





EL SISTEMA PROCESAL CIVIL ADVERSARIAL



COLECCIÓN
EL SISTEMA PROCESAL CIVIL ADVERSARIAL

LIBRO I

**EL SISTEMA PROCESAL
CIVIL ADVERSARIAL**

OMAR A. BENABENTOS
MARIANA FERNÁNDEZ DELLEPIANE



FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO
DE LAS CIENCIAS JURÍDICAS

Benabentos, Omar Abel

El sistema procesal civil dispositivo-adversarial / Omar Abel Benabentos ; Mariana Fernández Dellepiane ; Prólogo de Adolfo Eduardo Alvarado Velloso. - 1a ed - Rosario : Ediciones AVI, 2024.

75 p. ; 21 x 15 cm. - (El Proceso Civil Adversarial / Omar A. Benabentos ; Mariana Fernández Dellepiane ; 1)

ISBN 978-987-1924-66-0

1. Derecho Procesal. I. Fernández Dellepiane, Mariana II. Alvarado Velloso, Adolfo Eduardo, prolog. III. Título.

CDD 346.001

Imagen de tapa: Les avocats, 1870-1875. Honoré Daumier.

Puesta en página y diseño de tapa: Georgina Varela (dgg@outlook.com) para la Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas.

Italia 877, Rosario, Santa Fe, Argentina.

fundeciju@gmail.com

Hecho el depósito que previene la ley 11.273.

Derechos reservados.

La reproducción en todo o en parte sin previa autorización de los autores y el editor es violatoria de derechos reservados. Toda utilización debe ser solicitada con anterioridad.

Impreso en Talleres Gráficos Fervil S.R.L., Rosario, Santa Fe Argentina.

EXPLICACIÓN PREVIA Y NECESARIA DEL PORQUÉ DE ESTA OBRA

La labor que desarrollamos hace dos años fue volcada en una obra¹, que hemos decidido fraccionarla y presentarla hoy en diez libros que quedaron englobados en la colección que titulamos “El proceso civil adversarial”².

La decisión de generar este nuevo formato obedece, entre otras razones, a facilitar el manejo de un extenso texto que, en un solo volumen, insumió casi mil páginas, asumiendo las dificultades que ello puede que puede provocar en su lectura. Pero además, entendemos que al lector puede interesarle puntualmente parte de su contenido y este fraccionamiento le permitirá el acceso directo al tema de preferencia de quien lo consulta, lo que ayudará a difundir nuestras ideas que es, en definitiva, nuestro principal objetivo.

De otro lado, también aprovechamos esta división bibliográfica para actualizar algunos de nuestros conceptos y agregar referencias de autores leídos recientemente, cuyos aportes consideramos muy trascendentes.

Finalmente, al retornar a la presencialidad académica luego de la pandemia, pudimos cosechar experiencias personales e intelectuales muy valiosas. Este derrotero nos llevó a disertar y recibir enseñanzas enriquecedoras en España, México y Perú y en varios lugares de la Argentina. En suma, y con este nuevo bagaje de experiencias, asumimos el desafío de recomenzar nuestra labor y de mantener la ilación de su contenido temático

1 *El proceso civil adversarial. Una deuda pendiente en Latinoamérica*, Juris, Rosario, Argentina, que originariamente fue editada en el año 2022 y en un solo tomo.

2 Libro I “*El sistema procesal civil dispositivo-adversarial*”; Libro II “*La evolución humana y los modelos de enjuiciamiento*”; Libro III “*La democracia política y los modelos de enjuiciamiento*”; Libro IV “*El modelo teórico para el procesar*”; Libro V “*El modelo teórico para el sentenciar*”; Libro VI “*El diseño normativo del Código Modelo (Primera Parte)*”; Libro VII “*El diseño normativo del Código Modelo (Segunda Parte)*”; Libro VIII “*La filosofía procesal*”; Libro IX: “*Los modelos de enjuiciamiento en la historia*”; y el Libro X: “*El reverdecir neoinquisitivo en el siglo XX*”.

Dicho todo lo anterior, nos parece necesario resaltar que, hoy como ayer, consideramos trascendente seguir avanzando en la cristalización del anhelo que nos animó y anima todavía más en el presente: sumar nuestro aporte a la *consolidación* del paradigma jurídico-procesal que, en el plano teórico, tiene su anclaje en la *iusfilosofía-garantista-liberal* y, en el nivel normativo, propone instalar de una buena vez en las codificaciones procesales de la región el sistema *dispositivo-adversarial* para resolver los conflictos civiles (o no penales), concretando así la profunda y tan esperada reforma de la judicatura de este fuero en Latinoamérica.

Y el otro objetivo que mantenemos con la misma firmeza pasa por desnudar la ilegitimidad del modelo procesal *publicista* y del *activismo judicial*. Frente a ello, debemos redoblar nuestras críticas habida cuenta de que en estos últimos dos años esa corriente no ha cesado de expandirse. Todavía más: ha profundizado una peligrosa dirección teórica y normativa que, en buenas cuentas, oprime a los sufridos justiciables. Así, las reformas legislativas de los códigos procesales no penales de la región siguen apuntando en un camino equivocado y con una llamativa tozudez mantienen tesis que propalan ideas antiliberales y peligrosamente autoritarias.

Sigue sorprendiéndonos que formatos procesales vetustos, estatistas, dirigistas e intervencionistas (que en la praxis han demostrado su rotundo fracaso), sigan ofreciéndose como una *solución* para juzgar los conflictos civiles, cuando parece muy claro que contribuyeron a crear los problemas que, luego y contradictoriamente, pretende enmendar.

Estamos persuadidos de que el publicismo y el activismo procesal han colaborado decisivamente en el marcado desprestigio que rodea a un modelo de proceso y de juez que poco o nada tiene que ver con el funcionamiento democrático de un poder del Estado, en este caso el jurisdiccional, como debería operar en el seno de un sistema jurídico-político, republicano, liberal, constitucional y convencional de derecho.

Y sus tiempos de predicar una receta que no funcionó y no funcionará ya se han agotado. En la tercera década de este siglo XXI ese modelo ya lleva un lapso consumido estérilmente. Así que seguiremos reclamando, aun con mayor énfasis, su *urgente erradicación* de las codificaciones procesales civiles de la región.

Somos conscientes de que los fines que nos proponemos, tanto al auspiciar una reforma copernicana en el modo de impartir la justicia en Latinoamérica para los

conflictos no penales, adscribiéndonos al modelo dispositivo-adversarial, como el dejar de lado el esquema publicista-decisionista para atenderlos, encierran metas ambiciosas; pero también tenemos en claro que no son novedosas.

Se trata de paradigmas que vienen proponiéndose desde hace décadas por la corriente procesal garantista y, en todo caso, el insistir en alcanzar ese norte se explica porque más allá de los afanes desplegados (imitando el logro ya conseguido pero sólo para la justicia penal de la región) no hemos alcanzado esas metas. Mal que nos pese, los formatos codificados civiles que abrevan de la ideología publicista y autoritaria resultan predominantes en Latinoamérica. Pero la “victoria” de ese modelo la calificamos de *pírrica* (entendida la *adjetivación* como aquello que se consigue con muchas pérdidas en el bando aparente o tácticamente vencedor, de modo que incluso el triunfo puede terminar siendo desfavorable).

Si es exacto que su ficcional hegemonía no proviene de los aciertos de sus postulados (porque sencillamente no puede exhibirlos), ni por haber beneficiado a sus destinatarios: los justiciables, debería repensarse seriamente por qué sus ideólogos resisten a pie firme los serios embates que reciben desde distintos ángulos de la comunidad científica, indagar la razón por la que ignoran las incipientes pero realistas autocríticas que emanan desde sus filas (existe, un reconocimiento por el momento minoritario pero que no es de tono menor) y, quizás, lo más sugerente: de qué modo se las han ingeniado para soslayar las impugnaciones que emanan de los *propios justiciables* que, lo iteramos, son los que padecen sufriendamente un modo de procesar y juzgar que nació envejecido y se anquilosa cada vez más.

Y conste que el esforzado predominio del publicismo y del activismo judicial tampoco se valida por exhibir niveles razonables de *eficacia*, porque sin justificar fines utilitarios por lo menos podría explicar su permanencia desde esa óptica. Por el contrario, está acreditado que ese modelo quedó muy lejos de concretar, ni aun de un modo mínimo, los fines que pomposamente proclamaba alcanzar (aunque producto de su autoengaño creen haberlo logrado).

En suma, su permanencia en las codificaciones procesales civiles no se afina en haber conquistado la *confianza* de los justiciables sobre el tipo de proceso y de justicia que prohíjan.

Frente a este ambiguo escenario nuestra perplejidad ha sido una constante, pero ahora se torna más intensa. Estadísticas fiables, sobre las que nos expla-

yaremos luego, pero que brevemente anticipamos, confirman que el sistema de justicia civil que sigue entronizado en la América hispana y luso parlante continúa en un deterioro permanente. En especial, en la Argentina los datos objetivos dan cuenta de que desde el 2021, año en el que se aceleró su descrédito, éste sigue profundizándose.

Sobre fines del 2023 sólo el 8% de la población confía en la honestidad de su Justicia y el 9% en su eficacia, según el Índice suministrado por la entidad de Confianza en la Justicia (ICJ), elaborado por la Escuela de Derecho de la Universidad Di Tella y Fores (Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia, fuente diario INFOBAE).

Frente a esta cruda realidad estamos persuadidos de que la corriente publicista ganó su ficcional sitial construyendo “relatos” que lograron cautivar a legisladores, embelesaron a jueces y hasta sedujeron a sufridos justiciables.

Este oxímoron viene apoyado en ideologías procesales *premodernas* (pero que fueron presentadas como si fueran futuristas, de un modo tan hábil como engañoso). Se sostiene en arcaicas fuentes normativas e ideológicas que se arrastran desde el siglo XIX y desde mediados del siglo XX: por caso, la *Ordenanza austríaca* de 1895, de la autoría de FRANK KLEIN³ y el *Código Procesal* italiano de DINO GRANDI⁴ que entró en vigencia en el año 1942. Ambos son productos nacidos, respectivamente, en el apogeo del Imperio austrohúngaro y en la Italia fascista y, en esencia, destilan un rancio autoritarismo, privilegian la figura del juzgador “dictador” y empequeñece, hasta casi anularlo, al papel de las partes en su propio conflicto.

Los discursos publicistas tienen poco que ver con el mundo real la mayoría de las veces. Son construcciones simbólicas, y por razones casi siempre emotivas, se aceptan sin un análisis severo.

Lo cierto es que explotando esa veta emocional propia de los seres humanos, el publicismo logró seducir con un discurso facilista: que se trata del único sistema que le permite a un juez -debidamente empoderado- acceder a la *verdad material* y consagrar la *justicia del caso* en los litigios civiles.

3 FRANZ KLEIN, Guardasellos de Francisco José I durante el Imperio Austro-Húngaro autor del Reglamento Josefino (Ordenanza Procesal).

4 DINO GRANDI, Ministro de Justicia del régimen de Benito Mussolini en la Italia fascista, autor de la Relación conocida por su apellido Grandi que precede al articulado del Código Procesal Civil italiano de 1940 que entró en vigencia en el año 1942.

También se encargó de generar la mística del juez Hércules⁵, ese que apelando a ciertas herramientas que fueron tomadas de teorías de la argumentación jurídica muy endebles, impulsadas, entre otros, por Robert Alexy⁶ y Ronald Dworkin, levantaron el paradigma de un juez musculoso, que utilizando las técnicas de la ponderación, tendría la clarividencia imprescindible para brindar la *única respuesta correcta* en el asunto que le toca decidir.

Como ya lo anticipamos, ese cúmulo de premisas ideológicas y normativas no resisten un análisis serio, más allá de lo extremadamente seductoras que resultaron sus consignas.

Sin embargo, las asimilamos a la fábula del “canto de las sirenas” porque generan una atracción irracional que se conecta con la parte límbica de nuestro cerebro. Lo cierto es que, por su endeblez, su supervivencia, más temprano que tarde está seriamente comprometida. Más aún, se debaten tanto en el plano teórico como en los codificados, en una pendencia intelectual en la que difícilmente resulten ganadores. No obstante, desde las filas del activismo judicial se está muy lejos de compartir este diagnóstico.

Si actuaren con sinceridad intelectual, deberían tomar en cuenta que en la realidad actual los sistemas políticos democráticos y las sociedades abiertas reconocen que el individuo -o, mejor aún, el ciudadano- es quien, por fin, pasó a ocupar el centro de la escena de las políticas públicas.

Y es que hoy no está en discusión que los órganos políticos del Estado, mirados realistamente, son tan sólo un conjunto de individuos ungidos de poder legítimo pero que no ostentan ninguna superioridad natural o ética sobre sus gobernados, amén de que no se le escapa a nadie que esos logros que exhibe la civilidad y que se remontan a unos pocos siglos, son el producto de una titánica e inacabada lucha del hombre de a pie frente a los que mandan.

A su vez, es un dato objetivo que el manejo de la libertad responsable del ciudadano y del justiciable es el producto de haber dejado atrás el miedo a ejercerla y cesar de apostar por *sujetos providenciales*, esos que tendrían la virtud de so-

5 La tesis de RONALD DWORKIN es espejar la decisión que tomaría un juez de la jurisdicción pública con aquella que podría emitir a quién denomina el Juez Hércules, es decir, con aptitud suficiente para no cometer yerros a la hora de pronunciar su fallo.

6 ROBERT ALEXIS es un iusfilósofo alemán cuya obra fundamental incidió profundamente en la teoría de la argumentación jurídica en el siglo XX (ver su obra Teoría de la argumentación jurídica).

lucionar a los individuos todos los entuertos que los envuelven. Sin embargo, el publicismo pregona que lo que vale para el hombre de la polis no se aplica al justiciable. Y desprecia la repulsa hacia los gobernantes poderosos e iluminados (que, en todo caso, la aceptan para los que ejercen los poderes políticos).

En el ámbito procesal, por el contrario, entronizan a jueces a quienes les reconocen ciertas dotes providenciales. Por eso, cuando el individuo-ciudadano se convierte en justiciable, cuando se ve envuelto en un litigio de contenido no penal no tienen empacho en *ceder* esa centralidad. A como fuere, y producto de machacar sobre falacias, lograron que quienes resultan ser los principales afectados por la contienda procesal acepten sin más que el juez activista procese y juzgue *desde la pura verticalidad*. Con una extraña mansedumbre que no se compadece con la virulencia que los ciudadanos demuestran toda vez que la autoridad política quiere arrebatarse los más mínimos espacios de libertad (recordar las protestas masivas durante el encierro que nos sometieron los políticos durante la pandemia virósica), permiten que el yugo jurisdiccional se cierna y se mantenga sobre ellos.

Estas cesiones o resignaciones de nuestra libertad procesal nos resultan absurdas. No logramos entender cómo, siendo las partes las que corren el dramático riesgo de perder los bienes jurídicos por los que debaten, le adjudiquen al poder judicial la aptitud de entrometerse en su conflicto material antes de dictar sentencia y permiten que ese juez, que luego dirimirá la contienda, se cargue de prejuicios y sesgos cognitivos.

No sólo eso, aceptan además ser coaccionados durante el procesar y consienten que el juez se proponga alcanzar metas absolutas y se arroge ser poseedor de “la verdad” y descubridor de “la justicia”. Y todavía resulta más inentendible que se convenzan de que ese juez está dotado de un halo mágico para resolver los conflictos jurídicos de un modo indubitable, alcanzando la Justicia (con mayúsculas) y consagrando la Verdad del caso (también con mayúsculas).

El garantismo postula una visión en la que las partes no deben ceder en modo alguno su papel central en el terreno procesal y menos aún asumir la condición de sumisos corderos conformando una grey laica para que los jueces la manejen a su antojo.

Por el contrario, la corriente procesal garantista, bien entendida, debe verse como una teoría liberal de los sistemas de procesamiento y juzgamiento civiles. Ha comprendido la urgencia de dejar de lado el deslegitimado *culto del*

poder y, en su lugar, privilegió al justiciable en su humanidad, su centralidad y su papel protagónico, ubicándolo en el eje del escenario procesal.

El garantismo asumió que sólo así era (y es) posible que operara (y opere) a favor del justiciable la *transferencia* de buenas cuotas de ese opresivo poder que hoy ostenta la jurisdicción estatal. Pero estamos prevenidos acerca de que tales concesiones no se producirán por *actos espontáneos de quienes ejercen ese poder*. Por el contrario, debía (y debe) articularse *institucionalmente*, creando, por caso, un modelo de código decididamente liberal y fuertemente limitativo del accionar y de la coacción que el poder jurisdiccional ejerce.

El garantismo parte de la premisa básica de que el proceso y la jurisdicción estatal (penal y civil) son formatos creados artificialmente y sólo se *auto validarán* si es que son capaces de generar espacios de convivencia *horizontal* entre los litigantes y la autoridad.

Hoy ese formato es *vertical* y, lo decimos otra vez, decididamente autoritario y, como tal, provoca la pérdida de los valores más preciados que dignifican a la persona humana⁷.

Si una parte procesal no puede ejercer su libertad responsable todo pierde sentido.

Frente a este avasallamiento del bien más importante del hombre luego de la vida: su *libertad*, no debemos renunciar al compromiso ético y al empeño de alentar un modelo procesal libertario y el accionar de una judicatura diferente, fiable y esencialmente democrática.

Y mirada la cuestión desde otro ángulo, si se trata de honrar la épica iniciada desde hace décadas por ADOLFO ALVARADO VELLOSO⁸, esa batalla cultural debe librarse cotidianamente y tiene que plantearse con una creciente intensidad. La valentía de Adolfo, que se remonta a la década de los ochenta del siglo pasado (y les pedimos a los lectores que nos dispensen por este trato coloquial hacia nuestro maestro pero también amigo) es demostrativa de la audacia que tuvo al proponer -casi en solitario- ante la comunidad científica y los poderes legislativos, alzándose contra la inercia que lleva a apoyar lo *conocido*, la audaz

7 GEHLEN, ARNOLD, *Antropología filosófica*, Salamanca, Paidós, Barcelona, 1993.

8 ADOLFO ALVARADO VELLOSO es el creador e impulsor de Latinoamérica de la denominada corriente garantista de derecho procesal, desarrollada a nivel teórico y iusfilosófico y, en el campo normativo reflejada en el modelo dispositivo adversarial para atender los conflictos no penales.

apuesta de diseñar un modelo de juzgamiento teórico y codificado radicalmente diferente del que imperaba en la región por estos tiempos y que hoy, solo para atender los conflictos no penales sigue reinando, aunque, como lo llevamos visto, sin justificaciones racionales que avalen ese predominio.

Así que no podemos quedar inmersos (solo) en ese sentimiento de admiración. Si bien sus hitos fundacionales fueron muy valiosos, ya que dieron origen a la corriente procesal garantista-liberal, y han colaborado decididamente para que el modelo de justicia penal en Latinoamérica acepte de buen grado sus postulados, hoy nos corresponde a la masa crítica de intelectuales que comulgamos con sus ideas prolongar su legado cultural, tomar el relevo y continuar con su gesta en el campo de los conflictos civiles.

Así es que la razón última de esta obra se alinea con ese norte: cumplir con el reto científico y ético que nos compromete a todos y que también nos interpela para brindar nuestras visiones y sumar argumentos adicionales que fortifiquen el núcleo duro de pensamiento garantista: mirar *al individuo por encima del poder estatal*, a la jurisdicción *al servicio del justiciable* y al proceso y las decisiones de los jueces de un modo mucho más *humilde, menos místico y marcado por una visible horizontalidad*.

PRÓLOGO

Se presenta en esta Colección la obra *El proceso civil adversarial: una deuda pendiente en América latina* que los autores publicaran en un tomo de casi mil páginas con este mismo sello editorial en abril de 2023 y que ahora aparece dividida en diez tomos de fácil y amable lectura, a los cuales se les ha agregado importante número de páginas de invalorable contenido. Si bien se mira y se comparan los textos, se trata de una nueva y diferente obra, en la que se aboga convincentemente en pro de una radical, urgente y definitiva reforma en el quehacer judicial.

Con gran gusto prologué el tomo anterior y vuelvo a hacerlo ahora, a pedido de sus autores.

Dije entonces –y lo repito– que, en lo personal, no soy amigo de publicar prólogos de terceros. Ninguno se verá en mis obras, que siempre he presentado con explicaciones propias de sus porqués y sus paraqués. No obstante, he prologado muchos libros de toda suerte y laya: amistad, agradecimiento y alguna exigencia de la vida académica así me lo impusieron.

Hoy me lo exigen los autores, que generosamente me nombran repetidas veces a lo largo de la obra y, además, me agradecen no sé qué en el primer párrafo de sus palabras iniciales, lo cual debería empecer la redacción de estas ideas, pues ello compromete mi gratitud y afecta –obviada al fin– la neutralidad científica que aquí debo mostrar y que trataré de mantener hasta el final. Sabrá perdonarme el lector si me aparto involuntariamente de este norte auto impuesto. A veces el querer perjudica el saber...

Hecha esta necesaria aclaración preliminar debo decir que –maguer lo ya expresado– acepté realizar esta tarea pues este es un libro singular, *único* y absolutamente diferente de todo otro ya publicado en la asignatura procesal, al menos en lengua castellana. Y ni qué decir en materia de litigación oral o escrita.

Con una valentía inusual y con agudo sentido crítico de la realidad judicial de —al menos— los *últimos* sesenta años, se describen aquí los miasmas que coexisten desde antaño en la vida tribunalicia de todos los países de la América latina, desde el río Grande, en México, hasta la Tierra del Fuego, en Argentina.

Fácil es colegir todo ello a partir de pensar *a priori* e intentar comprender el significado del título mismo de este libro: *El proceso civil adversarial: una deuda pendiente...*, que parte de mostrar el indudable divorcio existente ente la ley procesal —que norma un proceso (en rigor, procedimiento) y la Constitución nacional (en rigor, todas las Constituciones americanas), que prevé un proceso acusatorio puro, base del aquí llamado *adversarial*. La incoherencia normativa es de tal magnitud que no se comprende cómo no ha sido denunciada ya cientos de veces por los

Pero vayamos por partes. En mi entusiasmo enunciativo, he demorado hasta ahora la presentación personal de ambos autores, que es por donde debo comenzar para lograr la prolijidad expositiva que el lector espera encontrar en este texto.

