

EL SISTEMA PROCESAL CIVIL ADVERSARIAL

COLECCIÓN
EL SISTEMA PROCESAL CIVIL ADVERSARIAL

LIBRO IV
MODELO TEÓRICO
PARA EL MEJOR PROCESAR

OMAR A. BENABENTOS
MARIANA FERNÁNDEZ DELLEPIANE



FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO
DE LAS CIENCIAS JURÍDICAS

Benabentos, Omar Abel

El modelo teórico para el mejor procesar / Omar Abel Benabentos ; Mariana Fernández Dellepiane. - 1a ed - Rosario : Ediciones AVI, 2024.

95 p. ; 21 x 15 cm. - (El Proceso Civil Adversarial / Omar A. Benabentos ; Mariana Fernández Dellepiane ; 4)

ISBN 978-987-1924-63-9

*1. Derecho Procesal. I. Fernández Dellepiane, Mariana II. Título
CDD 347.0504*

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

Puesta en página y diseño de tapa: dggvoutlook.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.

INDICE GENERAL

1. Primeras nociones sobre el marco teórico y normativo.	1
1.1. Los criterios de demarcación científicos	2
1.2. El paradigma publicista no resiste su permanencia en el seno de las democracias republicanas y liberales.	7
2. El cese del estado de normalidad en la comunidad científica-procesal y el arribo al estado de la revolución epistémica.	9
2.1. Las consignas del neoconstitucionalismo adoptadas por el publicismo procesal	10
3. La revolución en las ciencias.	13
3.1. Los conceptos de Daniel Herrendorf.	15
3.2. Conclusiones.	20
4. Las metas que se propone garantismo procesal.	23
5. Los principios procesales y las premisas que sostiene el sistema puramente dispositivo y netamente adversarial.	25
5.1. Las premisas que complementan el sistema dispositivo adversarial.	26
6. Sobre las premisas y dos aclaraciones.	29
6.1. Primera premisa. La centralidad de los justiciables.	29
6.2. Segunda premisa. La libertad conferida a las partes procesales.	30
a) De la libertad entre las partes y ante la autoridad.	31
b) Estatus jurídico de la libertad.	32
c) La libertad procesal moderna.	33
6.3. Tercera premisa. La postura adversarial.	37
6.4. Cuarta premisa. Relación cooperativa. Persuadir y ser persuadido.	39
6.5. Quinta premisa. Estado de inocencia.	43
6.6. Sexta premisa. Reformulación de la idea de la autoridad jurisdiccional.	47
6.7. Séptima premisa. Mínima jurisdicción. a) Funciones jurisdiccionales: esenciales y aleatorias.	51
6.8. Octava premisa. Postura crítica y reflexiva sobre las decisiones que emite la jurisdicción estatal.	57
6.9. Novena premisa. Método de debate racional, crítico, dialógico y consensual.	64

6.10. Décima premisa. La axiología jurídica-procesal.	67
7. Cerrando nuestras reflexiones sobre el modelo de procesamiento puramente dispositivo y claramente adversarial.	69
7.1. El juez, los árbitros deportivos y la humildad jurídica.	72
Bibliografía.	75

1. PRIMERAS NOCIONES SOBRE EL MARCO TEÓRICO Y NORMATIVO

El marco teórico y la axiología jurídica que construyó pacientemente y durante décadas la corriente procesal garantista-liberal se proyectó en un refinado diseño normativo signado por dos notas esenciales: *su dispositivismo puro y la postura netamente adversarial que asumen las partes en el litigio*. Esos son los ejes centrales sobre los que se edificó el nuevo paradigma científico en el plano prescriptivo, ideado para tramitar y sentenciar los conflictos no penales en Latinoamérica.

Como ya dimos noticia en el libro primero de esta colección, pero aquí queremos subrayarlo por tener relación directa con el tema que abordamos, en el año 2016 el prestigioso Instituto Panamericano de Derecho Procesal aprobó el *Código General Procesal Modelo para la Justicia no penal de Latinoamérica*. El Código Modelo (en adelante también lo denominaremos así) fue puesto a consideración de la comunidad científica y ante quienes tienen la responsabilidad de proponerlo para ser adoptado por la legislación positiva de sus de la región.

Este hito lo exhibimos como el fruto maduro de nuestra corriente de pensamiento (el garantismo) que, bien mirada, debería adjetivarse como la única expresión procesal democrática, republicana, liberal, respetuosa, además, de las mandas constitucionales y convencionales que identifican a los modernos estados de derecho, y que insertó esos valores en un modelo de código procesal que demuestra una factura técnica y una base teórica que tiene la potencialidad de provocar el cambio radical del modelo que requiere, de un modo imperioso, la justicia civil latinoamericana.

A ocho años vista de la presentación en sociedad del Código Modelo, quienes contribuimos de una u otra forma a darle vida, sumados a los que le brindaron un caluroso apoyo, nos alineamos detrás de esa idea común: que con las naturales adaptaciones que sugieren la realidad de cada uno de los países, pero respetando su núcleo duro, anhelamos que se convierta en derecho positivo porque se vigencia efectiva supondrá que el procesalismo civil se alineará, por fin, con un sistema de procesamiento y juzgamiento que esté a la altura de los tiempos que corren.

A la par, exigimos que se cancelen los códigos neoinquisitivos civiles que la ideología procesal publicista inculcó desde mediados del siglo pasado y todavía se mantiene como el ominoso paradigma dominante (a pesar de los gravísimos perjuicios provocados durante un reinado que arribó, estamos convencidos, al fin de su ciclo).

Este patético cuadro de situación deber ser mutado sin más dilaciones. Nuestra petición quedó expresada en el tomo primero de esta colección e insistimos en esa postura a lo largo de su desarrollo. Y aquí volvemos a verbalizarla. Es que la juridicidad, las comisiones reformadoras y los legisladores de turno, cada uno desde nuestro sitio, nos encontramos interpelados para *hermanar*, cuanto antes, al sistema acusatorio-adversarial para atender los conflictos penales (modelo que ya se impuso *hegemónicamente*) con el sistema dispositivo-adversarial para tramitar y juzgar conflictos civiles (que *debe ganar la misma hegemonía* de modo urgente).

Esa faena, que si bien es propia de la ciencia procesal implica, además, introducir (y que se acepte) un cambio cultural profundo y, quizás lo más importante, supone que se dejen de lado las mezquindades, los intereses creados, y las cuestiones de privilegios, entre otras actitudes y vallas, que una y otra vez fueron levantadas por varios estamentos integrados por aquellos que no quieren resignar una postura cuyo dominio se ve amenazado. Esa tenaz resistencia, que por buenas razones o, peor aún, por inconfesables motivos, conlleva la negativa de apoyar el cambio radical del *modelo* que *ostenta la justicia civil*, en buenas cuentas supone desoír a los justiciables que vienen reclamándolo clamorosamente. De modo tal que en la mutación del modelo está en juego una cuestión propia de la ciencia pero, lo más trascendente, supone *cumplir con el compromiso ético* ante quienes son los genuinos jueces de todo lo que hacemos en la comunidad científica de la región: las partes de un litigio civil.

1.1. LOS CRITERIOS DE DEMARCACIÓN CIENTÍFICOS

Lo cierto es que estamos empantanados en un lodo intelectual y los códigos procesales, como así también los modelos teóricos que le dan vida (y esto es casi obvio mencionarlo), deberían ser el resultado de las elaboraciones de nuestra comunidad científica. Pero los diseños publicistas (neo inquisitivos) para atender los conflictos civiles no logran que sus premisas alcancen ese estatus.

El conocimiento científico contribuyó decididamente al progreso de la humani-

dad y en el ámbito procesal *provocó notorios avances* -por caso instalar procesos penales acusatorios-adversariales- pero, a la par, *cayó en profundos retrocesos* al proponer en el seno de los estados democráticos-republicanos y liberales la irracional apuesta de *mantener sistemas neoinquisitivos* para atender los conflictos civiles, además de potenciar el ejercicio del poder sólo en un ámbito de los estamentos del estado (el jurisdiccional) concediéndole, *graciosamente*, un gran volumen de mandatos operativos para ejercer ese poder y múltiples herramientas de coacción destinadas a constreñir la libertad de los justiciables.

Si los publicistas y sus acólitos aceptan quitarse de una buena vez las vendas intelectuales que se colocaron voluntariamente (reclamo que volvemos a formularles), pero que les fue funcional para mantenerse ajenos a los cambios radicales que se dieron en el seno de los modernos estados de derecho, concretarían un acto de buena fe que hasta hoy luce ausente y, además, evidenciarían un esfuerzo para transformar sus premisas, que volvemos a adjetivarlas como *seudocientíficas*, en postulados que se congracien con la ciencia del derecho procesal. En efecto, deberían comprometerse a tomar esa decisión si quieren ser respetuosos con los criterios de *demarcación científicos* que identifican si estamos en presencia de un conocimiento de este tipo o de uno que es propio de las *seudociencias*.

Debe quedar en claro que toda proposición que se lanza desde la comunidad científica-procesal conlleva cumplir con esos imperativos que, además, asumen una instancia ética: chequear si las consignas cumplen a cabalidad con los mentados criterios de demarcación que a continuación exponemos sucintamente¹.

- a) que el paradigma que se propone esté apoyado masivamente por la comunidad científica;
- b) que denote un riguroso uso del lenguaje, expresando realidades fácticas o ideales pero ajenas al uso de adjetivos valorativos;
- c) que sus enunciados sean lógicos, congruentes, coherentes y no antinómicos;
- d) que el objeto de conocimiento examinado científicamente sea abordado exhaustiva e integralmente;
- e) que las premisas enunciadas permitan la formulación de predicciones racionales sobre aquello que puede resolverse en un futuro;

1 Sobre el particular, recomendamos la lectura del libro *¿Por qué es científica la ciencia?* de la autoría de AGUSTÍN GONZÁLEZ RUIZ, Madrid, 2016.

d) y, por último, que resista a la confrontación empírica, a su falsación propia y a la externa y a la que sea formulada por los integrantes de la comunidad científica que impugnan el modelo propuesto.

A su turno, para POPPER, afirmar que una teoría es científica quiere decir que añade conocimiento racional acerca del mundo empírico; por lo tanto, no puede ser tautológica (no añade nada) ni contradictoria (va contra la lógica racional) ni metafísica (afirma algo que no puede ser comprobado experimentalmente)

Sinceramente, no avizoramos cómo la corriente publicista podría suscribir el compromiso de demostrar que sus tesis no son propias de una pseudociencia cuando todas sus premisas centrales no alcanzan el estatus de científicidad.

No debemos perder de vista que la ciencia procesal debe arbitrar las respuestas frente *al único objeto de conocimiento que justifica su existencia*: suministrar las herramientas para procesar y juzgar toda vez que se verifique la existencia de un litigio, lo que implica *la afirmación de la existencia de un conflicto jurídico que es elevado y sostenido ante la jurisdicción pública*.

Pues bien, la respuesta de la ciencia procesal (si quiere asumir, precisamente, esa entidad científica) *no puede variar* su estructura para procesar y sentenciar ese conflicto litigioso porque la índole del mismo *es diferente*. Para brindar una respuesta que no sea incongruente e incoherente, teniendo presente que es irrelevante para una concepción unitaria del procesamiento y juzgamiento que se trate de una pendencia civil, penal, laboral o administrativa, etc., el publicismo debe brindar justificaciones del porqué acepta e impulsa la bifurcación de los modelos. Pero no se digna ponerlas sobre el tapete.

Solo desde una propuesta propia del conocimiento vulgar se puede concebir que existan (válidamente) dos modelos de procesos, dos formas de sentenciar y dos sistemas de justicia diferentes según ese conflicto litigioso sea de índole penal o civil.

Pero el publicismo propone, desembozadamente, esos dos modelos, dos formas, dos sistemas para abordar los conflictos litigiosos según estos sean, como se lleva visto, de índole penal o no penal. Estas proposiciones entran en flagrantes contradicciones con todos y cada uno de los criterios de demarcación científica expuestos en los párrafos anteriores y que seguidamente lo vinculamos con las agresiones que le provocan a la ciencia procesal. Veamos:

Viola las exigencias de coherencia y congruencia, porque valida, lo iteramos,

que para un mismo objeto de conocimiento se pretenda solucionarlo con dos entes distintos e inconciliables: el sistema procesal neoquisitivo y el acusatorio según la índole de los conflictos abordados (enunciado demarcatorio identificado con la letra c).

Su postura de requerir la búsqueda oficiosa, la fijación objetiva y la debilidad de los límites para alcanzar la verdad, no goza de la conformidad de toda la comunidad científica. Por lo pronto, fue desestimada por los sistemas procesales penales de la región, que le prohíben al juez salir a su hallazgo, que le imponen se ciña a conceder la razón procesal a una de los dos teorías del caso, y eleva límites institucionales muy firmes (por caso el estado de inocencia) que implica que si la tesis de la acusación no genera convicción de condena y sumerge al juez en estado de duda, debe absolver al imputado (enunciado demarcatorio señalado con la letra a).

Omite tratar las cuestiones de un modo exhaustivo, ya que no se ocupa de explicar porqué enuncia, precisamente, distintos modelos de procesamiento según el conflicto que deba fallar el juez, (enunciado demarcatorio nominado con la letra d).

Introduce un lenguaje que no es riguroso al estar cargado de consignas valorativas, apelando por caso a la invocación de valores, como la verdad objetiva, la justicia y la solución correcta del conflicto (enunciado demarcatorio requerido en la letra b).

No contiene premisas que permitan predecir cómo fallarán los jueces, porque al entender que el juez puede dejar de lado normas jurídicas si repugnan a su criterio moral, luego no se puede determinar cómo fallarán en el futuro otros jueces con criterios morales diversos (enunciado demarcatorio requerido en la letra d).

Y, para cerrar, las premisas del publicismo no resisten las críticas internas y externas, no superan el falsacionismo y tampoco logran rebatir los criterios que manejamos la comunidad de científicos que ha elaborado un paradigma alternativo al del publicismo. Por caso, ya se demostró su falsación e inaplicación para los procesos penales y no pudo refutar esa caída y, además, se niega a debatir el núcleo duro del paradigma garantista (criterio demarcatorio esclarecido en con la letra e).

Dicho lo anterior, recordamos que la esencia del paradigma que sostiene el garantismo procesal se alza contra el mantenido por el publicismo. Viene ha-

ciéndolo desde hace más de veinte años, (recordamos al lector nuestro aporte en esa dirección, que dio pie a la obra *Teoría unitaria del derecho procesal*). Sin embargo, esta corriente logró sostener, inexplicablemente, que es válido mantener dos esquemas procesales antagónicos para los conflictos penales y no penales, tema que ya abordamos en el libro primero, volvimos a tratarlo en este tramo y completaremos su análisis en el párrafo siguiente.

A riesgo de ser reiterativos el publicismo sostiene que:

a) debe *mantenerse un esquema (para atender los conflictos penales)* donde el eje del debate gire en torno a *la libertad de las partes* para postular, confirmar, valorar e impugnar lo que decida el órgano jurisdiccional. La misión del modelo del juez democrático queda así redefinida, impidiéndole salir a la búsqueda de la verificación oficiosa de la “verdad” y no puede actuar como *juez auxiliar* de una de las proposiciones que esgrimen las partes (el acusador público o privado o de la presunta víctima).

Que *no pretende fijar la verdad jurídica objetiva el sentenciar* (porque sólo puede expedirse sobre dos tesis subjetivas y se asume que es imposible alcanzar ese tipo de la verdad en ese contexto). Que debe respetar los límites constitucionales, convencionales y procesales que le impiden acceder a la búsqueda y a la fijación de la verdad *a cualquier costo* y;

b) la misma corriente publicista suscribe, a la par, la inconciliable idea de que en los conflictos civiles *la libertad de los contendientes debe quedar reducida*, porque su concesión los habilitaría *para emplear artimañas*. Además, que es deber de la jurisdicción salir al hallazgo de “la verdad” *de manera oficiosa*, fijarla de *un modo objetivo*, consagrando *la justicia del caso* y brindando *la única respuesta correcta* que puede y debe encontrar para solucionar el litigio que tiene entre manos. Y, por último, el publicismo sostiene que en los conflictos civiles el juez debe elevarse hasta ser la figura central de ese proceso.

