

LA PROPORCIONALIDAD PROCESAL COMO INSTRUMENTO RELEVANTE DE LA JUSTICIA CIVIL*

PROCEDURAL PROPORTIONALITY AS A RELEVANT INSTRUMENT OF CIVIL JUSTICE

Santiago PEREIRA CAMPOS**

*A la memoria de Michele Taruffo,
porque sembró las preguntas necesarias sobre la justicia
y dio respuestas lúcidas, valientes y sensibles.
Y porque se extrañan demasiado
las sobremesas compartidas iluminadas por él.*

* El presente trabajo tuvo su origen en el marco de la pasantía de investigación que tuvo lugar en el mes de marzo de 2020 en la *Osgoode Law School* de la *York University* (Toronto, Canadá), convocada por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y *Osgoode Law School – York University*, bajo la asistencia financiera del *Global Affairs Canada*. Agradezco a la Prof. Sara Slinn, Associate Dean de *Osgoode Law School* y a todos los profesores de *York University* que colaboraron brindándome su tiempo y su conocimiento: Prof. Trevor C.W. Farrow, Prof. Allan C. Hutchinson, Prof. Shin Imai, Prof. Les Jacobs, Prof. Janet Mosher, Prof. Martha E. Simmons y Prof. Janet Walker. Gracias asimismo a las juezas, jueces, expertas, expertos y académicos de otras universidades que también me brindaron su conocimiento: Marc Bhalla, Councel Laura Craig, Shana Chaffai-Parent, Regional Senior Justice Stephen Firestone (Ontario Superior Court of Justice), Jérôme Beaugrand-Champagne, Prof. Jennifer Leitch, Prof. Catherine Piché, Prof. Marie-Claude Rigaud, Prof. Nicolas Vermeys (Cyberjustice Laboratory - Université de Montréal). La traducción de las normas y bibliografía citada del idioma inglés al español ha sido realizada de modo libre por el autor.

** Profesor Titular de Derecho Procesal y Director de la Maestría en Derecho Procesal y Litigación, y del Postgrado en Derecho Procesal Aplicado de la Universidad de Montevideo. Miembro del Consejo Directivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y del Council de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. *spereira@rap.com.uy* @SantiagoPCampos

RESUMEN: El principio de proporcionalidad procesal ha tenido desarrollo en países como Canadá, Reino Unido, Australia y Nueva Zelanda. Sin embargo, no ha sido objeto de mayores estudios o regulaciones en América Latina. Su consagración, adaptación y aplicación en los sistemas latinoamericanos, será de gran utilidad para fortalecer la Justicia Civil. Analizamos la idea de proporcionalidad, el marco conceptual del principio, sus fortalezas y debilidades y las aplicaciones prácticas, especialmente en Canadá, generando insumos para el análisis de su aplicación en Latinoamérica.

PALABRAS CLAVES: proporcionalidad procesal; justicia civil; latinoamérica; Canadá; reformas a la justicia.

ABSTRACT: The principle of procedural proportionality has developed in countries such as Canada, the United Kingdom, Australia, and New Zealand. However, it has not been the subject of research or regulation in Latin America. Its regulation, adaptation and application in Latin American systems will be very useful to strengthen Civil Justice. We analyze the idea of proportionality, the conceptual framework of the principle, its strengths and weaknesses and the applications, especially in Canada, generating inputs for the analysis of its application in Latin America.

KEYWORDS: Procedural proportionality; civil justice; latin america; Canada; justice reforms.

SUMARIO: 1. Concepto y finalidad del principio de proporcionalidad procesal.— 2. La regulación del principio de proporcionalidad procesal en la experiencia canadiense y sus principales manifestaciones; 2.1. Formulación general del principio de proporcionalidad; 2.2. Proporcionalidad y fomento de la resolución acordada del conflicto; 2.3. Principio de proporcionalidad procesal y descubrimiento (“discovery”); 2.4. Principio de proporcionalidad y conferencias (“conferences”); 2.5. Principio de proporcionalidad procesal y “case management”; 2.6. Principio de proporcionalidad procesal y prueba; 2.7. Principio de proporcionalidad procesal, protagonismo y cooperación de las partes; 2.8. Rol del tribunal y principio de proporcionalidad 2.9. Rol de abogadas y abogados y principio de proporcionalidad procesal. 2.10. El principio de proporcionalidad procesal incide en el ejercicio profesional y es parte de las reglas éticas de la abogacía y de la judicatura.; 2.11 Principio de proporcionalidad procesal y uso de las tecnologías.— 3. El principio de proporcionalidad procesal: un instrumento innovador a considerar para fortalecer la Justicia Civil en Latinoamérica.

1. CONCEPTO Y FINALIDAD DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PROCESAL

El foco que en varios países se ha puesto en la proporcionalidad procesal como herramienta central para el mejoramiento de la Justicia Civil, tiene su origen en las limitaciones que el proceso judicial presenta en tanto recurso escaso. Como señala Farrow¹, el proceso de reforma de la justicia civil que se desarrolla a un ritmo significativo en todo el mundo, ha tenido en algunas jurisdicciones, como elemento clave, la introducción del concepto de proporcionalidad en las reglas de procedimiento civil.

¹ Farrow, Trevor CW, “Proportionality: A cultural revolution”, (2012) *IJCivLP*, Thomson Reuters, ps. 151 y ss., Canadá.

El principio de proporcionalidad tiene sus orígenes inmediatos en los trabajos de Lord Woolf en las reformas procesales de Inglaterra y Gales², que condujo a nuevas reglas de procedimiento civil también en otros países, tales como Australia y Nueva Zelanda.

Las nuevas reglas incluyen un mandato de proporcionalidad, cuyo objetivo es permitir que el tribunal “trate los casos con justicia”. Las reglas definen que “tratar un caso de manera justa” incluye, entre otras cosas, tratar el caso de manera proporcional³: (i) a las cantidades de dinero involucradas; (ii) a la importancia del caso; (iii) a la complejidad de los asuntos; y (iv) a la posición financiera de cada parte.

Indica Farrow⁴: “Uno de los desarrollos más significativos en el reciente movimiento de reforma a la justicia civil es la adición de la noción de “proporcionalidad” como herramienta fundamental sobre cómo practicamos y reformamos la justicia civil”. Se ha descrito el desarrollo de la proporcionalidad en Canadá⁵, como la “revolución cultural del litigio civil”⁶.

Para distinguirlo del principio de proporcionalidad que se aplica en materia de Derechos Humanos⁷, lo llamaremos principio de proporcionalidad procesal.

El principio de proporcionalidad procesal representa un cambio importante en la filosofía judicial que anteriormente dominaba la administración de justicia. Señala Adler⁸ que implica que las formas de tratar la disputa deben reflejar su naturaleza. La idea parte de distinguir a) por un lado, disputas

² Farrow, Trevor C. W., “A civil justice, privatization and democracy”, ps. 377 y ss. En 1996, Lord Woolf publicó su inspirador informe sobre la reforma de la justicia civil en el Reino Unido: Woolf, Lord MR, “Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales” (London: HMSO, 1996), online: Department for Constitutional Affairs <http://www.dca.gov.uk/civil/final/index.htm>

³ Cf. Farrow, Trevor C. W., “Proportionality: A cultural revolution”, cit., ps. 151 y ss.

⁴ Farrow, Trevor C. W., “A civil justice, privatization and democracy”, cit., ps. 377 y ss.