Los autores

OMAR A. BENABENTOS es Profesor Titular por concurso de la asignatura Derecho Procesal en la Universidad Nacional de Rosario, desde el año de 2015, abogado en ejercicio activo de la profesión, con Estudio abierto en las ciudades de Rosario y de Buenos Aires, Magister en Derecho Procesal y Doctor en Derecho la Universidad Nacional de Rosario y Especialista en Derecho de Seguros por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

Docente estable de las Carreras de Posgrado de *Maestría de Derecho Procesal* de la UNR, de la de *Especialización en Derecho Procesal* de la Universidad Nacional de Buenos Aires y de la de *Especialización en Derecho Procesal* de la Universidad Nacional de Córdoba, es Profesor Honorario de la Universidades Cooperativa y Medellín, ambas de Colombia, de la Universidad Nacional de Panamá, de la Universidad San Antonio Abad del Cuzco y de la Universidad Católica de Arequipa, ambas de Perú.

Vicepresidente —y próximo Presidente— del *Instituto Panamericano de Derecho Procesal*, miembro titular del *Instituto Iberoamericano*, fundador y miembro titular de la *Asociación Garantista de Derecho Procesal* y miembro titular de la *Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional*.

Coautor de más de veinte de obras colectivas de Derecho Procesal Civil en Latinoamérica y coautor de la *parte especial* del Anteproyecto (luego Proyecto) de *Código General Modelo para los procesos no penales en Latinoamérica* del Instituto Panamericano de Derecho Procesal.

MARIANA FERNÁNDEZ DELLEPIANE

Es Magister en Derecho Procesal por la Universidad de Rosario, Profesora de Derecho Procesal Civil y Comercial I y II en la Universidad de Belgrano, Buenos Aires, Miembro Titular del Instituto Panamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional.

El título de la obra

Hablar del *proceso adversarial* implica varias cosas que deben darse por sabidas. Primero, *qué es el proceso*. Segundo, qué significa la palabra *adversarial*. Sin embargo, no siempre se saben. En numerosas ocasiones anteriores he sostenido que, en puridad de verdad, nadie sabe qué es el proceso. Cuando se estudia la asignatura en el grado, hay un punto específico del programa que casi todos los alumnos soslayan: *la naturaleza jurídica del proceso...* No es tarea sencilla el hacer una clasificación de todo lo que ha dicho al respecto, habida cuenta de que las diferentes teorías responden a patrones disímiles y, en algunos casos, insólitos. Pero lo cierto es que, a partir de que se concibe al proceso como *método*, no es preciso buscar su encuadramiento en otra figura del Derecho en razón de que es un fenómeno único en el mundo jurídico y, por ende, inconfundible por irrepetible. En rigor de verdad, *el proceso carece de naturaleza jurídica* a los fines de esta explicación.

Y se entiende por *método*, un modo ordenado y sistemático de proceder a un resultado o fin determinado (en castellano, *meta*: fin a que se dirigen las acciones o deseos de alguien).

La palabra *adversarial* es un adjetivo castizo que significa *contrario* o *enemigo* y cuyos sinónimos más conocidos son *rival*, *antagonista* y *opositor*. Tal vez el vocablo más decidor sea *antagonista*, del griego *agon* (el que lucha contra alguien), de donde vienen *protagonista* y *antagonista*: lo que cabalmente son actor y demandado en todo proceso judicial. Y esta figura de contienda, de lucha entre personas que siempre son *desiguales* en la realidad de la vida, se presenta claramente en el sistema de enjuiciamiento que desde siempre se conoce con el nombre de *acusatorio*, opuesto al *inquisitorio* que predomina

en toda América latina, heredera de la normación española del siglo XIX y continuadora a su vez de la inquisición española.

Y esa oposición es filosófica, ideológica, técnica, política y antagónica del sistema *inquisitorio* (o *inquisitivo*), que se practica en todos nuestros países desde el momento mismo de la Conquista española como natural consecuencia de aplicar acá la legislación real vigente en España desde siempre. Acostumbrados por generaciones a esta normación, que los hombres de a pie llevamos sufriendo callada y cansinamente durante más de ¡quinientos años!, creo imprescindible aclarar ahora qué es cada uno de tales métodos, en orden a la cabal comprensión del tema que desarrollan los autores en la búsqueda de un proceso adversarial, al que califican como una *deuda pendiente* en nuestra sufrida América.

Tratando de describir brevemente el sistema acusatorio, diré que se presenta como un *método de discusión* que origina un *proceso* en el cual los sujetos importantes son las propias partes que litigan. Y el juez, quien ostenta la ventaja de ser el funcionario más poderoso en cualquier sistema democrático, se coloca al servicio de ellas, para dirigir con legalidad el debate y, llegado el caso, sentenciar el litigio.

En cambio, el sistema *inquisitorio* se presenta como un *método de investigación* que origina un *procedimiento*, en el cual el sujeto importante es el propio juez (investigador), en tanto que las partes (investigadas) son literalmente *nadie*. A tal punto es cierto esto, que la doctrina penal en auge hasta mediados del siglo XX consideraba al imputado como el *objeto* del proceso penal, no el sujeto importante al cual todas las Constituciones y pactos internacionales garantizan los más variopintos derechos. Igual reflexión merece el sistema mixto que, como ya se dijo, es pura inquisición con otra denominación.

Cuadra recordar ahora que durante el siglo XX—y, paradójicamente, en las reformas operadas en este siglo XXI— no ha habido en la Argentina ley alguna que consagre el sistema dispositivo puro.

Lo realmente notable y digno de destacar es que todo esto sucede, claro está, en un mundo cuyos habitantes no desean cumplir la ley y que se encuentra gobernado por una execrable oclocracia.

Esto es ya antigua costumbre en la Argentina, donde desde siempre se practica el autoritarismo, el desprecio al otro, el facilismo, la igualación hacia abajo, la frustración impuesta por el gobernante de turno, etcétera, en recurrencia

histórica que ha hecho decir a importante pensador del país que aquí nos preocupamos por acatar lo que dice la *ley* con minúscula para desconocer olímpicamente, con alegría y despreocupación, lo que manda la *Ley* con mayúscula... Y en esa tónica, nos han formado desde la propia Universidad y en todos los estudios posteriores o paralelos, mostrándonos una cultura que enseña que la ley no sirve para adecuar la convivencia a una auténtica pacificación social sino al individual y egoísta interés particular, que debe ser privilegiado por sobre toda otra cosa. Se trata, en definitiva y perversamente, de apañar la práctica de una suerte de *autoritarismo pasivo* que nos prepara para aceptar subconscientemente la existencia del verdadero autoritarismo y de no cuestionar a quienes lo practican desde antaño y en claro beneficio personal o de unos pocos, aunque lo hagan al margen de la Constitución y de las leyes.

Para evitar tanta disvalía, un método debe ser siempre cosa *neutra* pues, como tal, no admite valoraciones subjetivas. La tarea de multiplicar según un cierto método, por ejemplo, no puede ser variada a voluntad de quien realiza la operación aritmética. Igual ocurre, v.gr.: si se desea hacer un análisis químico de composición del agua. En el proceso debe ocurrir otro tanto pues la *justicia* está en el resultado, en la meta: la *sentencia*. Pero, adviértase bien, *jamás en el método que se utiliza para buscarla o procurarla: el proceso*. Igual que en la operación de multiplicación, cuya corrección se ve en el resultado.

Buscando un proceso que se enmarcare siempre en *criterios objetivos de legitimidad*, he logrado con los años hacer un giro de ciento ochenta grados respecto de lo que pensaba en cuanto a cómo debían actuar los jueces en las tareas de *procesar* y de *sentenciar*. Y creo que esa legitimidad se encuentra sólo dentro de un *sistema* en el cual quepan todas las soluciones posibles. Aun las no previstas pero hallables siempre mediante mecanismos que proporciona el mismo sistema.

En los últimos años —con filosofía posmodernista mediante— ha habido una clara reacción generalizada en el procesalismo civil hacia estas ideas que aquí sostengo, proclamándose desde autorizada y recurrente doctrina que el sistema no es bueno como tal porque no siempre conlleva el resultado de justicia al cual los jueces deben aspirar por sobre todo otro pensamiento en la superior tarea que les asigna la Constitución en el sistema legal argentino vigente. Con lo cual se busca *privilegiar la meta por sobre el método*, dando con ello razón postrera a MAQUIAVELO: el fin justifica los medios... De ahí que actualmente se propone con insistencia abandonarlo para siempre y, confiando en la sagaci-

dad, sapiencia, dedicación y honestidad de la persona del juez, entregarle toda la potestad de lograr esa justicia dentro de los márgenes de su pura y absoluta subjetividad. *Igual a lo que hacían el pretor y el cadí...* por bueno, sabio y justo que sean un pretor o un cadí determinado, toda vez que en la sociedad moderna hay muchos pretores o cadíes y que pueden no ser iguales entre sí.

Creo que con esto se logrará más inseguridad, más impredecibilidad, más jurisprudencia contradictoria, mayor alejamiento de la idea del *debido proceso*, mayor anarquía judicial...

Hasta aquí, un resumen de lo que *debe ser* en materia procesal y mi modesta —y creo que solitaria— opinión académica acerca de la realidad que viven los abogados que sufren en carne propia la actividad tribunalicia de toda América latina y, muy especialmente, en la ciudad de Buenos Aires, donde reina un verdadero caos abogadil, producto de la orgía de autoritarismo que exudan sus jueces. Y me he detenido en ello pues permite al lector comprender la preocupación de los autores sobre el tema, sus fuertes y a veces descarnadas opiniones críticas al grave desfase normativo existente en la actualidad y, en definitiva, el porqué de la deuda pendiente que la civilidad tiene con el proceso adversarial, único de auténtica raíz y prosapia constitucional republicana.

La obra

Se compone de variados libros que intentan a la postre lograr la comprensión por el lector del problema que se vive en el continente, originado por jueces que —auto empoderados— proceden autoritariamente, que ordenan cumplir tareas procedimentales a su antojo so pretexto de que ése es el inmovible criterio del tribunal, que fallan toda suerte de cuestiones fácticas y jurídicas sin sentirse vinculados juiciosamente a la ley vigente pues, en su declarado afán de lograr la justicia que les parece en cada caso concreto, lo hacen —según propia declaración— *a pesar* de la ley, *más allá* de la ley y aun *en contra* del texto expreso de la ley invocada por las partes en litigio.

Todo esto genera una suerte de marasmo constitucional no advertido por los especialistas de la materia, centrados sólo en estudiar circularmente los vericuetos del control de constitucionalidad, y hoy repotenciado exponencialmente por la aplicación a tontas y a locas de criterios argumentistas y ponderacionistas, tan en inexplicable boga en nuestros países.

Y, para ello, recorren un variopinto y hasta ahora intocado sendero que muestra el vía crucis que ha caminado por siglos la humanidad para lograr el silencioso, resignado y gregario acatamiento a actitudes autoritarias que nos gobiernan en todos los órdenes de la vida. Y así, los autores transitan por la antropología y la historia de la cultura y de los antecedentes del mundo judicial para establecer su impacto en el pensamiento jurídico procesal contemporáneo, describiendo el entorno político del modelo democrático y republicano que debería imperar, y especificando su interrelación con los sistemas procesales acusatorios y adversariales.

Para ello, hacen minucioso estudio crítico de todos los miasmas propios de la actividad inquisitoria y hacen ver claramente al lector la extrema perversidad del sistema, que terminó aniquilando a centenares de miles de personas en la historia europea y americana. De ahí la repulsa que esto provoca.

Explican luego cómo fue que todo esto se descubrió en Italia hace relativamente pocos años y todas las vicisitudes personales, académicas y legales que tal descubrimiento originó, lo que provocará sin dudas sorpresa y desazón al lector.

Luego, y entrando ya en la filosofía de la materia, describen el marco teórico del sistema dispositivo-adversarial y de su formato procesal codificado para analizar luego las decisiones judiciales desde la óptica garantista. Finalmente, dedican un memorable capítulo a la axiología jurídica procesal y a los valores que deben asegurarse en el modelo de proceso no penal adversarial.

Destaco ahora una actitud autoral que no se ve habitualmente y que es de enorme importancia para la comprensión de las ideas aquí expuestas: al final de cada capítulo exponen sucintamente las propias conclusiones respecto de la información vertida en el texto.

Y lo mismo realizan en un *epílogo* que cumple exactamente su definición semántica, pues allí hacen un escueto aunque preciso y detallado resumen de todas las ideas realmente revolucionarias volcadas a lo largo del extenso texto, que deseo íntimamente sea comprendido y no excepcionado caprichosamente por sus destinatarios finales.

Idénticas son las aspiraciones de ambos autores, que se muestran optimistas –tal como lo expresan textualmente– “en lograr la inserción del paradigma que sostiene el garantismo procesal y alcanzar logros concretos en el nivel normativo, porque confiamos en que la codificación procesal civil se alineará con el modelo dispositivo-adversarial previsto en la Constitución nacional”.

Creo que esta aspiración prospectiva –por cierto que plenamente compartida por quien esto escribe– es buena para cerrar estas líneas de presentación.

Sólo me resta, entonces, agradecer a OMAR y a MARIANA su afecto y consideración y el haberme obsequiado la oportunidad de sostener propias ideas en consonancia con las de ellos, tanto como para mostrar al público que cada uno no está solo en el mundo del pensamiento que sostiene que aún es posible lograr una definitiva –aunque demorada– constitucionalización del quehacer judicial en nuestro por demás sufrido continente latinoamericano.

ADOLFO ALVARADO VELLOSO

En Uruguay, semana santa de 2024.
alvaradovelloso@gmail.com

INDICE GENERAL

Explicación previa y necesaria del porqué de esta obra	V
Prólogo de AAV a la obra original	XV
Indice general.	XXI
1. Los éxitos jurídico-procesales ya cosechados..	1
2. La existencia de otros muros que derribar.	3
3. Panorama caótico.	7
a) Auxilio que le brinda a la demandada cuando tiene certeza positiva de condena..	13
b) Auxilio que le brinda a la actora cuando tiene certeza negativa de condena.	14
c) Auxilio que le brinda a la parte actora cuando cae en estado de duda.	14
4. Las enseñanzas y las consignas que llevaron a la reforma de la justicia.	21
5. La batalla lingüística.	29
6. La lucha por las ideas.	35
7. El continuismo ideológico y codificado. Las bases teóricas irrenunciables.	37
8. La interdisciplinarietà. La ampliación de los horizontes epistemológicos.	43
9. De las ideas constructivas a las críticas..	49
10. El peso de las estadísticas.	51
11. Productos inorgánicos.	59
12. Los peligros y costos a pagar.	65
13. Urgencia de la ciencia procesal en tiempos de pospandemia.	67
14. El fracaso en las ciencias.	69
15. La ausencia de debate.	71
16. A modo de conclusión.	73
Bibliografía.	75



1. LOS ÉXITOS JURÍDICO-PROCESALES YA COSECHADOS

La coherencia de los postulados garantistas y la correspondencia del modelo procesal que se alinea con el formato de un estado democrático-liberal en lo político y lo jurídico, apegado a los mandatos constitucionales y convencionales, se tradujo en un primer y portentoso logro: hacer efectiva la vigencia en las legislaciones positivas de toda Latinoamérica de los *códigos acusatorios-adversariales* y provocar la *reforma de la justicia (penal) en la región*.

Las tesis fundacionales de ALVARADO VELLOSO alcanzaron así una primera meta en el trascendente campo de *los conflictos penales*. En ese sensible ámbito se declaró la *caducidad* del vetusto formato neoinquisitivo y se erradicó el modelo del juez *de instrucción*¹, que todo lo hacía y todo lo podía. Hoy, ese juez *de instrucción penal* (dotado de fuertes poderes de investigación y actividad probatoria oficiosa) forma parte de un penoso y vergonzoso pasado jurídico. Quedó arrumbado en el polvoriento arcón donde reposan los instrumentos que fueron forjados al calor de ideologías desprestigiadas y autoritarias.

No se nos escapa que ese éxito, como todos aquellos intentos que generaron las grandes transformaciones culturales en la historia humana, requirió de un manto de acuerdos muy amplios entre los distintos actores que intervinieron para llevar a buen puerto a una empresa de tamaño envergadura.

En ese sentido, la construcción del modelo acusatorio fue el producto de la *comunidad* entre las ideas provenientes de la ciencia procesal penal anudadas a la decisión política-institucional de hacerlas operativas. Desde esa fortaleza iusfilosófica y científica, el garantismo sumó su potente voz a un coro de procesalistas penales muy connotados. Así, en comunión de las ramas del poder legislativo y ejecutivo, casi todas las naciones latinoamericanas fijaron una agenda que unificó el modelo político democrático-liberal y lo trasladó al sistema de *enjuiciamiento penal*.

1 De él se decía que tenía todos los poderes y derechos, menos el de pernarada.

La imperiosa necesidad de afianzar las consignas que reivindicaban el papel central de la presunta víctima, una nueva resignificación del imputado de un delito penal y una visión acotada de la función jurisdiccional supuso erradicar el *autoritarismo de los jueces penales* y en ese urgente afán se impidió caer en deslices intelectuales y demoras injustificadas.

Así, la realidad marcada por los tiempos que se vivían luego de que se extinguieran las dictaduras militares reinantes en las décadas de los setenta y ochenta del siglo pasado, llevaron a poner fin a un modelo procesal neo inquisitorial y a una vergonzante judicatura que fue funcional a ese esquema.

La necesidad de desterrar consignas autoritarias operó como un formidable impulso para diseñar un inédito modelo y el formato de una justicia construida *desde la constitución*, como lo postulaba el siempre recordado JULIO MAIER.

En suma, la codificación procesal penal hizo suyas las consignas contenidas en la tercera oleada democrática que irrumpió en Latinoamérica de un modo incontenible luego de extinguidos esos regímenes opresores que la asolaron.

2. LA EXISTENCIA DE OTROS MUROS PARA DERRIBAR

Cuando con el apoyo del sostén garantista se pretendió *replicar* en el ámbito de los *conflictos civiles* las valiosas reformas alcanzadas en lo penal por el modelo de procesamiento acusatorio-adversarial y la consecuente reformulada de la justicia penal, ALVARADO VELLOSO y quienes sostenemos su legado, nos enfrentamos con un espeso muro cultural, conformado por duro entramado de intereses creados y, así, pasamos a confrontar con nutridas capas de intelectuales, jueces, académicos y hasta abogados en el ejercicio de la profesión que se opusieron decididamente a toda apuesta de cambio.

Ese valladar del más rancio publicismo y de un activismo judicial cada vez más intenso se mantiene erguido hoy en día y, más allá de exhibir grietas tan profundas que razonablemente deberían provocar su desmoronamiento, goza de una inexplicable robustez. Lo paradójico del caso es que esos muros tienen la misma consistencia del cartón, pero parecen estar contruidos sobre un sólido hormigón.

Aunque se trata de un simple espejismo que no tiene un soporte consistente, lo cierto es que en el espacio procesal *no penal* el publicismo logró mantener el perimido modelo de debate *estatista-intervencionista* y sostener *los omnímodos poderes de la judicatura regional a la hora de fallar*.

El juez de *instrucción civil* (hermano gemelo del juez de *instrucción penal*) no fue objeto de ningún *réquiem*” Es más, fue hábilmente camuflado *para tornarlo políticamente correcto*.

El publicismo aprendió de la dura derrota sufrida en el campo penal y cerró sus filas ante la concreta amenaza de que sus fórmulas neoinquisitivas cedieran en todos los ámbitos. Así, continuaron aferrados a un proceso censor y al mantenimiento del ominoso poder que ejerce la jurisdicción civil. Es muy claro que se han propuesto defender ese modelo a cualquier costo. Todavía más: sintiéndose acorralados, dieron un salto hacia el vacío apostando *por más de lo mismo*. Luego en una suerte de holocausto intelectual instalaron un *derecho procesal civil de excepción*.

El fruto de esa nociva mentalidad posmodernista derivó en la creación de varios institutos procesales claramente inconstitucionales: las *medidas autosa-*

tisfactivas (*rectius est*, procesos de conocimiento sin brindarle audiencia debida y previa al demandado); las *sentencias anticipatorias* (que pueden ser dictadas por los jueces si consideran que el derecho del actor es fuertemente verosímil y la defensa del demandado deviene insustancial); las *cargas probatorias dinámicas* (que alteran a criterio del juez quién debe asumirla en cada proceso); la *colaboración procesal* (que supone que la parte debe renunciar a la legítima tutela de los derechos de sus mandantes si con ello contribuye a que se acceda a la “justicia” y a la “verdad” del caso por parte del juzgador); y la *flexibilidad de la congruencia* (que le permite al juez fallar más allá del marco fáctico y jurídico propuesto por las partes) son figuras anómalas que nos provocan una profunda repulsa y una alarma justificada.

El muestrario es sólo ejemplificativo, pero deja al desnudo que propuestas de ese calibre tienen un común denominador: prohijar un derecho procesal *verticalista, imprevisible y aleatorio*.

Sin medir las funestas consecuencias que provocan sus apuestas, desataron una oleada de *reformas codificadas* que aumentaron el papel intervencionista de la jurisdicción pública, despreciando, a la par, el marco de libertad de los justiciables.

Envueltos en una burbuja intelectual y ajenos a los cada vez más negativos resultados empíricos obtenidos, consiguieron mantenerse a flote *a como fuere* y, si bien lograron repeler la oleada de democratización que hace tiempo debió imponerse (también) en los sistemas de enjuiciamiento civiles, el precio pagado fue demasiado costoso.

El desmadre que ocasionaron fue de tal magnitud que sólo al aproximarse al barranco se llegó a reconocer desde lo más alto de la judicatura de la República Argentina -de modo hidalgo, pero tardío- *que debía ponerse coto al accionar de un poder judicial que actuaba con un marcado desprecio hacia los valores democráticos*.

Así, desde las propias entrañas del Poder Judicial, al inaugurarse el año judicial 2019 el por entonces Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina, CARLOS ROSENKRANTZ, en un discurso crudamente realista llamó a los jueces a recuperar la *confianza* de la ciudadanía. Y su diagnóstico, para que ésta les fuere devuelta, partió de las siguientes hipótesis:

“Un Poder Judicial sin legitimidad pierde su razón de ser, pues sin legitimidad un Poder Judicial no puede ser eficaz en la realización de

sus fines [...] Toda crisis de legitimidad es en gran parte una crisis de confianza. Los argentinos están perdiendo la confianza en el Poder Judicial. Hay dudas de que nos comportamos como verdaderos jueces de una democracia republicana. La solución requiere entonces que revirtamos esta percepción y, para ello, los jueces debemos mostrar, todos y todos los días, que sí somos verdaderos jueces de una democracia republicana [...] Nuestras decisiones no pueden ser *ad hoc* sino que deben estar estructuradas por principios. Significa también que estamos comprometidos, en casos futuros, a aplicar esos mismos principios, aunque el resultado sea impopular o antipático. Significa que, como Ulises, somos capaces de atarnos al mástil de la legalidad”.