Para ir cerrando: no concebimos cómo pudo quebrarse de un modo tan burdo el compromiso que tenemos los que hacemos ciencia procesal de no caer en incongruencias insalvables y, además, violentar los mandatos éticos que debe respetar todo cultor de las disciplinas científicas: demostrar que las premisas que enuncian contienen los atributos del saber de las ciencias.

1.2. EL PARADIGMA PUBLICISTA NO RESISTE SU PERMANENCIA EN EL SENO DE LAS DEMOCRACIAS REPUBLICANAS Y LIBERALES

A mayor abundamiento, y desde otro ángulo, nos parece también irreal que en el marco de la agenda democrática, republicana y liberal que se instaló en los modernos estados constitucionales de derecho (tema tratado en profundidad en el tomo anterior) pudo haber nacido y mantenerse la falaz idea de que ciertas *castas del poder* puedan auto adjudicarse la ilegal atribución de privar a las partes procesales de *su libertad, su dignidad y de sus derechos inviolables para tutelar sus intereses litigiosos*, sin pretender explicar mínimamente porqué en los conflictos no penales puede *arrebatarle al justiciable de a pie las preciosas conquistas procesales* ganadas hace décadas por ellos mismos cuando quedaron involucrados en una pendencia penal.

Por último, en el libro primero de esta colección, hicimos mención de que el subtítulo de la obra referida al proceso civil adversarial expresaba que era “*una deuda pendiente en Latinoamérica*”. Pues bien, lo traemos a cuento porque todo el esfuerzo intelectual desplegado pasa, en última instancia, por saldar ese débito.

La auto exigencia se justifica, y con creces, si se tiene presente el caótico panorama del que venimos dando cuenta y en el que se encuentra envuelta la comunidad científica-procesal y los hacederos de los códigos procesales penales y civiles.

En el párrafo siguiente profundizaremos sobre las consecuencias que provoca en la comunidad científica la irrupción de un paradigma alternativo (el garantista) que pretende ocupar el sitio que mantiene el paradigma dominante (el publicista). Invitamos al lector a que nos acompañe en ese tramo, que ponemos a su consideración a continuación.

2. EL CESE DEL ESTADO DE NORMALIDAD EN LA COMUNIDAD CIENTÍFICA-PROCESAL Y EL ARRIBO AL ESTADO DE LA REVOLUCIÓN EPISTÉMICA

El giro copernicano que para la ciencia y la normativa procesal civil supuso la irrupción de un nuevo paradigma que, con vocación de síntesis, *privilegia al justiciable por sobre la jurisdicción*, y que fue edificado de un modo consistente por la corriente garantista-liberal, produjo una primera y valiosa consecuencia: provocó el cese del “*estado de normalidad*” que imperaba tanto en la comunidad científica como en la de los hacedores de las codificaciones procesales civiles.

Resultaba notorio que para mantener esa calma se imponía llevar con rienda corta al rebaño de justiciables y que la comunidad científica publicista no cediera un palmo en sus posturas. Luego la quietud instalada de ese modo era *puramente ficcional*. Por lo forzado de la situación, no produjo extrañeza que el paradigma publicista comenzara a sufrir una serie de remezones, primero de una intensidad menor y luego, en poco tiempo, este sismo intelectual fue cobrando una fuerza creciente hasta desatar una conmoción radical que desembocó en el estado de “*revolución científica*” en el que hoy estamos inmersos.

El publicismo y el activismo judicial deben enfrentarse ahora en un escenario donde todas y cada una de sus consignas merecen severas refutaciones. Como lo hemos anticipado, la nueva visión de la juridicidad, y más aún, de las relaciones entre los individuos empoderados y las autoridades en este nuevo marco que rige en los estados de derechos modernos, con un margen de actuación mucho más acotado para los gobernantes, impulsó la necesidad de sustituir el modelo publicista en los planos teóricos y normativos para derribar ese último bastión en donde se hizo fuerte el ejercicio *casi ilimitado del poder* por parte del *estamento jurisdiccional*.

La postura rupturista, que ya lucía hartamente justificada, se convirtió en una cuestión que no admite colocar paños tibios o conceder más plazos. Sólo corresponde declarar la caducidad masiva de un ideario que nació equivocado y fue profundizando sus errores que se vuelven cada vez más inquietantes y no se advierte hasta dónde se puede profundizar su ideario claramente antidemocrático e intervencionista.

2.1. LAS CONSIGNAS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO ADOPTADAS POR EL PUBLICISMO PROCESAL

En la actualidad y adicionalmente, las nuevas mutaciones que se produjeron en el formato publicista despertaron *otras alarmas*. Se hizo presente una vertiente que potencia la irracionalidad del publicismo y el activismo judicial: *el neo constitucionalismo* (del que daremos amplias referencias en este libro cuarto) pero que, a modo de anticipo y síntesis, supuso introducir nuevas ideas quizás más estrábicas y muy peligrosas para el justiciable de a pie.

Los publicistas se convirtieron en fervientes *sostenedores del neoconstitucionalismo* y pasaron a servirse una y otra vez de este engendro. Para un juez activista, el escuchar esas ideas suena en sus oídos como una suerte de música casi celestial. Ahora su gesta y su “revolución judicial” tiene otros sostenes: el juez activista entiende que, además de buscar oficiosamente la verdad y fijarla de modo objetivo, le está permitido violentar límites legales, epistémicos y convencionales e irrespetar el principio de legalidad.

Bajo las consignas *del neoconstitucionalismo*, si las reglas de derecho entran en colisión (según su concepto) con el orden objetivo de valores, expresos o implícitos, que emanan de las cartas magnas o las convenciones regionales o mundiales (y que ese juez activista está en condiciones de detectar) puede, sin más, inaplicar los mandatos jurídicos porque entrarían en colisión con los difusos principios que emanan de esas fuentes constitucionales o convencionales y a los que el juez apeló en ese caso concreto para privar de todo efecto legal las reglas en las que debía subsumir los hechos.

La corriente del *neo constitucionalismo* está impregnada de otros conceptos tan inquietantes como el que se lleva expresado, pero lo cierto es que la judicatura latinoamericana los abrazó calurosamente. En especial se alinearon detrás de esta ideología las Cortes Constitucionales que funcionan en algunos países de la región y que, ahora y con creciente intensidad, actúan con conceptos propios de la visión expresada por el realismo jurídico (que nació en los sistemas del - pero se hizo expansiva a nuestro modelo). Para un juez activista y neoconstitucionalista *el derecho es aquello que los jueces dicen que es y punto*.

Y todavía más, el neoconstitucionalismo moralista, propone, además, una lectura moral de la Constitución estableciendo que esos *derechos morales* son derechos individuales y preexistentes al derecho positivo. Por eso lo libera al juez del *deber general de obedecer a la ley* cuando ella sería incoherente con

los valores de una sociedad que reconoce esos *derechos preexistentes basados en valores constitucionales*.

En palabras de RODOLFO VIGO, cultor de esa ideología, se resume de este modo:

“Cualquier sociedad que pretenda reconocer los derechos, debe abandonar la idea de un deber general de obedecer la ley como válida en todos los casos”.

A partir de esos principios, los derechos naturales o preexistentes quedan incorporados al mundo jurídico por ser su género y los derechos jurídicos su especie, por eso:

“es posible que los ciudadanos reclamen su reconocimiento y los jueces así los declaren”².

En la misma dirección, para RONALD DWORKIN no se trasgrede el principio de irretroactividad normativa porque los derechos -por su valor moral- son siempre preexistentes y el derecho es interpretación que requiere de una práctica argumentativa que se realizará en el litigio mediante la decisión judicial. No es una obra acabada, terminada, munida de reglas y principios para valorar por el intérprete judicial, así que -sin aplicar la discrecionalidad judicial- los jueces no crean derecho *sino que declaran o niegan los ya establecidos por los principios*. De ahí que deban argumentar desde esos principios porque ese es el camino para que los derechos naturales (anteriores a la legislación) queden preservados y respetados al momento de debatir y dirimir los conflictos jurídicos.

Se advierte porqué un juez activista suscribirá las ideas de los neoconstitucionalistas ya que le otorgan una suerte de “piedra libre” a la hora de sentenciar.

Los mayores exponentes contemporáneo de esta corriente neoconstitucionalista y iusmoralista son ROBERT ALEXY³ quien reforzó desde el *constructivismo ético* las ideas de PERELMAN, THEODOR VIEHWEG, HABERMAS y el ya mencionado RONALD DWORKIN. Luego volveremos sobre esos idearios, pero quisimos dejar anticipado en este capítulo que, frente a ese ensombrecido panorama, la corriente garantista pudo mantenerse al margen de esos conceptos extraños al iuspositivismo moderno que suscribimos, no se contaminó con esas

2 VIGO, RODOLFO, *Interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006, p. 54.

3 ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales, Teoría de la argumentación jurídica*, Palestra, Lima, 2010.

premisas y expuso un sistema de procesamiento y juzgamiento que cumple cabalmente con las premisas de demarcación científica que hacen que la propuesta que formulamos tenga la propiedad de contener ideas connaturales con el sistema mismo.

3. LA REVOLUCIÓN EN LAS CIENCIAS

La conmoción que se produjo en el mundo científico (y de suyo en el universo procesal civil) cuando se pretendió y se pretende derribar un paradigma dominante (en este caso el impuesto por el publicismo procesal) que, a su vez, era y es defendido a “capa y espada” por sus sostenedores, fue explicada de un modo muy claro por THOMAS KUHN e IRME LAKATOS⁴.

Nos permitimos formular un breve compendio de las ideas de KUHN que ilustrarán al lector sobre la importancia de entender *cómo evolucionan las ciencias* y la *resistencia que ofrecen quienes sostienen un paradigma científico que corre el riesgo de ser sustituido*.

KUHN nos enseña que la vida nos somete a constantes e irrenunciables cambios en las personas, los ambientes, las situaciones, las leyes y, de suyo a los paradigmas científicos. El cambio permanente, en especial del ideario científico, es quizás, la parte del proceso evolutivo del que podemos estar más seguros que se producirá. Desde la Grecia clásica, el cambio y el tiempo, han sido nociones que han preocupado al ser humano. HERÁCLITO DE ÉFESO introdujo el concepto de que todo fluye y nada permanece estático. Jamás te bañarás en el mismo río, ni acariciarás la misma piel aunque fuere tuya. Estamos sometidos a la fluidez irremediable del cambio constante e imparable de todo cuanto nos rodea, incluso de nosotros mismos.

Nuestras células nacen y mueren constantemente, se multiplican y dividen por millones a cada instante, del mismo modo en que el universo se redescubre y expande, como el agua que fluye desde el nacimiento del río que desemboca en el mar.

Ilustra KUHN que el cambio es una parte imprescindible de nuestra evolución y por eso se coloca como una de las plantillas necesarias para entender y estudiar el mundo, la humanidad y su cadencia. La ciencia actúa del mismo modo, *cambiando sus paradigmas*, superando teorías que dan lugar a nuevas formulaciones gracias a las cuales podemos entender nuestro universo. Los

4 KUHN, THOMAS, *Las estructuras de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económico, México, 1975.

paradigmas de la ciencia nos han permitido conocer todo lo que nos rodea, la química, la física, la matemática y demás doctrinas que participan de ella, someten a revisión constante sus teorías *para poder generar nuevos paradigmas*. Pero cada cambio plantea una serie de conflictos *que dan paso a una revolución* que es el período científico en el que las teorías se reformulan para poder afinar sus tesis y dar *paso al cambio del paradigma dominante por otro que apareció como alternativo y terminó consolidándose*.

Esos procesos que THOMAS KUHN plasma y narra en su obra *la estructura de las revoluciones científicas* nos ha permitido entender cómo funcionan las etapas revolucionarias en las ciencias y darle sentido a la rivalidad entre los paradigmas publicistas y activistas en el mundo procesal.

Debemos tener en cuenta, pues, que en todo proceso histórico en el que estudiemos la evolución teórica y sea cual fuere el campo, que en la ciencia, como en otras disciplinas donde se apela a la razón, estará presente siempre este concepto: que la evolución que produce el cambio nunca es en una línea recta y que es equiparable al de la ramificación de un árbol o de su raíz. Siempre diverge en distintos puntos, pero son todos los caminos y “ramas” posibles de ese “árbol” los que nos permiten llegar a nuevas teorías con pretensión de universalidad.

Puede sostenerse que la filosofía y la ciencia nunca han estado separadas del todo porque, como disciplinas “del saber”, la actividad filosófica parte de la teorización y revisión constante de sus premisas esto es, hacer teorías de teorías en un bucle constante en la búsqueda y el consenso para arribar a una verdad provisoria.

Y es tan importante esta actividad filosófica, que permite a la ciencia abrir nuevos campos o, incluso, plantearse otros valores a tener en cuenta a la hora de ejercer su actividad, no sólo en cuanto a teoría sino también en la práctica de la misma ciencia. Existe una frase muy decidora que simboliza lo mutante del conocimiento científico: “nunca regresa quien se va, aunque regrese”.

A su turno, IRME LAKATOS afinó el ideario de KUHN postulando este concepto: un paradigma que exhibe fisuras tiene chances de sobrevivir si es que puede enmendar (todavía) sus anomalías internamente, pero cuando esas grietas afectan su núcleo duro sólo admiten su sustitución por otro ideario que enmienda totalmente una construcción científica que perdió validez. Y esto es lo que sucede con el publicismo, su núcleo duro es el que presenta inconsistencias y anomalías *que no pueden auto-emendarse*.

3.1. LOS CONCEPTOS DE DANIEL HERRENDORF

Ratificando lo sostenido por KUHN Y LAKATOS, el iusfilósofo argentino DANIEL HERRENDORF⁵ analizó cómo opera ese estado de “revolución en las ciencias” cuando se instala en el escenario jurídico la presencia amenazante de un paradigma alternativo que pretende destronar al reinante. Ya utilizamos su discurso en nuestra tesis de Magister⁶ pero aquí lo replicamos por la vigencia que mantienen sus ideas. Sólo nos concedimos una licencia: adicionarle unas apostillas bajo el rótulo “*nuestra acotación*” para aplicar esos conceptos generales que vierte HERRENDORF, direccionándolo al específico ámbito procesal.

El repaso de algunas de sus esclarecedoras ideas y el aporte de “nuestras acotaciones” explican desde otra perspectiva porqué puede mantenerse *vigente* el paradigma publicista y el activismo judicial, a pesar de las graves *inconsistencias que desnuda* y cómo no operó (todavía) la sustitución de un ideario que se mantiene a duras penas en su sitio. Ese incordio, lo iteramos encuentra su explicación en los dichos de DANIEL HERRENDORF⁷.

De HERRENDORF

“Nadie está en condiciones de pensar en que el paradigma pueda tener fisuras. Siguen adelante, cerrando los ojos. Nadie ve una dificultad si no quieren verla y no están dispuestos a verla”.

Nuestra acotación

La defensa a la que apelan los adscriptos al paradigma publicista dominante supone, precisamente, cerrar los ojos y levantar vallas para sostener a como fuere un formato teórico y codificado que se volvió inválido, pero que de un modo consciente o irracional sigue alentando una quimérica esperanza: la de presentarlo como una teoría y una normativa científica que no ha sido superada.

En nuestro concepto deberían ser realistas y asumir que se trata de un conjunto de *códigos muertos*, es decir de ideas que pudieron ser útiles un tiempo (aunque dudamos de que esa utilidad hubiera estado presente alguna vez)

5 HERRENDORF, DANIEL ESTEBAN, *Las corrientes actuales de la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Argentina, Ediar, 1989.