⁵ Canadá ocupa el lugar N° 9 en el mundo (mejor posición de las Américas) en el Índice de Estado de Derecho® 2020 del World Justice Project. Su Justicia Civil ocupa el lugar N° 19 en el mundo y, junto con Uruguay (lugar 16), son los países mejor posicionados en Justicia Civil en las Américas.

⁶ Expresión de J. Brown, de la Corte Superior de Justicia de Ontario, citada por Farrow, Trevor C. W., “Proportionality: A cultural revolution”, cit., ps. 151 y ss.

⁷ El principio de proporcionalidad tradicionalmente analizado en materia de derechos humanos es un método de aplicación de normas sobre derechos constitucionales; se trata del procedimiento correcto, en términos conceptuales y normativos, que un tribunal debe utilizar para interpretar y aplicar las normas sobre derechos fundamentales.

⁸ Adler, Michael, “The idea of proportionality in dispute resolution”, *Journal of Social Welfare & Family Law*, Vol. 30, No. 4, December 2008, ps. 309–321. Adler, refiere al tema de la proporcionalidad en relación a tres informes emblemáticos: a) Comentarios del Sistema de Justicia Civil de Lord Woolf (Lord Woolf’s Reviews of the Civil Justice System (Woolf 1995, 1996); b) El Libro Blanco sobre Quejas, Reparación y Tribunales del Departamento de Asuntos Constitucionales (The Department of Constitutional Affairs’ White Paper on Complaints 2004) y c) El documento de la Comisión Jurídica sobre resolución proporcional de disputas en Vivienda (The Law Commission’s Issues Paper on Proportionate Dispute Resolution in Housing), Law Commission 2006. El primero de estos informes trata de la proporcionalidad en los procedimientos de las cortes, el segundo de la proporcionalidad en los procedimientos del tribunal, y el tercero de la proporcionalidad en la resolución de disputas complejas (en este caso, disputas de vivienda).

que plantean cuestiones “serias” o “importantes” para una o ambas partes y/o disputas cuyo resultado podría tener un impacto importante en el bienestar de las partes y/o que constituyan “test cases” en la sociedad; y b) por otra parte aquellas llamadas “triviales” o “sin importancia” en las que el resultado de la resolución de la controversia es poco probable que tenga un impacto importante en alguien. Las primeras, requieren métodos más exhaustivos y rigurosos de resolución del conflicto.

Las preguntas claves son qué considerar como un asunto “grave” o “importante” y quién decidirá cuál será el impacto probable del resultado. Señala Adler⁹ que si los gobiernos concluyen que los enfoques de una “única talla” para la resolución de todas las disputas ya no son sostenibles y desean promover métodos más proporcionales de resolución de disputas, trabajar en la idea de involucrar a expertos que no decidan pero sí orienten a la persona usuaria sobre las alternativas existentes, discutiendo con ellas la mejor forma de proceder para que puedan tomar decisiones más informadas, es probablemente la mejor manera de lograr la proporcionalidad, o al menos una mayor proporcionalidad que la que tenemos ahora.

El principio de proporcionalidad se ha definido en el siguiente postulado: “la cantidad de proceso utilizado para un caso será proporcional al valor, complejidad e importancia del caso”¹⁰. Una de las claves de las propuestas de Lord Woolf fue la simple pero poderosa proposición de que el “costo de la litigación debe ser más asequible, más predecible y más proporcional al valor y la complejidad del caso individual”¹¹.

Los sistemas de justicia no fueron tradicionalmente diseñados teniendo en cuenta la relación de costo-efectividad de la resolución de la disputa, sino para resolver conflictos en una competencia de adversarios¹². Si una de las causas del costo excesivo de la justicia, es que el sistema (fundamentalmente cuando es adversarial) requiere abogadas y abogados que “no dejen piedra sin remover”, parte de la solución puede ser limitar las oportunidades para remover piedras y fomentar la eficiencia y la productividad en el uso del tiempo por las abogadas y abogados, restringiendo el proceso disponible para las partes contendientes. Pero esta proposición no es ilimitada, porque no se puede restringir el proceso disponible para las partes, sin tener en cuenta el interés de la justicia y el Estado de Derecho. La respuesta, por lo tanto, se encuentra (al menos parcialmente) en el concepto de proporcionalidad.

El sistema tradicional y sus normas procesales no han distinguido los casos según su valor, complejidad o importancia y, por ende, todos ellos se tra-

⁹ Adler, Michael, “The idea of proportionality in dispute resolution”, cit., p. 309–321.

¹⁰ Civil Justice Reform Working Group to the Justice Review Task Force, “Effective and Affordable Civil Justice”, November 2006: https://books.scholarsportal.info/en/read?id=/ebooks/ebooks0/gibson_cppc/2009-12-01/11/214146.

¹¹ Woolf, Lord M.R., “Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales”, cit.

¹² Civil Justice Reform Working Group to the Justice Review Task Force, “Effective and Affordable Civil Justice”, cit.

taban más o menos de la misma forma. Para cambiar esta realidad, muchos países (como es el caso de Reino Unido, Canadá o Australia) han adoptado la idea de que corresponde hacer coincidir la amplitud del procedimiento con la magnitud de la disputa. Al hacerlo, equilibramos el interés de la justicia con el costo-efectividad y otros valores relevantes para aumentar el acceso a justicia. El concepto se aplica tanto a la cantidad de procedimiento que se permite a las partes requerir del sistema, como a la cantidad de gestión judicial y recursos que el tribunal debe dedicar a un caso. Este enfoque reduce costos y tiende a nivelar el campo de juego entre las partes, ya que limita el uso excesivo del proceso por la parte que dispone de mayores recursos¹³.

2. LA REGULACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PROCESAL EN LA EXPERIENCIA CANADIENSE Y SUS PRINCIPALES MANIFESTACIONES

En Canadá, se han adoptado reglas inspiradas en las ideas de proporcionalidad en varias Provincias, tales como Ontario, Quebec, British Columbia y Alberta¹⁴.

2.1. Formulación general del principio de proporcionalidad

Tal como destacó la Corte Suprema de Canadá¹⁵ “[e]l principio de proporcionalidad ahora se refleja en muchas de las reglas de las provincias y puede actuar como una piedra de toque para el acceso a la justicia civil”.

En los informes técnicos, se propone la proporcionalidad sobre el siguiente diseño¹⁶:

1) El objetivo de estas reglas es asegurar que todos los asuntos sean tratados justamente, y que la cantidad de tiempo, proceso y gasto incurrido por

¹³ Además de adoptar el principio rector general de proporcionalidad, muchas jurisdicciones de common law, incluido Canadá, tienen implementada alguna forma de multi-tracking, que implica asignar el caso a la ruta de proceso apropiada, en base a criterios predefinidos. Generalmente, las rutas aceleradas o simplificadas se usan para casos de valores más bajos. Algunos casos involucran valores inestimables y cuestiones cargadas de derechos que podrían beneficiarse más de una solución temprana. Algunos casos solo necesitan una evaluación monetaria y podrían ser mejor atendidos direccionándolos a una evaluación neutral del caso. Algunos casos involucran a partes en un negocio en curso u otra relación que pueden encontrar intereses mutuos con la ayuda de un/a mediador/a. Idealmente, si tratamos de hacer coincidir el proceso de resolución de disputas con las necesidades particulares del caso, aumentarán las posibilidades de resoluciones tempranas, costo-efectivas y justas (Civil Justice Reform Working Group to the Justice Review Task Force, “Effective and Affordable Civil Justice”, cit).

¹⁴ Nos centraremos fundamentalmente en las experiencias de Ontario y Quebec.