Con esa referencia a *La Odisea* (la obra de HOMERO) aludió a una cuestión incumplida por la jurisdicción: fallar hasta de manera *impopular*. En sus términos: “*más allá de lo que la tribuna reclama*”. De este modo ubicó, por fin, el rol de los jueces subrayando que deben prescindir de estridencias y personalismos:

“Tenemos que entender que pertenecer al Poder Judicial no es un privilegio. Ser jueces o funcionarios del Poder Judicial no nos confiere derechos sino que, por el contrario, nos impone deberes y responsabilidades”.

Mencionó la exigencia de lograr un funcionamiento acorde con los requerimientos de un Poder en el Estado moderno y reglado y habló de las medidas tendientes a evaluar la productividad, el flujo de las causas y su tramitación.

“Los jueces debemos mostrar que somos refractarios a todo interés personal, ideológico, político y de cualquier otra naturaleza que no sea el interés de realizar el imperio del derecho”.

Al evocar, una y otra vez, la necesidad de que la jurisdicción actúe de un modo legitimado, democrático y fiable, el mensaje fue *directo pero resultó escasamente interpretado*. Si la judicatura se hubiera hecho cargo de su *deslegitimación* debió dar varias vueltas de páginas y dejar de lado al modelo del *Juez Hércules*, ya mencionado, que tendría el atributo de encontrar la *solución casi mágica* para el caso que le toca resolver. Y también debería abandonar de una vez la idea de que es misión de la jurisdicción el distribuir en su punto justo el *pan de la justicia*².

² Es muy claro que el Poder Judicial sólo puede actuar la Justicia *conmutativa*, nunca la *distributiva*.

Cuando los exhorta a que se aferren al *mástil de la legalidad*, que actúen como verdaderos jueces de una democracia republicana, que su labor debe ajustarse a un Estado moderno y reglado y que el interés que deben realizar es el del *imperio del derecho*, resulta claro que les plantea *exigencias institucionales* que deberían ser acatadas rápida y eficientemente.

Pero ese valioso mensaje emitido desde la cima del poder jurisdiccional *no tuvo recepción*. Más allá de las virtudes individuales y de la honradez de miles de los integrantes que dignifican día a día su cargo en la judicatura, no nos asisten dudas de que cosecharían mayores niveles de respeto y confianza en la misma medida en que abandonen -y para siempre- modelos procesales que sugieren que su destino es llevar a cabo una suerte de *revolución jurídica*, su-brogando el papel de la legislatura, del ejecutivo, y, lo que es más grave, al de las *propias partes* en el conflicto jurídico que las involucra.

3. PANORAMA CAÓTICO

El gozar de un moderno sistema acusatorio-adversarial (sólo en el ámbito *penal*) y, a la par, padecer de un inalterado y vetusto formato neoinquisitivo para abordar los conflictos *civiles* (tomando el término en sentido amplio, ya que comprende todo el campo de lo no penal) genera un nuevo oxímoron que contradice no sólo la lógica jurídica, también se alza contra los más elementales pilares de la lógica formal.

La forzada convivencia de dos expresiones contrapuestas se traduce en modelos procesales (*entes*) cuya validez simultánea resulta incompatible. Esa incompatibilidad surge del hecho de ser productos disociados, divorciados, antinómicos y definitivamente inconciliables entre sí. Por tanto, uno de esos *entes* debería ser declarado *inválido*. Así lo impone el principio lógico de *no-contradicción*.

En las ciencias, aun en las sociales, se requiere apegarse, precisamente, al pensamiento científico y este incordio nos plantea la imperiosa exigencia de ponerle fin a riesgo de caer en un manejo y un *conocimiento vulgar* del objeto que estudiamos.

El garantismo procesal, para no pecar de banalidad, no contrariar la lógica formal, dotar a su vez de la adecuada consistencia a sus postulados científico-procesales y respetar la simetría con la que debe ser tratado el justiciable, sostuvo (desde siempre) la comunidad de ambos formatos, por lo menos en su núcleo duro. Sin embargo, numerosos procesalistas civiles que llevaban (y llevan) buena parte de la voz cantante en Latinoamérica se mantuvieron ajenos a esas exigencias epistémicas y, lo que es más grave, consiguieron seducir a los cuerpos legislativos convenciéndolos de sostener la *ajenidad* de las reformas operadas en la justicia penal. Los persuadieron de que debían tomar distancia de esos logros porque, según sus creencias, en los conflictos civiles, el modo de procesar e impartir justicia debían permanecer sin cambios porque se maneja otros estándares que hacen inaplicable la idea de una teoría unitaria de proceso³.

3 OMAR BENABENTOS defendió su tesis de magister titulada teoría general unitaria de derecho procesal editada por jurisprudencia en el año 2001 donde postulaba la unidad conceptual de la acción el proceso y la jurisdicción para atender los conflictos penales y no penales en la región.

Sin razón valedera postularon que el modelo acusatorio-adversarial es superior, claro está, pero *sólo para atender los conflictos penales*; también sostuvieron que la libertad y la centralidad concedida a las partes (acusador privado o público, imputado y su defensor técnico) resultaba beneficiosa y acordaron también que, restarle atribuciones al juzgador para no investigar ni probar de oficio suponía un claro avance para preservar su imparcialidad, su neutralidad y evitar que se cargara de prejuicios. Acordaron que un juez que no investiga no prueba y no forma teorías propias sobre el caso que debe decidir, es el único modelo que garantiza que llegará *en estado de perplejidad* al momento de fallar un conflicto penal, tal como lo exige el distinguido magistrado español PERFECTO IBÁÑEZ⁴.

Pero, a renglón seguido, los publicistas pasaron a contradecirse y arribar a la insostenible conclusión de que tales logros resultan *inaplicables* a la hora de abordar los *conflictos civiles*.

Nos preguntamos totalmente perplejos ¿es válido sostener que esas premisas sólo deben regir en el ámbito del derecho procesal penal? Y de esta incógnita se deriva otra: ¿por qué en los Estados de derecho se legitimaría la existencia de dos *paradigmas antagónicos* para procesar y resolver conflictos penales y civiles?

Los interrogantes planteados no pueden ser respondidos *racionalmente*. Talmaña dicotomía supone una grave afrenta al sentido común y jurídico.

En un ominoso pasado histórico el autoritarismo se encargó (de un modo burdo, por cierto) de que no existiera esta *grave antinomia*. Forzó una suerte de empatía entre ambos sistemas y los *unificó en un temible formato: el neoinquisitivo*. Partiendo de la errónea idea de que es imprescindible darle más atribuciones al poder judicial para alcanzar, entre otros fines “la verdad material”, postularon que los jueces civiles no podían quedar al margen de esos atributos que gozaba el poderoso juez de instrucción. Si en su entender ambos debían acceder a esa verdad, el juez civil no podía contentarse con una mera *verdad formal*. Ambos debían alcanzar “la verdad verdadera” (si se nos permite la tautología) y, para este fin, no era propio ponerle límites y ellos no podían exhibir tapujos a la hora de desplegar sus poderes.

Ese era el tenebroso escenario *verticalista* que proponía el activismo judicial en un pasado reciente.

4 PERFECTO IBÁÑEZ, jurista español, ex Ministro de la Corte Superior de España y ferviente difusor del sistema acusatorio adversarial para el proceso penal.

Lo cierto es que sólo pudieron sostener precariamente la estrábica tesis de la *unificación neoinquisitorial* y, por cierto, ella tuvo una vida muy efímera. Se mantuvo tambaleante desde su propia formulación pero sufrió un golpe terminal cuando apareció una bisagra que cambió el rumbo de la historia: *la ya mentada irrupción del sistema procesal acusatorio-adversarial*. A partir de ese hito el juez de instrucción dejó de ser un modelo de juez *democrático, constitucional y convencionalmente válido* y, a la par, se cayó el falsario sostén de que el *juez de instrucción civil* debía reflejarse en ese espejo.

Ni el más ferviente defensor del publicismo y del activismo (civil) se atrevió (y hoy todavía no se atreve) a alzar su voz ante el incontinente avance del sistema acusatorio-adversarial (penal) y, menos aún, a redoblar la apuesta para reinstalar formatos neoinquisitivos o un poder judicial verticalizado.

Concedemos a los publicistas que tienen en este punto cierto *pudor científico* pero no creemos que esta adhesión sea para nada *genuina* y, en todo caso, resulta *acomodatícia*. La falta de sinceridad queda en evidencia cuando luego de aceptar el sistema acusatorio-adversarial (para el proceso penal) lo declaran, como se lleva visto, inaplicable a la hora de abordar de un modo similar a los conflictos civiles.

Es muy claro que si los publicistas creyeran que ese es el norte a seguir, no se explica porqué en el seno de las comisiones reformadoras y ejerciendo una marcada influencia sobre los legisladores de turno se colocan (y les colocan) una *venda intelectual*, muy eficaz por lo visto, ya que el campo de visión hacia el proceso civil ha quedado fuera de una mirada *unificadora*.

Esa forzada ceguera les impidió transpolar a este ámbito los formidables avances alcanzados por el procesalismo penal. Se hicieron fuertes -y hasta especialistas- en dividir las aguas y expertos en mantener esa división a base de un puñado de ideas falaces. Resultará de suma utilidad desmontar esas falacias porque como no resisten un análisis serio, se impondría cuanto antes dejarlas de lado. Y si logramos persuadir al lector de que se trata de un discurso mal montado, no nos asisten dudas acerca de que todos juntos deberíamos repensar seriamente estas cuestiones, tal como las proponemos. Veamos.

Primera falacia: los publicistas consienten que si se trata de un ilícito penal y el Estado persigue al imputado achacándole su comisión, esta misión de investigación, prueba y construcción de la teoría del caso reposa *en los hombros del Ministerio Público de la acusación*.

Además, conceden que a la persecución contra el imputado *se le puede sumar la de la supuesta víctima*. Luego, concluyen, que resultaría excesivo conceder también al juez penal la labor de investigar o de probar la ocurrencia del delito. Coligen que la sumatoria de tres sujetos emprendiéndolas contra uno solo desequilibraría definitivamente la balanza jurídica. Y también entienden que el juez no puede pasarse al bando del acusado para ayudarlo (si por caso asumiera que está desprotegido). Admiten que si así lo hiciera el fiel de la balanza se inclinaría hacia éste y reconocen que no es esa la misión de un juez en un proceso acusatorio-adversarial anclado en las mandas constitucionales⁵.

Pero la falacia se instala cuando frente a un conflicto civil el juez activista o publicista asume que las partes pueden estar desequilibradas, que una puede ser más débil o estar más desprotegida y que es su función restaurar ese equilibrio.

De hecho no es así, no debe hacerse tal distinción y nunca fue formulado por la corriente garantista. Es que si se trata de perseguir por el actor al demandado por la comisión de una *infracción civil*, el esquema y el papel de los sujetos procesales es casi idéntico. Alguien que pretende (el accionante) o contra quien se pretende (el accionado) un bien de la vida. En ese marco la actora afirma que este ha sido el responsable del conflicto jurídico y que es deudor de ese bien de la vida. Bien mirada, esa pretensión se trata de una manifestación de voluntad que, en virtud de la inviolabilidad del derecho de defensa en juicio, el resistente puede impugnar. Ambas posturas, luego de la consagración *de la abstracción del derecho de acción* (para el actor) y *de reacción* (para el demandado) no suponen más que actos de *voluntarismo jurídico*. Luego, para que un juez conceda o prive de otorgar aquello que se persigue en un litigio civil y por el que las partes están en pugna, sólo puede hacerlo previo tránsito por un debido proceso en donde ellas (según el papel que asuman, más allá de estar ubicadas en el bando actor o demandado) acrediten la veracidad de sus posturas.

Y bien sea en un litigio civil o penal, las teorías del caso que esgrimen no pasan de ser *hipótesis subjetivas y sesgadas*.

De otro lado, también tienen en común que rige para el imputado, el demandado o el actor reconvenido, *el estado de inocencia*, que de no ser quebrado con afirmaciones y pruebas de cargo que lo destruyan, impone para el juez el dictado de la absolucón frente a quien no se tiene la certeza para condenarlo.

5 Es claro que no es así. Si el juez advierte, por ejemplo, que está prescrita la acción penal, así debe declararlo de oficio, aun sin pedido del imputado.

Así que el Ministerio Público de la acusación y el actor en un proceso civil deben acreditar por sí, sin ayuda del juez, la validez de sus tesis. Si no lo logran, si no generan una convicción de certeza de condena o el juez se encuentra sumido en estado de duda, hoy ese juez (penal o civil) debe, lo reiteramos, absolver al imputado o al demandado.

La propuesta de estándares probatorios diferentes, que alegremente manejan los ideólogos publicistas y ciertos teóricos posmodernos de la argumentación jurídica, resulta constitucionalmente inaceptable. Salvo que nuestro norte fuera privilegiar la eficacia de un sistema y que por esa razón apoyemos la emisión de “falsos positivos” por parte de la jurisdicción.

Si el valor a consagrar es la *eficacia* se justificaría la *sinrazón* de instalar la idea de que si el juez quedó sumido en un estado de duda sería preferible condenar a un inocente de una infracción civil que absolverlo (porque de hacerlo quedaría al desnudo la ineficacia, en este ámbito, del sistema de procesamiento y juzgamiento).

Hoy, una teoría de tal calibre o un código procesal civil que apostara por aceptar los *falsos positivos* sería, lo reiteramos, grotescamente inconventional e inconstitucional.

Por lo que se lleva dicho, entre otras razones, insistimos en que en sus notas esenciales el escenario civil resulta *idéntico* al que se despliega en el campo penal y todavía se vuelve más identitario si las partes gozan de la simetría que les brinda un proceso acusatorio en lo penal y dispositivo en lo civil.

Es más, en las contiendas civiles existen *condimentos propios* que deberían reforzar aún más la *ajenidad* del juez sobre el pretendido *derecho material* que las partes se disputan. Por lo pronto, el pretendiente civil reviste la calidad de parte *subjetiva* en contraposición al carácter de *parte objetiva* que asume el ministerio público de la acusación. El actor, cuando prepara su demanda, puede voluntariamente excluir los elementos de *descargo* para reforzar su pretensión en contra del demandado. Será de su interés seleccionar cuidadosamente los elementos *de cargo*, presentar los hechos y valerse de las pruebas que considere más idóneas para sostener su subjetiva postura. Tratará de acreditar la existencia del conflicto de relevancia jurídica, que éste ha sido provocado por el accionado y que, en definitiva, éste es el deudor de un bien de la vida cuya entrega persigue. Buscará, en suma, triunfar en el pleito y alcanzar una sentencia que le conceda el derecho material que persigue y cuya existencia resulta incierta.

En resumen: sostiene una tesis (*teoría del caso*) y asume la carga de confirmarla pero, bien mirado, sólo se trata de una *simple hipótesis fáctica-jurídica* impregnada, lo iteramos, de una clara *subjetividad*. Es más, en virtud de la ya mentada abstracción del derecho de acción puede pedir jurídicamente sin necesidad de justificar inicialmente la veracidad de “lo pedido”. Así que le está permitido iniciar el litigio sin que en la realidad social exista el afirmado conflicto sobre el que basa su pretensión.

A su vez, si el demandado decide resistir esa pretensión introducirá en su defensa los argumentos y pruebas que sostienen su propia *teoría del caso*. Los presentará con *idéntica subjetividad*, buscando que su defensa sea acogida por el juez. Quizás, incluso, no se encuentre convencido de que le asiste la razón para sostener su posición pero, al igual de lo que ocurre con el pretensor, ello no le impide esgrimir sus propios argumentos y, en suma, ejercer su derecho constitucional de defenderse jurídicamente. Luego, el juez civil tiene ante sí *dos discursos subjetivos, parciales y opuestos*. Pues bien, no se advierte por qué ese juez debe tener una misión distinta de la asumida por el juez penal.

Si esto es así, y lo es, se comprende por qué el juez civil debe mantenerse aun a mayor *distancia de las posturas de las partes*, porque ellas no traen al proceso *la verdad material* y al juzgador le está vedado acceder a ella. Esa inasible verdad material anida, en todo caso en el *seno de la realidad social* donde se encuentran los hechos que permitirían construirla. Pero el juez no puede investigar más allá de los enunciados fácticos de los que se valen y le arriman las partes. No le está permitido hacerlo en virtud del principio dispositivo y por respeto al principio de congruencia procesal.

A esta altura de nuestros dichos, resultará ilustrativo comparar las alternativas que se le presentan al juez penal y civil al momento de decidir, si se tiene presente que ambos deben respetar, lo decimos una vez más, el estado de inocencia que portan tanto un imputado de un ilícito penal como un demandado por una infracción civil.

Las posturas que asume el juez penal bajo el manto de un proceso acusatorio-adversarial ostentan una relativa sencillez:

- a) durante el debate no debe incidir o auxiliar a la acusación o a la defensa; y al momento de sentenciar, sus opciones pasan por:
- b) arribar a una convicción positiva para condenar al imputado;
- c) o a una certeza negativa que le impone absolverlo y;

d) de quedar inmerso en estado de *duda*, también se le exige constitucionalmente⁶ que se pronuncie por la absolución.

e) Y en todos los supuestos el juez debe fundar y brindar, interna y externamente, la justificación racional de cómo arribó a cada uno de esos tres estadios; pero hasta *allí llegan sus poderes jurisdiccionales*.

En el ámbito civil, y bajo un modelo publicista, este esquema queda *pulverizado*. El juez activista se siente *autorizado* a comenzar con ciertos *devaneos* que, desde ya anticipamos, resultan claramente inconstitucionales. Analizaremos el comportamiento del juez cuando opta por *asistir* a alguna de las partes.

a) *Auxilio que le brinda a la demandada cuando tiene certeza positiva de condena*

Si arriba a la *certeza positiva de condena* producto de una recta y racional valoración de los hechos afirmados y de las pruebas arrimadas a la causa, *debe condenar al accionado*.

Pero ese *juez auxiliar* se permite evaluar si sería *justo* que el actor saliera *ganancioso*. Especula con que, de concederle el triunfo, ello supondría palmaria agresión a la *verdad material* y consagraría una *injusticia* en su decisorio e, incluso, que le resultaría éticamente inaceptable. Así que más allá de lo que surge de las constancias de la causa y que con la “ley en la mano” debía pronunciar, sin más, una sentencia positiva de condena, se niega a tomar esa postura. Entiende que el demandado saldría injustamente derrotado porque no defendió bien su posición u omitió ofertar o producir pruebas y que, de haberlo hecho, su suerte sería diferente. Por tanto, se autoimpone la necesidad de *auxiliarlo* supliendo sus negligencias y apelando a pruebas oficiosas.

Actuando ahora como *juez auxiliar* puede, según su visión, dejar de lado la certeza positiva de condena. En su entendimiento, alterar esa originaria convicción no tendría mayor relevancia porque, en definitiva, si con la prueba oficiosa acreditó que la tesis del demandado (que para el juez era *intrínsecamente justa*,) por fin tomó consistencia. Luego, por esa razón se siente auto legitimado para rechazar la demanda. Así la paz llega a su espíritu por haber actuado según su recto sentido jurídico y su propio sentido de lo moral.

6 Eso es, precisamente, el *in dubio pro reo*.

En buenas cuentas, para todo juez activista, la cambiante certeza, (en este caso de positiva a negativa) si bien mutó y esa mutación fue el producto de su propia actividad, como está persuadido de que el fin que persigue la jurisdicción pasa porque prevalezca la *verdad material* y que triunfe *la justicia*, le invade una paz intelectual y ética que justifica su actuar porque queda tranquilo con su conciencia y moralidad.

b) *Auxilio que le brinda a la actora cuando tiene certeza negativa de condena*

Podríamos imaginar la situación inversa: que el juez se propone *auxiliar al actor*. Si bien al momento de fallar, por lo que surge de la causa, arriba a una *certeza negativa de condena* y debería rechazar la pretensión esgrimida por el actor, en su inefable afán de encontrar la *verdad* y *la justicia*, se persuade ahora de que si el accionante hubiera sido diligente en el ofrecimiento y producción de la prueba, su destino hubiera sido diferente. Lamenta y se resiste a pronunciar una sentencia rechazando la pretensión (porque entiende que esa hipótesis, la del accionante, era la *justa* y debía ser la vencedora). Luego, para evitar su rechazo, sale en su *auxilio*. De la certeza negativa, gestionando oficiosamente algunos medios de prueba, pasa entonces a una convicción positiva de condena. Y así se permite acoger la demanda, satisfecho con el deber cumplido para con la verdad material, la justicia del caso y su iusmoralismo.

c) *Auxilio que le brinda a la parte actora cuando cae en estado de duda*

Por último, la otra posibilidad de auxiliar al actor surge cuando se *autoimpone* salir del *estado de duda* en el que quedó inmerso. Es que bajo el manto de la duda no puede condenar al demandado si no está persuadido de haber cometido el ilícito civil que el actor proclama perpetró y, por tanto, no puede concederle la razón. Pero, nuevamente, considera que su compromiso con la verdad y la justicia le imponen *auxiliarlo*. Así que el único modo de torcer el curso de los hechos pasaría por despachar, una vez más, prueba oficiosa. La prueba omitida o no urgida por el pretendiente, luego ofertada y producida por el juzgador termina siendo beneficiosa (en su concepto) para su auxiliado. Le ha permitido, según cree, salir del estado de duda y arribar al grado de certeza positiva para despachar la condena y acoger la demanda. El juez quedará otra vez satisfecho porque hizo prevalecer la tantas veces mentada verdad material y la justicia que merecía repartir en este caso.

Mirado este triple escenario con una mezcla de estupor y cierto pánico jurídi-

co, no podemos menos que calificarlo como *surrealista* y, de suyo, grotescamente inconstitucional e inconvencional.

Desde la óptica de un procesalista penal moderno o de un integrante del garantismo civil, el *juez auxiliar* provoca sorpresa y repulsa. Al decidir poner en marcha *la asistencia* (a una u otra parte, da igual) pagó el precio de perder su imparcialidad sin justificativo alguno. Como ya lo dijimos, el juez no puede alcanzar la verdad material y la justicia pantónoma (cuyo acceso es imposible de encontrar en un proceso judicial) y, en todo caso, hace prevalecer una de las *tesis subjetivas con su auxilio* (la del actor o la del demandado) que inexorablemente tendrán siempre ese sesgo: el de la subjetividad.

Si se espejare ese rumboso comportamiento del juez civil en el marco de un proceso penal acusatorio, se lo cuestionaría con tanta severidad que hasta podría ser denunciado sin más por el delito de *prevaricato*.