6 Tesis de magister: *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.

7 HERRENDORF, DANIEL ESTEBAN, *Las corrientes actuales de la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Argentina, Ediar, 1989

pero que hoy no reportan beneficio alguno. Y si no quieren ver esa realidad es porque sencillamente no quieren hacerlo.

Lo cierto es que aunque es notoria la decrepitud del ideario publicista y dejó a las claras que fue incapaz de solucionar los problemas con los que se enfrentó y enfrenta, sus esforzados sostenedores no advierten que *entró en crisis*. Y no lo hacen porque sus gafas intelectuales no le permiten visualizar sus graves inconsistencias.

No observan sus grietas y tampoco reparan en la debilidad de todo el andamiaje construido sobre bases *seudocientíficas* y apelando a la parte irracional, a nuestros sentimientos y emociones, en lugar de adscribirse a ideas racionales, logran adhesiones desde la emotividad y no desde la razón.

De HERRENDORF

“Las ciencias sociales están en su prehistoria porque sobresale la individualidad: cada cual tiene su idea, maneja sus propios conceptos, sus teorías, sus valoraciones. Son como pequeñas escuelitas, la mayoría de ellas ágrafas. Cada uno trata de convencer al otro, el noventa por ciento del discurso científico se vuelve epistemológico. La prehistoria se acaba cuando llega un *genio* a la comunidad. Entonces comienza la etapa del logro, la etapa de Galileo, de Newton, de Einstein. En este momento crucial del ciclo de la historia de la ciencia aparecen libros, artículos, verdades”.

Nuestras acotaciones

A partir de la segunda mitad del siglo pasado el publicismo y el activismo judicial *tomaron un fuerte auge*. Basados en una suerte de *neoinquisitivism moderno*, la comunidad de los científicos procesales dedicados al estudio y la elaboración de las codificaciones para atender los conflictos civiles se alinearon alabando *ideas protocientíficas*.

Habían arribado los “genios”, KLEIN, DINO GRANDI, entre otros, que “iluminaron” la publicización del proceso civil, la concesión de fuertes poderes al juez, la búsqueda oficiosa de la verdad, la posibilidad de llegar a verdades jurídicas objetivas, y, en tiempos más recientes, la moral integrada al derecho, la chance de encontrar una respuesta única y correcta al litigio que el juez debe resolver y, por último, tomaron nuevas franquicias para aplicar los principios que en su concepto emanaban del orden constitucional, fueran éstos explícitos o implí-

citos, ideando un sistema de valores objetivos que podía ser aprehendido por ese visionario juzgador.

Sólo restaba que la comunidad científica se adscribiera a esas ideas que, según la visión del publicismo, cambiarían para siempre al proceso civil y lo llevarían una nueva instancia de engrandecimiento: un modelo publicista, intervencionista, acotando la libertad de las partes y enaltecendo la figura y los poderes del juzgador. Ese era el nuevo paradigma que, como un dogma de fe laico debía instalarse, regiría de ahora en más, y no podía ser rebatido.

De HERRENDORF

“La comunidad científica se siente verdaderamente eufórica, metida, zambullida en la historia de la ciencia, en la “gran historia”. Enseguida los científicos se pasan del lado del logro. Este logro produce un quiebre epistemológico. El quiebre epistémico es un gran descubrimiento que se genera más allá de donde los científicos estaban mirando y esperaban ver algo. Se establece una lógica distinta de la que venía usándose hasta el momento. Toda la lógica de las investigaciones anteriores al “gran descubrimiento” queda archivada: todos se anotan ahora con el adelantado. Los científicos se divorcian de sus antiguas teorías, abjurando de sus ideas y se incorporan a las nuevas que ya tienen éxito y consenso. Los que no se convierten quedan realmente fuera de la historia. No aparecen ni en los diccionarios. Se produce una total hegemonía y homogeneidad en la comunidad científica; hay consenso y el logro que los une se convierte en un estilo y guía de su actividad. Cada uno de los físicos, por ejemplo, adoptó el estilo de Newton. Usaban sus instrumentos, su medición, sus teorías, etc. Es así como el logro se convierte en paradigma. ¿Cuál es la ventaja? Ella reside en que el ejército de científicos adopta una sola estrategia, se mueve unidireccionalmente. Entonces se ponen a discutir bizantinamente porque están todos de acuerdo”.

Nuestras acotaciones

Para la comunidad científica publicista y el activismo judicial la euforia se desató porque, por fin, el proceso ya no era *más* “una cosa de partes” y el juez dejó de ser un “convidado de piedra”.

Por el contrario, era el sujeto procesal al que debía *concedérsele* fuertes poderes para dirigir y decidir el debate (a riesgo de que la verdad objetiva no pudiera alcanzarse y la sentencia no reflejara la justicia con la que debía fallarse el litigio).

Para el pensamiento publicista, el principal sujeto de la relación procesal es el juez de la jurisdicción pública y *a él* adjudican más sapiencia que a las partes en su propio conflicto y hasta una instancia ética superior porque no tiene interés propio en el resultado de la contienda.

Desde esa mirada intervencionista, ese modelo de juez está destinado a llevar adelante una revolución social desde las entrañas de la jurisdicción. Se lo unge como buscador de verdades, predicador de ellas, capaz de focalizar la justicia del caso, y de emitir, como ya lo dijimos, una respuesta -la única respuesta correcta que clarivamente encontró- apelando, entre otros mecanismo de conocimiento a las fórmulas de la ponderación alexiana.

Visualizaron como una teoría *antigua* la del juez apegado a la estricta legalidad y actuando sujeto a la voluntad de la ley general y entendieron al iuspositivismo como una corriente *démodé* que, inclusive, están convencidos (tergiversando banalmente a HANS KELSEN) que fue el positivismo el que le dio sustento intelectual a la dictadura moderna más feroz del siglo pasado: el nacional socialismo alemán, encarnado en la figura de su *Führer*, Adolf Hitler.

Por cierto que ese conjunto de ideas contiene numerosas falacias. Apostar por otorgar poder a un estamento del estado bajo la pueril justificación de que alcanzará los valores que están en juego en un proceso civil y que, por cierto, son superiores a los que ponen en juego las propias partes, fue el modo de pensar que justificó precisamente que la patria valía el sacrificio de la vida de los combatientes, que la pureza de la raza aria justificaba la eliminación de otras razas que eran impuras, y que el triunfo del proletariado validaba revoluciones sangrientas.

En buenas cuentas, el apegarse a la legalidad, a que *la ley es la ley*, como lo titula en una de las obras de su autoría uno de los filósofos iuspositivistas más lúcidos de la Argentina, ANDRÉS ROSLER, no aplicaba para a los iluminados jueces de esta corriente que sostenían que *la ley es aquello que los jueces entienden, libre y moralmente*, aquello que ellos dicen que es.

De HERRENDORF

“Esto funciona así hasta que se muere el último opositor. Por ahora, nadie contrasta el paradigma. El paradigma es una manera de ver la realidad. Así, ante una piedra sujeta por un hilo, ARISTÓTELES hubiera dicho: un objeto que no puede moverse libremente; en cambio GALILEO hubiera dicho: un péndulo. Cada cual maneja su paradigma. Si el

paradigma funciona, los científicos se ajustan a él y en última instancia ajustan el paradigma, pero no lo contrastan. Esto continúa hasta que aparece una *anomalía*: algo disiente con el paradigma o algún problema no puede resolverse. Según KARL POPPER, habría en este caso *refutación*. Pero KUHN dice que los científicos no proceden normalmente así: no ven esa dificultad, no ven esa anomalía. No porque no quieran verla, sino simplemente porque no la ven”.

Nuestras acotaciones

El exitismo publicista los llevó a creer que el último opositor de la teoría publicista ya había muerto (intelectualmente hablando) y por la miopía propia de los que se creen y se sienten triunfadores, no se admitió por sus sostenedores que tuviera alguna seriedad científica la refutación del paradigma publicista.

Se le extendió un certificado de defunción al garantismo procesal y al sistema adversarial. Pues bien, hoy se advierte que lo hicieron prematuramente porque esa corriente mantiene y, en rigor, aumentó su vitalidad.

Sin meditar en demasía y cautivados por un código procesal profundamente autoritario: el código procesal civil italiano de 1942, el verticalismo procesal se convirtió en una fórmula adoptada por los científicos y los hacedores de los códigos procesales civiles publicistas de la región.

Antes del arribo del garantismo procesal nadie discutía al paradigma publicista y su modelo normativo neoinquisitorial y, como lo dijimos, el propio publicismo no podía imaginar que su teoría y expresión codificada tuvieran alguna grieta porque su mirada quedó opacada ya que se enfocaba desde las gafas del poder.

Ellos no veían (y luego de décadas todavía no se permiten ver) las anomalías que disparan los sistemas de procesamiento de corte neoinquisitivo, al suprimir de cuajo las garantías procesales concedidas constitucionalmente a los justiciables. Esa ceguera intelectual es producto de la internalización de una cultura autoritaria que cuando es imputada a alguien, genera una virulenta reacción y se asume hasta como una ofensa muy marcada. Lo que nos resulta inexplicable porque, aunque el adjetivo pueda resultar duro, expresa la pura realidad que refleja esa línea de pensamiento.

De HERRENDORF

“Habrá algunos temerarios que advierten un abrojo, detectan un principio de error, juntan ánimos y algunas veces plantean la anomalía

que creyeron ver. En ese trance, todos hacen todo lo posible para triturarlo cuanto antes. La experiencia es patética: alguien señala una anomalía y lo tratan de psicópata. Así, la ciencia no avanza jamás o, al menos, tarda mucho en hacerlo. Pero es inevitable que cuando una anomalía es nueva todos la nieguen; y si hay consenso en negarla pueden pasar lustros antes de que se altere el paradigma. El error echa raíces y se instala cómodamente. Así funcionan ciertas ideologías científicas y algunas duran siglos”.

Nuestras acotaciones finales sobre los dichos de HERRENDORF

ADOLFO ALVARADO VELLOSO asumió esa temeridad intelectual. Luego nos adherimos sus seguidores. Cruzamos la frontera y planteamos nuestros propios desafíos.

Los publicistas no pudieron triturarlo (ni triturarnos) a pesar de que esa corriente descalificó duramente nuestro ideario, cuando aún todavía no se había extendido como lo hizo luego, afirmando algo que hoy estamos seguros de que no se atreverían a replicar. En su momento, se tildó al garantismo como *trágico en sede civil y muy peligroso en sede penal* (JORGE WALTER PEYRANO⁸).

Para ir cerrando: las enseñanzas de HERRENDORF anudadas a las brindadas por KUHN y LAKATOS nos ubican en las reacciones que asumen los sostenedores de un paradigma dominante cuando corre el riesgo de ser *sustituido*.

3.2. CONCLUSIONES

Venimos sosteniendo que la posibilidad de la caída del paradigma publicista y su sustitución por el ideario garantista-liberal se torna más que factible porque al exhibir aquél múltiples anomalías y no poder solucionarlas *internamente*, hace tiempo que evidencia que los graves desajustes que hemos detectado provocarán su inevitable derrumbe.

Podemos predecir que la teoría garantista y el formato codificado dispositivo-adversarial gozan de fuertes posibilidades para instalarse como el paradigma triunfante y, así, coronar con éxito la titánica y extensa batalla intelectual que, finalmente, lo depositará en ese sitio.

El publicismo es consciente de ese riesgo y también (por lo menos *in pectoris*)

8 BENABENTOS, OMAR ABEL, *Ob. Cit.*, p. 70, referenciando a HERRENDORF, DANIEL ESTEBAN, *Las corrientes actuales de la Filosofía del Derecho*, Ediar, Buenos Aires, 1989, p. 31.

asume el próximo fin de su reinado. Es que las evidencias demuestran que el formato verticalista y el activismo judicial que prohíjan con un entusiasmo digno de mejores causas ya gozaron de un tiempo *más que suficiente* para mostrar ante los justiciables que era una propuesta válida, acreditar que privilegiaba los intereses de las partes y que gozaba de la aptitud para generar su confianza. Ese tiempo se consumió vanamente y lo cierto es que los logros prometidos jamás fueron alcanzados.

Los discursos y la retórica no pueden doblegar la realidad y tampoco desmentir los datos estadísticos. Empíricamente está acreditado que, al no concretar sus fines (y si los publicistas son intelectualmente honestos), deberían conceder que no tendría mayor sentido el que se les renueve una carta de crédito para mantener a flote un esquema que fracasó de un modo rotundo.

4. LAS METAS QUE SE PROPONE GARANTISMO PROCESAL

Luego de las reflexiones deslizadas en la introducción y en los tres capítulos siguientes, pasaremos a justificar y ratificar, desde la teoría, la ciencia y la ius-filosofía, por qué el garantismo propone la sustitución lisa y llana del paradigma procesal publicista. Se trata de avalar las razones con las que contamos porque si se tiene en miras un objetivo que, concedemos, resulta ambicioso, quedamos compelidos a demostrar, con un grado casi de evidencia, que tanto sus postulados teóricos como el diseño normativo y la axiología de la que se nutre, encierran un expresión jurídica y ética muy superior a la exhibida por el modelo que pretendemos desplazar.

Nuestra corriente se valió de varios medios que pusieron en marcha tácticas idóneas para desplegar su estrategia. Al partir de una visión humanista, esto supuso alterar el orden de los factores para procesar y juzgar los conflictos civiles, *priorizando el método sobre la meta*. No se apegó a visiones utilitaristas y sentó bases muy firmes presentadas de un modo asertivo. Sus fines apuntan a colocar al proceso y a la judicatura al servicio del justiciable, a instalar un método de procesamiento y juzgamiento que lleve a sus destinatarios a confiar en él, a pertrecharse de principios procesales utilizados como puntos de apoyo y sumarle varias premisas que los complementen y cumplan la función de fortificar sus propuestas.

5. LOS PRINCIPIOS PROCESALES Y LAS PREMISAS QUE SOSTIENE EL SISTEMA PURAMENTE DISPOSITIVO Y NETAMENTE ADVERSARIAL

A partir de los cinco principios procesales concebidos por ALVARADO VELLOSO (que ya mentamos en el libro primero de esta colección, pero que aquí queremos detenernos en su examen) quedaron precisadas las notas esenciales que identifican al *debido proceso*.

Para ALVARADO, lo iteramos, asumen la calidad de *principios* porque no concibe un par antinómico que pueda oponerse a ellos. Su contracara no resulta admisible porque no puede concebirse un proceso (en todo caso sería un mero procedimiento) en donde las partes no ostenten una perfecta igualdad jurídica, el juzgador sea parcial, la serie procesal fuere ilógica, no asuma el carácter de transitiva o se permita debatir con añagazas y traiciones.

Dicho esto, resulta muy útil refrescar con un poco más de profundidad el contenido de esos cinco principios.

Primer principio: visualiza un método de debate puesto a disposición de las partes y las iguala jurídicamente en el plano procesal al permitirles apelar al *contradictorio*, reafirmar su postura adversarial, dual y antagonica, propiciar el *diálogo*, la persuasión y la cognoscitividad.

Segundo principio: concibe un modelo de juez en el que se refuerzan las notas de *imparcialidad*, *imparcialidad*, *independencia* y *neutralidad* que hacen a la esencia de su función.

Tercer principio: diagrama una *serie lógica* que les permite a las partes ejercer de un modo amplio las cargas de postulación, posibilidad de refutación, confirmación y valoración de los enunciados fácticos expuestos y, también, la eventual impugnación de lo decidido;

Cuarto principio: asegura la *transitoriedad de la serie*, que se debe procesar y resolver en tiempo razonable, sin que sea posible postergar ello *sine die*

Quinto principio: por último, asume que el debate debe realizarse sin utilizar la mala fe.

5.1. LAS PREMISAS QUE COMPLEMENTAN EL SISTEMA DISPOSITIVO ADVERSARIAL

Nuestro aporte en este tramo consistió en adicionar a esos cimientos principistas varias premisas que le sirven de auxilio y complemento para elevar un edificio procesal que luzca robusto y armonioso y, en especial, porque dibuja expresivamente *el modelo puramente dispositivo y claramente adversarial* que postulamos para atender los conflictos no penales por la jurisdicción estatal.