¹⁵ *Hryniak v. Mauldin*, citado por Piché, Catherine y Noreau, Pierre, *Reformas a la justicia civil en Quebec y en Canadá*, en “Estudios Comparados sobre reformas al Sistema de Justicia Civil: Australia y Canadá”, Volumen II, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), Chile, 2019, p. 117.

¹⁶ Civil Justice Reform Working Group to the Justice Review Task Force, “Effective and Affordable Civil Justice”, cit.

las partes en alcanzar la resolución de un caso, sea proporcional a la importancia del mismo.

2) La importancia de un caso surge de la evaluación discrecional del tribunal de los siguientes aspectos del caso: a) valor económico; b) importancia para la jurisprudencia; y c) complejidad, en términos del número de partes y la naturaleza de las cuestiones en conflicto.

3) El tribunal debe hacer efectivas estas reglas cuando ejerza cualquier poder en el marco del proceso o interprete cualquier norma.

4) El tribunal debe asignar a cada caso solo una parte de los recursos del tribunal de forma proporcional a la importancia del caso, teniendo en cuenta la necesidad de asignar otra parte de ellos a otros casos.

5) El tribunal debe promover la efectividad de estas reglas, administrando activamente los casos a través de la conferencia de planificación del caso y otras conferencias.

6) Las partes (y las abogadas y abogados) están obligados a ayudar al tribunal a hacer efectivas estas reglas.

Las Reglas de Procedimiento Civil de Ontario que entraron en vigor en 2010, al referirse a la “*Interpretación*”, como “*Principio general*”, establecen las ideas rectoras de justicia, rapidez y costo-efectividad: “1.04 (1) Estas reglas se interpretarán libremente para garantizar la determinación justa, más expedita y menos costosa de cada procedimiento civil en función de sus méritos”. Luego se establece la regla de “Proporcionalidad”: “(1.1) En aplicación de estas reglas, el tribunal emitirá órdenes y dará instrucciones que sean proporcionales a la importancia y complejidad de los asuntos, y al monto involucrado en el proceso”.

Esta regla se dirige principalmente a las juezas y jueces que deberán actuar considerando en sus decisiones la proporcionalidad de las mismas con la importancia y complejidad de los asuntos y a la cuantía económica involucrada en el proceso. No obstante, se entiende que también las partes y sus abogadas y abogados deben respetar esta regla de proporcionalidad.

Por su parte, el Código de Procedimiento Civil de Quebec, que entró en vigencia en 2016, en su disposición preliminar destaca que está “diseñado para garantizar la accesibilidad, calidad y agilidad de la justicia civil, la aplicación justa, simple, proporcional y económica de las reglas procesales, el ejercicio de los derechos de las partes en un espíritu de cooperación, equilibrio y el respeto por los involucrados en la administración de la justicia”. Este principio se ha colocado en el centro del nuevo Código. Su art. 18 dispone: “Las partes en un procedimiento deben observar el principio de proporcionalidad y asegurarse de que sus acciones, sus alegatos, incluida su elección de defensa oral o escrita, y los medios de prueba que utilicen sean proporcionales, en términos de costo y de tiempo involucrados, a la naturaleza, complejidad del tema y el propósito de la acción. Las autoridades judiciales también deben observar el principio de proporcionalidad en la gestión de los casos que se les

asignan, independientemente de la etapa en la que intervengan. Deben velar por que las medidas y los actos que ordenen o autoricen estén en consonancia con el mismo principio, teniendo en cuenta la debida administración de la justicia”.

En el Código de Quebec, el principio de proporcionalidad se considera una “regla de oro”. Como señalan Piché y Noreau¹⁷, las autoridades judiciales son responsables de garantizar el respeto de este principio simplificando o acelerando el procedimiento e interviniendo cuando sea necesario para garantizar que los costos sean proporcionales a la naturaleza del reclamo y al valor de la disputa.

2.2. Proporcionalidad y fomento de la resolución acordada del conflicto

El Foro Canadiense de Justicia Civil define el acceso a la justicia como el acceso que mejora la capacidad de las ciudadanas y los ciudadanos de obtener justicia sea a través del sistema judicial o de métodos de resolución alternativa de conflictos¹⁸.

En las Reglas de Procedimiento Civil de Ontario se establece la mediación obligatoria (“mandatory mediation”) para ciertos casos, con base en la idea de proporcionalidad: “24.1.01 Esta Regla prevé la mediación obligatoria en acciones específicas, con el fin de reducir los costos y retrasos en los litigios y facilitar la resolución temprana y justa de disputas”. Asimismo, las Reglas de Ontario establecen fuertes incentivos económicos a la resolución acordada del conflicto, evitando el juicio, fijando los costos de cargo de una parte que son consecuencia de no aceptar una propuesta de la contraparte¹⁹.

El Código de Procedimiento Civil de Quebec incluye la obligación de considerar los métodos alternativos de resolución de conflictos (MARC²⁰) antes que un conflicto pueda ser remitido a los tribunales. El artículo 1 refiere al proceso privado de prevención y resolución de disputas (los principales son la negociación entre las partes, la mediación y el arbitraje) estableciendo la innovadora disposición de que “las partes deben considerar los procesos privados de prevención y resolución antes de remitir su disputa a los tribunales”. Señalan Piché y Noreau²¹ que, en la práctica, ello implica entablar discu-

¹⁷ Piché, Catherine y Noreau, Pierre, “Reformas a la justicia civil en Quebec y en Canadá” cit., p. 117 y 118.

¹⁸ Sitio web del Foro Canadiense de la Justicia Civil: <http://www.cfcj-fcjc.org/clearinghouse/access-justice>

¹⁹ Ver especialmente Regla 49; también reglas 56 a 59 de Ontario.

²⁰ Actualmente es más acorde referirse a los MARCs como los métodos *adecuados* de resolución de conflictos, de modo de no ser vistos como los subsidiarios al proceso, sino que todos los mecanismos de resolución integren el sistema de justicia de igual modo, siendo clave definir cuál es el más adecuado para el caso en concreto que debe resolverse.

²¹ Piché, Catherine y Noreau, Pierre, “Reformas a la justicia civil en Quebec y en Canadá” cit., p. 122.

siones serias acerca de la posibilidad de llegar a un acuerdo sin la presencia de la corte. Las partes deben indicar la consideración dada a los MARC en su protocolo del caso. Sin embargo, la obligación de considerar los procesos privados de prevención y resolución no impide que las partes remitan su disputa a los tribunales.

El art. 9 del Código de Procedimiento Civil de Quebec establece que la misión de los tribunales incluye asegurar la gestión adecuada de casos en consonancia con los principios y objetivos del procedimiento. Ello incluye, tanto en primera como en segunda instancia, facilitar la conciliación siempre que la ley lo requiera, las partes lo soliciten o den su consentimiento o las circunstancias lo permitan, o si se celebra una conferencia de conciliación. En la práctica, este principio se cita a menudo con el principio de proporcionalidad, ya que una decisión dictada en el mejor interés de la justicia puede considerarse proporcional²². En algunos casos, la autoridad judicial puede promover los MARC al sugerir explícitamente por escrito a las partes que consideren ese recurso²³. Sin embargo, no se puede imponer una audiencia de acuerdo a las partes, sin su consentimiento, ya que la participación debe ser completamente voluntaria.