Y si la visión proviene de un proceso civil, en la medida en que la ley procesal le prohíbe desplegar esos auxilios, también podría ser imputado del mismo delito. Por caso, la Ley de Enjuiciamiento Civil española (LEC) del año 2000 dejó de lado la posibilidad de que los jueces se convirtieran en burdos *auxiliares* de las partes. Le impuso al juzgador deberes muy expresos a partir de reconocer el *estado de inocencia para el demandado*. A su vez, le sumó la prohibición del despacho de pruebas de oficio en asuntos donde se ventilan intereses transigibles. Se le vedó, de una buena vez, suplir la negligencia de las partes.

Nos permitimos reproducir el texto de la norma que reconoce el estado de inocencia en los conflictos civiles por la trascendencia que implica el giro copernicano producido en la codificación civil de ese país. Reza el artículo 217 de la LEC, (con destacados propios):

“Carga de la prueba. 1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal *considerare dudosos* unos hechos relevantes para la decisión, *desestimará las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido*, según corresponda a unos u otros *la carga de probar los hechos* que permanezcan *inciertos y fundamenten las pretensiones*. 2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente *la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda*, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición. 3. Incumbe al demandado y al

actor reconvenido *la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior*".

La nueva ley de enjuiciamiento supone la traslación de las mandas constitucionales a los códigos procesales civiles. Desciende a la realidad y deja de lado el *mito* de la búsqueda de la *verdad material*. Deja bien en claro que en pleitos que comprometen intereses transigibles todo gira en torno al cumplimiento o incumplimiento de las cargas procesales que se les atribuyen a las partes según la postura asumida por ellas. Y si los hechos no quedan verificados o resultan dudosos, el tribunal les denegará la razón jurídica a quien no pueda despejar la duda generada en el juzgador. Así de sencillo.

La norma no admite dobleces, ya que "en caso de que el Tribunal... considere *"dudosos"* unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente...". Así, desde la propia ley, se le impone al juez la conducta a seguir. Esta norma se complementa con el artículo 435 de la LEC, que, como vimos, le impide al juez despachar prueba de oficio para suplir la negligencia de la no ofrecida o producida por las partes.

Los legisladores españoles asumieron que el intervencionismo estatal resulta incompatible con el *liberalismo jurídico* y prescribieron límites muy severos que acotan el accionar de la judicatura.

La por entonces ministra de justicia MARISCAL DE GANTE, al poner en funcionamiento la ley, expresó lo siguiente:

"...Siguiendo en este punto la voz del Prof. DE LA OLIVA SANTOS, -siempre autorizada, pero especialmente en el asunto que nos ocupa- entre los criterios básicos inspiradores de la nueva Ley, el primero y fundamental fue el de elaborar una Ley procesal civil *pensando en el justiciable*. Este criterio implicaba elaborar la nueva ley sin mirar especialmente a los sectores del mundo jurídico más estrechamente vinculados a la justicia civil (Jueces, Abogados, Procuradores, Secretarios Judiciales) y a sus intereses corporativos o profesionales. Se trataba de hacer una ley que no fuera "una ley de los jueces o para los jueces ni de los abogados o para ellos ni de los procuradores o para ellos ni de los secretarios judiciales o para ellos", sino una ley *"pensada para los litigantes de los procesos civiles"*. No se buscaba "contentar a todos [...]" porque una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil debe

buscar lo que es mejor para el conjunto *de los justiciables* y no -ni siquiera colateralmente- la máxima satisfacción de todos los sectores sociales, económicos y profesionales más inmediatamente implicados en la justicia civil”⁷.

La glosa de la Ministra de Justicia es muy decidora. Se infiere que en un proceso civil que mira y piensa en el *justiciable* (por encima de los jueces y de los abogados) y que *privilegia* sus intereses por sobre los corporativos necesita, para imponer esas ideas, de algo más que el pensamiento o la construcción de normativas procesales diseñadas por la doctrina. Para motorizar cambios radicales en el modelo de justicia, en especial si esos cambios favorecen a los justiciables y supone una restricción de los poderes de los jueces, se precisa de un *fuerte apoyo de la clase política* y que en esa clase política primen *ideas liberales* como las que en aquel entonces eran sostenidas por el Presidente del Estado español JOSÉ MARÍA AZNAR.

De esta mirada democrática y liberal que emana de la ley procesal española nos toca detenernos en la postura que toma el publicismo, en especial el latinoamericano, ante el modelo de juez *auxiliador*.

Anticipamos que lejos de percibir negativamente el haz de conductas infra constitucionales que, por otra parte, son consumadas todos los días por los jueces activistas, las laudan calurosamente. Apuestan por el juez que se compromete con los derechos materiales que están en juego e incluso contribuye a construirlos. Ese sería el juez con *rostro humano* y que cumple con su misión de *luchar por la justicia* según la particular mirada publicista.

El problema central de las tesis publicistas es que los jueces, en su aspiración a ser *más humanos* y en el afán de querer consagrar la *justicia del caso*, toman esos *finés* sin trepidar en los *medios* empleados para alcanzarlos.

Bien mirado el tema de la lucha por la justicia, es una aspiración que se les sugiere a los abogados y que podría entenderse sólo como un ideal intangible para los jueces.

EDUARDO COUTURE, en sus conocidos mandamientos dirigidos a los abogados, los exhorta de este modo: “Tu deber es luchar por el derecho; pero el día que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia”. Sería ra-

7 Intervención de la Ministra de Justicia en el Congreso de los Diputados en el debate de totalidad del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, el 25 de febrero de 1999, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, nº 217, pp. 11626 y 11627.

zorable entender que el maestro uruguayo apeló a la retórica e insufló una bella mística a la gestión *pedestre* que asumimos los letrados. Decimos esto porque ¿quién no aspira a llevar en nuestras alforjas el ideal de luchar por la justicia?

Lo grave es que los publicistas traspolan esa simple aspiración de deseos -casi utópica- para imponérsela como un *deber a los jueces*. No reparan en que para un juzgador democrático y en el marco de un sistema dispositivo-adversarial esa *lucha por la justicia* -en rigor, *su justicia*- si es que logra su quimérico acceso (pero derrotando para ello a la ley vigente), jamás será validada en el marco de la legalidad y menos aún a cualquier costo. En un estado constitucional de derecho ciertos mitos no tienen cabida, y esa fuga idílica en pos de la justicia quedará severamente condicionada por las *garantías procesales de que gozan los justiciables*. Entre ellas, quizás la principal, la de que el juez se sujete a la ley como las propias partes, más allá que su sentido de justicia o su moral lo seduciría para apartarse de ella.

Sin embargo, con desprecio hacia esa elemental seguridad jurídica que se les debe a las partes, los inefables publicistas le restan toda importancia que el dadivoso juez brinde *el pan de la justicia* aunque lo haga sobre las espaldas del accionante o el accionado. Lo cierto es que si se lanza a esa cruzada justiciera, uno u otro quedarán crudamente privados del resguardo constitucional y de la imparcialidad, imparcialidad y neutralidad que le vienen impuestas constitucionalmente a la jurisdicción estatal.

Y también relativizan que la suerte adversa de la contraparte en el litigio fue la consecuencia de los favores judiciales que recibiera el sujeto *auxiliado*. No visualizan que en el mismo momento en que ese juez se alineó durante el procesar y al sentenciar a favor de una de ellas, la otra, por esa espuria comunión, *se quedó sin juez*, sin jurisdicción, y todo el sistema procesal de garantías resultó *aniquilado*.

Un decidor refrán español expresa: *“de aquellos polvos, llegaron estos lodos”*. Se trata de una advertencia coloquial, utilizada habitualmente para indicar que las cosas que pasan en el presente suelen ser una consecuencia directa de algo que se hizo, dijo u ocurrió en el pasado. Y aplicando esa frase a lo procesal supone que la permanencia de ideas místicas que se remontan desde el ayer son las que generan fuertes pensamientos que apoyan el *intervencionismo* y *dirigismo* del poder judicial y proyecta una visión errada e Infra constitucional sobre el papel que debe cumplir la jurisdicción.

Lo adelantado en este tramo será ampliado, como ya lo dijimos, en el libro quinto (al incursionar con mayor detenimiento en la teoría de la decisión judicial) ya que le concedemos especial relevancia a las garantías epistémicas y procesales que deben envolver al razonamiento judicial a la hora de decidir; pero en este primer libro nos parecía muy relevante brindar ciertas reflexiones sobre esta cuestión que, con vocación de síntesis, nos lleva a concluir que el juez *auxiliador* provoca un quiebre absoluto de las mínimas garantías que un Estado de derecho les debe a los justiciables⁸.

Segunda falacia: Decíamos que el publicismo apoya su discurso en argumentos muy endebles y remarcábamos dos falacias centrales sobre las que sostiene su precario andamiaje. Una ya la vimos (la del juez auxiliador y buscador de verdades objetivas frente a tesis que son subjetivas, lo que genera una contradicción *in terminis*) y la otra falacia pasa por persuadirnos del porqué debe robustecerse a la judicatura (no penal) con poderes de dirección, investigación y actividad oficiosa, *ya que no se trata de un conflicto que sólo involucra a las partes, sino que es mucho más que eso*.

Así que, para sostener esta segunda falacia, traen al ruedo *el interés público* que estaría comprometido en los litigios no penales. Pontifican que la sociedad debe estar representada y resguardada por el juez porque ante la existencia de un conflicto civil, aunque sólo comprometa intereses transigibles, en realidad es *la sociedad toda* la que se encuentra *afectada en su interés colectivo o público* (en rigor, tanto como las propias partes o, incluso, en un grado superior).

La tesis de que el *interés social o público* en la extinción de los conflictos civiles, generadora de la idea de que las causas civiles no se pueden fallar si no es por medio de un juez *comprometido con su tiempo* -de donde se colige que debe convertirse en un investigador *comunitario* de aquello que debaten las partes- arrastra lastimosamente desde fines del siglo XIX.

Fue la errada normativa de KLEIN la que introdujo esa tesis *colectivista* en la autoritaria ley procesal austríaca que entró en vigencia para sojuzgar al pueblo húngaro.

Si bien resultó funcional para justificar e imponer la verticalidad de los jueces en ese Imperio y validar así sus omnímodos poderes, jamás pudo explicar -con fundamentos serios- cómo y por qué existía el mentado *interés social o público*

8 Sobre el particular remitimos al lector al estudio realizado por HUGO BOTTO OAKLEY en su ilustrativo libro *La inconstitucionalidad de las medidas para mejor proveer*, Juris, Argentina, 2004.

en este tipo de conflictos y porqué éste trascendía el interés privado de las propias partes en su pendencia.

Y, volviendo al presente, la tesis se vuelve aún más inconsistente. Es que en los procesos civiles las partes son asistidas por sus defensas técnicas, así que están debidamente representadas y amparadas jurídicamente. No hay nada que proteger porque ellas ya están pertrechadas.

De otro lado, la disputa sobre bienes de la vida jurídica sólo involucra la esfera individual y patrimonial de los contendores. Es obvio que no provocan alarma social, ni precisan que esa sociedad quede encarnada en el juzgador. El mentado interés social o público no justifica el auxilio de éste hacia alguna de las partes para postular, defenderse o probar, ni su coacción sobre los justiciables o su accionar de investigación o prueba oficiosa. Afirmar lo contrario supone adjudicar a las partes la condición de minusválidos jurídicos.

A lo largo de los tomos que integran nuestra obra abordaremos una y otra vez esta cuestión, pero nos pareció trascendente apelar -en sus comienzos- a los primeros argumentos de los que nos valemos porque demuestran la inconsistencia y el riesgo de prohijar al *juez activista, auxiliador de una de las partes, y defensor de toda la comunidad*.

En suma, nos pareció pertinente poner sobre el tapete el modelo de juez que erróneamente propone el publicismo para procesar y juzgar los conflictos no penales.

4. LAS ENSEÑANZAS Y LAS CONSIGNAS QUE LLEVARON A LA REFORMA DE LA JUSTICIA

Volvemos a los carriles de la sensatez y a un ámbito que nos resulta mucho más hópito: el del proceso penal moderno.

En esta parcela se dejó sin efecto desde hace tiempo la justificación de la confiscación del conflicto penal a las partes por el poder jurisdiccional, basada en mentado interés público que superaba a los de la víctima y el imputado. Más allá de que esa falacia ya no tiene vigencia, queremos explicar con mayor detenimiento cómo se produjo la bien ganada *hegemonía* del sistema procesal *penal* acusatorio-adversarial y porqué los ejes sobre los que se construyó fueron muy sólidos.

Ese modelo democrático, liberal, constitucional y convencional de procesar y juzgar los conflictos penales cuyo traspaso, en su esencia, es el que anhelamos se concrete a la justicia civil, nos legó varias enseñanzas. De ellas queremos resaltar una que encierra una enorme valía: el formidable esfuerzo que implicó *desplazar el poder de los jueces penales y suprimir los formatos codificados neoinquisitivos*.

A pesar de la estricta lógica que impregna el modelo acusatorio, apoyado en premisas robustas: que la acusación, investigación, refutación y prueba de la comisión de un ilícito penal estará siempre en manos *de las partes*, algunos jueces -quizás la mayoría- frente a ese nuevo escenario en donde debían ceder su protagonismo jamás se resignaron a despedir a los “buenos tiempos” en que estas faenas estaban exclusivamente en sus manos.

Aún hoy, aunque minoritariamente, todavía añoran el tiempo cuando podían investigar, probar, decretar medidas cautelares y condenar o absolver al imputado cumpliendo esas múltiples e incompatibles funciones. Similar esfuerzo llevó a la aceptación de que el drama penal involucra de un modo preponderante al Ministerio Público de la Acusación, a la víctima y al imputado y que son ellas las figuras *centrales* del escenario procesal.

Por último, fue también muy costoso que se consintiera la radical transferencia del poder *desde la jurisdicción penal a favor de los justiciables* y que éstos re-

sultaran los únicos legitimados para asumir el redimensionado papel conferido en la contienda. En esta reticencia a *ceder el poder* debe verse la causa principal de que recién desde hace unas décadas se consagrara un *proceso penal de partes*. En los párrafos siguientes ampliaremos estos conceptos.

Ha sido una auténtica epopeya cultural: a) restituir a sus legítimos interesados el conflicto jurídico-penal, que les fuera confiscado por el sistema neoinquisitivo; b) remitir a los jueces penales a una intromisión mínima e indispensable; y c) resolver las cuestiones intraprocesales y la de fallar la cuestión de fondo exhibiendo una irrestricta imparcialidad, imparcialidad y neutralidad. En conjunto, el modelo de juez penal de la modernidad y la forma de procesar y juzgar los conflictos penales supusieron formidables conquistas de la juridicidad liberal, pero conseguidas *a un precio demasiado alto*. El carácter casi heroico de esos logros se explica porque tuvieron que derrumbar un sistema penal verticalista, profundamente enquistado en la cultura jurídica y hasta en el seno de la sociedad. Tanto es así que para asegurar la operatividad de las metas debió redoblar la apuesta y, por caso, tomamos este dato por ser muy decidor: *prohibir el despacho de toda prueba de oficio*. Y resultó igual de costoso imponer normativamente que la convicción del juzgador -para condenar o absolver- no puede ser producto de *su propio accionar* y que la jurisdicción cumpliera una función mucho más acotada, puesta al servicio de las partes, desprendida por fin de los viejos lastres y el halo mítico y hasta pastoral que antes ostentaba.

El éxito alcanzado a la hora de *reformular la justicia penal regional* se basó en la comprensión de que el tema rebasaba una *cuestión técnica* y que excedía del dominio propio de los estudiosos del derecho procesal.

Se concedió la hondura política, iusfilosófica, epistemológica y hasta de compromiso con la democracia. ERNESTO BINDER, JULIO MAIER, JOSÉ I. CAFFERATA NORES, el querido y recordado FEDERICO DOMÍNGUEZ, HÉCTOR SUPERTI, DANIEL CUENCA, HÉCTOR GRANILLO FERNÁNDEZ, JULIO VÉLEZ, VÍCTOR CORVALÁN, CLAUDIO PUCCINELLI y EDUARDO DE ORO, entre un número muy extenso de procesalistas penales liberales, en este caso argentinos, sin olvidarnos de la gesta de LUIS ESCOBAR FAELLA, en Paraguay, concluyeron que no se podía construir un sistema procesal liberal *con las mismas herramientas jurídicas* que resultaron funcionales a los ominosos regímenes militares y a las no menos tenebrosas coaliciones cívico-militares.

Es evidente que los procesalistas, las comisiones reformadoras y los legisladores acertaron tanto en la estrategia como en la táctica. Acredita lo expuesto el

dato objetivo de que casi todos los países de América Latina se han sumado a esa fantástica transformación jurídica.

El movimiento reformista se inició en Guatemala en el año 1994, se extendió a Costa Rica y a El Salvador en 1998; se insertó en Venezuela en 1999; se consolidó en Chile y Paraguay en el año 2000; tuvo recepción en Bolivia, Ecuador y Nicaragua en el año 2001; en Honduras en el año 2002; en República Dominicana en el año 2004; en Colombia en el año 2005; en Perú en el año 2006, y en Uruguay en el año 2014. Esto, sin considerar las reformas producidas en Estados o Provincias al interior de países federales como la Argentina. En la Provincia de Buenos Aires irrumpió en el año 1998 y en la justicia penal nacional se implementó la reforma acusatoria en el año 2014, aunque sólo entró en funcionamiento en Salta y Jujuy, pero existe un proyecto del Ministerio de Justicia para este 2024 de implementarlo a la brevedad. En los Estados Unidos Mexicanos comenzó por Nueva León en el año 2004 y se extiende hasta el presente.

Enseña BINDER⁹ que

“...los procesos de transición hacia la democracia que comenzaron a gestarse en la década de los ochenta, con las particularidades y ritmos de cada uno de ellos, pero también con sus elementos comunes, trajeron como una novedad la inclusión de la cuestión judicial como parte del problema democrático en su totalidad [...] se trata de pensar, que junto a los problemas intrínsecos de la dimensión democrática, aparecen éstos como propios de una república”.

El batallar que reseñamos insumió más de tres décadas y, si bien el modelo acusatorio es hoy el *paradigma reinante*, concordamos con BINDER en que debe mantenerse un estado de vigilia para que el grueso de las conquistas logradas a favor de la dignidad de la persona sometida a un proceso penal y de la víctima afectada por el ilícito (que ya tiene una bien ganada *carta de ciudadanía*) no pierda sus valiosas credenciales y que tampoco se atenúe la participación central de los sujetos procesales.

Las reflexiones contenidas en un valioso artículo doctrinal de la autoría de SOFÍA DÍAZ PUCHETA dan cuenta sobre los sucesivos pasos reformistas que fueron de necesario tránsito. Se concretaron en tres tiempos diferentes para consoli-

9 BINDER, ALBERTO MARIO, *La reforma a la justicia en américa latina: Las lecciones aprendidas* en Farid Samir Benavides, Alberto M. Binder, Carolina Villadiego”, Fundación Friedrich Ebert, Bogotá, 2016.

dar el sistema. Cada uno de ellos fue impregnándose con su propio color e intensidad, pero todos fueron imprescindibles para arraigar la audaz propuesta que se puso en juego.

La autora identifica esos hitos como reformas de la primera, segunda y tercera generación¹⁰. Compartimos sus conceptos:

“El contenido de las tres oleadas de reformas implicó: que la primera dio origen a los llamados códigos acusatorios de *primera generación*, responsables de instalar sistemas acusatorios mixtos o inquisitivos *atenuados*. Estos códigos tuvieron en común la separación de las funciones de investigación y decisión en dos personas distintas, el fiscal y el juez y la incorporación de la oralidad mediante audiencias, aunque en general se adoptó sólo en la etapa de juicio. Se mantuvo la forma escrita en la etapa de investigación, desnaturalizando así los beneficios de la oralidad. También se incorporó el juicio por jurados y el juicio abreviado para cierto tipo de causas, democratizando así la justicia mediante la participación de la ciudadanía en la decisión judicial.

La segunda oleada reformista, conocida como de segunda generación, se hizo presente recién en los últimos veinte años. Fue recibida en Chile y en algunas provincias argentinas. Se extendió la oralidad a todas las etapas del proceso penal. Las pruebas se producen en la audiencia de juicio y se reemplazó el expediente por un legajo de prueba circunstanciado y sin la pesadez de aquellos que informaban la instrucción penal. Estas reformas introdujeron, también, cambios en los modelos de organización judicial, evadiendo la secuencia lógica del sistema inquisitivo, introduciendo alteraciones en la estructura de la gestión judicial. Se apuntó a terminar con la jerarquización de jueces; a organizar las oficinas en equipos de trabajo divididos por tareas; a separar las labores administrativas de las judiciales e incorporar personal capacitado (secretarios, contadores, administradores, etc.). La asignación de causas es atribuida por cantidad y dificultad, procurando así una equitativa distribución de la carga de trabajo. Se crearon oficinas de gestión de audiencias dirigidas por profesionales administrativos. Esta generación de reformas provocó que la orga-

10 DÍAZ PUCHETA, SOFÍA, *Revista Argumentos* Núm. 4 julio 2017, pp. 1-19 Sección: Artículos Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez [http: revistaargumento.justiciacordoba.gov.ar](http://revistaargumento.justiciacordoba.gov.ar), Argentina.

nización del sistema judicial adquiriera un nuevo valor político en el servicio de justicia”.

Finalmente, concluye la doctrinaria en que:

“Están en curso reformas de *tercera generación*. Éstas conllevan la mejora del sistema acusatorio, incorporándose medidas alternativas de solución de conflictos penales destinadas, por un lado, a disminuir la sobrecarga de trabajo que tiende a colapsar los sistemas procesales en general y, por otro, brindando soluciones al caso que realmente resuelvan el conflicto penal, permitiendo a la víctima y al imputado acordar una reparación que satisfaga el *interés de ambos*”.

DÍAZ PUCHETA acota que “las salidas alternativas no implican ausencia de castigo al culpable. El castigo acordado entre partes es aceptado *voluntariamente* porque satisface sus intereses; y eso tiene una enorme repercusión en la forma en que la víctima percibe el proceso penal (que responde más a sus intereses particulares) y en la resocialización del imputado, ya que éste acepta y propone voluntariamente su castigo, asume las consecuencias de su accionar y se hace responsable de sus actos.

En esta generación de reformas la víctima tiene un nuevo rol. Es más activo porque se le reconocen nuevos derechos: a ser oída, a que sus requerimientos sean tenidos en cuenta y a participar en el modo de solucionarlos. Este nivel de reformas impone adoptar una coordinación y colaboración de trabajo entre las fiscalías de diferentes provincias para solucionar problemas que impactan en la ciudadanía a nivel interprovincial. Otra importante modificación deviene de la Policía de Investigación a cargo del Ministerio Público Fiscal que es separada de la Policía de Seguridad”.