Elaboramos *diez premisas* que no deben entenderse taxativamente, pero sí son expresivas de las *ideas-núcleo* que propone el garantismo como ejes de su sistema de procesamiento y juzgamiento y, además, están impregnadas de la misma naturaleza de esos principios: no admiten la validez de un par antinómico que se les oponga.

En este tramo las enunciaremos muy sucintamente, para luego abordarlas de un modo exhaustivo en el título siguiente dedicado a un análisis profundizado de las mismas. Veamos.

Primera premisa. Centralidad de los justiciables: fija un marco de preponderancia para que las partes ocupen el centro del escenario procesal, colocándolas en la condición de adversarias, duales, iguales y antagónicas.

Segunda premisa. Libertad conferida a las partes procesales: otorga un ámbito de libertad maximizado y las iguala en el espacio jurídico con la misma simetría que portan los ciudadanos en el ámbito político.

Tercera premisa. Postura adversarial: las inviste de la condición de adversarios nutridos de los siguientes elementos: a) la condición formal de parte; b) posición dual; c) subjetiva, d) e igualitaria durante el proceso (más allá de la natural desigualdad que pueden ostentar en la vida real, antes y después de terminado el litigio).

Cuarta premisa. El estado de inocencia: reconoce el estado de inocencia del demandado o el reconvenido en los procesos de conocimiento, haciendo operativo un derecho procesal fundamental: la igualdad de la persona humana imputada en un conflicto penal o del accionado en una contienda civil.

Quinta premisa. Relación cooperativa. Visualiza a la función cooperadora de las partes en el proceso sin desnaturalizar su condición adversarial y privilegia su libertad, la igualdad, el diálogo racional y utiliza al debate para que se persuadan mutuamente, alentando la posibilidad de llegar a una salida autocompositiva del conflicto y, también, que la riqueza del material fáctico y

probatoria y la dialéctica sean funcionales para persuadir al juzgador sobre la respectiva bondad de sus posturas.

Sexta premisa. Reformulación de la idea de la autoridad jurisdiccional: asume que ante la necesaria presencia de la autoridad judicial **ésta debe ser reconducida y propone** una postura minimalista durante el procesar. Tiene presente que en este espacio la relación del individuo con los jueces es directa y continua, y esto genera un marco muy sensible en el que deben extremarse los recaudos y redefinir la intensidad de su intervención y el nivel de coacción que puedan ejercer.

Séptima premisa. Mínima jurisdicción: la visualiza como una simple cogestora institucional del conflicto y un medio para asegurar el paquete de derechos y libertades de los litigantes y que, al limitar los márgenes de actuación del juez, opera como un presupuesto indispensable para alejarlo de las naturales tentaciones del abuso que implica su ejercicio.

Octava premisa. Postura crítica y reflexiva sobre las decisiones de la jurisdicción: mantiene una postura crítica y reflexiva sobre el quehacer de la autoridad jurisdiccional, evitando caer en una *fe acrítica* a la hora de evaluar sus actos Y, en especial examina con rigurosidad si el juzgador brindó a las partes al momento de fallar, en especial al perdidoso, todas y cada una de las justificaciones o razones que lo llevaron a la convicción de condenar o absolver.

En ese sentido, identifica al proceso judicial como *la casa de la palabra* simbolizando metafóricamente el espacio de uso público que permite desplegar un debate racional y civilizado en donde se debe persuadir *con razones y no con imposiciones*, y ese criterio es plenamente aplicable a las sentencias que despachan los jueces de la jurisdicción pública.

Novena premisa. Sistema dispositivo-adversarial: diseña un método de debate expresado en un formato normativo que se caracteriza por ser racional, crítico, dialógico y consensual, concibiendo al proceso judicial como un medio puesto al servicio de los justiciables y no para servirse de ellos.

Décima premisa. La axiología procesal humanista: prohíja una mirada humanista que se posa sobre las partes e instala un plexo axiológico que resulta connatural con su *dignidad y libertad*. Garantiza, también, que esos valores no quedarán demeritados por el mero trance de que la persona se convierta en justiciable. Por último, fija una ética democrática a la jurisdicción.

A modo de síntesis, los cinco principios y las diez premisas de las que nos va-

lemos coadyuvan a la construcción del marco teórico y posibilitan el diseño del sistema normativo puramente dispositivo y marcadamente adversarial. Además, y por último, pone de relieve la axiología que se derrama al interior del modelo.

6. SOBRE LAS PREMISAS Y DOS ACLARACIONES

Presentado el escenario conformado por los principios y las premisas que precisan por **dónde transita el garantismo procesal, nos toca ahora profundizar** en todos y cada uno de los sostenes que les dan cuerpo. El abordaje de las premisas se concretará en el mismo orden en que fueron enunciadas en el párrafo anterior con dos salvedades importantes:

a) El sistema dispositivo adversarial que tomó cuerpo con la construcción del diseño normativo que informa al Código Modelo, conllevó un análisis del texto y el espíritu de las normas que lo integran (enunciados en la *premisa novena*) decidimos que debía ser tratado con la profundidad que se merece en un libro dedicado a esta temática. Así a esta premisa le dedicamos el quinto libro que integra esta colección.

b) Y lo vinculado con la *axiología humanista* que impregna tanto los marcos teóricos como los formatos codificados (identificada en la *premisa décima*) lo examinaremos con especial atención en el libro sexto de la obra.

Ahora sí, comenzamos con el desarrollo analítico antes prometido que comprenderá las ocho premisas que se tratan en el presente capítulo, insistiendo en que el contenido de las dos restantes (el modelo normativo y la *axiología*) ocuparán el texto y contenido de los libros quinto y sexto de esta obra.

6.1. PRIMERA PREMISA. LA CENTRALIDAD DE LOS JUSTICIABLES

Hace a la esencia de un modelo dispositivo adversarial que las partes procesales asuman un papel central, preponderante y activo a lo largo del debate judicial.

Esa *centralidad* es la que les permite formalizar, con la mayor amplitud posible, sus pretensiones o defensas, confirmar los hechos constitutivos de sus teorías del caso, valorarlos y, por fin, impugnar los actos emanados de la jurisdicción.

En suma, se les reconoce el derecho de ser los *gestores principales* de su propio conflicto jurídico; y esta posición lleva de la mano a otorgar al juez un nuevo y más acotado papel: ser **sólo el cogestor institucional** de la contienda.

Se suprimió el carácter de *director intervencionista* que le otorgaba el modelo

publicista y, por esa razón, **sólo se lo autoriza para que ejerza una mínima coacción** sobre la libertad procesal de las partes.

El garantismo da por sentado (y lo asegura operativamente) la *perfecta simetría* que existe entre ciudadanos y justiciables. Resulta una obviedad expresar que la primera condición, ampliamente reconocida en el ámbito político, la de ciudadano, es un *estatus* que lo consagra como un individuo pleno, autónomo y libre y que le permite ejercerlo frente a todos y cada uno de los poderes estatales. De allí que esa centralidad política debe replicarse en la centralidad procesal que proviene de su carácter de *justiciable*, porque todo poder del Estado está al servicio de sus mandantes y en modo alguno puede arrogarse la facultad de desplazarlos, invadir sus espacios o hacer que la escena gire en derredor de la autoridad.

6.2. SEGUNDA PREMISA. LA LIBERTAD CONFERIDA A LAS PARTES PROCESALES

Además de ese papel central asignado a los justiciables, se les reconoce otro derecho fundamental: el de gozar de un ámbito de *libertad procesal maximizado*. La libertad es un valor transversal y connatural al ser humano, pero es necesario reforzarla tanto en los sistemas políticos como en los jurídicos.

Si tenemos en vista que para asegurar la pacífica coexistencia humana esto supuso una drástica reducción de nuestras esferas de libertad, el garantismo propone que los recortes queden limitados a un *mínimo necesario*. Reconocemos que el ejercicio de la libertad pura, plena y perfecta no es posible, porque estamos inmersos en un mundo poblado de mandatos que ordenan nuestras conductas, como bien lo señaló NORBERTO BOBBIO. Si por hipótesis fuéramos libres *para todo*, podríamos disponer de esa libertad para despojar a la del otro (y el otro de la nuestra). Así, ambos espacios se *aniquilarían mutuamente* y se desnaturalizaría su fin: ejercerla responsablemente.

Se trata, entonces, de alcanzar el fino equilibrio que supone el ejercicio de los derechos propios manteniendo el respeto por los ajenos; pero esa ecuación se volvería utópica sin la existencia de normas que fijen límites para los individuos y, fundamentalmente, para quienes *dirigen sus destinos*.

En otros términos, las prescripciones procesales, en la medida en que estén signadas por valores democráticos, republicanos y liberales, asegurarán dos notas esenciales para los justiciables: un espacio racional de libertad y, a la par, la reducción de la injerencia estatal.

El rasgo que distingue a un *proceso de la libertad* (usando la terminología de ALVARADO VELLOSO) de otro *carente de ese atributo*, radica en que el litigante goce efectivamente de espacios de acción claramente reconocidos y que la jurisdicción se desenvuelva de un modo *acotado, horizontal y democrático*.

a) De la libertad entre las partes y ante la autoridad

Un análisis más profundo de ese marco de *libertad* nos permite identificar a dos relaciones en donde ésta se desenvuelve: entre las partes con relación a la autoridad y la que se da entre ellas.

La primera relación, la que vincula al accionar de los justiciables con el poder jurisdiccional, ha sido profundamente reformulada y ahora quedó signada por una *asimetría moderada*. La necesaria presencia del poder (de todo poder) en un extremo y la del individuo en el otro, en el seno de la relación procesal, provoca una natural desigualdad, de modo tal que debe ser atenuada y presidida por el equilibrio.

Si bien resultan elementos propios de la función judicial la *jurisdictio*, la *coercio*, el *imperium* y la *executio*, este marco de coerción delegada a su favor debe operar bajo un paraguas legal regido por la distribución equitativa entre los derechos, los deberes, las obligaciones y las cargas que involucran a los sujetos procesales.

Los lineamientos que se fijan en un código procesal adversarial derivan de un marco referencial que se desprende del bloque de constitucionalidad, pero los torna operativo apelando al diseño de normas compatibles con esas mandas.

Sólo así se posibilita diagramar un diseño razonable y alcanzar el fino equilibrio de los frenos y contrapesos vinculados con los intereses que están en juego. Por cierto, la empresa es hartamente difícil, pero es posible pergeñar compromisos aceptables en la medida en que se mire al justiciable bajo esa máxima kantiana que preside buena parte de nuestros postulados (y por eso apelamos a ella una y otra vez): mirar a la persona humana *como un fin en sí mismo*.

La segunda relación de libertad es la que entrelaza a las *partes procesales*. En este contexto, se las reconoce, por un lado, como naturalmente *adversarias*, y, por el otro, se consagra su estricta *igualdad procesal*.

La promiscua actividad confiada al actor y al demandado genera el desafío de instalar un nuevo equilibrio para que los litigantes actúen como seres libres, uno *junto* al otro (no a *costa* del otro) y se prevalgan de un debate *dialéctico* y

simétrico, gozando de amplias libertades. En suma, la libertad simétrica y compartida con el adversario jurídico implica que cuenten con las *mismas ventajas y desventajas procesales*.

b) Estatus jurídico de la libertad

Enlazado con lo que viene expresándose, el garantismo entiende a la libertad procesal como un auténtico *estatus jurídico* del que goza toda persona por su mera condición de tal. En un Estado de Derecho cabe reconocer al individuo por su humanidad y la autoridad debe someterse al expreso cumplimiento de las mandas que emanan de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (arts. 1 y 6) que le imponen respetar:

Artículo 1: Todos los seres humanos nacen *libres e iguales* en dignidad y derechos y, dotados como están de *razón y conciencia*, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 6: Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su *personalidad jurídica*.

Ahora bien, este reconocimiento de derechos sólo será operativo en la medida en que se dote a las partes procesales de *capacidades suficientes* para ejercer las cargas y asumir los deberes que se les imponen y que esas franquicias o garantías se mantengan irrestrictamente a lo largo de toda la serie que recorre el método de debate. En las palabras de LOCKE, que puedan ejercer su libertad sin estar sujetos a una ajena:

“poder seguir mi [su] propia voluntad en todo [...] y no encontrarse sujeto a la voluntad de otro hombre”⁹.

El modelo adversarial propende, entonces, a que ocupen un rol de litigantes activos y que gocen de la amplitud necesaria para sostener las tutelas jurídicas que persiguen. La libertad es hija y a la vez madre de la racionalidad y del espíritu crítico, **y de allí se desprende que** somos libres, pero para hacer lo que *debemos*.

MONTESQUIEU sostenía en ese sentido que la libertad es funcional para *poder hacer lo que debemos hacer*. A su vez, el Premio Nobel de Economía (1974), uno de los inmortales sostenedores de la libertad, el economista y filósofo austríaco FRIEDRICH HAYEK, a quien citamos una y otra vez en la obra, afirma la necesidad de que los hombres dispongan de ella para lograr sus propios fines.

9 LOCKE, JOHN, *Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, Alianza, Madrid, 2014, p. 17.

“La negación de la responsabilidad se debe al temor que inspira asumir la libertad. Mucha gente está temerosa de la libertad, porque la oportunidad de conducir nuestra propia vida significa una incesante tarea, una disciplina que el hombre debe imponerse a sí mismo para lograr sus fines”¹⁰.

Tenemos claro que el liberalismo jurídico-procesal que sostiene el garantismo no resultó, ni resultará, una *ideología seductora* para quienes *ostentan el poder*. Cuando a cualquiera de sus estamentos se le impone que se lo *transfiera* a la ciudadanía o a los justiciables y se lo *retacea* a la autoridad, no debe extrañarnos tanta resistencia y oposición para desplazar relaciones signadas por una *nociva verticalidad* y reconvertirlas en otras presididas de una *saludable horizontalidad*.

Sólo las visiones alentadas desde el llano evitarán que los litigantes sean utilizados o desplazados al papel de figuras marginales o sometidas a *engranajes que los desgranán*, si se nos permite el juego de palabras.

c) *La libertad procesal moderna*

El sentido moderno de la libertad procesal (la libertad *de*), que goza tanto el ciudadano como el justiciable, supuso un salto cualitativo en la evolución de las ideas civilizadas. El Estado de Derecho, asumido institucionalmente, constituye la condición indispensable que impide el recorte arbitrario de ese nuevo modo de concebirla. Si acordamos que el poder estatal se identifica con la posibilidad de ejercer la coacción, lo que puede aceptarse -en todo caso- es que éste se reduzca a su mínima expresión.

Los derechos procesales fundamentales, por ejemplo, el de gozar de una fortalecida imparcialidad del juez con relación al derecho material que se discute en el litigio, deben verse como un límite elemental impuesto al poder judicial. Quien es carente de libertad y depende de la dádiva o la caridad de la jurisdicción para ganar una contienda resulta ficcionalmente libre.

El poder, como lo define MICHEL FOUCAULT, supone:

“La instancia del no, de la prohibición [...] se concibe en esencia negativo [...] como sujeto absoluto [...] real, imaginario, o puramente jurídico. Es indiferente la forma que adopte esa respuesta *del no*”¹¹.

10 HAYEK, FRIEDRICH, *Los fundamentos de la libertad*, Unión, Buenos Aires, 1960, p. 161.

11 FOUCAULT, MICHEL, *Microfísica del poder*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2019, p. 56.

La finalidad del poder es unívoca: *coaccionar al hombre de a pie*. El poder, en el marco de un sistema procesal publicista, aparece como un *no* -presente en los típicos sistemas de censuras- que se convierte en censura explícita *al no conceder la razón a quien la ganó procesalmente*. La censura se expresa en ese poder negativo -impeditivo de la libertad de los litigantes- y se traduce, además, en inmiscuirse en sus esferas de libertad.