2.3. Principio de proporcionalidad procesal y descubrimiento (“discovery”)

Las Reglas de Procedimiento Civil de Ontario al referirse a la “proporcionalidad en el descubrimiento” (“discovery”), establecen en la regla 29.2.: “29.2.03 (1) Al determinar si una parte u otra persona debe responder una pregunta o presentar un documento, el tribunal considerará si, (a) el tiempo requerido para que la parte u otra persona responda la pregunta o presente el documento podría no ser razonable; (b) el gasto asociado con responder la pregunta o producir el documento no estaría justificado; (c) exigir que la parte u otra persona responda la pregunta o presente el documento le causaría un perjuicio indebido; (d) requerir que la parte u otra persona responda la pregunta o presente el documento interferiría indebidamente con el progreso ordenado de la acción; y (e) la información o el documento está fácilmente disponible para la parte que lo solicita de otra fuente”. Se agregan reglas vin-

²² Cf. Piché, Catherine y Noreau, Pierre, “Reformas a la justicia civil en Quebec y en Canadá” cit., p. 121 y 122.

²³ Por ejemplo, en *Chayer v. Forest*, en la moción de desautorización del juicio, la autoridad judicial declaró: “en las circunstancias del tiempo y el esfuerzo invertido por las partes y el Tribunal en esta Moción, así como el principio de proporcionalidad, todas las partes tal vez deseen considerar seriamente todas sus opciones en el futuro, incluida la mediación judicial”. Asimismo, en *Labis v. Labis*, incluso si el caso hubiera sido enjuiciado, la autoridad judicial propuso que las partes participen en la mediación judicial sobre la base de que “el monto en cuestión, los costos para todas las partes y la altamente contenciosa naturaleza de este asunto podría beneficiarse de un intento final de resolución alternativa de disputas antes de que se tengan que gastar fondos adicionales” (Piché, Catherine y Noreau, Pierre, “Reformas a la justicia civil en Quebec y en Canadá” cit., p. 157 y 158).

culadas al “volumen general de documentos”²⁴ y al “examen oral por más de una parte”²⁵. Asimismo, en base a la idea de proporcionalidad se fija un límite de tiempo (“no exceder las siete horas”)²⁶. Las reglas procesales, inspiradas directamente en la aplicación de la proporcionalidad procesal están motivadas, entre otros factores, en el alto costo de los honorarios de la abogacía y las consiguientes dificultades para las usuarias y los usuarios del sistema de justicia en acceder a una asistencia legal adecuada y costo-efectiva.

2.4. Principio de proporcionalidad y conferencias (“conferences”)

La Regla 50 de Procedimiento Civil de Ontario regula las conferencias (“conferences”), que constituyen también una herramienta para darle proporcionalidad al proceso. Se señala (50.01) que el propósito de esta Regla es proporcionar una oportunidad para que cualquiera o todos los problemas en un procedimiento se resuelvan sin audiencia de juicio y, con respecto a cualquier asunto que no se acuerde, obtener de la corte órdenes o instrucciones para ayudar en la resolución justa, más rápida y menos costosa del procedimiento, incluidas las órdenes o instrucciones para garantizar que cualquier audiencia de juicio se desarrolle de manera ordenada y eficiente. Se regulan dos tipos de conferencias: las conferencias previas al juicio (“pre-trial conferences”)²⁷ y las conferencias del caso (“case conferences”)²⁸.

²⁴ Regla 29.2.03(2): “Además de las consideraciones enumeradas en la subregla (1), al determinar si se debe ordenar a una parte u otra persona que presente uno o más documentos, el tribunal considerará si dicha orden generaría un volumen excesivo de documentos requeridos para ser producido por la parte u otra persona”.

²⁵ Regla 31.05: “A menos que las órdenes de las cortes o las partes acuerden lo contrario, cuando más de una de las partes tenga derecho a examinar a una de las partes u a otra persona para el descubrimiento sin permiso, solo habrá un examen oral, que puede ser iniciado por cualquier parte adversa a la parte, (a) que debe ser examinada; o (b) en nombre o en lugar de quién, o además de quién, una persona debe ser examinada”.

²⁶ Regla 31.05.1.: “(1) Ninguna parte deberá, al realizar exámenes orales para descubrimiento, exceder un total de siete horas de examen, independientemente del número de partes u otras personas a ser examinadas, excepto con el consentimiento de las partes o con autorización de la corte. Consideraciones para la autorización. (2) Al determinar si la autorización debe otorgarse en virtud de la regla (1), el tribunal considerará, (a) la cantidad de dinero en cuestión; (b) la complejidad de las cuestiones de hecho o de derecho; (c) la cantidad de tiempo razonablemente necesaria en la acción para los exámenes orales; (d) la posición financiera de cada parte; (e) la conducta de cualquiera de las partes, incluida la falta de respuesta de una de las partes en cualquier examen de descubrimiento realizado previamente en la acción, como la falta de respuesta a preguntas por motivos distintos al privilegio o a la circunstancia de que las preguntas son obviamente irrelevantes, falta de respuesta completa a las preguntas, o proporcionar respuestas que sean evasivas, irrelevantes, que no responden a las preguntas o que son excesivamente largas; (f) la negación o negativa de una parte a admitir cualquier cosa que debería haber sido admitida; y (g) cualquier otra razón que deba considerarse en interés de la justicia”.

²⁷ Las conferencias previas al juicio, se regulan del siguiente modo en la regla 50.02:“(1) A menos que la corte ordene lo contrario, dentro de los ciento ochenta días posteriores a la presentación de una acción para juicio, las partes deberán programar con el registrador una fecha y hora aceptables para que todas las partes comparezcan ante un juez o maestro de administración de casos (“case management master”) para un conferencia previa al juicio.(2) Si las partes no programan una conferencia pre-

Nota 28 en página siguiente.

La regla 50.06 establece los asuntos que pueden ser considerados en una conferencia previa al juicio: 1. La posibilidad de acordar sobre cualquiera o la totalidad de los asuntos en el proceso. 2. Simplificación de los problemas. 3. La posibilidad de obtener admisiones que puedan facilitar la audiencia. 4. La cuestión de la responsabilidad. 5. La cantidad de daños, si se reclaman daños. 6. La duración estimada del juicio o audiencia. 7. La conveniencia de que el tribunal nombre a un experto. 8. En el caso de una acción, el número de testigos expertos y otros testigos que pueden ser llamados por cada parte, y las fechas para la producción de los informes de expertos pendientes o complementarios. 9. La conveniencia de fijar una fecha para el juicio o la audiencia. 10. La conveniencia de dirigir una referencia. 11. Cualquier otro asunto que pueda ayudar en la disposición justa, más rápida y menos costosa del procedimiento. Conforme la Regla 50.10 (1), el juez que conduce una conferencia previa no presidirá el juicio, excepto con el consentimiento —por escrito— de todas las partes.

En cuanto a los asuntos a tratar en las “case conferences”, se señala que en la conferencia del caso, el juez o el administrador de casos puede, (a) identificar las cuestiones que están en disputa y las que no lo están; (b) explorar métodos para resolver los problemas controvertidos; (c) si es posible, lograr el acuerdo de las partes sobre un calendario específico de eventos en el procedimiento; (d) establecer un calendario para el procedimiento; y (e) revisar y, si es necesario, modificar un calendario ya existente. En cuanto a las potestades, se dispone que en la conferencia del caso, el juez o el maestro de administración de casos pueden, si se ha notificado y es apropiado hacerlo o con el consentimiento de las partes, (a) emitir una orden procesal; (b) convocar una conferencia previa al juicio; (c) dar instrucciones; y (d) en el caso de un juez, (i) dictar una orden interlocutoria, o (ii) convocar una audiencia.