Nos pareció también de utilidad seleccionar otro discurso doctrinal que fundamenta, desde una perspectiva diferente, la rica visión que impulsa a los procesos acusatorios-adversariales. Sostiene CRISTIAN RIEGO, en relación al modelo inspirador del sistema acusatorio chileno que entró en vigor en el año 2001, que:

“... Se ha operado un cambio completo en el sistema de recolección de las pruebas. El Código elimina el sumario judicial y entrega la tarea de recopilar los antecedentes del caso al fiscal con la colaboración de la policía. La actividad del fiscal en la recolección de pruebas es

informal, no hay pasos obligatorios establecidos en la ley y debe ser conducida del modo en que resulte más eficiente de acuerdo con los criterios que el propio Ministerio Público desarrolle. Esta actividad de preparación del juicio se desarrolla bajo el control de un juez, llamado juez de garantías, que está encargado de resolver cualquier conflicto que pueda producirse entre el fiscal y el imputado, en especial aquellos relacionados con la afectación de *derechos individuales*. Toda esta actividad de recolección de pruebas tiene un carácter preparatorio respecto del juicio, que constituye la etapa principal del proceso. En consecuencia, la evidencia reunida por el fiscal no tiene valor alguno si no es presentada y examinada en el juicio”¹¹.

A su vez, nos apoyamos en las ideas de JORGE VÁZQUEZ ROSSI¹² que marca los *espacios* que no pueden ser vulnerados por los sistemas procesales.

“Todos los individuos están investidos de ciertos *derechos fundamentales* reconocidos por la Constitución y que implican la consecuente obligación de respeto de estos no sólo por el Estado sino por todos los individuos. De lo que se trata es de una suerte de retorno a las fuentes; de abreviar en esas limpias aguas que nutrieron los movimientos *libertarios* que fundaron nuestras patrias y que dieron sentido a los movimientos emancipadores, y de encontrar firmes cimientos para la construcción de un verdadero *derecho penal de la democracia* en esa inacabada (y muchas veces mal aprendida) lección del texto y espíritu constitucional. Sólo así podremos esperar razonablemente que los hombres no se devoren entre sí, sin que los aplaste el Leviatán”.

Y a estas reflexiones le adicionamos una que viene de un pasado lejano. El ilustrado CESARE BECCARIA, con una valentía que se aprecia aún más teniendo en cuenta el contexto histórico en que se pronunció, lanzó los primeros destellos que pusieron en marcha a la corriente humanista.

En el distante siglo XVIII, razonaba sobre los delicados límites que debe observar la cesión de nuestra libertad a favor de las instituciones estatales, enseñándonos en su célebre obra *De los delitos y de las penas*¹³ que:

“Fue la necesidad la que obligó a los hombres a ceder parte de sus

11 RIEGO, CRISTIAN, *La reforma procesal penal*, artículo publicado en la web.

12 VÁZQUEZ ROSSI, JORGE, *Derecho Procesal Penal*, Rubinzal-Culzoni, Argentina, 1995, p. 31.

13 BECCARIA, CESARE, *De los delitos y de las penas*, Universidad Carlos III, Madrid, 2015.

libertades: y es cierto que cada uno no quiere poner en el depósito público sino la porción más pequeña que sea posible, aquélla que sólo baste a mover a los hombres para que le defiendan. El agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad posibles forma el derecho de castigar: todo lo demás *es abuso y no justicia*; es hecho, no derecho”¹⁴.

Agrega BECCARIA:

“La palabra *derecho* no es contradictoria con la palabra *fuerza*; antes bien, aquélla es una modificación de ésta, cuya regla es la utilidad del mayor número. Y, por *justicia*, entiendo sólo el vínculo necesario para tener unidos los intereses particulares, sin el cual se reducirían al antiguo estado de insociabilidad. Todas las penas que sobrepasan la necesidad de conservar este vínculo son injustas por su naturaleza. También es necesario precaverse de no fijar en esta palabra *justicia* la idea de alguna cosa real, como de una fuerza física o de un ser existente; es solo una simple forma de concebirla por los hombres: manera que influye infinitamente sobre la felicidad de cada uno”¹⁵.

Y concluye:

“No entiendo tampoco por esta voz aquella diferente suerte de justicia que *dimana de Dios*, y que tiene sus inmediatas relaciones con las penas y recompensas eternas. La primera consecuencia de estos principios es que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador que representa toda la sociedad unida por el contrato social: ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. Pero una pena que sobrepase el límite señalado por las leyes contiene en sí la pena justa más otra adicional, por consiguiente, ningún magistrado bajo pretexto de celo o de bien público puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente”¹⁶.

El último paso que asumió la trabajosa reforma de la justicia penal pasó por la lenta admisión del juicio por jurados.

14 *Ib.*, p. 20.

15 *Idem.*

16 *Ib.*, p. 20-21.

En la Argentina existe un mandato constitucional de larga data en pos de su instauración. Sin embargo, las cláusulas programáticas consagradas en los artículos 24, 75, inc. 12 y 118 de la carta magna sólo se hicieron operativas en las últimas décadas. Ya existen diez provincias en las que se aprobaron leyes que regulan este tipo de juicios: Córdoba, Buenos Aires, Neuquén, San Juan, Chaco, Mendoza, Río Negro, Entre Ríos, Chubut y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que se sumó en octubre de 2021. Se adoptaron diversos formatos: así en Córdoba, escabinado ampliado; en Buenos Aires, jurado popular clásico; en Neuquén, jurado popular obligatorio; en Río Negro, jurado popular obligatorio; en Chaco, jurado popular obligatorio, pero el común denominador de estos cuerpos colegiados fue la intervención del ciudadano en la administración de justicia.

No es ésta la oportunidad para expedirnos sobre el avance y perfiles del *juicio por jurados*, pero señalamos que sólo resulta compatible con un modelo de debate y de impartir justicia que sea decididamente *acusatorio-adversarial*. Los jurados no preguntan, no interrogan, no se persuaden, por el contrario, deben ser persuadidos y estas premisas son *incompatibles* con las ideas centrales que alientan los modelos publicistas.

Pues bien, esas liberales concepciones que nos vienen del pasado histórico y nos auxiliaron para construir el venturoso presente por el que transita el garantismo y el modelo normativo que propone para atender los conflictos civiles. nos lleva a concluir que buena parte del procesalismo contemporáneo estuvo a la altura de sus circunstancias pero, claro está, el compromiso no resultó simétrico. Este dato nos deja cavilando pero también nos impulsa a renovar los afanes para lograr esa ansiada homogeneidad.

5. LA BATALLA LINGÜÍSTICA

De la hegemonía que consagró el sistema acusatorio-adversarial para procesar y juzgar los conflictos penales volvemos, en este tramo, al campo de debate que enfrasca a garantistas y publicistas sobre el modo de procesar y juzgar los conflictos civiles. La intensidad que cobró esta disputa implica no despreciar ninguno de los terrenos en los cuales se instaló. Uno de especial relevancia pasa por la apropiación, el uso deformado y hasta capcioso de *las palabras* (a las que apela el publicismo para denostar nuestras ideas). Debemos lidiar con ciertas cargas peyorativas intencionadamente urdidas que pesan sobre el sintagma *garantismo procesal*. Esto, por un lado.

A su vez, nos impone redefinir y dar claridad a algunos de los conceptos que manejamos cuando apelamos a este término. Es que el modelo al que alude el garantismo bien pudo ser rotulado de un modo diferente (corriente humanista, el proceso de la libertad, el liberalismo procesal, el modelo adversarial, el proceso dispositivo moderno, etc.). Y se formula esta advertencia sobre la utilización de términos equipolentes porque la propuesta que sostenemos excede el campo de las garantías con las que debe arrojarse al individuo. En rigor, el modelo es mucho más abarcativo: busca *reposicionar a la persona humana en toda su plenitud frente a la autoridad*. Si el ideario garantista se alimenta de la libertad, la igualdad y la dignidad del justiciable, queda claro que sus consignas superan -y en mucho- esa sintaxis.

Si bien concedemos que fue nuestra propia corriente de pensamiento la que acuñó el término *garantista* y que éste cobró mayor significancia luego de ser evocado por LUIGI FERRAJOLI, nos asalta la duda respecto de los costos que afrontamos al haber optado por esa elección semántica.

Más allá de que la batalla por los nombres no cobra la misma relevancia que la lucha por las ideas, el sentido de las expresiones resulta de una significancia mayor. El garantismo procesal es un sintagma que, a la vez, dice *mucho* pero también *expresa poco*. De todas formas, se aceptaría -y de buen grado- la adjetivación *garantismo procesal* en la medida de que, al evocar ese término, se lo asocie -simbólica y operativamente- *con el reconocimiento pleno de los derechos de los justiciables y de todos los resguardos que postula para hacerlos efectivos*.

Como expresamos antes y bien mirada a la distancia, la adscripción al término *garantismo* procesal nos expuso a un riesgo innecesario: cargar con un sayo mal colocado. Hemos sufrido varias connotaciones negativas alentadas por el pensamiento publicista que se instalaron, también, en ciertas capas de la sociedad. Es tan así que se observan virtudes (que objetivamente son muy claras), como supuestos defectos que porta el sistema.

Estas descalificaciones las padeció desde siempre el modelo acusatorio adversarial penal. Se instaló la falsa idea de que, ante la comisión de un delito, la opción garantista *favorece al imputado y perjudica a la víctima*. El expresivo término *puerta giratoria* dibujó la errónea imagen de que el presunto criminal ingresa a la justicia penal y -rápidamente- queda liberado del ilícito que se le imputa por los jueces *garantistas*.

Debemos enfrentar y refutar esas insustanciales acusaciones. Todo el entorno normativo garantista, lejos de ser un facilitador de la delincuencia, está predispuesto *a favor de la víctima* y *no representa ningún salvoconducto para el imputado*. Avala lo dicho la existencia de la figura del *querellante autónomo* (que puede perseguir al imputado aun en defecto de la acusación por parte del órgano estatal).

Además, se potencia la participación del afectado cuando se le concede la posibilidad de arribar a *soluciones alternativas* de su conflicto que puedan reparar el daño ocasionado. Lo mismo ocurre cuando debe ser escuchado sobre toda decisión que pueda favorecer al imputado. Este es un enunciado meramente ejemplificativo del cúmulo de derechos que le asisten a la víctima a lo largo del proceso, pero pone en evidencia el equilibrio alcanzado entre el acusador público o privado y la defensa.

Y con relación al papel de los jueces penales, bien se trate de aquellos de la etapa preparatoria o los de juicio, la circunstancia de que un imputado de un ilícito penal deba ser juzgado *con garantías* es algo obvio. Y también lo es que la víctima deba gozar de la debida *participación* en el conflicto penal que la afecta.

Un juez garantista, en el bien entendido sentido del término, si en la etapa del juicio formó la convicción, racional, motivada y que emerja de las constancias de la causa, proveniente del quehacer de los sujetos procesales, condenará al sindicado del ilícito si debe hacerlo. A su vez, si su certeza es negativa, lo absolverá. Al igual que si se encuentra en estado de duda.

Así que solo un juzgador que *falsifique el ideario garantista* resolverá lo que se le plazca o tomará partido a favor del imputado, despreciando lo que surja de las pruebas de cargo que no debería omitir. En la misma línea, cuando algunos de los jueces de ejecución penal liberan indiscriminadamente a los delincuentes (por buen comportamiento, actividades llevadas a cabo en el presidio u otras causas) violando el recto deber que les impone hacer cumplir estrictamente los plazos de la condena, no lo hacen porque estén imbuidos de un *espíritu garantista* y si, por el contrario, actúan libremente porque se arrojan la omnipotencia de quebrar los mandatos legales.

Un auténtico juez garantista se rige por el imperio de la ley y lo exterioriza en el mantenimiento del respeto irrestricto que le debe. Si un imputado es condenado a cumplir una pena, un juez garantista no excepcionará la ley y hará cumplir la condena como el mandato de los jueces que sentenciaron la causa lo determinaron. En rigor, si el juez de ejecución penal se aparta de ese camino, su conducta censurable, que provoca tanto eco negativo en la sociedad, sólo pueden explicarse porque las asumen jueces que se sienten *desapegados de los mandatos legales y se inclinan a imponer su propia voluntad*. Si un juez rompe con el texto y el espíritu de las leyes, mal puede imputársele al sistema acusatorio las conductas de quienes se consideran no condicionados por la ley sustantiva o procesal. Estos jueces, insistimos, *son falsos garantistas* porque se sienten liberados de la sujeción al orden jurídico y están inclinados a imponer sus propias convicciones.

Y las imputaciones que sufre el modelo acusatorio penal se replican en el ámbito de los *procesos civiles*, como ya se lleva visto. Aquí también se adulteró el sintagma *garantismo procesal*, achacándole otra cadena de vicios que sólo existen en la imaginación de quienes los invocan. Livianamente se lo acusa de expresar un modelo de juez decimonónico, esclavo de la ley, pasivo y distante. Es más, se le recrimina asumir el papel de un *juez espectador* durante el trámite procesal. Y lo que es muy grave por lo falso de la tesis: se afirma que si un juez otorga libertad procesal a las partes quedaría sometido inexorablemente a las *malas artes* que los justiciables puedan desplegar. También que limitarlo al mero papel de árbitro lo asemeja a un referí de una contienda deportiva a la hora de fallar y lo convierte en una máquina generadora de silogismos, acotado a las simples operaciones de subsunción entre los hechos y las normas, convertido en un juez que quedaría reducido a ser la mera expresión de la *boca de la ley*. Se buscaría, en suma, a un juez servil, rendido ante la omnipotencia del legislador.

¿Qué sustento serio gozan estas multiplicidad de imputaciones? Ninguno. Por eso, debe prestársele una especial atención a la batalla por las palabras porque resulta claro que la corriente publicista comprendió -y muy bien- que uno de los atajos para no ceder terreno en la lucha por las ideas (de la que inexorablemente resultará perdidosa) pasaba por aferrarse a símbolos o falacias. La labor de distracción evitó, en cierta medida, que quedara al desnudo la peligrosa ideología de la que se alimenta el activismo judicial.

Un publicista, además, continuará aferrado a estas falacias porque le resultan funcionales para instalar y mantener varios mitos ajenos al saber científico pero que quedan camuflados como si las respuestas vinieran de ese lado. Así, la imagen del juez con *rostro humano* es una bella frase que en modo alguno se conjuga con ese juez que impone *su poder sobre el saber*. Un juez apoyado en el poder no porta humanidad en su rostro; y si acaso la tuviere, debería quedar evidenciada por el respeto irrestricto hacia la *humanidad del justiciable*.

Y en tren de sostener ideas apelando al uso de palabras simbólicas, una muy cara al publicismo nos muestra al juez *cercano* a los litigantes. Cabe una similar objeción: si la cercanía sólo sirve para reafirmar su superioridad y no para ponerse al servicio de ellos, se vuelve estéril. Así que una *cercanía verticalista* no representa utilidad alguna para las partes. Recurren también y con frecuencia a otra parábola que coloca al juez como el encargado de suministrar el *pan de la justicia*. La sintaxis apunta a lo emocional pero deja sin esclarecer cuál es el medio válido para encontrar la exacta distribución de ese *pan justiciero*.

Otra apelación a la emoción parte de levantar la tesis de que un juez debe auxiliar a la parte más débil, como ya lo hemos analizado, y que le toca equilibrar la presunta desigualdad que padece uno de los justiciables. Lo cierto es, y repiqueteamos con esta idea, que cuando el juez se puso al lado de una de las partes (la supuestamente más débil), la otra (presumiblemente la más fuerte) quedó privada de la posibilidad de ser juzgada desde la imparcialidad, la equidistancia y la neutralidad, que el propio juez se encargó de destruir. Un juez dadivoso resulta inestimable para quien recibe su ayuda, pero luce despreciable para quien se enfrenta en su litigio a dos contendientes: *la parte adversaria* y *el juez que pasó apoyarla*.

Se argumenta que los poderes conferidos al juzgador se explican porque él se ocupa con igual o con mayor intensidad que las propias partes de un conflicto que le es *ajeno* y además su interés es objetivo y por tanto alejado de la parcialidad que contamina a las partes (como lo expresa MICHELE TARUFFO). Pero

en la vida no ocurre esto. Nadie se interesa de lo ajeno más que de lo propio. De otro lado, el juez se maneja entre las subjetividades de las partes así que no puede construir nada objetivo. Lo cierto es que queda al desnudo que apelar a la emotividad, a la belleza, a la compasión, al victimismo y a la exaltación del juez como líder jurídico, es uno de los resortes que posibilitan colocar a ese funcionario del Estado muy por encima de las partes.

Y la cuestión no se detiene acá: el publicismo propone *falsos dilemas*. Una de esas fantásticas opciones, como lo llevamos visto, lo exhorta que si a la hora de fallar debe escoger entre pronunciarse con sujeción al derecho vigente o conforme a su sentido de justicia, debe inclinarse por éste para que impere el *reino de lo justo sobre el de lo legal*. Lo que omite el aforismo es que para aplicar la subjetiva justicia de ese juez se deja de lado -impunemente- la sujeción a la ley, garantía esencial para todo justiciable: la que la autoridad y el particular respete a todo trance la *legalidad*. Si se nos permite la licencia, ese juez justiciero implementa una suerte de justicia del Cadí, pero instalado en la modernidad.

El garantismo no debe ceder en la batalla por las palabras pero mucho menos ha de amilanarse al momento de afrontar la lucha contra ese catálogo de ideas insustanciales expuestas en los párrafos anteriores. Y no debe trepidar en la denuncia de falsas verdades que no gozan de soporte científico. La auténtica disputa que debe librarse entre el garantismo y el publicismo procesal puede resumirse en una lucha a favor de *la libertad de los justiciables* o del *intervencionismo estatal*. Y bien, de esa disputa sólo puede salir ganancioso uno de los dos postulados ya que su armonización resulta *incompatible* y sólo uno de los dos modelos porta validez democrática. El apelar a lo mítico, a lo emocional, al mensaje populista prometiendo lo que nunca puede brindársele a los justiciables, no le alcanzará al publicismo para construir la coraza de legitimidad y racionalidad de la que no gozó y no gozará. La suerte adversa que corrió la ideología publicista y su codificación neoinquisitiva quedó sellada a la hora de reformarse la justicia penal, como se lleva explicado largamente, y permite vaticinar el mismo destino para una jurisdicción civil fuertemente verticalista que todavía hoy procesa y juzga de ese modo los conflictos no penales.

Casi como una nota de color, y cerrando este tramo, concedemos que la imprecisión terminológica constituye casi un mal necesario e inevitable ante el imperfecto universo lingüístico con el que nos manejamos.

Sin ir más lejos, esta obra padece de un cierto reduccionismo semántico. Nos explicamos: el título escogido para presentarla: *El proceso civil adversarial*

expresa sólo una parte de su contenido. Se aplica, en todo caso, al formato codificado; pero el sintagma no evoca toda la extensión del marco teórico y iusfilosófico que desarrollamos. Asumiendo esa falencia se apeló a un subtítulo: *Una deuda pendiente en Latinoamérica*. Los términos son complementarios y grafican que (todavía) no se ha consagrado en la legislación positiva de la región el modelo dispositivo-adversarial. Esa sería la deuda pendiente que debemos cancelar y se impone que lo hagamos de un modo urgente. Por último, la conjunción de ambas frases explica de un mejor modo el contenido de nuestra labor.

6. LA LUCHA POR LAS IDEAS

La lucha por las ideas es la que adquiere una importancia radical. Supone tomar varias posturas y hacerlo de un modo muy firme. Así, una de ellas pasa por determinar, por caso, qué sujetos procesales deben asumir *la centralidad* cuando se debaten conflictos civiles.

El garantismo, al *exaltar al justiciable* y recelar de los excesivos poderes concedidos a la jurisdicción estatal, posibilitó un acertado diagnóstico sobre la crisis terminal que afectaba (y afecta) al sistema judicial. También al concebir el modelo de procesamiento y juzgamiento *desde el llano* nos hizo comprender que buena parte de la crisis de la justicia fue provocada por la errónea mirada publicista. Ese ideario está enfocado desde *arriba* y su construcción a partir de la jurisdicción fue el que desequilibró el fiel de la balanza. El equívoco lo alejó de la posibilidad de detectar las causas del desmadre provocado y lo llevó a formular recetas aún más erróneas que sus deficitarias prognosis.

Por el contrario, el diagnóstico correcto de donde parte el garantismo procesal le facilitó encontrar las respuestas acertadas para salir de este marasmo. Contamos con la *cura jurídica* para un sistema procesal terminalmente enfermo, casi mórbido. Estamos prestos a suministrar el paliativo que le haga frente a una cultura viral muy dañina, acudiendo al rescate del justiciable para enfrentarnos con la pandemia intelectual provocada por el proceso publicista y el activismo judicial. La mesa científica está servida para instalar un modelo de debate y juzgamiento puramente dispositivo y adversarial.

La base sobre la que se sostiene este formato supone el reconocimiento teórico y codificado a favor de las partes procesales, de: a) su humanidad; b) su amplia esfera de libertad; c) la posibilidad de debatir en un real pie de igualdad, con idénticas oportunidades discursivas; d) contando con mecanismos adversariales, dialógicos, cognoscitivos y pacificadores; e) sufriendo la mínima injerencia de la jurisdicción estatal; f) y recibiendo, a la hora de sentenciar, una respuesta democrática por medio de un decisorio apoyado en la correspondencia de los hechos afirmados y confirmados en la causa, unidos por una lógica racional y sin desviarse de la legalidad.

En el párrafo siguiente completaremos estos conceptos.



7. EL CONTINUISMO IDEOLÓGICO Y CODIFICADO. LAS BASES TEÓRICAS IRRENUNCIABLES

La construcción de un modelo racional de debate y juzgamiento requiere enunciar sus premisas esenciales de un modo *asertivo*. Un modelo procesal debe dejar en claro los cinco principios que lo iluminan y que ya fueran instalados hace muchos años por ALVARADO VELLOSO¹⁷.

El *proceso debido* (a favor de las partes y no de la autoridad) implica consagrar: a) un método de debate que debe darse entre *parciales*, plenamente *contradictorio*, *dialógico* y *pacífico* que los ubica en un plano de *perfecta igualdad jurídica*; b) priorizando la calidad de *tercero imparcial, imparcial e independiente* del juzgador; c) diagramando una *serie lógica* que les permita ejercer sus amplios poderes de postulación, posibilidad de refutación, confirmación de las premisas fácticas expuestas, su valoración, y la eventual impugnación de lo decidido; d) asegurando la *transitoriedad de la serie* que debe ser procesada y resuelta en tiempo razonable y juzgada congruentemente; e) y, por último, imponiendo que se debata sobre una cuestión litigiosa lícita.