Así, al amparo de deslegitimadas normas procesales publicistas, se fijan *términos cortoplacistas* y se provoca la acumulación de cargas múltiples en un mismo espacio/tiempo. En este enrarecido marco imperan las notificaciones automáticas; las caducidades por meras informalidades o la de la instancia; las negligencias probatorias; los plazos exigüos para cumplir con toda suerte de cargas procesales. Se alienta un proceso de corte ficcional que, a la par y ambiguamente, toma como norte que el juzgador lo falle con “verdad y justicia”. En suma, se agrade a la garantía de la libertad procesal y se recurre a ficciones de *verdad*.

Y estos vicios, propios de una codificación verticalista, resultan el natural reflejo de las mentes antidemocráticas que los crean. Así se dibujan los expresivos rostros de esas *instancias del no* y vuelven las voces del pasado, en el seno de los estados pre democráticos, cuando *la autoridad todo lo podía y el súbdito todo lo padecía*.

Las convenciones supranacionales y las constituciones regionales suministran a los litigantes un amparo muy amplio brindado desde la cima de la pirámide legal, protegiendo sus derechos y libertades fundamentales; sin embargo, estas proclamas pueden ser puestas en peligro muy fácilmente por normas de rango inferior y, de hecho, es lo que ha ocurrido con la irrupción y vigencia de los formatos publicistas y el accionar de los jueces activistas.

Los derechos y las tutelas que se deben a los justiciables fueron (y son) límites infranqueables. Apelamos a las palabras de BECCARIA, que no han perdido actualidad:

“Todo acto de autoridad de hombre a hombre que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico”¹².

Replicando ese axioma nos permite inferir que todo acto de autoridad que no derive de una absoluta necesidad se erige en abusivo y opresor.

12 BECCARIA, CESARE, *Tratado de los delitos y de las penas*, Universidad Carlos III, Madrid, 2015, p. 19-20.

La libertad moderna (la libertad de) le posibilita también a las partes materiales, asistidas técnicamente por sus letrados, quedar suficientemente pertrechadas para llevar adelante sus planes y estrategias jurídicas y esto supone disponer de *amplios espacios* para decidir sobre sus conductas procesales. En suma, son libres para fijar autónomamente las posturas que adoptarán con relación a los hechos que narran, las pruebas de las que se valdrán y su valoración. Y el litigante, en este entorno, cuenta con mejores y mayores herramientas discursivas y probatorias para sostener la tutela jurídica de su caso.

Ratificando estos conceptos, la *Ley de Enjuiciamiento Civil* española del año 2001, que ya laudamos, tomó postura sobre las tutelas jurídicas que sostienen las partes y los *límites* del tribunal con relación a ellas. En efecto, en su *exposición de motivos* ilustró sobre las consecuencias de la autonomía de la voluntad y sus eventuales secuelas negativas (en caso de caer la parte *en un error en la tutela jurídica escogida*) y, por último, definió cuál debe ser la postura del juez si es que esto acontece.

Expresaron los codificadores (con resaltados propios):

“...de ordinario, el proceso civil responde a la iniciativa de quien considera necesaria una tutela judicial en función de sus derechos e intereses legítimos. Según el principio procesal citado, *no se entiende razonable que al órgano jurisdiccional le incumba investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados* como configuradores de un caso que pretendidamente requiere una respuesta de tutela conforme a Derecho. Tampoco *se grava al tribunal con el deber y la responsabilidad de decidir qué tutela de la Ley de Enjuiciamiento Civil entre todas las posibles, puede ser la que corresponde al caso*. Es a quien cree necesitar tutela a quien se atribuyen *las cargas de pedirla, determinarla con suficiente precisión, alegar y probar los hechos y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de aquella tutela*. Justamente para afrontar esas cargas sin indefensión y con las debidas garantías, se impone a las partes, excepto en casos de singular simplicidad, estar asistidas de *abogados*”.

El paso dado por el procesalismo español a favor de la libertad y de la autonomía de los justiciables (y de los riesgos que ello conlleva) *ha sido gigantesco*. De una buena vez y para siempre se ratifica que en modo alguno es misión del juez *reemplazar las fallas de las partes y tampoco se lo autoriza a subrogar*

sus falencias. No debe inmiscuirse en sus estrategias ni adicionar medios de prueba a los ofrecidos y producidos por los interesados; en suma, se confía en la *adulter jurídica* de los justiciables. Los legisladores españoles acertaron al brindarle a ellos lo que más valoran cuando su suerte procesal queda en manos de un tercero: *que la autoridad judicial actúe imparcial y neutralmente*.

Y entendieron que esa imparcialidad y neutralidad **sólo puede asegurarse (más allá de la obiedad de que ese tercero deba ser independiente de otros poderes y no tener interés en el litigio) cuando se libera** a quien debe decidir de la tarea de asumir las *cargas que son propias de los justiciables*.

Han asumido que ese estado de asepsia no se logra con voluntarismos y que sólo se afianza racionalmente en la medida en que el juzgador se remite a su exclusiva y trascendente función: la de dirimir el conflicto *con el menor grado de contaminación cognitiva*, tanto en el análisis de los hechos como de la prueba y llegar impoluto a la hora de expedir la decisión que emite.

Un juez español no se contamina ni introduce su propia escala de valores, entre otras razones, porque no produce *medios probatorios oficiosos* (en litigios de naturaleza transigible), tanto durante el debate como a la hora de fallar. Se le impuso -normativamente- que esa es una actividad *excluyente de las partes y también un riesgo exclusivo para ellas*.

Así quedó normado que hace a la esencia de un Estado constitucional de derecho el respeto por las decisiones tomadas en libertad por los justiciables y, a la par, que deben reforzarse los mecanismos para garantizar aquello de lo que debe hacerse cargo el Estado: *el preservar la imparcialidad, imparcialidad y neutralidad de sus jueces*.

En rigor, los sistemas adversariales aseguran que el juez no pierda esa imparcialidad suprimiendo los mecanismos que -de ordinario- provocan esa consecuencia indeseada. Así impiden que *pueda introducir sus conjeturas o producir pruebas sobre las tutelas probatorias que debieron escoger las partes*, adicionando aquellas que considera idónea, bajo el ropaje de pruebas de oficio o medidas para mejor proveer.

Ya lo expresamos y aquí lo ratificamos: quien es carente de libertad y depende de la dádiva o la caridad de la jurisdicción para ganar una contienda, resulta ficcionalmente libre. *Las garantías procesales no se cortan en tajos ni deben quedar sujetas a su denegación arbitraria*. Y para lograr esos fines el juzgador debe tener en claro que él es tan esclavo de la ley general como las propias partes.

6.3. TERCERA PREMISA. LA POSTURA ADVERSARIAL

Otro de los cimientos construidos por el garantismo y que conforman la base de un proceso moderno, supone el reconocimiento del carácter *adversarial* de los justiciables. Esa posición se nutre de los siguientes elementos: a) la condición formal de parte; b) su posición dual; c) subjetiva d) e igualitaria.

El presupuesto que da andamio para procesar y debatir sobre intereses jurídicos controvertidos principia por reconocer a las partes (además de sus esferas de libertad) el rol de *adversarios naturales*. Si este papel queda asegurado cuando estallan los conflictos de índole jurídica y los sujetos se involucran en un litigio, estaremos en presencia de adversarios dotados de fuertes atribuciones para debatir y, en su caso, tener la amplia disponibilidad, temporal y formal, para ponerles fin.

Por medio del debate libre se tendrán más chances de alcanzar la veracidad de las premisas -para sí y ante el juzgador- y de echar luz sobre los extremos controvertidos (siempre huidizos y difusos en la mayoría de los casos). La condición adversarial resulta, entonces, *una premisa inmanente en el marco de un proceso liberal que se precie de honrar esa calidad*.

Debemos tener en claro que el escenario procesal se reparte entre dos que discuten sus diferencias jurídicas, desconociéndose *ab initio* quién de ellos ostenta la razón. Y esa incertidumbre deviene del concepto de parte procesal -citando nuevamente a ALVARADO VELLOSO- que es de *carácter puramente formal* y su calidad se adquiere *con independencia de acreditar la efectiva titularidad del derecho material que se afirma violado*. Solo basta que se sostenga una pretensión en nombre propio o en cuyo nombre se actúa y que se identifique a aquél respecto de quien se pretende¹³. Y esa abstracción respecto del derecho material auto invocado o refutado *impide predecir quién resultará victorioso en la contienda*.

Con esa incertidumbre, los justiciables, partes formales que se enfrentan adversarialmente en pos de que la jurisdicción conceda o deniegue el derecho material que los enfrenta, ostentan además una condición *dual* y esa *dualidad* es propia de ocupar posiciones distintas en el litigio. También son *antagónicos* a la hora de luchar por sus derechos y esa es otra nota propia de la condición que asumen.

13 ALVARADO VELLOSO, ADOLFO, *Introducción al estudio del Derecho Procesal*, T. I y II, Ed. Rubinzal-Culzoni, Editores, Santa Fe, p. 87.

Para discutir dialécticamente necesitan ser libres, adversarios, duales y antagónicos; pero el reconocimiento de esos derechos les impone -en paralelo- la carga de incorporar al proceso la masa de hechos e información probatoria que los coloque en la mejor posición posible para sostener sus posturas.

Luego, la escogencia de sus respectivas tutelas dependerá de los intereses y de la posición jurídica que tomen como pretendientes o resistentes. El pretendiente seleccionará aquellos hechos que le permitan explicar mejor su hipótesis o teoría del conflicto y su contraparte, a su vez, tendrá la oportunidad de negarlos, aceptarlos o aportar otros hechos (o contrahechos) que destruyan o refuten los fundamentos de la pretensión o fortifiquen su defensa.

Pero queremos resaltar que esas posturas -subjetivas y sesgadas- *resultan valiosas en sí mismas*. Lo son, porque las versiones parciales de los hechos y las pruebas que los confirmen ayudarán a despejar el dilema que todo juzgador democrático arrastra al momento de sentenciar: seleccionar la teoría del caso que mejor esté afirmada, confirmada y valorada para concederle la razón y, a la par, exponer (justificar) ante las partes y racionalmente todos y cada uno de los argumentos que lo llevaron a inclinarse por la tesis que declaró vencedora.

El modelo garantista propone que se respete la igualdad durante el debate y, lo más trascendente, genera las prescripciones normativas para asegurar esa condición. Ellas quedan igualadas jurídicamente durante el proceso, más allá de sus naturales desigualdades. Es que la *igualdad ante la ley* no es una propiedad de la persona sino una cualidad inmanente de la relación entre los litigantes y consiste en la oportunidad de ejercer con libertad acciones y pretensiones y ser reconocidas en paridad en sus derechos, cargas y obligaciones.

Así que la condición adversarial va de la mano con el *valor igualdad*. Después de la libertad, la igualdad es el segundo axioma para consolidar esa condición; en rigor, lo adversarial conlleva lo igualitario y lo igualitario es una cualidad de lo adversarial y ambos conforman un entorno democrático. En palabras de HAYEK,

“La extensión del principio de igualdad se propaga a la conducta social y es la principal expresión de lo que comúnmente denominamos *espíritu democrático*”¹⁴.

14 HAYEK, FRIEDRICH, *Ob. Cit.*, p. 189.

Resumiendo: la confrontación adversarial y la condición de igualdad ante la ley son eslabones de un camino que nos conduce a la libertad. En suma: la tríada de la libertad, el carácter adversarial y la igualdad cimentan al modelo garantista y lo dotan de una valiosa rigurosidad epistémica.

6.4. CUARTA PREMISA. RELACIÓN COOPERATIVA. PERSUADIR Y SER PERSUADIDO

La *cooperación procesal* en el sentido que le otorga el garantismo a este sintagma es radicalmente diferente de aquella que, absurda y hasta inconstitucionalmente, le impone el publicismo a los justiciables.

Por lo pronto, no les requiere renuncia alguna a sus posturas antagónicas, pero tampoco imagina a las partes como *parásitos insolidarios*. Postula el debate de las ideas y la exposición de las diferencias como el camino para arrimarse a las *coincidencias* en el marco del ágora pública. Un proceso democrático y moderno transita por el sendero de la *persuasión* y supone una herramienta válida para que las partes cooperen *consensuadamente*.

Resulta *antinatural* la exigencia dirigida a los litigantes de que *contribuyan* a favorecer a su *contraria*. Cualquier imposición de esa índole vulnerará indefectiblemente su *derecho de defensa*. Es que la cooperación humana encierra un valor moral apreciable porque dio pie al altruismo, a la solidaridad y permite generar *aliados* antes que *adversarios*. No obstante, ese paradigma no se aplica *derechamente* en el proceso judicial. Es más, resultaría una contradicción *in terminis* garantizar constitucionalmente la “inviolabilidad de la defensa en juicio” y, a la par, generar la carga de cooperar con la producción de pruebas que perjudiquen a la propia parte y auxilien a su *contraria*.

Un mandato de ese calibre encierra una imposición jurídica irracional, legalmente inválida y hasta moralmente inaceptable, porque atenta contra un valor propio de la esencia humana: *la autoprotección*.

A la persona y a la dignidad de defenderse jurídicamente no puede exigírsele que se *auto dañe*. Cuando se obliga a alguien a realizar actos contrarios a la defensa de sus bienes o de sus derechos por el mero imperativo de la ley o de la autoridad, se atenta gravemente contra la *autonomía jurídica del individuo*.

El proceso judicial moderno no puede ser concebido como un *método benefactor* o *colectivista*. Tampoco debe realizar la *justicia social* como valor preeminente. Si la jurisdicción se arroga el *derecho a repartir*, entonces tendrá

derecho a quitar y si se nos permite el juego de palabras, cuando existe ese *derecho a quitar* desaparece el *derecho a tener*. Solo es aceptable la solidaridad cuando se presenta voluntariamente y no por imposición legal, porque allí nada queda de solidaridad y sí mucho de *mandato y obediencia*.

En la democracia no se presume la armonía y se acepta la *discordia*. Asumido esto, el debate expresa un instrumento muy útil para lograr consensos entre quienes piensan y sienten distinto. La superación de la controversia implica una forma de transacción, esa que KANT denominó *sociabilidad insociable* o la *insociabilidad sociable*. Pero los consensos sociales no deben ser creados artificialmente, deben surgir de compartir entre los individuos un mismo objetivo, destino o una conciencia común. Por ese motivo, el proceso judicial debe centrarse en la posibilidad de que entre litigantes -adversarios al fin- surja la conciencia común de que es beneficioso auto componerlo y, si esto no es posible, otorgarles todas las franquicias para debatir ampliamente.

La función cooperadora en un proceso liberal respetará siempre los valores mínimos universales que son propios de su condición humana. Quien pretende o resiste en un marco adversarial de libertad, de igualdad, de diálogo racional y de debate *para persuadir y ser persuadido* utiliza de un modo idóneo el escenario que el poder estatal brinda al efecto para resultar ganador o perdedor en la contienda.

Cuanto mayor sea la posibilidad de diálogo y de debate dialéctico, mayores serán, por un lado, las chances de consensuar los intereses en pugna y, por el otro, la de lograr la verdadera paz social que sólo puede alcanzarse por ejercicio de la razón (no de la opresión) y que supone buscar puntos de *convergencia*. La cooperación procesal y la solución autocompositiva del litigio son expresivas de otro paradigma en que también descansa la democracia: la *tolerancia*.

El legislador procesal liberal, al ser consciente de la *falibilidad humano*, al advertir la posibilidad de que todos los sujetos procesales pueden caer en el error y de que no existen verdades absolutas, permite a las partes que expongan sus argumentos de un modo secuenciado y lógico para reducir el margen de error. Así el diseño imaginado en el Código Modelo para los procesos ordinarios de conocimiento supone:

- a) la *tajante separación* de las cargas procesales de afirmar, refutar y confirmar los hechos controvertidos;
- b) también, diferencia la oportunidad de atacar la *validez* de la relación proce-

sal mediante la deducción de excepciones de previo y especial pronunciamiento. Éstas se interponen antes de la contestación de la demanda y sólo luego de despejada la cuestión se genera para el accionado la carga de contestarla; c) por último, si una parte o ambas advierten que *existen hechos contradictorios o de demostración necesaria*, tendrán la posibilidad de solicitar la apertura de la causa prueba y recién entonces ofrecer los medios probatorios de los que se valdrán.