Por su parte, el Código de Procedimiento Civil de Quebec, prevé que las autoridades judiciales pueden convocar a una reunión de gestión del caso, para la cual se les otorgan varios poderes²⁹. Además, las autoridades judi-

via al juicio dentro de los 180 días posteriores al inicio de la acción para el juicio, el registrador puede, sujeto a cualquier orden previa, (a) programar una fecha y hora para que las partes comparezcan ante un juez o maestro de administración de casos para una conferencia previa al juicio; y (b) avisar a las partes para que se presenten en la fecha y hora programadas. (3) Además de la conferencia previa al juicio que debe celebrarse bajo esta regla, un juez puede, en cualquier momento, por iniciativa propia o por solicitud de una de las partes, ordenar que se lleve a cabo una conferencia previa al juicio ante un juez o maestro de gestión de casos”.

²⁸ Respecto a las llamadas “case conferences for actions and applications” (conferencias del caso para acciones y solicitudes), la Regla 50.13 (1) establece que un juez puede en cualquier momento, por iniciativa propia o por solicitud de una de las partes, ordenar que se celebre una conferencia de caso ante un juez o maestro de administración de casos.

²⁹ Art. 153 del Código de Procedimiento Civil de Quebec: “En la reunión de gestión del caso (“case management conference”) convocada por propia iniciativa del tribunal o previa solicitud, el tribunal se familiariza con las cuestiones de hecho o de derecho en disputa, examina el protocolo del caso, lo discute con las partes y toma las medidas apropiadas de gestión del caso. Si lo considera útil, el tribunal podrá exigir las garantías de las partes en cuanto a la continuación del procedimiento, o someter el procedimiento a ciertas condiciones. Si una parte está ausente sin un motivo válido, el tribunal puede escuchar a la parte que esté presente si este último está listo para proceder con las medidas de adminis-

ciales deben apreciar la naturaleza de la disputa al principio y examinar el protocolo del caso para garantizar que las partes respetaron su obligación de considerar la prevención privada de conflictos y procesos de resolución.

2.5. Principio de proporcionalidad procesal y “*case management*”

La proporcionalidad se manifiesta también en el “*case management*”. Canadá tiene larga experiencia en este instrumento de gestión de casos por parte de los tribunales, existiendo distintos enfoques de las abogadas y los abogados litigantes acerca de las virtudes y defectos de la herramienta (lo cual condiciona su utilización). El “*case management*” puede darse en distintas etapas del caso y su implementación depende de los recursos humanos y económicos disponibles. Se consolida la idea de que debe utilizarse en aquellos casos en que resulte apropiado y en la medida de lo necesario (proporcionalmente).

En la regla 77 de Ontario se señala —77.01 (1)— que el propósito es establecer un sistema de “*case management*” solo para aquellos procedimientos en los cuales la necesidad de la intervención del tribunal está demostrada y solo en la medida apropiada. En cuando a los poderes de que se dispone para la gestión de los casos, se indica: “77.04 (1) Un juez o un “*case management master*” puede, (a) extender o acotar un plazo prescrito por una orden o en las reglas; (b) aplazar una conferencia de caso (“*case conference*”); (c) dejar de lado una orden hecha por el registrador; (d) establecer o modificar un calendario; y (e) emitir órdenes, imponer términos, dar instrucciones y adjudicar costos según sea necesario para llevar a cabo el propósito de esta Regla.

(2) Un juez o “*case management master*” puede, por su propia iniciativa, exigir a las partes que se presenten ante él o que participen en una conferencia telefónica para tratar cualquier asunto relacionado con el “*case management*” del procedimiento, incluyendo el incumplimiento de una orden o las reglas”. Posteriormente, la Regla 77, fija los criterios para asignarle “*case management*” a un proceso: “(4) Al considerar la posibilidad de asignar un procedimiento para la gestión del caso, el juez superior regional, otro juez o el *case management master* tendrá en cuenta todas las circunstancias relevantes, incluidas una o más de las siguientes: 1. El propósito establecido en la subregla 77.01 (1). 2. La complejidad de las cuestiones de hecho o de derecho.

tración de casos. Si las partes han acordado un protocolo complementario, el tribunal también puede programar otra reunión de gestión del caso (*case management conference*).” Art. 154: “En la reunión de gestión del caso (*case management conference*), el tribunal puede decidir celebrar una audiencia de las partes, sobre las excepciones preliminares, o escuchar al demandado o demandada por motivos de defensa, que se registran en el acta de la audiencia o en una breve declaración. El tribunal puede juzgar el caso de inmediato si la defensa debe ser oral y las partes están listas para proceder, posponer la audiencia en una fecha posterior específica o dejar que el secretario del tribunal resuelva el caso para que sea juzgado. Las excepciones preliminares se presentan y cuestionan oralmente, pero el tribunal puede autorizar a las partes a presentar las pruebas pertinentes”.

3. La importancia para el público de las cuestiones de hecho o de derecho. 4. El número y tipo de partes o posibles partes, y si están representadas. 5. El número de procedimientos que involucra las mismas o similares partes o causas de acción. 6. La cantidad de intervención de la corte que probablemente requerirá el procedimiento. 7. El tiempo requerido para el descubrimiento, si corresponde, y para la preparación para juicio o audiencia. 8. En el caso de una acción, el número de testigos expertos y otros testigos. 9. El tiempo requerido para el juicio o la audiencia. 10. Si ha habido una demora sustancial en la conducción del procedimiento”.

El Código de Procedimiento Civil de Quebec de 2016 incluye un sistema más sólido de gestión y supervisión de casos judiciales a través de la obligación de las partes de crear un protocolo de caso detallado y un rediseño del rol de la prueba pericial y sus reglas. Según el art. 158, para fines de gestión del caso, en cualquier etapa de un procedimiento, el tribunal puede decidir, por propia iniciativa o tras petición, “tomar medidas para simplificar o agilizar el procedimiento y acortar el juicio mediante decisión, entre otras cosas, sobre la conveniencia de ordenar la consolidación o separación de procedimientos o la división del procedimiento, de definir mejor las cuestiones en disputa, de enmendar los alegatos, de limitar la duración del juicio, de admitir hechos o documentos, de autorizar declaraciones juradas en lugar de testimonios o de determinar el procedimiento y el límite de tiempo para la presentación de documentos y otras pruebas entre las partes, o de convocar a las partes a una conferencia de gestión del caso o una conferencia de acuerdo, o de alentarlos a usar la mediación”. Señalan Piché y Noreau³⁰ que el objetivo de estos poderes de gestión del caso ampliados es que la autoridad judicial se asegure de que el caso avance a un ritmo razonable y de que se respete el principio de proporcionalidad. Así, la autoridad judicial ya no desempeña un papel pasivo en el que simplemente escucha a cada parte y dicta una decisión. Esencialmente, la autoridad judicial es responsable de garantizar que las partes entablen un diálogo continuo dentro de un ambiente de colaboración.

2.6. Principio de proporcionalidad procesal y prueba

El principio de proporcionalidad también puede considerarse como un control del procedimiento, en términos de garantizar la pertinencia de la prueba, por ejemplo, y de no utilizar un número excesivo de peritos o que los medios empleados en un proceso permitan alcanzar el objetivo perseguido. Así, el art. 158 del Código de Procedimiento Civil de Quebec, establece que, en cualquier etapa de un procedimiento, el tribunal puede decidir, por propia iniciativa o tras petición, evaluar el propósito y la utilidad de buscar la opinión de los peritos, sean conjuntos o no, determinar los mecanismos

³⁰ Piché, Catherine y Noreau, Pierre, “Reformas a la justicia civil en Quebec y en Canadá”, cit., p. 121.

de ese proceso, así como los costos anticipados, y establecer un plazo para la presentación del informe del perito; si las partes no lograron ponerse de acuerdo sobre una prueba pericial conjunta, evaluar los méritos de sus razones e imponer prueba conjunta de perito si fuera necesario para mantener el principio de proporcionalidad y si, a la luz de los pasos ya realizados, hacerlo sería conducente a la resolución eficiente de la disputa sin poner en peligro el derecho de las partes a afirmar sus argumentos³¹.