Si aceptamos la validez de estos cinco principios procesales caeremos en la cuenta de que ellos no pueden sostenerse sin un marco de garantías brindadas desde la *institucionalidad*. Es por eso que estamos legitimados para reclamar a quienes tienen la competencia para poner en marcha esos mecanismos, el funcionamiento de códigos procesales que los hagan operativos.

Los cinco ejes que hacen al debido proceso ya fueron enumerados. Pero si aspiramos a consagrar una codificación dispositiva-adversarial debemos complementarlos con otras máximas que son funcionales a este modelo de debate.

Así; 1) exigir a los legisladores de turno que consagren la perfecta igualdad de los *parciales* en el procesar, compensando la natural desigualdad humana que invariablemente ostentan antes y después de finalizado el proceso judicial; 2) requerir que cuenten con un órgano jurisdiccional que respete su irrestricta imparcialidad, imparcialidad e independencia (externa y de sus propios pre-

17 ALVARADO VELLOSO, ADOLFO, *Introducción al Estudio del derecho procesal*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Argentina, 1989.

juicios); 3) asegurar que la razón de ser del proceso pase por limitar el poder de punir estatal y ampliar el ámbito dialogal de sus contendientes; 4) que el proceso sea utilizado como instrumento de libertad y no de opresión; 5) que la función de la jurisdicción -la expresión más extrema del ejercicio del poder estatal- sea definida más allá de lo meramente técnico y desde una visión democrática, republicana y liberal; 6) que se le imponga al juez el deber de ser esclavo de la ley, bajo un marco de racionalidad y acotada su discrecionalidad al momento de fallar; 7) que las decisiones de los jueces (a lo largo del proceso) no resulten el fruto de sus prejuicios, de su ideología, de su moral, de su postura política, de sus creencias religiosas, de su género, entre otros factores que pueden desviar la objetividad de su juicio; 8) que al momento de expedir el fallo se brinde una explicación puntual, fundada y derivada sobre todas y cada una de las razones que llevaron al juez a condenar o absolver; 9) y que en esa dramática instancia de fallar se muestre especialmente al perdedor que su resolución es una expresión democrática que puede ser compartida o refutada pero que contiene un juicio crítico, lógico, valorativo de los hechos, la prueba y del derecho y apoyado en las constancias de la causa.

Esta suma de cinco principios y de nueve premisas (estas últimas enunciativas y no taxativas), toman mayor validez ante la histórica e inevitable *tensión* generada *entre las partes y la autoridad estatal*. El cuadro que pintamos se intensifica en esta instancia porque los justiciables conviven en un estrecho y permanente contacto con mandatos prescriptivos que emanan de *dos poderes del Estado*: a) del poder legislativo que regula la forma de discutir procesalmente y la de fallar y; b) del poder jurisdiccional que decide sobre los bienes jurídicos en disputa. Por eso postulamos la mínima intromisión del juez durante el debate y la reducción de la coacción sobre el ámbito de libertad de los justiciables.

En el fino juego de pesos y contrapesos procesales quedarán moldeados los formatos codificados que deriven de una *concepción político-jurídica liberal o de una visión intervencionista y estatizante*. Si la mirada se enfoca en el individuo -y no en el poder judicial- tenemos la certeza de que las partes gozarán de amplios espacios de libertad, se harán cargo de sus actos y de las consecuencias favorables o desfavorables que de ellos deriven.

El modelo adversarial conlleva otro requerimiento epistémico que ya venía exigido por LUIGI FERRAJOLI y que compartimos en plenitud: *otorgar máxima cognoscibilidad al debate procesal*. Tendrá ese atributo si se permite a las par-

tes ofrecer y recabar el mayor grado de información fáctica posible y confirmarlo con los medios de prueba.

Razona FERRAJOLI que un proceso cognoscitivo lo será en la medida en que:

“las hipótesis acusatorias sean concretamente sometidas a verificación y expuestas a refutación, de forma que resulten convalidadas sólo si resultan apoyadas por pruebas y contrapruebas, según la máxima *nullum iudicium sine probatione*”¹⁸.

Si uno o ambos presupuestos están ausentes o retaceados se desciende a una mera jurisdiccionalidad (que supondría un juez que fallara con desapego de las constancias de la causa o con discrecionalidad no justificada). FERRAJOLI acuerda que es forzoso y útil que se deje a los jueces la postrera decisión sobre si algo ocurrió o no, si es o no es, porque el universo fáctico y confirmatorio no lo puede prever el legislador. De ahí que un modelo teórico y normativo del proceso penal (y civil) deba asumir la condición de cognición o de comprobación, donde la determinación del hecho configurado por la ley como delito (o como los hechos o actos jurídicos a verificar en las causas civiles) debe *excluir las valoraciones* (en lo posible) y admitir sólo, o predominantemente, aserciones o negaciones *-de hecho o de derecho-* de las que son predicables *su verdad o falsedad procesal*.

La jurisdicción, en realidad, y según las palabras de FRANCIS BACON¹⁹, evocadas por FERRAJOLI es -o al menos aspira a ser- *iusdicere* y no *ius dare*, es decir, una actividad normativa que se distingue de cualquier otra, no sólo de la legislación sino también de la administración y de la negocial. Está motivada por aserciones supuestamente verdaderas y no sólo por prescripciones. De modo que no es meramente potestativa y ni siquiera discrecional, ya que está vinculada a la aplicación de la ley a los hechos juzgados mediante el *reconocimiento* de los primeros y *conocimiento* de los segundos.

Podemos decir, retomando los conceptos de FERRAJOLI, que si la ética es «sin verdad» por ser los juicios éticos valorativos y no cognoscitivos, una justicia penal (y agregamos también una justicia civil) no arbitraria debe ser en alguna

18 FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, p. 35.

19 FRANCIS BACON filósofo inglés que en el siglo XVIII empirista, descubrió la teoría de la inducción a partir del método de investigación basado en la observación de los fenómenos naturales, también postuló ideas liberales en los modelos políticos y jurídicos.

medida «con verdad», es decir, basada en juicios penales (o civiles) *predominantemente cognoscitivos (de hecho) y recognoscitivos (de derecho) y sujetos como tales a verificación empírica.*

La libertad procesal, desde nuestra mirada, supone para las partes elevarlas y otorgarles un *estatus jurídico* que sólo es posible de ser realizado en la medida en que se las dote de capacidades suficientes para ejercerla y se mantengan esos espacios tanto a la hora de iniciar, refutar, impulsar, continuar y extinguir el litigio que las involucra.

En buenas cuentas, la consolidación de ese estatus jurídico las rescatará del vasallaje procesal que impone una jurisdicción dominante, colocándolas en el prominente papel de *cogestores* del conflicto de relevancia jurídica que las afecta. Los modelos procesales que absurdamente no han reconocido ese *estatus jurídico* forjaron una ominosa obediencia instrumentada en un sistema de censuras irracionales. Son los responsables de una desmesurada sujeción y subordinación del individuo frente a la autoridad y fueron los que dieron pie para que los jueces activistas asumieran la indebida condición de *tutores*, una suerte de *pastores laicos*, adjetivo que ya utilizamos pero lo replicamos por ser muy expresivo, que en un mal interpretado papel se dedican a *cuidar* que el rebaño se mantenga bajo su dominio y evitar así su peligrosa emancipación jurídica.

El punto límite que validará a un sistema procesal que se adecue con un estado constitucional de derecho lo marca un hito: que no se extralimite y avance sobre los derechos individuales que hacen a la esencia de la persona humana (la libertad, la paz, la dignidad, la honra, entre otros). Se acepta, entonces, que las libertades jurídicas sean limitadas pero sólo en la medida en que esas limitaciones fueren las necesarias para garantizar el libre y abierto debate jurídico entre los justiciables. Será el respeto de ese infranqueable límite el que legitimará -constitucional y convencionalmente- las normas jurídicas que alimenten a un sistema procesal.

El proceso liberal moderno tutela, y vale la pena resaltarlo, los derechos fundamentales de las partes; pero de un modo muy diferente a como es concebida esa tutela por los códigos publicistas. Entiende que no es deber de la jurisdicción *suplir las decisiones de la defensa letrada*. En modo alguno reemplaza sus fallas, no subroga sus falencias, confía en la adultez jurídica de los justiciables, no se inmiscuye en sus estrategias y no adiciona medios de prueba a los ofrecidos y producidos por ellos.

Y se cuida muy bien de asegurarles aquello que más valoran cuando su suerte procesal queda en manos de un tercero, en este caso de la autoridad judicial: que sus actos reflejarán *imparcialidad* (no favoritismos ni preferencias); pero esa imparcialidad sólo se puede garantizar (más allá de la obviedad de que ese tercero sea independiente de otros poderes y no tenga interés en el litigio) cuando quien debe decidir se libera de sus *inevitables prejuicios* (internos y externos).

Ese estado de asepsia mental no se logra con voluntarismos sino con eficientes mecanismos normativos. Se afianza, por lo pronto, cuando ese tercero imparcial queda sujeto a lo que la norma le impone: dar audiencia a cada una de las partes en el procesar y dirimir el litigio con el menor grado de contaminación y privilegiando la ajenidad. Un juez democrático en un proceso liberal no llega a involucrarse *subjetivamente* durante el trámite, entre otras razones, porque no ofrece medios probatorios oficiosos antes de fallar. Y al juzgar recurre a juicios que tienen comprobación *fáctica* y en menor medida a criterios de *valor*.

Recapitulando: se impone reforzar desde varios ángulos los conceptos teóricos y normativos que apuntan a remover las bases de un edificio procesal ideado para la justicia civil desde el publicismo y potenciado por el activismo judicial que resulta *ruinoso*. Es un modelo que parecería gozar de cierta *normalidad* y de un aparente *consenso* en amplias capas de la comunidad científica-procesal; pero esa conformidad hace tiempo es solo parcial. Si el *objeto-problema* de la ciencia procesal (su razón de ser) se origina cuando las personas se involucran en un conflicto civil, administrativo, familiar (o de cualquier otra índole), es en esa instancia en la que los valores más caros para los justiciables quedan expuestos al duro trance del que emergerá un ganador o perdedor jurídico. La comunidad científica les debe el no haber instalado un modelo procesal *fiable* y proveer una judicatura en la que puedan depositar racionalmente su *confianza*. De suyo, y esto resulta hasta una obviedad mencionarlo, son ellos los principales afectados (los perjudicados o los beneficiados) de la disputa que los enfrenta y la ciencia procesal debe esforzarse para satisfacer sus intereses.

Y en las cuestiones en donde se afectan intereses que trascienden al de las propias partes se debe apelar a institutos que si bien incrementan la injerencia estatal (*el Ministerio Pupilar en cuestiones de menores o incapaces, entre otros*) preserva la intromisión judicial y favorecen también al juez al mantener su imparcialidad.

La misión secular que se le impone a la justicia moderna no debe aspirar a una épica (sublime y propia de un acto de fe) y sí a dar respuestas previsible.

Las opciones para un juez democrático son mucho más *prosaicas, pedestres y sencillas* que las imaginadas por tesis que en buena medida provienen de la casta judicial.

8. LA INTERDISCIPLINARIEDAD LA AMPLIACIÓN DE LOS HORIZONTES EPISTEMOLÓGICOS

Para sostener un discurso procesal disruptivo como el que propone la corriente garantista y el modelo que encierra su formato codificado, netamente dispositivo y adversarial, debe apoyarse en la mayor variedad de *constructos culturales* que otorguen la máxima solidez a sus postulados.

Bajo esta premisa nos asomamos a varios escenarios y fuentes del conocimiento, tomando desafíos que quizás excedan nuestra propia capacidad para abordarlos. Pero como aquello que se busca, en definitiva, es fortalecer la construcción del ideario y la normativa proyectada, el transitar por otras fronteras epistémicas contribuirá y en mucho con esa finalidad.

Para debatir con seriedad debemos abrirnos hacia cada uno de los saberes científicos. Será una búsqueda necesaria para encontrar allí las respuestas idóneas frente a un debate que encierra una enorme complejidad y que nos llevó a una secuencia en la investigación científica que desarrollamos en distintos tomos de la obra y con diversos contenidos. Formulamos con ello una suerte de guía para compartir con el lector la razón de ser de los distintos abordajes

En este libro primero presentamos las bases sobre las que se edifica la ideología garantista y el formato codificado dispositivo adversarial para atender los conflictos no penales en la región

En el libro segundo nos ocupamos de la biología de la especie humana y de su estudio desde la antropología y la genética. Adicionamos la investigación de los sesgos culturales y nos aproximamos a su influencia en los sistemas de procesamiento y juzgamiento. Exponemos las inferencias extraídas de esa evolución biológica y de la adquisición de los conocimientos que, a través de los tiempos, moldearon el comportamiento de los humanos. Y nos ilustramos acerca de cómo la impronta genética y la herencia cultural son los responsables de las ideas y de los actos racionales, como así también de los irracionales que nos invaden.

La mirada hacia el pasado, incluso desde la prehistoria, nos permite entender cómo logró el publicismo, apelando a varios anclajes, mantener su forzada

supervivencia. Y descubrimos que se apoyó, entre otros factores, en el *mito tribal* de la superioridad de la autoridad y la propensión genética de la sumisión ante ella. Advertimos que a la peligrosa presencia de *pegamentos arcaicos* se sumaron las influencias de las ideas históricas acuñadas y transmitidas por medio de los *memes* culturales y cómo estos influyeron en las decisiones u opciones que se tomaron en el pasado y se toman en el presente. Es que un formato procesal autoritario que logra sobrevivir en pleno siglo XXI no puede explicarse y menos entender cómo todavía no se derrumbó, si no se lo mira desde distintas perspectivas que nos ayuden a entender aquello que luce inexplicable.

El libro tercero lo dedicamos a la estrecha vinculación entre la democracia política y el sistema dispositivo-adversarial. Exponemos allí las luchas y las penurias que sufrió la humanidad para imponer un modelo democrático y republicano. Acreditamos también que la ganancia -a cuenta a gotas- de la libertad del individuo frente a la autoridad fue primero una *conquista política* que precedió -y en mucho- a la *conquista de la libertad del justiciable ante el Poder Judicial*. Que el ser humano sea considerado primero *un ciudadano* es el precedente necesario (pero no suficiente) para aspirar, luego, a alcanzar similar estatus: el de justiciable libre y autónomo. El tema es abordado, entre otros saberes, desde la filosofía y la ciencia política, entendiendo que enriqueció nuestras ideas y que será de utilidad para el lector.

En el libro cuarto desplegamos el modelo teórico garantista y el sistema dispositivo adversarial. El camino desarrollado en los tomos precedentes despejó el terreno para asumir el abordaje *-in extenso-* de los postulados teóricos sobre los que se asienta la teoría garantista.

A modo de anticipo de su contenido, una idea directriz de la que partimos y se proyecta a lo largo de este volumen, pasa por analizar la necesaria condición de humanos convivientes y sus implicaciones. Es por esa causa que entregamos inmensa cuota de nuestras libertades, entre ellas la jurídica, y aceptamos las reglas de juego que nos permitieron subsistir.

También, por la misma razón, admitimos excluir la autotutela de los derechos, salvo casos excepcionales y, además, consentimos someternos a una solución relativamente pacífica de los conflictos a manos de un tercero munido del poder estatal que, al fin de cuentas, impone una violencia legitimada.

Esta cadena de sacrificios y de recortes a nuestra libertad nos lleva, siguiendo a

FRIEDRICH VON HAYEK²⁰, a entender que existirá libertad en la medida en que se verifique el grado mínimo de coacción por parte de *terceros sobre el actuar de las personas*. Y en lo que nos interesa, garantizar la disminución de la coacción de los sujetos que asumen cuotas de poder frente a las partes procesales.

La historia y la ciencia política nos demuestran que un *estado intervencionista*, en cualquiera de sus niveles, sólo puede exhibir rotundos fracasos. La injerencia estatal, en su afán de dirigir la vida política, la actividad privada, los medios de comunicación y los actos de los justiciables, muestra paupérrimos resultados.

En lo político, debilitó a las democracias creando líderes carismáticos y providenciales. En lo económico, llevó al empobrecimiento de la región (Argentina es quizás el ejemplo más patético de esa destrucción de los niveles de vida de sus habitantes). Una de las conclusiones a las que arribamos es que la visión paternalista del Estado y del comportamiento del Poder Judicial embelesado en su destino místico, supone una peligrosa mirada que utiliza a los individuos como simples medios al servicio de los fines absolutos e irrealizables que se arroga.

En el libro quinto nos abocamos a la teoría de la decisión judicial en el marco del proceso dispositivo-adversarial. El garantismo juzga imprescindible establecer los estándares mínimos exigibles a los jueces para explicitar las razones o los fundamentos que los llevan a la convicción de las decisiones que toman. Es una faena que debe agotarse tanto desde la dogmática como desde las propuestas codificadas.

Por esa razón desarrollamos la teoría de la decisión judicial desde la visión procesalista, pero también integrándola con la teoría de la argumentación y, además, exhibiendo cómo fue concretada en las normativas contenidas en el Código Modelo²¹.

En el libro sexto ingresamos de lleno en el nivel normativo y la construcción del sistema dispositivo adversarial. Ese formato codificado se exhibe como *carta de presentación* por parte del garantismo procesal ante los justiciables, la comunidad científica y los legisladores.

20 FRIEDRICH VON HAYEK, filósofo y economista vienés del siglo XX, integrante de la escuela del pensamiento austríaco y sostenedor del liberalismo en lo económico y en lo político.

21 En el año de 2016 en el marco del XXVII Congreso Panamericano de Derecho Procesal celebrado en la Ciudad de Panamá. En ese marco el Instituto Panamericano de Derecho Procesal le brindó su valioso aval y lo convirtió en el proyecto oficial para la reforma de la justicia no penal en Latinoamérica bajo la denominación PROYECTO DE CÓDIGO GENERAL MODELO DE PROCESO PARA LA JUSTICIA NO PENAL DE LATINOAMÉRICA.

El diseño que observa el Código Modelo guarda correspondencia con el marco teórico de donde parte. Si la corriente garantista liberal ya ganó amplios espacios en este plano, en el mundo de la codificación lo obtendrá si las respuestas normativas solucionan los graves problemas que afectan a los justiciables.

En el libro séptimo desplegamos a los valores que encierra la axiología garantista. Exponemos la escogencia de aquellos que en nuestro entendimiento deben primar para procesar y juzgar los conflictos civiles. Y esa visión quedará indisolublemente anudados a la que tengamos sobre la persona humana, su individualidad, los colectivos jurídicos, el poder, sus límites y la función de los órganos estatales.

A esas y otras cuestiones debemos afrontarlas pertrechados de aquello que rescatamos de los saberes filosóficos, iusfilosóficos, sociológicos, psicológicos y políticos a los apelamos una y otra vez en esta obra. Dejamos constancia de que el auxilio que nos brindan esas ramas del conocimiento humano resulta meramente enunciativo, pero, no obstante, de ese abanico cultural nos interesa rescatar un valor que marca nuestro norte a la hora de procesar y fallar los conflictos de índole no penal: tallar un auténtico *rostro humano* que impregne al método de debate de una mirada realista (no ya sólo de la juridicidad y sí de la vida).

Proponemos, en suma, un proceso judicial en el que no exista un *sujeto absoluto*, a la semejanza de un dios laico. La axiología al que nos adscribimos supone alejarnos de los absolutos. Tomar distancia de las ideas que imaginan la existencia de un razonamiento judicial perfecto que determine la verificación inequívoca de los hechos acontecidos en la realidad social y la subsunción exacta de ellos en la norma jurídica aplicable al caso.

Este paradigma encierra una *ilusión metafísica*. Se trata, además, de una *ingenuidad filosófica* impregnada de *realismo mágico*. La verdad procesal, como valor al que puede accederse (sin implicaciones metacientíficas) se alinea con el concepto tarskiano²² de *correspondencia semántica*.

Dentro de sus límites y durante el procesar se aspira a que las partes (y no el juez) busquen determinar la veracidad de sus enunciados fácticos y jurídicos, y que al juez sólo le corresponda, al momento de fallar, el conceder la razón a la hipótesis que con grados de certeza (negativa o positiva) deba ser declarada

22 ALFRED TARSKI, filósofo polaco, introdujo en el siglo XX tomando como base las ideas de Aristóteles el concepto de la verdad como correspondencia semántica.

como triunfadora en la causa y, por último, en el supuesto de que lo invada la duda, proceda a rechazar la pretensión, consagrando el estado de inocencia también en el **ámbito de los conflictos no penales**.

A modo de resumen: en esos amplios y profundos escenarios que abarcan el contenido de los primeros siete tomos, damos cuenta de las áridas pero ricas fronteras de las que se nutre el conocimiento humano. En ese universo epistémico quizás encontremos las respuestas que le concedan una valía adicional a nuestro aporte y que inciten a un debate amplio y abierto entre los cultores de las dos corrientes: garantistas y publicistas. Será en el marco del disenso, de la confrontación respetuosa pero firme de los conceptos, de donde surja una visión enriquecida y, en todo caso, las conclusiones a las que arribemos tendrán un mayor peso por estar precedidas de sus mutuas refutaciones.



9. DE LAS IDEAS CONSTRUCTIVISTAS A LAS CRÍTICAS

Los profundos daños provocados a los justiciables por el modelo publicista y el activismo judicial provienen de varias causas. En nuestra obra, como lo llevamos anticipado, luego de los primeros siete libros que se enfocan en justificar y validar la ideología garantista y el formato dispositivo adversarial, los restantes tres volúmenes se dedican a profundizar las críticas que nos merece aquel modelo. Su ubicación no supone restarle entidad. El publicismo y el activismo judicial y sus deslegitimadas apuestas, nos impone -para comprender ese fenómeno a cabalidad- examinarlo tanto en lo que se detecta en su superficie como en aquello que queda oculto y anida en sus raíces más profundas.

Ese *modelo censor*, como ya fue denunciado, viene sostenido por un cúmulo de ideologías que muchas veces permanecen ocultas o no se quiere hacerlas expresas. Así que la labor crítica nos debería permitir detectar tanto lo que se exhibe como aquello que no se visualiza. Explicar porqué los enunciados centrales que postula agreden a los valores más elementales sobre los que reposa el Estado constitucional de derecho. Dar los motivos de porqué desmiente las mandas constitucionales y revoca las prescripciones contenidas en los múltiples tratados sobre derechos humanos. Y persuadir que se trata de un modelo de proceso y de justicia *ajeno a la humanidad de las personas*,

En el libro octavo comienza nuestra labor de mirar hacia el pasado para poder entender porqué abjuramos de un presente y de un modelo de justicia que no se desembarazó de esas sombras del ayer. Está dedicado al estudio de los sistemas de procesamiento y juzgamiento en el decurso de la historia de la humanidad. Examinamos, así, el derecho germano en sus distintas etapas. Pasamos, luego, al abordaje del derecho romano y recalamos en el derecho foral que rigió en las colonias españolas en Latinoamérica.