De otro lado, quienes estamos detrás del diseño de códigos puramente adversariales debemos incrementar los *premios procesales* ante posturas autocompositivas. Debe ofrecerse a quien va a desistir de su pretensión -por caso- proponer la distribución de costas en el orden causado. Así, el planteo dirigido a su contrario le permitiría a éste evaluar de un mejor modo la conveniencia de lograr el bien de la vida en disputa con la condición, por caso, de hacerse cargo de sus propias costas.

En el mismo sentido, quien decida allanarse debe contar con un menú de opciones que lo alienten a tomar esa postura: desde liberarse del pago de los intereses hasta soportar las costas procesales de un modo atenuado. Es que, si el proceso civil es *cosa de partes*, los códigos de rito deben conceder facilidades para que sean ellas las que pongan fin a su propio litigio, ejerciendo ámbitos de plena libertad procesal y premiando su espíritu conciliador.

Reconocemos que estos formatos perfilan una *dura autodisciplina* porque, como ya lo dijimos, la responsabilidad de los justiciables es la contracara de la amplia libertad que se les concede. Se confía en que ponderarán que no todos los argumentos serán igualmente válidos, que algunos tendrán más peso que otros o que gozarán de la aptitud de resistir la prueba de fuego que implica ponerlos a debate.

La relación de argumentos y contraargumentos abiertos para encontrar las verdades (cuál de las dos teorías se acerca más a la realidad) robustece el concepto de que *las ideas se combaten con ideas*. Reiteramos que si bien los litigantes ostentan una visión sesgada del conflicto y sus dichos integran dos tesis antagónicas, lo valioso es que pueden *ser revisadas*, asumen la condición de *provisorias* y están expuestas a la *refutación*. La actitud socrática del “*solo sé que nada sé*” justifica -de entenderse correctamente- la presencia de las cargas procesales para salir de esa ignorancia.

Y la modestia de reconocer los límites del conocimiento implica admitir que se

puede estar *equivocado* y que su oponente quizás *tenga la razón*. Y esa convicción no surgirá si se argumenta unilateralmente ya que por ese camino sólo se ingresa en el túnel de la autoconvicción. Por el contrario, el contexto litigioso dual se ilumina *cuando se comprenden los argumentos del contrario*.

La sentencia, concebida como *reparto autoritario* (en la terminología del trialismo), desnuda con toda su crudeza el árido paradigma vencedor/perdedor. El perdedor de un litigio, al ser privado de su razón por el juzgador, lejos de que se acallen sus emociones es posible que se exacerben aún más. La sentencia, en suma, viene a ser la *última ratio* para erradicar la fuerza ilegítima en la solución de los conflictos jurídicos.

CARLOS NINO, el recordado iusfilósofo argentino, sentó la postura de que el objeto primordial del Derecho, como expectativa de máxima, busca incentivar *la cooperación de conductas de relevancia jurídica entre las personas mediante el cumplimiento espontáneo de los mandatos legales*.

El derecho procesal -en simetría con el orden jurídico en general- no debe renunciar a esos valores primordiales: la *pacificación social y jurídica*. El rostro cooperativo en un proceso moderno permite volcar los argumentos fácticos y jurídicos en un marco de plena libertad procesal y así todo quedará puesto sobre “la mesa”. Con las cartas exhibidas, la parte que asume que podría salir perdedora en la contienda valorará desde una óptica más objetiva la oportunidad de extinguir el conflicto de un modo *autocompositivo*.

Desde esta perspectiva, los sistemas acusatorios y adversariales penales y civiles vuelven a armonizarse. Así las soluciones autocompositivas tomaron un papel relevante para finiquitar los *conflictos penales*. En el entendimiento de que los principales afectados por ellos resultan la víctima y el imputado se acude, por caso, a la *mediación penal* para concluir esa controversia. A su vez, la *reparación patrimonial* a la víctima provoca la extinción del interés estatal para perseguir el delito (cuando la índole de la infracción así lo permite). Otro camino por el que se transita pasa por la *suspensión del juicio a prueba* que requiere, además de observar las reglas de conducta, la propuesta de indemnizar a la víctima para autorizar esa fórmula de extinción de la pretensión punitiva estatal.

También se apela al *principio de oportunidad reglada*. En los sistemas penales y procesales de América Latina el *principio de legalidad* (todo delito del que toman conocimiento los órganos de la acusación estatal debe ser perseguido

y castigado) fue desplazado por el *principio de oportunidad* (se persiguen sólo los delitos que se estiman de relevancia para la sociedad, se amplía el elenco de delitos que sólo pueden perseguirse a instancia de parte y se eliminan los delitos de bagatela, etcétera).

El panorama descrito sugiere que al conflicto de índole penal se lo trata de un modo cada vez más similar al conflicto de naturaleza civil (claro está, siempre que éste sea abordado desde una perspectiva adversarial)¹⁵.

Podemos inferir que se ha dejado atrás el dogma basado en que la *heterocomposición pública* resultaba *el fin natural del litigio*. Ya no se la visualiza como la principal salida ni la más acertada para dirimir tanto los conflictos penales o civiles; pero todavía existen diferencias culturales para internalizar esos valores. Los jueces penales aceptan de buen grado que la horizontalidad desplace a la verticalidad, como un rasgo propio de los sistemas acusatorios, pero los jueces civiles se encuentran muy lejos de ver con buenos ojos esa mutación procesal.

Es que en el proceso penal moderno (y esto vale para el proceso civil adversarial) no son ni deben ser los jueces quienes propongan las salidas transaccionales, ya que esa incumbencia queda diferida a las partes del conflicto.

La conciliación *intraprocesal a cargo del juez* no resultó jamás una buena idea. No lo es porque ese funcionario fallará la causa y, de no llegar al acuerdo que él mismo propone, en su registro mnémico quedará grabado todo lo que aconteció en esa audiencia de conciliación intraprocesal. Los abogados de experiencia sabemos que no resulta razonable reconocer derechos ante la autoridad (sin tener la certeza que la contraparte va a aceptar nuestra postura). De allí que las transacciones intraprocesales gestionadas ante los jueces tengan resultados tan esquivos.

6.5. QUINTA PREMISA. ESTADO DE INOCENCIA

Como complemento del protagonismo, la libertad, la postura adversarial y la cooperación, se levanta otro principio rector para el garantismo: *el estado de inocencia*. Ese estado le es reconocido al demandado de un modo enfático en los procesos civiles de conocimiento y se erige como un estatus jurídico que se positivó normativamente tanto en *la Ley de Enjuiciamiento española como en el Código Modelo*.

15 BENABENTOS, OMAR ABEL, *Ob. Cit.*, p. 262-263.

En el título primero de esta obra hemos transcrito la norma que reconoce el estado de inocencia: el artículo 217 de la LEC y, para evitar repetirnos, remitimos al lector a su lectura y a nuestras reflexiones.

Por cierto, la misma lógica que animó a los legisladores hispanos fue la que también inspiró al Código Modelo. Con sólo reproducir uno de sus axiomas quedará bien a las claras hacia dónde se encamina buena parte del procesalismo liberal y democrático en la región.

En su artículo 48, el Código Modelo del Instituto Panamericano de Derecho Procesal prescribe:

“Deberes de resolución: Para heterocomponer los litigios de su competencia, todo juez debe: ... 5) analizar el material probatorio legalmente ofrecido y producido por las partes que obra en el expediente y resolver el caso con estricta sujeción a las reglas que gobiernan la carga de la prueba. En caso de duda por insuficiencia de prueba que resulte convictiva respecto de algún hecho controvertido relevante para la adopción de una decisión, debe aplicar el principio constitucional que ordena absolver a quien no tiene carga de probar (in dubio pro reo).

Y respecto de la prueba de oficio, bajo el rótulo “Facultades decisorias del juez”, norma el artículo 58 que:

“Toda otra actividad probatoria oficiosa del juez es nula y nula la sentencia que se fundamenta en esa prueba”.

Como bien lo expresa ALVARADO VELLOSO, y en esto debe insistirse, de lo que se trata es de:

“generar condiciones para que la imparcialidad del juzgador no provenga (sólo) de su independencia y de su ausencia de interés en el pleito”.

Si se asume por los hacedores de los códigos procesales civiles que el *estado de inocencia* forma parte de un *derecho procesal fundamental que porta la persona por su condición de tal*, del que goza irrestrictamente el demandado o reconvenido, esto supone un reposicionamiento *jurídico-ético* que impacta necesariamente sobre todo diseño normativo y que implica *que cualquier prescripción que lo vulnere puede ser tachada de inconstitucional*.

Es que el ejercicio del derecho de acción, con sus notas de autonomía y abstracción, al permitir que se ejerza *sin* acreditar la existencia del derecho material que se sostiene violado, conlleva a que la afirmada vulneración del de-

recho material que se le achaca al demandado, la existencia del conflicto, su acontecer en el plano de la realidad social, la calidad de acreedor del bien de la vida jurídica que persigue y de deudor del accionado, deben verse como simples afirmaciones que no tienen por sí mismas entidad alguna *para construir la presunción de culpabilidad*.

Dicho en otros términos, a quien se encuentra en la posibilidad de acreditar la violación de su derecho material y de indicar quién lo violó, le incumbe la carga de afirmar y probar los hechos constitutivos de su pretensión; pero debe aguardar que su planteo sea recibido en la sentencia para que el estado de inocencia comience a debilitarse.

Luego, salvo *estatutos jurídicos especiales* (insertos en las leyes sustantivas) que establecen que el eventual demandado no se liberará invocando su inocencia y, por el contrario, le corresponde interrumpir el nexo causal de atribución (accidentes viales protagonizados con la conducción de vehículos considerados cosas riesgosas o viciosas, estatuto del consumidor, daños ambientales, entre otros), el *estado de inocencia procesal* es un *derecho humano* del que goza toda persona hasta que se demuestre lo contrario por medio de una sentencia que lo destruya.

Bien mirados, los procesos de conocimiento, como su sintagma lo indica, tienen como norte *conocer* sobre los hechos del pasado y que, va de suyo, el juzgador *ignora*. Y resulta del todo absurdo que en tanto se develen estos hechos a lo largo del debate se pueda sospechar -inicialmente- de la culpabilidad del demandado. El estado de inocencia jurídica tiene como base la *dignidad humana* y ésta resulta irrespetada si ante la mera imputación jurídica que formula el actor (mediante un relato subjetivo, parcial y sesgado) el accionado quede envuelto en un *halo de culpabilidad*.

Es obvio mencionar que el estado de inocencia es reconocido por la Constitución Nacional argentina y por todas las cartas magnas del mundo occidental y, con mayor vigor aun, ha sido receptado en los pactos supranacionales: la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Interamericana (Pacto de San José de Costa Rica), entre otros.

HÉCTOR FIX SAMUDIO, jurista mexicano a quien le rendimos nuestro homenaje y que fue quizás la figura más autorizada en la interpretación del texto y el espíritu de las convenciones procesales regionales, las definía como parte integrante del derecho nacional, provenientes, eso sí, de una fuente legal *tras-*

nacional. Así que el estado de inocencia -para todos y cada uno de los países que signaron o se sometieron al Pacto- asume el rango de *legislación positiva nacional*. Si esto es así, y lo es, mal puede un código procesal civil desconocer ese mandato que proviene de la cima del ordenamiento jurídico.

La Corte Interamericana clausuró todo debate sobre este tema en dos casos, ente otros que se expidió de similar manera: en "*Paniagua Morales y otros vs. Guatemala*"¹⁶ (sentencia emitida el 8 de marzo de 1998) y luego ratificado en "*Baena, Ricardo y otros vs. Panamá*" (en sentencia de fecha 2 de febrero de 2001), resolvió

"Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula *Garantías Judiciales*, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de actos del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal. La Corte observa que el elenco de *garantías mínimas* establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, para la determinación de derechos y obligaciones de orden "*civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*".

El fallo revela el amplio alcance del debido proceso:

"El individuo tiene derecho a que sea entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes (...) Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la Administración excluida de cumplir con este deber" (textual del fallo *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, 2001).

Volviendo a nuestras reflexiones: la normativa del pacto y la interpretación asumida por la Corte Interamericana impone que esas consignas deban ser *respetadas* por las codificaciones procesales de los estados signatarios de la Convención. Y como una obvia derivación de lo afirmado, todo codificador

16 Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A, N° 11, p. 2.

procesal de un Estado constitucional y convencional de derecho no puede apartarse de esa premisa.

Para cerrar este tramo: algunos de los argumentos que exponemos aquí fueron vertidos en la obra *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*, cuya edición se remonta al año 2001. El dato da cuenta de lo añejo de algunas de las ideas que reflatamos ahora, veintitrés después. El precedente “Baena” ya fue invocado como también hicimos expresa nuestra postura sobre el estado de inocencia del demandado civil.

Ahora bien, la omisión de poner sobre el tapete y someter a debate una de las tesis nucleares que postula el garantismo y la sostiene desde hace décadas, confirman la validez de los conceptos de HERRENDORF: que las comunidades científicas abjuran de abandonar los paradigmas que en un momento se convirtieron en dominantes, dan la espalda al peso de los argumentos, ignoran los datos y se resisten a confrontar sus tesis con la realidad.

Lo hacen, aunque asumimos que son conscientes (por lo menos en su fuero íntimo) por la claridad de la cuestión de que defender una visión no democrática del proceso y validar una postura verticalista del poder judicial perdió corrección jurídica y quizás, lo más relevante, dejó de ser una expresión política-procesal legítima por colisionar frontalmente con las premisas básicas que sostienen un estado democrático y constitucional de derecho.

6.6.. SEXTA PREMISA. REFORMULACIÓN DE LA IDEA DE LA AUTORIDAD JURISDICCIONAL

Hemos anticipado -una y otra vez- el papel que el garantismo le asigna a la jurisdicción estatal, pero en los siguientes párrafos profundizaremos algunos de estos conceptos para tratar de blindar nuestra mirada y abordar el tema desde otros ángulos.

Si acordarnos que la especie humana es esencialmente conflictiva¹⁷; que se lucha por la distribución del poder, por los bienes materiales, pero también se batalla por las ideas, las preferencias y las creencias, esa multiplicidad de conflictos se presenta como un problema indisoluble y propio de las relaciones comunitarias. Por esa razón se convirtió en la fuente de ocupación de varias ciencias sociales e incluso hasta de la metafísica.

17 SARTRE, JEAN PAUL, *A puertas cerradas*, Losada, Buenos Aires, 2011, p. 198. Acuñó la frase: “El infierno son los otros”, p. 198.

En el ámbito jurídico podemos aproximarnos a la teoría del conflicto desde una perspectiva liberal y democrática o bien abordarlo desde una postura antiliberal y conservadora, pero antes de desplegar nuestro punto de vista nos interesa destacar que en las sociedades modernas el ciudadano lleva a cabo una multiplicidad de actos que se derraman en sus propios espacios, algunos comprometen ámbitos políticos o jurídicos pero a menudo los consume sin que se produzcan conflictos o que intervenga *la autoridad estatal*, por caso, cuando suscribe un contrato de compra venta, viaja, adquiere bienes, etc., lo hace de un modo libre y sin condicionamiento alguno.

En cambio, en lo jurídico-procesal el conflicto está siempre presente y la vinculación con la autoridad judicial resulta *directa* y *continua*. Esa necesaria interacción genera un marco muy sensible en el que deben extremarse los recaudos para redefinir la *intensidad* y *los grados* que legitimen la función del poder jurisdiccional.

Un buen modo para instalar la horizontalidad en el abordaje de los conflictos jurídicos y también en el quehacer de la judicatura, pasa por reducir su injerencia y también por dejar de lado la errónea idea de que la heterocomposición estatal se entienda como el modo casi inexorable de terminar la contienda.