2.7. Principio de proporcionalidad procesal, protagonismo y cooperación de las partes

El Código Procesal Civil de Quebec en vigencia desde 2016, implicó un cambio en el rol de las partes, que pasaron a ser protagonistas del sistema, fomentándose además la cooperación³². Se parte de la idea de que los ciudadanos canadienses deben ser participantes activos en el proceso de resolución de su disputa con la oportunidad de decidir sobre el proceso alternativo de resolución que consideren más apropiado para su caso. Se entiende que la justicia participativa permite el establecimiento de relaciones interpersonales entre partes y una comunicación mejorada entre ellas, para alcanzar una solución a la que cada persona contribuye³³. El art. 19 del Código Procesal Civil de Quebec, establece el deber de las partes de actuar de buena fe, vinculándolo con la idea de proporcionalidad: “Deben poner atención en limitar el caso a lo que sea necesario para resolver la disputa, y deben abstenerse de actuar con la intención de causar perjuicio a otra persona o comportarse de una manera excesiva o irrazonable, en contra de los requisitos de buena fe”. El art. 20 obliga a las partes a cooperar activamente entre sí en la búsqueda de una solución³⁴.

³¹ A modo de ejemplo, el Tribunal Superior de Quebec decidió que exigir que el demandado o demandada incurriera en los costos para contratar los servicios de un perito sería contrario al principio de proporcionalidad ya que la cuestión en debate ya había sido resuelta por otro tribunal; por lo tanto, no era necesaria una opinión de perito sobre el mismo tema (Kadar (*Bienes de*), citado por Piché, Catherine y Noreau, Pierre, “Reformas a la justicia civil en Quebec y en Canadá” cit., p. 117 y 118).

³² También ha habido un cambio de la adjudicación pública a la justicia participativa privada, como lo señalan Piché y Noreau (Piché, Catherine y Noreau, Pierre, “Reformas a la justicia civil en Quebec y en Canadá” cit., p. 121).

³³ Quebec juega un papel de liderazgo en los esfuerzos de justicia participativa, principalmente debido a la integración de métodos privados de prevención y resolución de disputas en su nuevo Código. La justicia participativa se define como la obtención de la justicia en la medida en que corresponde a las expectativas, las necesidades y las capacidades de cada persona involucrada en el conflicto, la que debe participar plenamente. El objetivo principal de la justicia participativa es que la parte establezca su posición presentando argumentos razonables para defenderla, mientras que simultáneamente escucha y entiende la posición de la otra parte. Incluso se señala que la justicia participativa podría ser de hecho, la solución al desafío del acceso a la justicia (Cf. Piché, Catherine y Noreau, Pierre, “Reformas a la justicia civil en Quebec y en Canadá” cit., p. 137).

³⁴ Art. 20: “Las partes están obligadas a cooperar y, en particular, a mantenerse mutuamente informadas en todo momento de los hechos e indicaciones conducentes a un debate justo y asegurarse de que se conservan las pruebas pertinentes. Deben, entre otras cosas, en el momento prescrito por este Código o determinados en el protocolo del caso, informarse mutuamente de los hechos en los que

2.8. Rol del tribunal y principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad está generando cambios trascendentes en el modo en que las juezas y jueces deben encarar el sistema de justicia civil y el proceso. Ello, porque no es suficiente simplemente dejar librado el principio de proporcionalidad a las partes con la esperanza de que lo usen adecuadamente. Se ha señalado por algunos autores³⁵ que un sistema adversarial librado solo a las abogadas y los abogados, es una reliquia de un período (si alguna vez hubo uno) en el que los tribunales y las partes podían permitir que aquellos determinen su propio curso; ese era un tiempo en que quienes litigaban podían permitirse el lujo de hacerlo y los tribunales no estaban sujetos a los desafíos impuestos por el volumen y complejidad creciente de los litigios modernos. Sin cambiar esas reglas, no puede lidiarse con la nueva realidad y lograr el objetivo de proporcionar una estructura aceptable para la resolución de los conflictos. La realidad es que ningún sistema judicial puede hacerlo dejando a las partes y sus representantes librados solo a su propia iniciativa; hacerlo ha resultado en un retraso insoportable y altos costos en la resolución de disputas para las partes y para aquellos otros quienes esperan a su vez su turno en la fila de la litigación. Por ello, los expertos en Canadá³⁶ abogan por una función de gestión más activa para el Poder Judicial. Esto requiere un cambio significativo en el enfoque del litigio para muchos jueces y juezas, y capacitación adecuada.

2.9. Rol de abogadas y abogados y principio de proporcionalidad procesal

Para hacer viable el cambio cultural, es necesario también alentar a abogadas y abogados a tomar un papel más activo en ayudar a sus clientes a obtener soluciones. La abogacía tradicional está entrenada para determinar

se basan sus argumentos y de las pruebas que pretenden producir". Señalan Piché y Noreau que las partes deben ser transparentes entre sí y cooperar activamente en facilitar la resolución de su disputa. Además, el principio de cooperación se aplica a los procesos privados de prevención y resolución de conflicto, en los cuales las partes deben participar de buena fe, ser transparentes en la información que brindan a la otra parte, cooperar activamente en la exploración de diferentes opciones de resolución de conflictos para llegar a una solución, e igualmente asumir los costos del procedimiento. En última instancia, la cooperación requiere confianza en la capacidad de las partes, abogadas y abogados para resolver el conflicto y confianza en el proceso de resolución de disputas que han seleccionado. El tribunal tiene el deber de garantizar que las partes cooperen para preservar la administración adecuada de justicia. El Código de Procedimiento Civil de Quebec se basa en la premisa de que se debe colocar a las partes en el centro del sistema de justicia civil y transformar sus roles de espectadores pasivos en actores importantes que tienen un mayor control sobre su disputa (Piché, Catherine y Noreau, Pierre, "Reformas a la justicia civil en Quebec y en Canadá" cit., p. 123 y 124).

³⁵ Cf. Davies, Geoffrey L. A.O., "A Modified Adversary System: How Different Is It From Yours?" (paper delivered at the Max-Planck Institute, Hamburg, Germany, 1995), p. 2, <http://www.courts.qld.gov.au/publications/articles/speeches/Davies120195.pdf>.

³⁶ Civil Justice Reform Working Group to the Justice Review Task Force, "Effective and Affordable Civil Justice", cit.

rápidamente los hechos relevantes en una disputa, detectar todos los posibles problemas legales que puedan surgir de esos hechos, y argumentar la aplicación de la ley que resulte en beneficio de su cliente³⁷. Estas habilidades son esenciales para cualquier buen litigante, pero insuficientes. En Canadá se ha aprendido que la mayoría de los clientes acuden a abogadas y abogados en busca de una rápida, económica y razonable solución a su problema; no para litigar³⁸. Muchas abogadas y abogados han llegado a comprender este principio y darse cuenta de que servir a los clientes requiere más que un análisis de los hechos y las leyes. Han aprendido que las disputas a menudo están envueltas en problemas financieros, emocionales, culturales y otras cuestiones. Intentan comprender estos asuntos no legales y analizarlos junto con las cuestiones legales para encontrar la mejor solución al problema del cliente. Este es el enfoque de la litigación que los expertos apoyan en Canadá. Es conocido como el “enfoque de resolución de problemas” (“problem-solving approach”). Significa tratar cada nueva situación como un problema a resolver, no como una disputa a ser litigada o una pelea a ganar³⁹.