En el libro noveno desbrozamos el sistema de procesamiento inquisitivo. Lo estudiamos desde su inicio hasta la extinción en Europa y en nuestra región, poniendo especial énfasis en la inquisición española, culminado con un detalle de la estructura que adoptó el procedimiento inquisitorial. En ese libro noveno, con el que ponemos fin a nuestra faena intelectual exponemos por último, el reverdecer neo inquisitivo que se gestó sobre fines del siglo XIX, se

continuó durante el siglo XX y exponemos las razones de su prolongación hasta al presente.

Finalmente, cerramos nuestra exposición con un breve epílogo donde buscamos compendiar las ideas desarrollados a lo largo de la obra que, con este nuevo formato, ponemos a consideración de los lectores.

En el párrafo siguiente de este tomo inicial y como una suerte de anticipo de esos tres libros dedicados a la pura crítica del modelo publicista y del activismo judicial, traemos al ruedo algunas reflexiones que nos parece propicio insertarlas casi de un modo anticipado porque para que un paradigma procesal desplace a otro se requiere de un abordaje que a modo de un péndulo transite entre las ideas constructivistas y las que animan nuestros disensos.

10. EL PESO DE LAS ESTADÍSTICAS

Toda propuesta científica debe validar cada uno de sus postulados teóricos y también el formato normativo en los que se sostiene y, además, sujetarse a la realidad fáctica que confirme su bondad o la *deslegítima*. Resulta imperativo, entonces, que los científicos procesales y los hacedores de los códigos se apoyen en *evidencias*. Tienen el deber de verificar si sus hipótesis resisten el proceso de *falsación científica* del que nos habla KARL POPPER²³. Dicho en otros términos, averiguar si luego de quedar confrontadas con el efecto producido en el *mundo real*, superan ese test de validación. Recién entonces pueden continuar avanzando en la misma senda. Se trata de una exigencia epistémica: confrontar los hechos con las opiniones y enfrentar el *discurso* con la *praxis*.

Una sintaxis muy expresiva (que marca la superioridad de los hechos sobre las opiniones o creencias) quedó graficada en la conocida frase: *los hechos son sagrados; las opiniones son libres*.

El 5 de mayo del 1921, C. P. SCOTT, director del *Manchester Guardian*, hizo suya esta expresión dándole un pequeño giro: “*cada uno es libre de comentar lo que quiera, pero los hechos son sagrados*”.

En otros términos, y en aquello que nos interesa, resultaba y resulta necesario verificar si quedó confirmada -empíricamente- la bondad del ideario publicista y, en especial, si se ha ganado el consenso de los destinatarios de sus desvelos: los justiciables. Veremos qué nos dicen los datos que emergen de esta confrontación.

Si los hechos son sagrados, las estadísticas forman parte de esa objetividad fáctica, y se debe apelar a ellas para confirmar el resultado (positivo o negativo) que generaron las opiniones científicas sobre las que se apoya el publicismo procesal.

Anticipamos que, mal que le pese a esta corriente, la respuesta que emana de datos fiables resulta muy negativa y hasta lapidaria para su suerte. Es más, muestra el estrepitoso fracaso de ese modelo. Ya dimos cuenta de una estadística referida a la confianza de la ciudadanía sobre el sistema judicial en la Argentina y, ahora, agregamos otra muy relevante: el *Observatorio de la Deuda*

23 KARL POPPER, filósofo vienes, fue el epistemólogo quizás más importante del siglo XX precursor de la idea del falsacionismo en las ciencias.

Social Argentina de la Universidad Católica ubica dónde los ha llevado atarse -irreflexivamente- al mundo ficcional de las ideas, las opiniones y los dogmas, en lugar de chequear qué efectos causaron y qué mérito le atribuyen los justiciables a este andamiaje procesal.

El diario digital *Vía País*, en su edición del 20 de mayo del año 2019, refleja las funestas consecuencias que se producen cuando los responsables de la generación de marcos teóricos y normativos se desentienden de los devastadores efectos provocados por sus modelos. Se puede leer en el artículo citado:

“El Poder Judicial no inspira credibilidad en los destinatarios del sistema. Los niveles de confianza en la Justicia se encuentran en su punto más bajo desde el año 2010 ... tras registrar una caída abrupta, sólo el 7% de los argentinos consultados tiene confianza en esta pata del Estado. La caída registrada en 2018 fue de 4,7 puntos porcentuales. Pero la dimensión de esa baja es mayor si se la compara con los números de 2011 cuando la confianza en la Justicia alcanzaba el 23,7%”.

También revela un dato devastador:

“9 de cada 10 ciudadanos afirman que la mayoría de los jueces *no son imparciales*. Además, el Poder Judicial es el que tiene el índice *más bajo* de los tres poderes del Estado debido a que el Gobierno cuenta con una confianza del 19,3% y el Congreso muestra una adhesión del 11,5”.

¿Qué conclusiones podemos extraer de esta primera estadística?

Que en el mundo moderno signado por la prevalencia de ideas humanistas, plurales, liberales, democráticas y republicanas, las sostenidas por el publicismo no lograron *un mínimo grado de aceptación por parte de los justiciables*. Sería hora de que tanto sus mentores como las comisiones reformadoras y los hacedores de los códigos procesales, dejen de lado la libertad de encerrarse en marcos teóricos y normativos insustanciales y se atengan al carácter *sagrado de los hechos*.

AXEL KAISER²⁴, uno de los intelectuales chilenos más brillantes y ferviente sostenedor del paradigma liberal, ha demostrado el poder que tienen las ideas (aun las malas ideas) en las decisiones que se toman por quienes pueden quedar influidos por éstas. Afirma KAISER que:

24 AXEL KAISER, abogado, economista y filósofo chileno quienes es el máximo referente en su país de las ideas liberales en lo económico y en lo jurídico con amplia repercusión en Latinoamérica y España destacando entre su nutrida obra el libro *“La fatal arrogancia”*.

“Las ideas y los conceptos que las comprenden funcionan como gafas que pueden ser más o menos ajustadas a la verdad. Esto conlleva el riesgo de que aun cuando la realidad indique una cosa, la interpretación a través de las ideas instaladas puede oponerse absolutamente a ella generando consecuencias transformadoras desastrosas ... las ideas no son necesariamente producto de la realidad y menos aún son confrontadas con ella para efectos de medir su veracidad”²⁵.

Lo cierto es que esa percepción negativa de los justiciables no es exclusiva de los habitantes de nuestro país, la Argentina. En efecto, salvo unas pocas excepciones que en todo caso confirman ese escepticismo generalizado, el rechazo se replica en toda Latinoamérica.

El diario digital argentino *Infobae* refleja en su edición de fecha 31 de enero del 2015 la opinión de los pueblos sobre el demérito que les deparan los sistemas de justicia que deben padecer. La información revela datos alarmantes. Por lo pronto, Paraguay es el país de América con más baja puntuación y que registra la menor confianza ciudadana hacia su sistema procesal y judicial. Según la última edición del *Barómetro de las Américas*, que realiza el Proyecto de Opinión Pública de América Latina (LAPOP), los encuestados le otorgan un puntaje medio de 32,7 sobre 100.

Debemos remarcar que Paraguay cuenta con un Código Procesal Civil de neto corte publicista (ya que se trata de una réplica del Código Procesal Civil de la Nación Argentina antes de su última reforma del año 1988). Y personalmente nos consta que el modelo fracasó no sólo por los datos estadísticos. La academia paraguaya y el poder judicial de ese país nos confirieron el honor de invitarnos para debatir ideas en la búsqueda de mejorar mecanismos que no funcionan. La amistad que nos une con los integrantes de los dos estamentos no fue obstáculo para exponer nuestra visión negativa. La serie de congresos, conferencias, debates públicos impulsados por varios sectores de la juridicidad paraguaya, demuestran que -por lo menos- son conscientes de su penosa realidad²⁶. En todo caso, luchan contra la indolencia, la burocracia y los intereses creados (de los que la bien intencionada academia resulta ser ajena). Debe-

25 KAISER, AXEL, *La fatal ignorancia*, Unión Editorial, Santiago de Chile, 2014, p. 69.

26 En Paraguay se celebraron varios Congresos Panamericanos de Derecho Procesal, pero remarcamos el último llevado a cabo en la ciudad de Asunción, en el año 2017, propiciado por el Capítulo Paraguay del Instituto y que tuvo como misión el estudio del Código Modelo del IPDP.

mos rescatar el empuje de quien fue el presidente del Instituto Panamericano, el magistrado JOEL MELGAREJO, que aglutina a un grupo muy numerosos de procesalistas de ese país imbuidos de la iusfilosofía garantista.

El segundo país peor ubicado en la percepción ciudadana es el Perú, con un estado de aprobación y puntuación del 35,5 %. A ese país, como tantos otros de Latinoamérica, también lo hemos visitado decenas de veces. Perú padece de un Código Procesal Civil sancionado en el año 1992, en plena dictadura de FUJIMORI. Es el cuerpo normativo quizás más autoritario de América Latina. Refleja casi al pie de la letra el *Modelo de Código Procesal Civil del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal*. Ambos son productos que imponen a los justiciables toda suerte de gravámenes y no nos extraña que sea resistido por la mayoría de la población y, en especial, por quienes tienen transitar por esos azarosos senderos.

RAÚL CANELO RABANAL, uno de los procesalistas más importantes del Perú, si bien integró la comisión redactora del mentado código hizo su aporte desde el garantismo para introducir, en la medida de lo posible, una reflexión crítica y cierta morigeración de varias de las normas que expresaban un crudo publicismo.

Quien resume brillantemente las graves inconsistencias de ese engendro normativo es la profesora y procesalista peruana EUGENIA ARIANO DEHO, docente destacada en la prestigiosa Universidad de San Marcos, de la ciudad de Lima. Con ella hemos compartido afanes académicos en su país y en el nuestro.

ARIANO afirma con relación a las tendencias publicistas que imperan en su país:

“En el mito de la dirección (material) del proceso por el juez, el legislador ha asumido la equivocada idea de que la solución a los males del proceso civil está en otorgar al juez la mayor cantidad posible de poderes directivos materiales. El juez, se asume, es el representante en el proceso del bien común, y acto seguido, se reconoce y pone a las partes en un plano inferior, especialmente en el terreno de la prueba ... lo primero que habría que preguntarse es si dotar de amplios (e incontrolados) poderes al juzgador, corresponde a una concepción democrática de las relaciones entre el Estado y sus ciudadanos. En segundo lugar, pero no menos importante, habría que preguntarse si dotar de esos poderes al juzgador realmente resuelve algún problema o crea otros más”²⁷.

27 ARIANO DEHO, EUGENIA, *Problemas del proceso civil*, Jurista, Lima, 2003.

Por último, ALFREDO LOVÓN SÁNCHEZ, otro destacado procesalista de ese país y sostenedor de la escuela garantista que tiene su centro en la ciudad de Arequipa, despliega también un fuerte apoyo a las ideas garantistas, ocupándose de:

“las limitaciones probatorias existentes en el Código Civil peruano de 1993, considerado por algunos tratadistas como el código del nuevo milenio, acusa sin embargo defectos graves en razón de las limitaciones al derecho de defensa que se materializan en diversas normas prescriptivas al derecho a ofrecer y por tanto actuar medios de prueba que, por principio constitucional no tienen restricciones, dado que el justiciable se defiende *probando*; por lo que resulta de vital importancia el estudio de los defectos advertidos vinculados al proceso civil peruano”²⁸.

Argentina, nuestro país, se ubica en el quinto lugar con un 41,1 de puntuación, siguiendo el modelo grotescamente publicista que anima al Código Procesal Civil de la Nación (laudado efusivamente por una gran cantidad de procesalistas de ese año) y por influencia de las comisiones reformadoras que, con el apoyo financiero del por entonces gobierno nacional y en el marco del proyecto de *Justicia 2020*, lograron que el intervencionismo estatal profundizara sus consignas, extendiéndose cada vez más, a lo largo y ancho del país. Así, las provincias fueron inundadas de reformas procesales contaminadas con sesgos profundamente verticalistas.

Con honrosas excepciones, todavía presentan en cierta medida una expresión liberal los códigos procesales que rigen en las Provincias de Santa Fe y de Córdoba que, si bien no reflejan un puro modelo dispositivo, sus normas contienen un sistema mixto muy atenuado.

De otro lado, como el sistema procesal civil cruje por los cuatro costados, otras salidas ya comenzaron a instalarse. En el diario digital *Comercio y Justicia* de fecha 25 de septiembre del año 2020 se informa sobre lo que podría concebirse como la antítesis del modelo publicista: se presentó un novedoso proyecto de juicio por jurados para los conflictos civiles.

La nota periodística nos ilustra acerca de quien fuera gobernador de la Provincia del Chaco, JORGE CAPITANICH, que en su momento envió a la Cámara de

28 LOVÓN SANCHEZ, ALFREDO, *Inconstitucionalidad del proceso sumarísimo del código procesal civil peruano*, publicación en *Véritas Journal*. Revista oficial de la Universidad Católica de Santa María, Arequipa, Perú, disponible en la web.

Diputados un proyecto de ley para ampliar el juicio por jurados a los procesos civiles y comerciales:

“...aplicándose de manera gradual como servicio a los litigantes, ya que a su vez garantizará plenamente uno de los principios fundamentales del derecho procesal moderno: la solución justa, rápida y económica de todo procedimiento, en juicio público, oral, *adversarial* y, ante todo, con participación ciudadana”.

Se trata de la propuesta quizás más innovadora para el derecho procesal civil; y la traemos a cuento porque una provincia de la Argentina se sumaría a los Estados Unidos de Norte América y Canadá, integrando el grupo de países que juzgan sus asuntos civiles y comerciales por medio del juicio por jurados.

Canadá cuenta con el sistema judicial que depara más confianza en su ciudadanía y, más allá de la diferente cultura jurídica que anima ese modelo, la base de la confianza se edifica sobre un formato -civil y penal- adversarial y acusatorio. En países donde el respeto por la dignidad de las personas y su libertad individual es uno de los valores más preciados, resulta de toda lógica que no se admitan ideas intervencionistas y se acepte a una justicia que falle sólo de conformidad con lo rogado.

Prosiguiendo con la calificación, aparece Uruguay con 54,1% de aprobación. Si bien cuenta con un código publicista (el *Código General del Proceso*) producto de la primera adaptación del Código Modelo del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal a la legislación positiva de un país de la región, ese carácter se neutraliza por la profunda cultura democrática que atenúa sus efectos. El juez uruguayo y el pueblo en sí son respetuosos de la libertad de las personas. Por cierto que este porcentual sería más acentuado si la opción hubiera sido por un proceso civil adversarial, que quizás la ubicaría como la primera nación mejor conceptualizada en Latinoamérica.

Tampoco resulta ocioso recordar que los autores del *Código Modelo* (y luego del *Código General del Proceso*) fueron los académicos uruguayos ADOLFO GELSI BIDART, ENRIQUE VESCOVI y el magistrado LUIS TORELLO GIORDANO. De modo tal que la presencia de ese código con sesgos intervencionistas en un país con tradición política y constitucional liberal, sólo se entiende, y parcialmente, por el mero orgullo de hacer operativo en Uruguay el pensamiento de quienes fueron tres de los más destacados procesalistas de ese país.

Esta realidad uruguaya, sin embargo, ha sido también perjudicial, porque deri-

vó de una situación anterior y que fue muy aflictiva para todo el procesalismo de la región: que el instituto Iberoamericano de Derecho Procesal adoptara *dos modelos de códigos*, uno para el proceso penal y otro para el proceso civil y lo hiciera de un modo simultáneo.

En el año 1998, a partir del congreso celebrado en la ciudad de Río de Janeiro, Brasil, se esparció hacia todo el continente latinoamericano una doble visión que desplegó un desdoblamiento absurdo. Fue portador de dos lecturas políticas y jurídicas, una liberal democrática y republicana, como respuesta institucional de ese organismo (para los procesos y la reforma de la justicia penal) y otra, publicista, propiciadora del activismo judicial para los conflictos civiles. Luego volveremos sobre el tema pero queremos subrayar el grave desquicio provocado a partir de dos modelos inconciliables entre sí.

Ahora bien, los datos que reflejan esta segunda estadística nos llevan a preguntar: ¿qué nuevas conclusiones podemos extraer de estos registros? Por lo pronto, queda muy claro que en algunos de los países en donde se despierta la mayor desconfianza de los pueblos con el modo de procesar y su sistema de justicia, llevan enquistados modelos que *redujeron la libertad de las partes* y profundizaron *el intervencionismo estatal*. También espeja una notable paradoja: todos los países que cuentan con códigos procesales verticalistas -para la justicia civil- han adherido fervientemente a modelos acusatorios liberales en el ámbito del proceso penal, de modo tal que las hegemonías se instalan en -uno u otro fuero- según el tipo de conflicto que involucra a los justiciables.



11. PRODUCTOS INORGÁNICOS

El sistema procesal publicista o neoinquisitivo civil fue (y sigue siendo) un producto *inorgánico*. Resulta el aleatorio fruto de codificadores que se hicieron eco de propuestas elaboradas por *comisiones reformadoras* de muy dudosa legitimidad por la concepción ideológica de quienes las integran.

Concedemos que muchos de quienes las conforman son procesalistas de valía; pero sostenemos, a la par, que observan un *monolítico* modo de pensar el derecho procesal civil. Lo hacen con las gafas propias de su ideología publicista y su ferviente adhesión al activismo judicial. Así lograron instalar (artificialmente) pensamientos encerrados en reductos que quedaron a contrapelo de las corrientes ilustradas propias de un procesalismo de corte liberal.

No sin cierta perplejidad volvemos a preguntarnos: ¿cómo se las arreglaron para que el discurso liberal, democrático, republicano y humanista se entendiera que sólo es válido para la solución de los conflictos penales pero inválido para reformar los procesos y la justicia civil regional?

La respuesta es simple pero para nada satisfactoria; lo lograron porque todavía existen amplias capas del pensamiento procesal que se mantienen en una absurda *burbuja ideológica y normativa*. La reproducción de un artículo de la autoría del procesalista chileno ALEJANDRO ALBERTO FIORENZA resultará expresiva del forzado y ficcional escenario levantado por el publicismo y el activismo judicial para lograr su casi milagrosa sobrevivencia.

Invitamos al lector a compartir los dichos de FIORENZA (con resaltados propios).

“La finalidad que es propia del proceso, es decir su objeto, consiste en el conocimiento por parte del juez de la *verdad de los hechos* de la causa que dieran origen a las pretensiones y oposiciones de las partes; verdad que se busca por la simple y sencilla razón de que sólo sobre su base será posible para el juez cumplir con su función como es debido, arribando a *una decisión realmente justa*. Porque como bien dijera el procesalista italiano MICHELE TARUFFO, es posible considerar al proceso judicial como un contexto en el que surge la necesidad de

establecer *la verdad* de circunstancias *fácticas* sobre la base de las informaciones y de los conocimientos disponibles en un momento determinado ... aunque nos encontremos en un período de tiempo en el que se ha convertido en paradigma la idea de que el proceso no tiene que ocuparse de la verdad, lo cierto es que remontándonos en el tiempo, la visión predominante ha sido siempre la contraria, es decir, la que ahora nosotros defendemos y que en estos días empieza a recobrar su vigor de la mano de reconocidos *autores de renombre mundial* tales como el ya citado MICHELE TARUFFO”.

Hasta aquí, FIORENZA apela al principio de autoridad que emana de la figura de TARUFFO para sostener que en el proceso civil su fin es la búsqueda de la verdad por parte del juzgador. Pero no da una sola razón seria y apoyada en conceptos epistémicos para avalar sus dichos. Además, para sostener su equívoca premisa, invoca como fuente al propio ALVARADO VELLOSO, y esto tiene cierta gravedad. La tiene, porque FIORENZA le hace decir lo que ALVARADO jamás afirmó. Sesgadamente sostiene que:

“Hasta el propio ALVARADO VELLOSO, que claramente sostiene una visión alejada de la nuestra en este sentido, ha dicho que la primera mención legislativa referida *a la necesidad de hallar la verdad*, la podemos encontrar *ya en la Ley XI del Fuero Real de España*, donde se lee: “verdad es cosa que los juzgadores deben captar en los pleitos por sobre todas las otras cosas del mundo. Por ende, cuando las partes contienden sobre algún pleito de juicio, los juzgadores deben ser acuciosos en tratar de saber la verdad por cuantas maneras pudieren. Primero, por el conocimiento que de ella tengan el demandador y el demandado y luego por preguntas que los jueces hagan a las partes en razón de lo que ellas contienden. Y por juramentos (regulados con prolijo esmero). Y si con esto no se logra la verdad deben recibir los testigos que le presenten las partes”.

Con el debido respeto al autor de la nota doctrinaria, ALVARADO VELLOSO no merece ser descontextualizado de esa forma: si algo destila inquisitivismo puro *son las leyes españolas* que FIORENZA invoca. Solo en el afán de mostrar un oscuro pasado histórico se puede traer al ruedo esa arcaica legislación. El marcar que la intención de la búsqueda de la verdad al precio que fuera (“por cuantas maneras se pudieran”) era una de las perversas premisas de las leyes españolas, propias de la monarquía y traspasada luego a sus colonias en Amé-

rica. Y precisamente eso es lo que quiso subrayar ALVARADO. Y también quiso denotar que ese ideal responde al más crudo sistema inquisitorial.

Que en este tercer milenio se justifique la búsqueda de la verdad por parte de los jueces contemporáneos apoyándose en textos jurídicos concebidos hace centenas de años, nos deja perplejos.

De otro lado, la evocación del pensamiento de procesalistas -de uno y otro bando- aun de la altura intelectual del fallecido MICHELE TARUFFO como la del propio ALVARADO, demuestra hasta qué punto la doctrina activista *cercena universos epistemológicos* que son imprescindibles a la hora de abordar fenómenos tan complejos como el de la verdad en las ciencias y en el proceso judicial.

Y para reforzar la idea y la sorpresa de la supervivencia de sistemas procesales ajenos a paradigmas democráticos y liberales, decidimos volcar algunas ideas del procesalista chileno IVÁN HUNTER AMPUERO.

