado sin analizar su acomodamiento a nuestra realidad [96].

---

[94] BERIZONCE, Roberto O. "El abogado negociador", en Jurisprudencia Argentina 1993-III-693 y sgtes.. 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, 371/373. BILLINGHURST de BRAUN, Nidia A. "La desjudicialización de los conflictos y la necesidad de habilidades y competencias en los operadores jurídicos compatibles con las formas alternativas de resolverlos", en "XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal", Ed. Facultad de Derecho UBA y AADP, Bs.As., 2009, pág.472. 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, 399. BOURGUIGNON, Marcelo "Etapa preliminar del proceso. Judicialización o desjudicialización del conflicto", en "XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal", Ed. Facultad de Derecho UBA y AADP, Bs.As., 2009, pág.412.

[95] MORELLO, Augusto M. "El arreglo de las disputas sin llegar a una sentencia final (el tribunal de pequeñas causas de Brasil)", en Jurisprudencia Argentina 1985-III-743. La

justicia de las pequeñas causas fue tema tratado en el XV Congreso Nacional de Derecho Procesal, Córdoba, 16 al 19 de agosto de 1989.

[96] BERIZONCE, Roberto O. “Justicia Conciliatoria y Justicia de Paz”, en Jurisprudencia Argentina 1984-I-775. HITTERS, Juan C. “La justicia conciliatoria y los conciliadores”, en “La justicia entre dos épocas”, Ed. Platense, La Plata, 1983, pág.180.