2.10. El principio de proporcionalidad procesal incide en el ejercicio profesional y es parte de las reglas éticas de la abogacía y de la judicatura

En Canadá existe una gran preocupación por el costo de los servicios legales y, por ende, del servicio de justicia. Los honorarios de la abogacía son

³⁷ Civil Justice Reform Working Group to the Justice Review Task Force, “Effective and Affordable Civil Justice”, cit.

³⁸ El Presidente del Tribunal de Ontario, Roy McMurtry, declaró: “La gente asiste a abogados con problemas que quiere resolver, no con problemas que quieren litigar”. Como señaló Pascoe Pleasance en una conferencia dada en el Canadian Forum on Civil Justice: “No podemos eliminar artificialmente los problemas legales de su contexto” (The Future of Civil Justice: Culture, Communication and Change” (keynote address to the Canadian Forum on Civil Justice conference, “Into the Future: The Agenda for Civil Justice Reform,” April 30–May 2, 2006, Montreal, Quebec).

³⁹ El enfoque de resolución de problemas implica ampliar el rango de respuestas al problema del cliente. Las habilidades de abogadas y abogados como litigantes y su rol como defensores siguen siendo muy valorados, pero se buscan abogadas y abogados que aporten habilidades adicionales y una comprensión más amplia de la defensa y la resolución de conflictos para el caso. Además de proporcionar el análisis legal, la abogada o el abogado, con insumos sustanciales aportados por el o la cliente, intenta analizar la disputa para averiguar por qué la misma surgió, cuáles son los intereses subyacentes de las partes y qué método de resolución del conflicto (incluido el litigio) proporcionaría la mejor solución. Este enfoque implica un mayor énfasis en la negociación y el uso de todos los métodos de resolución de disputas apropiados a la naturaleza del conflicto y a las necesidades de las partes (“The Future of Civil Justice: Culture, Communication and Change”, cit.). En el mismo sentido se ha pronunciado la Canadian Bar Association: “En un sistema de justicia civil de opciones múltiples, los abogados litigantes deben alejarse de un pensamiento enfocado en derechos y adoptar un enfoque más amplio de resolución de problemas. Esto implica un fundamental cambio de enfoque y la adquisición de nueva información y habilidades para ayudar a los clientes con la resolución de disputas ... El cambio en el enfoque impulsado comienza con un nuevo foco en la resolución de disputas como objetivo y una reducción correspondiente en la naturaleza antagónica de la litigación. Este enfoque amplía el alcance de la actuación del abogado y comprende totalmente los principios legales fundamentales de nuestra sociedad, incluido el respeto del Estado de Derecho” (Canadian Bar Association, “Report of the Task Force on Systems of Civil Justice”, (note 59), 63, 1996).

elevados⁴⁰ y el acceso a abogadas y abogados bastante limitado. Ello ha llevado a que un número significativo de casos (que se eleva aún más en materias tales como trabajo y familia) se litigue con una o ambas partes sin asistencia letrada (que no es obligatoria en Canadá), lo que genera complejas dificultades tanto para las juezas y los jueces que deben, a la vez mantener la imparcialidad en su actuación e informar a las partes que comparecen sin asistencia letrada, como de la parte contraria que actúa con asistencia letrada, ya que dificulta la comunicación⁴¹.

Señala Farrow⁴² que abogadas y abogados deben ser responsables profesionalmente para hacer accesibles los servicios legales y tienen una obligación profesional adicional: prestar servicios legales de manera que promuevan la proporcionalidad en el sistema de justicia. Es una obligación que influye en casi todas las decisiones que toma en nombre de su clienta o cliente.

También juezas y jueces deben considerar la proporcionalidad como parte de sus obligaciones éticas. Algunas reglas de proporcionalidad se redactan de manera tal que comprenden a todos los involucrados en el proceso. Otras están más expresamente dirigidas al tribunal⁴³.

2.11. Principio de proporcionalidad procesal y uso de las tecnologías

La regla de la proporcionalidad se puede aplicar también a la utilización de la tecnología en el proceso. Si bien la pandemia de Covid-19 ha puesto

⁴⁰ Señalan Piché y Noreau que el precio por hora de un abogado/a varía considerablemente, dependiendo de diversos factores como la experiencia del abogado/a, las políticas de facturación de las firmas y el mercado geográfico. Dependiendo de la complejidad de la controversia, los honorarios de abogado/a pueden llegar a costos descomunales. Se ha argumentado incluso que los abogados/as tienen un monopolio sobre el sistema de justicia. Estos valores substanciales por hora a menudo disuaden a algunas personas de presentar su caso ante el tribunal. Además, esta forma de facturación es una importante fuente de incertidumbre ya que los y las litigantes son incapaces de determinar de antemano cuánto será el total de honorarios que deberán pagar. La imprevisibilidad del proceso y los costos, que a su vez crean estrés adicional en el litigante, actúan como una barrera adicional al acceso a la justicia. En consecuencia, el sistema de justicia es utilizado principalmente por individuos y empresas que tienen capacidad financiera para presentar una demanda y contratar un abogado/a (Piché, Catherine y Noreau, Pierre, "Reformas a la justicia civil en Quebec y en Canadá", cit., p. 99).

⁴¹ Señalan Piché y Noreau que actualmente, solo la mitad de los y las litigantes es representada por abogada o abogado. En la provincia de Quebec, los individuos tienen derecho a auto-representarse ante los tribunales. Sin embargo, el reconocimiento de este derecho no puede ser confundido con acceso a la justicia. Al contrario, las partes que ejercitan este derecho pueden estar actuando contra sus propios intereses y dejar en ventaja a la parte contraria representada por un abogado/a, lo que afecta el equilibrio de poder entre las partes. De hecho, este derecho puede ser considerado como ilusorio ya que los y las litigantes que lo ejercen a menudo se encuentran en una posición de desventaja (Piché, Catherine y Noreau, Pierre, "Reformas a la justicia civil en Quebec y en Canadá" cit., p. 98).

⁴² Farrow, Trevor C. W., "Proportionality: A cultural revolution" cit., p. 155.

⁴³ Por ejemplo, las reglas de Ontario sobre el requisito de proporcionalidad establecen que al aplicar estas reglas, "el tribunal emitirá órdenes y dará instrucciones proporcionadas". Considerar la proporcionalidad como parte de las obligaciones éticas de los funcionarios judiciales también fue reconocida específicamente en *Abrams vs. Abrams* (2010) 102 O (3d) 645 (citado por Farrow, Trevor C. W., "Proportionality: A cultural revolution" cit., p. 157).

en jaque el sistema de justicia canadiense⁴⁴, al igual que ocurrió en prácticamente todos los países del mundo, merece destacarse la importancia que algunas Provincias, sin perjuicio de las previsiones normativas⁴⁵, le han venido dando al estudio, diseño e implementación de soluciones tecnológicas aplicadas al proceso.

Así, el Código Procesal Civil de Quebec, en su art. 26⁴⁶ prioriza el uso de la tecnología siempre que sea posible para las partes y el tribunal. El “Cyberjustice Laboratory”⁴⁷ de la Universidad de Montreal es un ejemplo de innovación en esa área. Fundamentalmente los esfuerzos de ODR (“on line dispute resolution”) han estado focalizados en la negociación y mediación, sin perjuicio de algunas experiencias en adjudicación⁴⁸.