Seleccionamos su discurso porque existe un reconocimiento expreso (no muy común entre los publicistas) de que *la decisión* que se tome sobre el modelo de enjuiciamiento es *netamente política*. Y también lo escogimos porque expresa con claridad la apuesta por valores estatales que, a su juicio, son superiores a los de las personas. Al mencionar, como se verá, que se toman ciertas opciones porque debe privilegiarse *“la utilización racional de los recursos estatales”* o que el juez *“puede considerar como relevantes datos fácticos diferentes de aquellos que han servido al ciudadano para fundamentar su petición”*, implica asumir un crudo utilitarismo y dejar de lado el principio dispositivo sobre los hechos que es dominio exclusivo de las partes.

Y AMPUERO pronuncia sus proclamas pasando por alto que Chile es uno de los países que puede exhibir con orgullo una larga vigencia del sistema procesal penal acusatorio que, por supuesto, definió la política jurídica chilena a favor del justiciable y guardando distancia frente a los poderes que se le concedió a la justicia penal. Si los argumentos doctrinarios vertidos por AMPUERO a favor del intervencionismo judicial fueran expresados en un *foro de procesalistas penales de su país*, despertaría una repulsa generalizada. Se le imputaría que ese pensamiento atenta contra los derechos fundamentales de la persona humana y, va de suyo, contra los derechos esenciales de los justiciables. Se le exigiría repensar sobre la base filosófica que lo nutre y explicar por qué toma la postura de aumentar las facultades del poder judicial frente a las partes, en lugar de expandir los derechos de éstas ante la jurisdicción. Se le haría ver que hace mucho

que se dejó de apostar por el juez Hércules (el ideario de RONALD DWORKIN) que tanto agrada al activismo judicial y cómo se tomó distancia de ese juez *mítico* que nada tiene que ver con uno *democrático* cuya función debería remitirse a tutelar el derecho material que las partes le acrediten en el litigio.

Expresa el autor en su artículo “*El principio dispositivo y los poderes del juez*” (con resaltados propios)

“La iniciación del proceso, la determinación de su contenido y su finalización son manifestaciones procesales que se relacionan directamente con la titularidad privada los derechos, y que son recogidas por el Proyecto del Código Procesal Civil Chileno. Por su parte, el control formal de los actos, el impulso procesal y la actividad probatoria quedan excluidos del *ámbito propio del principio dispositivo*, y tienen su fundamento en el *interés público que existe en el cumplimiento de la legalidad procesal y la utilización racional de los recursos estatales*. En consecuencia, así como es constitucionalmente inadmisibles un proceso civil que haga desaparecer el carácter disponible de los derechos privados, decidir si el juez debe tener *iniciativa probatoria* constituye una *elección de política procesal* empapada de las convicciones que se tengan acerca de *la función del proceso civil en un Estado de Derecho*.

La elección de dar iniciativa probatoria al juez en nada afecta el carácter disponible de los derechos puesto que la prueba busca proporcionar informaciones que sirven de elementos de juicio para estimar probado o no una alegación, pero en caso alguno constituye una manifestación de voluntad. Se trata de reconocer a la actividad probatoria como un tipo de actividad informativa -incluida por cierto la del juez-, que busca acercar el proceso a la realidad, a aquello que efectivamente sucedió.

En este aspecto entiendo que la determinación *verdadera* de los enunciados de hecho constituye *un valor central* para legitimar la decisión jurisdiccional, de tal forma que una decisión puede ser considerada justa cuando aquello que se declara probado en la sentencia se aproxima en términos de correspondencia *a la realidad de los hechos*.

La verdad, si bien es imposible de alcanzar, constituye el *thélos* de la actividad probatoria del juez. Con todo, la iniciativa probatoria del juez -si bien se orienta a alcanzar esa verdad como resultado del pro-

ceso- no debe lesionar los derechos procesales constitucionalmente consagrados como la imparcialidad o la defensa. Esto se logra mediante la imposición de límites expresos a esta actividad *ex officio*.

Por otra parte, es posible afirmar -en términos generales- que los hechos que se discuten y prueban en el proceso están directamente relacionados con la libertad y naturaleza privada de los derechos subjetivos e intereses legítimos. Si fuera del proceso los ciudadanos son titulares de una autonomía que les permite disponer de sus bienes, esa libertad se mantiene cuando deciden recurrir a la jurisdicción, pero asume una connotación diversa por medio de la actividad alegatoria.

Ésta quiere identificar a un conjunto de enunciados fácticos seleccionados por el demandante y del cual emana el efecto jurídico pretendido. De esta forma, el juez queda vinculado por la actividad alegatoria, lo que significa que no puede considerar como relevantes datos fácticos diferentes de que aquellos que han servido al ciudadano para fundamentar su petición.

Esto no impide que se pueda tomar en consideración otra clase de hechos que emanan del proceso, como los secundarios o justificantes, y especialmente los hechos indicios, que pueden funcionar de premisa justificativa para una inferencia lógica destinada a para probar o negar la existencia de los hechos principales. Esta actividad podría ser dejada al juez, como creo que efectivamente se hace en la práctica judicial”.

El pensamiento de AMPUERO expresa la quinta esencia, tanto del ideario publicista como del activismo judicial. Realmente sobrecoge y nos alerta de los riesgos que amenazan al justiciable si se instalan modelos procesales de este signo, pero queremos resaltar que existe un nutrido grupo de procesalistas chilenos que luchan desde hace años por consagrar el modelo normativo dispositivo-adversarial. Su pensamiento está en los antípodas del concebido por AMPUERO y de los que sostiene la doctrina publicista.

La valentía intelectual de la que hacen gala queda representada por HUGO BOTTO OAKLEY, a quien ya mencionamos y aquí adicionamos a HUGO MUÑOZ BASÁEZ, FRANCISCO PINOCHET CANTWELL, REMBERTO VALDÉS HUECHE, CARLOS CASTRO VARGAS y CLAUDIO PALAVECINO CÁCERES.

Los citados, todos egresados de la Maestría en Derecho Procesal que dirige ALVARADO VELLOSO en la Universidad Nacional de Rosario se agrupan en torno

del Capítulo Chile del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Con certeza caeremos al mencionarlos en omisiones respecto de otros procesalistas que deberían ser mentados pero, en todo caso, su reconocimiento lo hacemos extensivo de un modo genérico hacia los juristas enrolados en el ideario que nos es común.

12. LOS PELIGROS Y COSTOS A PAGAR

La ideología que se desprende de los contextos antes analizados implica que los justiciables deben convivir con pensamientos verticalistas que conceden valor al *interés público* o la *introducción de hechos por el juez* y desnuda cómo se da pie a razones utilitarias y a la violación del principio de congruencia, en la medida en que se acepte que los jueces puedan introducir *otros hechos* al conflicto que sean “*adicionales a los principales afirmados por las partes en la contienda*”.

Y el publicismo va por más: a todo lo sostenido desde sus filas se postula -ahora- que al decidir el juez *no debe separar la moral del derecho*. Así, si la ley positiva resulta repugnante a su orden objetivo de valores que, además, puede detectar casi mágicamente, queda liberado de aplicar la ley, no tiene el deber de subsumir los hechos del caso en la norma vigente y también puede negarse si esa obediencia supondría una solución injusta o inmoral.

La tesis de DWORKIN y ALEXIS son funcionales a un modelo de juez que incrementa día a día sus poderes. Se le brindan nuevas alas a un juzgador que tiene hipótesis propias, que antes de fallar investiga a base de su tesis, que propone pruebas y luego decide la cuestión, contaminado hasta la médula por sus creencias o prejuicios, un juez que no explica sus decisiones sino que, sencillamente, las impone bajo el principio de autoridad.

Es un juez que omite el esencial deber de dar todas y cada una de las razones de porqué y cómo formó su convicción. Es un juez ajeno a compromisos democráticos. Es un juez que falla apegado a criterios iusmoralistas y hasta metafísicos. Es un juez cuyos pronunciamientos están cargados de juicios de valor en detrimento de los juicios de hecho. Es un modelo de juez que, en resumen, no se compadece con las mandas constitucionales de un estado de derecho.



13. URGENCIA DE LA CIENCIA PROCESAL EN TIEMPOS DE POSPANDEMIA

El espectáculo inédito de la humanidad cuando fue afectada por una pandemia virósica, hoy fue dejada atrás, y el dato de que Latinoamérica tuvo el triste privilegio de ser uno de los focos principales de contagio y mortalidad, alteró todas las prioridades del saber médico y lo puso en jaque durante años.

Frente a ese desafío, ya superado, se tuvo en claro que el eje pasaba por brindar -cuanto antes- las recetas que aliviarían a los pueblos de los padecimientos que amenazaban su vida y su salud. Esa responsabilidad le correspondía, claro está, a la ciencia médica. Frente al nuevo y acuciante *objeto-problema* que se planteó inesperadamente, sólo quedaba una instancia: la de solucionarlo. Su triunfo o derrota se midió primero rebajando a sus mínimas consecuencias el *objeto problematizado* y luego ganó la batalla frente a él.

Estamos esperanzados en que el procesalismo no penal, sus teóricos, los integrantes de las comisiones redactoras de los códigos y de los legisladores que las sancionan, aprenderán algo de esta fabulosa experiencia científica. Cuando los fármacos o las vacunas primero redujeron y luego anularon las tasas de mortalidad y morbilidad que diezmaron a los pueblos de todos los países, el costo pagado fue muy alto, pero la batalla se ganó.

Los aflictivos tiempos actuales nos llevan a poner sobre el tapete a todo aquello que sigue provocando padecimientos *innecesarios* a la persona humana. Así que a la ciencia procesal debe exigírsele, ahora y con mucha mayor premura, que las penurias que sufren los *justiciables* cesen de una buena vez porque ese logro depende sólo de acertar en nuestras decisiones teóricas y codificadas.

El procesalismo no se enfrenta, como lo hizo la ciencia médica, con un enemigo exterior que debe vencer. Nuestro adversario está en *nosotros mismos*. Esto implica un formidable reto a la capacidad que tiene la ciencia jurídica-procesal para resolver su propio objeto-problema empleando conocimientos y métodos racionales.

Alguna de las enseñanzas que nos deja este doloroso saldo pandémico (para todos los saberes científicos y, en lo que nos interesa, el procesal) es que éstos

deben extremar su rigurosidad para poner fin a los sufrimientos, en este caso, de los justiciables. Porque resulta razonable asumir que lo que hasta ayer se aceptaba pacíficamente se transforme, hoy, en una virulenta reacción por parte de quienes son los principales perjudicados: esos justiciables. Aquel modelo de juez soberbio y antidemocrático que mentamos en los párrafos anteriores está en camino de agotar la paciencia de quienes quedan sometidos desde hace década a sus mandatos.

Así que insistir con las mismas recetas que nos trajeron hasta aquí no parece ser una salida propia de las respuestas científicas. Éstas deben neutralizar el objeto problematizado que le compete a los procesalistas y no continuar con propuestas que forman parte de ese problema y no de su solución.

14. EL FRACASO EN LAS CIENCIAS

Cuando se fracasa en las ciencias, en este caso en una ciencia social como lo es el derecho procesal, la explicación se encuentra, de ordinario, en que una parte de la comunidad científica sigue aferrada a un *paradigma equivocado* y, además, se niega a reconocer que ese ideario ya resulta obsoleto. Se crea así un muro intelectual plagado de grietas epistémicas que si bien no deberían resistir las diversas falsaciones y confrontaciones a las que ha quedado expuesto, sobrevive a como fuere y a cualquier costo en esa forzada supervivencia.

También contribuye a ese fracaso el despreciar la voz de los destinatarios del sistema.

Ya vimos que los pueblos de la región han emitido un *dictamen lapidario* sobre la desconfianza que les depara su suerte en los litigios tramitados y juzgados bajo esos formatos y que la credibilidad en la justicia ha descendido a sus mínimos históricos. Es una visión pesimista compartida -en mayor o menor medida- por casi todos los pueblos de Latinoamérica. Hay un divorcio total entre la lectura del cuadro de situación de los teóricos publicistas, las comisiones reformadoras y los legisladores de turno, contrastada con la mirada que ostentan sus destinatarios. Sencillamente, le han dado la espalda a una realidad que deslegitima fórmulas de gabinete que a nada conducen.

Por citar sólo dos intentos de esas instancias fallidas que quedaron a las puertas de instalar el más rancio publicismo y el activismo judicial, evocamos los casos de la Provincia de Santa Fe y la frustrada reforma de la justicia federal en la Argentina.

Estos fracasos indican que su visión ya no es hegemónica. Si bien reconocemos que el plan de reformas publicistas pudo ser introducido en varias provincias de nuestro país y rige en buena parte de la codificación procesal civil de la región, cabe indagar sobre los resultados positivos que puedan exhibir esas olas reformistas. Con una obstinación propia de mejores causas, las recetas publicistas dibujan un territorio casi onírico, un aparato jurisdiccional pensado y diagramado de un modo circular que sólo se mira a sí mismo. El simplismo y lo equívoco del diagnóstico no deja de asombrar. En la sensible hora en la que

un juez va a decidir sobre nuestra libertad, dignidad, bienes y valores, las fichas se jugaron a favor de un modelo que debería atemorizar.

Si las respuestas teóricas y normativas que vienen manejándose para la justicia civil no funcionan, llegó la hora de aceptar las responsabilidades de tamaño sinrazón.

La gran mayoría de procesalistas y los legisladores que se han movido en sentido equivocado son los que provocaron esa distancia cada vez más amplia y marcada entre los justiciables y la jurisdicción.

Apelando a la ética deberían ser los primeros en reconocer su *cuota parte* en este entuerto. Mejor será que asuman sus culpas científicas, pues tienen ese compromiso histórico -al igual que la casta legislativa- de efectuar un chequeo empírico en busca de los hechos que confirmen que las respuestas brindadas no cumplen con la finalidad imaginada.

15. LA AUSENCIA DE DEBATE

En el año de 2001 expresamos varias de estas ideas en la tesis de Magister rotulada *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*²⁹. La construimos desde la perspectiva trialista de WERNER GOLDSCHMIDT³⁰ y MIGUEL REALE³¹. Demostremos la existencia de una identidad conceptual en el plano sociológico, en el nomológico y en el axiológico entre ambos sistemas de procesamiento: el acusatorio en lo penal y plenamente adversarial en el ámbito civil. La tesis tuvo amplia acogida entre los sostenedores de las ideas garantistas pero ¿qué respuesta se obtuvo desde el ámbito publicista? Ninguna. No hubo debate, no hubo foros de discusión. Simplemente no se refutaron las ideas que animaban a la teoría general unitaria.

Con anterioridad, ya había sufrido una similar estigmatización científica ADOLFO ALVARADO VELLOSO y aun con mayor intensidad. Sólo en algunos ámbitos publicistas comprendieron las ventajas de convocar al padre intelectual del *garantismo procesal* para debatir ideas. Quien concibió al proceso y al sistema de enjuiciamiento como un método para legitimar y limitar racionalmente el poder de punir del Estado tuvo que abrirse camino por sí solo.

Uno de los modos de evitar la confrontación científica fue anular la mera chance de discutir. ALVARADO VELLOSO, como antiguo miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, padeció a lo largo de los años el silencio impuesto por quienes tuvieron el poder de decidir si le concedían la voz para fomentar el debate. No lo hicieron, porque consideraron que se los había irrespetado como personas y científicos por el mero hecho de impugnar su ideario. Y para ser congruentes con esa (supuesta) ofensa personal le *retiraron* todas

29 La *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*, Maestría en Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, dirigida por el Prof. Adolfo Alvarado Velloso. Promoción 1999/2000.

30 WERNER GOLDSCHMIDT, iusfilósofo alemán que se radicó en la Argentina en el siglo XX, creador de la teoría trialista del derecho quien postula adoptar la idea del mundo jurídico compuesto por tres dimensiones: la sociológica, la nomológica y la axiológica.

31 MIGUEL REALE, sostenedor en la república federativa de Brasil las ideas del trialismo jurídico introducida por Goldschmidt.

las invitaciones a discutir democráticamente en los Congresos o Jornadas que organizaban. Se concretó una tragicómica *supresión de tribuna* y se consumó un evidente acto de *censura intelectual*.

Sólo por excepción se admitió la incorporación de algún integrante de la corriente garantista en esas cada vez más conspicuas comisiones reformadoras. Rescatamos el caso del destacado procesalista GUSTAVO CALVINHO³² que fue convocado a la comisión reformadora de la Justicia 2020, más allá de su conocida afiliación a las ideas garantistas.

De todos modos, confirma la reticencia a formar comisiones en donde se debatan ideas, el dato objetivo de que ADOLFO ALVARADO VELLOSO jamás fue invitado a integrarlas ¿Habría sido el temor de que su autorizada voz torciera el rumbo de esas reformas? Seguramente que esa prevención todavía está presente. La ausencia de debate entre contendores de fuste explica en cierto modo por qué todas las reformas procesales civiles en la Argentina provendrán de un pensamiento monocorde y se persistirá en mantener un rumbo que ya fracasó.

¿Quién fue el perdidoso con esa postura? Toda la comunidad del procesalismo en nuestro país y en la región. Se desperdició una preciosa chance: exponer el ideario garantista y la propuesta de consagrar códigos procesales civiles dispositivos-adversariales. Se anuló, también, la mera posibilidad de aceptar la existencia de un paradigma alternativo y admitir que se había ingresado en la ciencia procesal en la etapa de la *revolución de las ideas*. Forzadamente se mantuvo el *statu quo* que es propio de la normalidad científica. Así se cumplió con la profecía de la que nos prevenía THOMAS KUHN³³: la resistencia de los intelectuales que se aglutinan en torno a un paradigma dominante frente a la mera posibilidad de que deje de serlo.

Esa huida para no enfrentar la disputa merece nuestra repulsa, pero no nos asombra. Durante décadas se ha renegado en el ámbito procesal de una premisa que es connatural con el conocimiento científico: que se evolucionará en la medida en que todos los saberes que se exponen en esos ámbitos se consideren provisorios y las teorías que se sostienen sean expuestas a su constante refutación.

32 GUSTAVO CALVINHO, procesalista argentino, Director de la Maestría de Derecho Procesal que se dicta en la Universidad Austral de la Ciudad de Buenos Aires, ferviente sostenedor de las ideas garantistas para los sistemas de procesamiento y enjuiciamiento no penales.

33 THOMAS SAMUEL KUHN, filósofo norteamericano creador de la idea de los paradigmas y de las revoluciones científicas sobre el particular consultar su obra *La estructura de las revoluciones científicas*.

16. A MODO DE CONCLUSIÓN

Volvemos de estos últimos tramos dedicados a la crítica del sistema publicista y el activismo judicial, retomando a la postura en la que nos sentimos más cómodos intelectualmente: continuar con el desarrollo de nuestras ideas.

Toma cuerpo, entonces, la mentada necesidad de acudir a fronteras inexploradas; de apoyarnos en la filosofía y iusfilosofía; de sostenernos en la antropología; de transitar la historia; de incursionar en la sociología; de abreviar en la ciencia y la filosofía política; de apelar a la epistemología; de acudir a la teoría de la argumentación, extrayendo de todas y cada una de esas fuentes de conocimiento ricas inferencias para volcarlas a los ámbitos propios de la ciencia procesal y al modelo codificado que se propone.

Deseamos que se visualice a la teoría garantista como expresión procesal pero, también y a la vez, como el reflejo de una filosofía, de una cultura, de un modo de ver el mundo jurídico y a la vida misma.

Si ha tenido la entereza de sobrevivir a la prolongada batalla ideológica librada con el publicismo y el activismo judicial; si presentó una tenaz lucha contra esa cultura jurídica y los modelos normativos imbuidos de una idéntica visión, estamos persuadidos de que la admisión de los paradigmas garantistas será el premio jurídico a tantos afanes. Y también legitimará a aquellos Estados que (proclamándose de derecho o, más aún, estados constitucionales de derecho) tomen la decisión de alinear sus sistemas procesales civiles a las mandas constitucionales liberales y a los pactos supranacionales.

Si la meta final pasa por restaurar el principal valor al que debe aspirar la jurisdicción pública: la confianza de sus pueblos hacia ella, éste será el camino que debemos recorrer. Cuando nuestra sentida aspiración se concrete será un logro para quienes abrazamos un derecho procesal de *garantías en todos los fueros*. Y ese logro hará que se comprenda que el método para llegar a esas *metas* supuso haber cumplido con un elemental compromiso frente a la persona humana.

Si de lo que se trata es de brindar la mentada *tutela judicial efectiva* solo lo será entendiendo que esa tutela debe proteger el libre ejercicio de los derechos pro-

cesales de los litigantes. Y que también tiene un fin último: el de restaurar la paz social quebrada por el conflicto del modo *menos verticalista posible*.

En el libro segundo pasaremos revista a nociones trascendentes que fueron reveladas por la antropología, la historia y la evolución cultural. Ellas nos brindan pistas muy valiosas para comprender y hasta justificar por qué los valores que sostienen a la persona humana, su dignidad, su libertad y su ancestral lucha por ser reconocida como tal, conllevó tantos sacrificios y supone todavía una empresa inacabada.

BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al Estudio del derecho procesal*, Rubinzal-Culzoni, Argentina, 1989.

ARIANO DEHO, Eugenia, *Problemas del proceso civil*, Editores Jurista, Lima, 2003.

BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Carlos III, Madrid, 2015.

BINDER, Alberto Mario, *La reforma a la justicia en América Latina: Las lecciones aprendidas*, Fundación Friedrich Ebert, Bogotá, 2016.

BOTTO, Oakley Hugo, *La inconstitucionalidad de las medidas para mejor proveer*, Juris, Argentina, 2004.

DÍAZ PUCHETA, Sofía, *Revista Argumentos* N° 4, 2017, [http: revistaargumentos.justicia-cordoba.gob.ar](http://revistaargumentos.justicia-cordoba.gob.ar).

FIORINZA, Alejandro, *La paradoja procesal*, El Derecho Id SAIJ: DACF170421 de 7 de febrero de 2017.

GEHLEN, Arnold, *Antropología filosófica*, Salamanca, Paidós, Barcelona, 1993.

HAYEK, Friedrich, *La fatal arrogancia*, Unión Editorial, Madrid, 1997.

- *Los fundamentos de la libertad*, Unión Editorial, Madrid, 1998.

KAISER, Axel, *La fatal ignorancia*, Unión Editorial, Chile, 2014.

LOVÓN SÁNCHEZ, Alfredo, *Inconstitucionalidad del proceso sumarísimo del código procesal civil peruano*, publicación en *Véritas Journal*. Revista oficial de la Universidad Católica de Santa María, Arequipa, Perú, disponible en la web.

RIEGO, Cristian, *La reforma procesal penal*, fuente publicada en la web.

VÁZQUEZ ROSSI, Jorge, *Derecho Procesal Penal*, Rubinzal-Culzoni, Argentina, 1995.