Se ha subrayado que la autocomposición elimina la verticalidad en el debate, eso por un lado, y por el otro, que los formatos dispositivos adversariales toman una postura minimalista ante la necesaria presencia de la autoridad y de las decisiones que emite. La expresión *auctoritas* (*autoridad, fe, verdad*¹⁸, también de *augere*, aumentar¹⁹) surgió en Roma por la función desempeñada por el Senado que completaba y daba valor a sus decisiones políticas y también avalaba la función tutelar²⁰. El tutor romano ejercía su poder de administración y disposición de los bienes del pupilo mediante la *Auctoritas* (de forma personal, pura y simple) que le permitía completar la voluntad del *infans* para determinar sus designios jurídicos²¹.

Pero el peligro, desde siempre, es que esa autoridad *no degenerare en una tira-*

18 DE MIGUEL, RAIMUNDO, DE MORANTE, El Marques, *Diccionario Latino-Español, Etimológico*, F. A. Brockhaus, Leipzig, 1867, p. 143.

19 DI PIETRO, ALFREDO, *Derecho privado romano*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, p. 38.

20 COSTA, JOSÉ CARLOS, *El derecho de familia y de las personas*, Estudio, Argentina, 1997, p. 77.

21 DI PIETRO, ALFREDO, *Ob. Cit.*, p. 563-564.

nía. El tirano es quien mantiene bajo su dominio a los individuos y los convierte en súbditos sometidos a sus designios; en cambio, la autoridad bien ejercida *los ayuda a crecer*. El buen educador logra que el alumno crezca y razone por su cuenta. Este sería un modelo vertical (pero atenuado) y un ideal del que no deberíamos apartarnos porque los jueces realizan (también) una labor de *docencia jurídica*.

Así que existen dos formas de canalizar el poder que ejerce la autoridad:

a) una alternativa pasa por moderar sus formas y privilegiar la relación, y nos lleva a posar la mirada en la sabiduría que de ordinario preside la relación (*maestro-discípulo*) porque en ese espacio se toma distancia de la variante *autoridad inhibitoria* y lo que ella prohija: la relación *amo-esclavo*²². Es, en todo caso, un tránsito de *autoridad racional* en el que los intereses entre los sujetos se orientan en una misma dirección y provoca que el discípulo se identifique total o parcialmente con su maestro, producto de la natural admiración y gratitud que le despierta. En la medida en que se avance en este tipo de vínculos tanto menor será la distancia entre los que se involucran en ellos y la natural superioridad del maestro quedará atenuada razonablemente.

b) en cambio, si se privilegia una relación de *superioridad* entre quien ejerce la autoridad y aquellos que quedan sometidos a ella, se cae en una microfísica del poder distinta y disvaliosa. En este marco vertical la *autoridad inhibitoria* opera motorizando intereses diversos: lo ventajoso para uno constituye un menoscabo para el otro. La dinámica de la autoridad implica que, cuantas más porciones se alcancen por quien las tiene, tanto más satisfecho estará quien se apodere de ella. Con certeza, la distancia y el tiempo abrirán una grieta cada vez mayor y sólo cabe esperar en ese entorno la presencia de sentimientos de hostilidad y resentimiento. El súbdito asumirá que -en buenas cuentas- los perjuicios hacia sus propios intereses los generan las decisiones que emanan del *puro dominio de quien conduce sus destinos*.

Alentar esas relaciones de subordinación malsana no se justifica y no puede conducirnos a buen puerto. Cuando se maximizan los poderes de quien manda y éste queda investido del ominoso atributo de decidir sobre la suerte de las personas, *deberían encenderse todas las alarmas de la civilidad*. Es que no se trata de objetar las cualidades individuales o éticas de la persona que queda ungida de los atributos de mando, de lo que se trata es de no generar la tenta-

22 FROMM, ERICH, *El medio a la libertad*, Paidós, Buenos Aires, 1987, p. 198.

ción de que, al recibirlos en exceso, se quiebre su eticidad. En el *Esprit des Lois* se expresa por MONTESQUIEU:

“Una experiencia eterna nos ha enseñado que todo hombre investido de autoridad abusa de ella. No hay poder que no incite al abuso, a la extralimitación. ¡Quién lo diría! La misma virtud necesita de límites”²³.

Los conceptos vertidos toman especial relevancia en el ámbito procesal. La sentencia judicial es un acto que combina tramos de conocimiento con segmentos de *pura autoridad* y sólo en la medida en que prime la razón de las ideas, será factible devolver la *paz* a los justiciables y, aun así, siempre quedará impregnada de una cuota de *auctoritas* y de violencia legitimada *que deviene inevitable*.

La heterocomposición pública expresa el modo más traumático de culminar el litigio. Por eso BINDER sostiene que los conflictos, cuando son resueltos por un tercero, en rigor no se resuelven sino que se disuelven en otros; y no sólo eso, en una enorme proporción generan uno de igual o mayor magnitud de aquél que pretendía acallar. Así, un condenado con pena privativa de la libertad por un delito que debe ser castigado termina encerrado en una celda que lo aísla y lo insociabiliza. Y para que no se tergiversen nuestras ideas, no sostenemos en modo alguno el abolicionismo penal, pero si decimos que el Estado debe hacerse cargo de otros deberes complementarios al de imponer esa pena privativa de la libertad para que adquiera validez y utilidad tanto para quien la sufre, para la víctima del ilícito y para la sociedad toda.

El Código Modelo, consciente de los disvalores que encierra la heterocomposición, dibuja los dos escenarios que persigue un proceso de corte liberal y los focaliza en dos objetivos: uno primario y otro secundario:

Artículo 4. *Objeto del proceso*. El objeto del proceso es: 1) *primario*: consiste en restablecer la paz social quebrada por la existencia de un conflicto de relevancia jurídica en el plano de la realidad; 2) *secundario*: consiste en lograr una adecuada heterocomposición judicial de la partes en litigio mediante su resolución contenida en una sentencia congruente.

Resulta muy claro que el Código Modelo aspira a desplazar al decisorio juris-

23 MONTESQUIEU, CHARLES LOUIS SECONDAT, *El espíritu de las leyes*, Biblioteca de Derecho y Ciencias Sociales Madrid, 1960, p. 225. Libro XI, Capítulo IV.

diccional del centro del debate procesal. Lo hace por considerar que, al darle esa preeminencia, además de ser una concepción obsoleta, encierra un postulado peligroso e involutivo; por el contrario, marcar que ese fin *es secundario* supone potenciar la función autocompositiva del proceso.

Para cerrar este tramo: reformular la idea que se tiene sobre la jurisdicción estatal supone un cambio cultural y también tomar una firme postura: que jamás las ideas que no se inspiran en las personas, en los individuos comunes, que no los acompañan en su *humanidad y fragilidad*, podrán mantenerse indefinidamente. La reflexión crítica sobre la jurisdicción y el postular, anudado con este concepto con el de una “mínima jurisdicción” nos despierta una esperanza genuina: que nuestro mensaje recale, por lo menos, en las mentes jóvenes que siempre estarán dispuestas al cambio y a tomar los riesgos que este conlleva.

6.7. SÉPTIMA PREMISA. MÍNIMA JURISDICCIÓN

La idea de proponer la *mínima injerencia del poder judicial* frente a la tesis que impulsa su presencia autoritaria y plena divide, una vez más, las aguas por las que transitan las corrientes garantistas y publicistas. La necesidad de limitar el poder despertó hace siglos las primeras alertas tempranas en la mente de los ilustrados. Sostuvo MONTESQUIEU:

“La experiencia demuestra que todos los hombres investidos de poder *son capaces de abusar de él y de hacer valer su autoridad tanto como puedan*”²⁴.

Sobrevolando en los tiempos, para equilibrar y moderar el poder judicial, postulamos hoy una *mínima jurisdicción* y, en contrapartida, exigimos la concesión de amplias libertades a las partes.

La jurisdicción debe ser vista como un *medio* para asegurar *el paquete de derechos y libertades de los litigantes*. También debe negarse que sostenga fines propios o, más aún, que los fines del juez sean contrapuestos con los perseguidos por los sujetos que debe juzgar.

El radio de expansión de la jurisdicción en un proceso moderno solo será el mínimo y necesario. Anida en el ánimo de las mentes liberales una natural y justificada prevención hacia quienes imponen las reglas de juego. Esta toma de distancia no presupone un juicio de disvalor *hacia la persona individual del*

24 MONTESQUIEU, *Ob. Cit.*, p. 150.

juéz, pero sí nos previene de ser cautelosos frente a una institución que está dotada de un inmenso poder.

El mero dato de que la autoridad se concentra en un solo sujeto y proponer la limitación de sus esferas de actuación, debe ser visto y aceptado como algo *favorable*, ya que lo aleja de las naturales tentaciones de abusar de él. El destino de los ciudadanos, su libertad, patrimonio y honra penden de los desatinos que pueda cometer el funcionario que tiene esa posibilidad y avala que debe impedirse -desde lo institucional y la codificación- que queden expuestos a esos excesos.

La concentración del poder en una sola persona siempre ha sido y será nociva porque, si bien son los hombres los que abusan del poder, ello deviene -precisamente- de su *condición humana*. ***Hasta la virtud necesita límites y así lo enseñaba*** MONTESQUIEU:

“En cualquier siglo y sea cual fuere la forma de gobierno, se ve que los distintos cuerpos del Estado *pretenden aumentar su autoridad o su riqueza a expensas de los otros* [.]. Por una desgracia inherente a la condición humana, los grandes hombres moderados son muy raros; siendo más fácil dejarse llevar por la propia fuerza que resistirla, es más frecuente encontrar en las clases superiores personas de gran virtud que varones de cabal prudencia. Goza el alma de un placer cuando domina a las otras; los mismos que aman el bien se aman tanto a sí mismos, que no hay hombre alguno de cuyas intenciones no pueda desconfiarse; y es que, a la verdad, nuestras acciones dependen de tantas cosas, que es mil veces más fácil hacer el bien que hacerlo bien”²⁵.

“Es una desdicha de la condición humana que los legisladores se vean precisados a dictar algunas leyes que contrarían los sentimientos naturales: fue lo ocurrido con la *ley Voconia*. La causa de ello es que los legisladores estatuyen mirando a la sociedad más que al ciudadano y más al ciudadano que al hombre. La *ley Voconia* sacrificaba al hombre y al ciudadano (en puridad de verdad, a la mujer...), pues no pensaba más que en la República”²⁶.

25 MONTESQUIEU, *Ob. Cit.*, p. 386.

26 *Ib.*, p. 350.

Volviendo al presente, para legislar o reformar estructuras procesales en las que *la autoridad está presente en un extremo de la relación jurídica*, nuestra referencia será asumir siempre la posibilidad de los *desbordes* en los que pueda caer por las razones que señalamos.

Se trata de interpretar a la sociedad y a los seres humanos tal como son y no como deberían ser. Por eso insistimos en que toda limitación del poder jurisdiccional debe implementarse desde los *mecanismos institucionales*. El modelo normativo, en esta caso el *dispositivo-adversarial*, es el que tiene la responsabilidad de construir a un Poder Judicial alejado de implicaciones moralistas, voluntaristas y discrecionales. No cabe esperar que los jueces ostenten virtudes innatas que los conviertan en seres buenos y morales (porque éstas no son las cualidades propias de la especie humana). En rigor, la bondad y la moral, si bien no son ajenos en principio a las exigencias requeridas para el ejercicio de la actividad jurisdiccional, al no existir *una instancia ética* que privilegie los valores del juez sobre la moral de los justiciables, indica que necesariamente debe someterse al imperio de la ley.

Y se puede apelar a varios conductos para atenuar su posición de privilegio. Uno de ellos apunta a diversificar el poder, ya que esa dispersión auxilia a preservar la imparcialidad del juez. Lo útil de la descentralización fue comprendida plenamente por los procesalistas penales al diseñar los modernos códigos acusatorios. Así, para democratizar la justicia, alcanzar esa descentralización y reforzar la imparcialidad, se instaló, por caso, el sistema de *Colegios de jueces* -que se turnan y rotan- para evitar que se sientan “propietarios” del conflicto jurídico-penal que les toca resolver. Esa es la razón para que éste pueda ser atendido por distintos jueces de garantías y, que en la Alzada, se otorgue la posibilidad de rotación cuando los camaristas intervienen unipersonalmente. Bien mirado, es una poderosa herramienta que resulta funcional al *intercontrol institucional* y que apunta a preservar a esa tan esquiva imparcialidad, imparcialidad y neutralidad.

Actuando profesionalmente en el fuero penal de la Provincia de Santa Fe, pudimos comprobar que la normativa procesal privilegia la rotación de los magistrados y su utilidad, ya que evita la contaminación que se origina en *el sesgo cognitivo de confirmación*. El integrante del colegio de jueces que debe resolver, por caso, un nuevo pedido de cese de la prisión preventiva de un imputado, si la denegó con anterioridad puede quedar atrapado en ese sesgo de confirmación.

Parece claro que para brindar propuestas idóneas los procesalistas debemos conocer los avances operados en otras ciencias sociales, en este caso la psicología conductiva. Ella nos ilustra que el *sesgo de confirmación radica en la tendencia a favorecer, buscar, interpretar y recordar la información que confirma las propias creencias o hipótesis*, concediendo menos consideración a posibles alternativas. Se trata de un tipo de sesgo cognitivo **y un error sistemático del** razonamiento inductivo. Y caer en ese error, entre otros, es una posibilidad cierta a la que quedan expuestos los jueces.

En suma, lo que queremos expresar es que las decisiones judiciales deben estar respaldadas por soportes epistémicos que les brinden las máximas posibilidades de arribar a esas decisiones de un modo aséptico.

La jurisdicción estatal, hoy en día tan devaluada, desconfiada y objetada por el justiciable de a pie, exige tomar en serio las causas de su debacle y preguntarnos por qué se arribó a esta situación límite y cuáles son las salidas; pero una de ellas implica, como mínimo, dejar atrás el mito de la total sabiduría, de la impoluta y absoluta imparcialidad que *a priori* podría ostentar el juzgador. El método de debate dialogal de los litigantes actuando en libertad es mejor y más eficiente *que el que emana de la verticalidad de la autoridad*.

Se aspira a que la jurisdicción se transforme en una función necesaria y útil para mantener la plena contradicción, la reciprocidad, la igualdad jurídica y procesal y, también, garantizar la tutela de las libertades y derechos fundamentales de los justiciables. Pero un *exceso de jurisdicción* la convierte en la negación misma de la libertad y provoca otro efecto disvalioso: anestesia, atrofia la capacidad de instar, de impulsar, de postular y de valorar, afectando gravemente a la autonomía de los litigantes. Con la *obediencia* deja de funcionar *la conciencia* y también se abdica de asumir responsabilidades propias.

Por cierto que la libertad procesal no implica otorgar a las partes un libre albedrío. Esto ya fue sostenido antes pero aquí insistimos en el concepto. En la novela *Los hermanos Karamazov* (1880) DOSTOIEVSKI le hace decir a uno de sus personajes la célebre frase “*si Dios no existe, todo está permitido*”, luego y por analogía, si se entroniza la *mínima jurisdicción* “no todo estará permitido”. Cabe preguntarnos: ¿un juez con mínimos poderes en el proceso provocaría que los litigantes *abusaren de sus libertades procesales*? La respuesta es negativa: el proceso judicial adversarial no sospecha que los litigantes actúan de *mala fe* (como sí lo hace el modelo publicista).