3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PROCESAL: UN INSTRUMENTO INNOVADOR A CONSIDERAR PARA FORTALECER LA JUSTICIA CIVIL EN LATINOAMÉRICA

Si comparamos las características, debilidades y fortalezas del sistema de justicia civil canadiense con los sistemas de justicia civil de Latinoamérica, pueden encontrarse claras diferencias. Sin embargo, existen algunos problemas que son comunes. Y es, en ese contexto, que el principio de proporcionalidad procesal aparece como una herramienta interesante, innovadora e inteligente, cuya adaptación a nuestras realidades podría ser especialmente exitosa.

⁴⁴ Puede consultarse aquí la reunión de expertos sobre sistemas de justicia de 20 países en la que participamos el 15 de mayo de 2020, organizada por la Universidad de Montreal, donde se analizaron los principales problemas y desafíos de los sistemas de justicia frente a la pandemia Covid-19 https://umontreal.zoom.us/rec/share/449r16vrrFtJHK_D0mXiYJ4fOpzMeaa8hm1f8_AMn0qV2wdv3jZgyU-HdbmjnsJ9k.

⁴⁵ Ver, por ejemplo la Regla de Procedimiento Civil 1.08 de Ontario que prevé las videoconferencias.

⁴⁶ Art. 26: “Al aplicar este Código, los medios tecnológicos apropiados que estén disponibles tanto para las partes como para el tribunal se deben usar siempre que sea posible, teniendo en cuenta el entorno tecnológico existente para respaldar los tribunales. El tribunal, incluso por iniciativa propia, puede usar dichos medios u ordenar que estos sean utilizados por las partes, incluso para fines de gestión del caso; si lo considera necesario, el tribunal también puede, sin perjuicio de un acuerdo entre las partes, exigir que una persona comparezca en persona a una audiencia, conferencia o examen”.

⁴⁷ Tuvimos el honor de ser recibidos por la dirección del “Cyberjustice Laboratory” en Montreal y conocer sus proyectos e instalaciones. Creado en 2010, el Laboratorio analiza el impacto de las tecnologías en la justicia y desarrolla herramientas tecnológicas concretas que se adaptan a la realidad de los sistemas de justicia. La infraestructura de investigación del Laboratorio se compone de una sala de audiencias para realizar ensayos y simulaciones, un laboratorio de computación, un control audiovisual, una sala de servidores donde se desarrollan los módulos de software y, finalmente, una sala de audiencias móvil alojada en McGill para estudiar las implicaciones del uso de la videoconferencia e intercambio remoto de información en un contexto judicial. Información: <https://www.cyberjustice.ca/>

⁴⁸ El Condominium Authority Tribunal (CAT) (<https://www.condoauthorityontario.ca/>) entiende en conflictos de condominio; el British Columbia Civil Resolution Tribunal (CRT) (<https://civilresolutionbc.ca/>) entiende en daños de vehículos hasta \$50,000 dólares canadienses, “small claims” hasta \$5,000 dólares canadienses, disputas de condominio y de sociedades y cooperativas; la Office de la Protection du Consommateur de Quebec (<https://www.opc.gouv.qc.ca/>) trata asuntos de consumo. Los costos de estos sistemas suelen ser razonables y por etapas.

La aplicación de los instrumentos procesales de modo proporcional a las características del caso, es una materia pendiente en nuestros sistemas. Ello ha llevado, entre otras patologías, a la falta de comprensión del sistema de justicia como un modelo multipuertas en el que se articulan todos los medios adecuados de resolución de conflictos. Casi todos nuestros países priorizan, en la práctica, muchas veces inadecuadamente, la litigación como forma principal de solución de las controversias.

Asimismo, la existencia de una estructura procesal de litigación rígida y compleja —llamémosle “proceso ordinario”⁴⁹— que sigue caracterizándose en muchos de nuestros países como de duración nada razonable, y que teóricamente aplica a la tramitación de casi todas las causas, sin atender a sus características, ha llevado a la patología de que nuestros tribunales han permitido —cada vez de modo más generalizado— utilizar vías abreviadas creadas para situaciones especiales o de urgencia, como vías habituales de litigación. Así ha ocurrido, por ejemplo —en algunos países— con las acciones de amparo o tutela, las medidas provisionales y las medidas cautelares autosatisfactivas, entre otras.

El desafío de la oralidad e intermediación hacia el que se han encaminado los procesos de reforma de la justicia civil en los últimos años, también pone de manifiesto —ante la limitada cantidad de juezas y jueces, recursos locativos y tecnológicos en relación al aumento significativo de la litigación en algunos países— la necesidad de preguntarnos ¿cuánta oralidad requiere cada caso?, ¿cuánto tiempo debiera el sistema dedicarle a cada asunto?, ¿cuál debiera ser la medida de algunas pruebas?

La rigidez que en muchos países presenta el llamado principio de legalidad, según el cual es la ley la que establece el orden y formalidad de los juicios, requiere una relectura a la luz de la realidad. Nuestras juezas y jueces debieran poder disponer de flexibilidad en materia de actos procesales necesarios, producción probatoria (cantidad de peritos, por ejemplo), plazos que se asignan para realizar los actos procesales (no es lo mismo contestar una demanda con decenas de documentos probatorios que la que no agrega ninguno; no es lo mismo contestar una demanda de un accidente de tránsito que un complejo caso de derechos humanos o de contratación sofisticada), y sin embargo nuestros códigos procesales no suelen distinguir casos ni situaciones ni conferir potestades de flexibilidad al tribunal.

Ante este panorama, pensar en el diseño e implementación de un principio de proporcionalidad procesal adaptado a nuestras realidades, resulta un

⁴⁹ La proliferación de estructuras procesales con diferencias generalmente injustificadas, más que una mejora, ha causado mayores problemas aún. Salvo el proceso monitorio en los países en que se ha implementado adecuadamente y algunas experiencias exitosas de justicia vecinal, de cercanía o de pequeñas causas, en general la multiplicación de estructuras procesales sin atender a las características de cada caso, ha constituido un incentivo a la mala fe procesal y complejizado el trabajo de la abogacía y los tribunales.

desafío que debiéramos asumir; constituyendo un buen insumo las lecciones aprendidas de Canadá.

Trabajar en ello requiere diseñar un marco jurídico que sienta las bases de la proporcionalidad (bastarían unas pocas normas agregadas a nuestros códigos que ya regulan procesos por audiencias), juezas y jueces comprometidos con un rol de análisis de los casos, abogadas y abogados que tengan incentivos para la actuación proporcional y se adapten a la flexibilidad, capacitación adecuada, recursos mínimamente razonables y la aplicación de metodologías de gestión centradas no solo en la eficiencia (costo-efectividad), sino también en la importancia del caso para el Estado de Derecho y para la sociedad.

Existen diferencias importantes entre costo-eficiencia y proporcionalidad. Por ello, al balancear los diversos elementos de la proporcionalidad —que incluyen no solo los montos involucrados, sino también la importancia y complejidad de la disputa—, se debe hacer una evaluación normativa significativa del caso, que incluya los fundamentos del mismo y su impacto en los litigantes y en la sociedad.

Como dice Farrow⁵⁰, estos son tiempos muy desafiantes. El futuro de la justicia civil y la reforma de la justicia civil están en juego. Un pilar central de la democracia está en cuestión. Los avances requerirán mucho trabajo, dedicación, un importante debate público y recursos, y lo más importante: imaginación y compromiso con los ideales que subyacen a un robusto sistema público de justicia civil.

⁵⁰ Farrow, Trevor C. W., “A civil justice, privatization and democracy” cit., p. 392 y 393.