Es que no existe sostén empírico para afirmar que las partes abusarán de su originaria y prevalente libertad. Así como en la sociedad democrática los individuos socializan pacíficamente sus diferendos, y sólo excepcionalmente se conducen al margen de la legalidad, también cabe razonar que los litigantes -al contar con una representación profesional colegiada y letrada- no permiten que se sospeche de que actuarán *abusiva y arbitrariamente*. Esta falacia es utilizada para justificar un aumento de las atribuciones de la autoridad jurisdiccional y restarlas a los justiciables. En todo caso, entre *las sumas y las restas* (sobre posibles abusos y no abusos que podrían consumir las partes) la opción debe inclinarse a favor del ejercicio de su *libertad*. Porque la libertad conlleva la responsabilidad (y no así la obediencia) y también porque -junto con la igualdad procesal- permite al litigante escoger su conducta bajo la premisa de que ***él es tan libre como su adversario en la lucha por las tutelas jurídicas que aspiran obtener de la jurisdicción.***

a) Funciones jurisdiccionales: esenciales y aleatorias

El garantismo, fiel a su idea de reposicionar y reducir el papel estelar de la jurisdicción, pone la nota en una función esencial que ha sido despreciada por el publicismo. Prioriza el deber de *brindar audiencia* tomando distancia de la idea de identificar a la jurisdicción por el rasgo de emitir sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada.

El posibilitar el debate es más valioso que el ponerle fin por un acto de autoridad. Su soporte proviene de las mandas constitucionales y convencionales y el deber de procesar (dar audiencia) consiste en la única actividad que deviene *necesaria e invariable* y se da en todo tipo de procesos posibilitando su natural desarrollo²⁷.

Es que un juez siempre debe conectar las pretensiones y posturas de las partes pero no siempre fallará el conflicto, ordenará medidas cautelares o ejecutará la sentencia. En los siguientes párrafos ampliaremos este concepto.

HUMBERTO BRISEÑO SIERRA y ADOLFO ALVARADO VELLOSO fueron los primeros procesalistas que sostuvieron que la esencia de la actividad jurisdiccional -la que la distingue y resulta irrepetible en el mundo jurídico- pasa por la *conexión de instancias bilaterales* generadas durante todas las etapas del proceso.

Cuando la parte actora acciona y pretende inicialmente que se le brinde la

27 BENABENTOS, OMAR ABEL, *Teoría General del Derecho Procesal*, Juris, Rosario, Argentina, 2001, p. 363-364.

tutela que persigue, sus *pedimentos deben ser puestos en conocimiento de la contraria*. En razón de esa bilateralidad, los sujetos pueden contradecirse mutuamente y mantener su igualdad procesal. Es una constante que se repetirá a lo largo del debate. Se abre, entonces, la alternativa de generar la dialéctica y la connatural posibilidad de ser oídos.

En virtud de ese derecho de audiencia, el demandado toma conocimiento de la pretensión del actor; por la misma razón, el actor se impone de las excepciones o defensas que esgrime el accionado y así sucesivamente. Luego, la función de *conexión de instancias* deviene en un deber jurisdiccional que *estará siempre presente* ya que la razón de ser del proceso se canaliza en la medida en que *se garantice la bilateralidad y el debate simétrico entre las partes*.

Si tenemos claro que la función esencial -y siempre presente- es la conexión de instancias, esto no supone negar que la posibilidad de que la jurisdicción lleve a cabo actividades *aleatorias*. El dictado de una sentencia heterocompositiva que ponga fin al litigio es una mera posibilidad. Es que la alternativa en la que el proceso judicial finalice mediante el dictado de una sentencia (por lo menos en conflictos que involucren intereses transigibles), supone una posibilidad conjetural que no es definitiva ni esencial para la suerte de éste. Es tan hipotética como las otras formas en que podría concluir un litigio: caducidad de instancia, desistimiento del actor, allanamiento del demandado o transacción bilateral de las partes.

Y también con la misma aleatoriedad identificamos dos funciones que integran el quehacer de la jurisdicción: la de *ejecución* y la *cautelar*. Estas son también eventuales porque pueden o no estar presentes en un determinado litigio, sin que su presencia o ausencia *desnaturalice la esencia de la actividad jurisdiccional*. Aunque no se llegue a heterocomponer, no se ejecute lo decidido, no se pidan ni se despachen cautelas sobre bienes personas o derechos -porque el demandado cumplió espontáneamente el mandato judicial satisfaciendo lo condenado- lo cierto es que existió una plena y valiosa función jurisdiccional²⁸.

La unidad conceptual de la labor jurisdiccional -tanto para jueces civiles o penales- los iguala a la hora de conectar instancias, procesar y eventualmente heterocomponer, cautelar y ejecutar sus decisiones el litigio que les toca intervenir, pero siempre deben cumplir con un mandato básico: dar audiencia, *bilateralizando* los pedimentos de las partes.

28 *Ib.*, p. 365.

Las reflexiones anteriores vigorizan la idea de que el proceso -y la actividad de los jueces- consiste en un *método*, en un camino para permitir el debate entre las partes y posibilitar que pongan fin al conflicto jurídico, *preferentemente por su propia voluntad*. Si se rescata el papel de la jurisdicción puesta al servicio de los justiciables y se empequeñece la misión heterocompositiva, varios valores trascendentes quedarán potenciados: entre ellos, *la paz jurídica alcanzada a través del libre debate*.

6.8. OCTAVA PREMISA. POSTURA CRÍTICA Y REFLEXIVA SOBRE LAS DECISIONES QUE EMITE LA JURISDICCIÓN ESTATAL

El *proceso dispositivo-adversarial* pugna por alcanzar la objetividad del juez y que desde esa postura aborde el conflicto litigioso civil al momento de sentenciarlo. El ideal al que se aspira que el juzgador falle despojado de todo prejuicio (al igual que acontece en el resto de las ciencias, en las que el observador tiene una mínima influencia en el objeto observado). Ese es un presupuesto esencial pero es muy claro que no se cumplirá si el juez entiende que antes de decidir la cuestión y durante el procesar su rol debe ser el de un juez activo, que puede salir al hallazgo de la verdad como uno de los fines para el dictado de una sentencia “justa”.

Y aun si el juez asume una postura de objetividad, ello no implica que su accionar o sus decisiones se validen acriticamente pero, por lo menos, supone un punto de partida necesario para la validez de su gestión.

En el mismo sentido, de arribarse a la heterocomposición, el norte principal que debería emparar al acto decisorio pasa por *persuadir al derrotado de por qué perdió*.

Los argumentos para tomar la decisión escogida supondrían apelar a estándares plausibles, no para que el derrotado o condenado los acepte y sí para que -como mínimo- conceda que su vencimiento ha sido el producto de una decisión razonada, argumentada, coherente, impregnada de verificación de hechos y ausente de cargas valorativas. Quien es derrotado, claro está, nunca terminará por aceptarlo; pero algo de paz invadirá su espíritu en la medida en que no lo considere un acto de pura autoridad o voluntarismo²⁹.

Pero el *quid* de la cuestión pasa por analizar si efectivamente la decisión toma-

29 *Ib.*, p. 364.

da está avalada por garantías epistémicas, si el juez tomó conciencia de que -por el tipo de conocimiento- sus afirmaciones son probabilísticas, y que está muy lejos de que los enunciados sobre los hechos que afirma probados supongan una exacta correspondencia con su ocurrencia en el mundo real.

En la unidad siguiente argumentaremos extensamente sobre las razones que avalamos sobre la teoría de la decisión judicial; pero aquí anticipamos una refutación vigorosa a la tesis que sugiere que debemos tener “*fe acrítica en la justicia*” y *en sus fallos*. La fe no es un valor aceptable en las ciencias y su ámbito debe remitirse al terreno de los dogmas

Concedemos que la palabra *justicia* simboliza un irresistible imán cultural para buenas capas de las mentes pensantes, una meta a la que se le adjudica tanta importancia que masivamente se estaría dispuesto a sufrir toda clase de sacrificios con tal de alcanzarla³⁰. Fue un objetivo capital para los totalitarios, que conocían perfectamente el *poder de la fe* y, sobre todo, el de la *fe en la justicia*.

KARL POPPER -criticando a PLATÓN- deja bien a las claras los riesgos de fiarnos de esa postura y de hacerlo casi teológicamente. En esa crítica sobre el concepto platónico de la justicia que pueden impartir los humanos, nos regaló una frase lapidaria: “PLATÓN conocía perfectamente bien el poder de la fe en la justicia”³¹.

Y POPPER ratificó sus críticas al sostener que “...sus ideas historicistas y el mito del destino fueron impulsadas por el temor al cambio de los ideales humanitarios de la democracia ateniense. PLATÓN enseñaba que, de todos los principios, el más importante es que nadie, ya sea hombre o mujer, debe carecer de un jefe. Tampoco ha de acostumbrarse el espíritu de nadie a permitirse obrar siguiendo su propia iniciativa, ya sea en el trabajo o en el placer. Lejos de ello, así en la guerra como en la paz, todo ciudadano habrá de fijar la vista en su jefe, siguiéndolo fielmente, y aun en los asuntos más triviales deberá mantenerse bajo su mando. Así, por ejemplo, deberá levantarse, moverse, lavarse, o comer... sólo si se le ha ordenado hacerlo. En una palabra: deberá enseñarle a su alma, por medio del hábito largamente practicado, a no soñar nunca actuar con independencia, y a tornarse totalmente incapaz de ello”.

Las refutaciones de POPPER a las ideas platónicas sobre una justicia totalitaria dibujan la antigüedad de esta disputa y nos debe ayudar a insistir en que el

30 POPPER, KARL, *Ob. Cit.*, p. 87.

31 *Ib.*, p. 88.

haber confiado *acríticamente* en que la autoridad judicial encontraría la justicia en términos pantónomos, no sólo no nos trajo *el cielo a la tierra*, sino que generó esa falacia que venimos denunciando: la existencia de los procesos ideales en los que es posible su culminación mediante un iluminado acceso a *la verdad y la justicia* encontrada por el juzgador de turno.

Esas prédicas míticas quedaron acorraladas en la modernidad. Por lo pronto, fueron desplazadas casi masivamente de los sistemas políticos y los gobernantes que todavía se escudan en ellas no gozan de credibilidad. Sin embargo, el publicismo procesal se encargó de mantenerlas bajo una burbuja y preservar su *sustrato irracional*. Así, apuestan por los jueces y se los visualiza como los celosos guardianes de soluciones perfectas a las que pueden acceder. El resultado fue nefasto: la maquinaria de la justicia se impregnó de dogmas propios de la teología, pero que fueron tan convenientemente presentados y esparcidos mediante su masiva difusión que llevó a que los justiciables de a pie se encolumnaran detrás de esos inalcanzables ideales

Así que el daño que provocaron los *apóstoles de la autoridad* no ha sido menor. Con total desenfado, que queda bien resumido en una frase que para nosotros resulta temible: *“el activismo judicial confía en los magistrados”*, se gestó una fe acrítica a favor de ellos. También nos genera aprensión que se visualice al juez como el *distribuidor de la Justicia*³² y se acrecienta nuestra zozobra cuando se pontifica que es saludable que hoy se *“depositen en manos de los jueces civiles un amplio número de facultades-deberes para mejor cumplir su cometido de distribuir el pan de la Justicia”*³³.

Enaltecer la figura del juez como el repartidor del *pan de la Justicia* es un axioma vertebral del activismo judicial. La manipulación del lenguaje que abordamos en el capítulo primero, genera en este tramo un *pagamento mítico* (una suerte de encantamiento) partiendo de la idea de que para *creer* no es necesario verificar en el mundo real ese acto de fe.

El uso deliberado del término mítico y primitivo *pan*, que remite al alimento sagrado y esencial del hombre (el que proveía a los judíos y católicos en la Antigüedad y en la Edad Media), despierta una adhesión emocional. A su vez,

32 PEYRANO, JORGE WALTER, *Sobre el activismo judicial*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, activismo y garantismo procesal, Volumen XLVII, Córdoba, Argentina, 2009, p. 20.

33 *Ib.*, p. 3.

con esa frase apoteósica, ecuménica, en suma, antiliberal, se fomenta una atmósfera enrarecida proponiendo que en el *reino judicial* se llega a la *Pax Diké* (*la paz de la justicia*). Se mira al juzgador como el nuevo Mesías del proceso moderno. Se le atribuyen actos heroicos, por cuanto se embarca en recuperar la justicia impoluta frente a la degradación que emana del conflicto pedestre que envuelve a los litigantes. Ese *Mesías judicial* sería el único autorizado a repartir *el pan de vida y de la paz*. Es un nuevo apóstol que nos concede el símil del *pan nuestro de cada día* (LUCAS, 11:3), ese pan que *desciende del cielo* (JUAN, 6:35; 6:48), y encarna la figura terrena de un precepto teológico “*Yo soy el pan vivo que descendió del cielo; si alguno comiere de este pan, vivirá para siempre; y el pan que yo daré es mi carne, la cual yo daré por la vida del mundo que es parte de su “propia carne y sangre”* (JUAN, 6:51).

Ese puñado de recetas encierra redenciones místicas, pero lo que soslayan es un trasfondo autoritario de mandatos supremos y ajenos en un todo a la *prosaica tarea* de impartir justicia. De las largas dolencias dogmáticas que atravesó la humanidad (las religiones de lo absoluto, la absolutización laica de los sistemas políticos, sociales y las fórmulas pseudocientíficas), volvemos a un *corsi ed recorsi*.

Cuando en el proceso se hace énfasis en *la Justicia* (con mayúsculas) nos aproximamos peligrosamente a una utopía. Predicó MAXIMILIEN ROBESPIERRE una frase muy engañosa y se escudó en *la razón* pero, al endiosarla y servirse de ella, de suplantar los santos de las iglesias pasó a justificar el *Grande Terreur* (1794). El final es por todos conocido: derogó en su nombre -uno a uno- el cuadro de libertades gloriosamente reconocidas por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789).

Con pensamientos de calibre similar se visualiza a *la Justicia*, se ratifica la pureza absoluta de los valores y, con esa propensión a lo absoluto, se llega a la peligrosa asociación de la *virtud* encarnada en los sistemas judiciales. El sentido mayúsculo de la Justicia, así sobredimensionada, atraviesa todo: la ley, la Constitución y la ética judicial. Uno de los sostenedores del activismo, JORGE WALTER PEYRANO, así lo expresa:

“Para el activismo judicial la lectura de la Constitución Nacional no constituye un obstáculo para distribuir el pan de la Justicia sino más bien un estímulo”³⁴.

34 *Ib.*, p. 5.

Aceptar el espíritu místico de la jurisdicción le hizo decir a PEYRANO:

“...el juez es el administrador de la Justicia; *con ley, sin ley, o contra la ley (¡¿?!).* **Porque el valor Justicia prevalece sobre la ley y nuestra Constitución así lo deja entrever a quienes saben comprenderla, cuando manda en el Preámbulo a afianzar la Justicia.** Con ley, sin ley o contra la ley”³⁵.

El activismo judicial refleja lo peor del posmodernismo. Consagra un *Derecho Procesal de Excepción*, que lo imagina como:

“...un ramillete de instrumentos que valora muy especialmente las circunstancias del caso (o sea el ajuste de la decisión judicial a las particularidades de la causa), que revelan que se está frente a un supuesto excepcional que no puede ser objeto de los parámetros corrientes”³⁶.

El derecho de excepción es el que rige en los estados autoritarios o el que, cada vez con mayor frecuencia, instala ese manto autoritario en sociedades democráticas que opaca las bondades de un Estado de Derecho.

Bajo esa misma idea recordamos que se instaló un ominoso derecho penal y procesal de excepción. Todavía llevamos la imagen de que para preservar “la seguridad nacional”, miles de personas fueron puestas a disposición del Poder Ejecutivo Nacional que las sometió a la pena privativa de la libertad sin tener el derecho acceder a la jurisdicción y por la pura decisión del poder administrador. Fueron teorías propias de las dictaduras militares de los años setenta esparcidas por toda la región y la similitud de las figuras no deja de impactarnos.

Así, las tenebrosas políticas que privilegiaron la supremacía de idearios estrá-bicos operaron como un burdo pretexto para restringir derechos fundamentales de las personas (en aras a una mayor eficacia en la persecución penal de los enemigos del Estado) y nos llevan a evocar, en especial a los argentinos, los oscuros años de la última dictadura militar.

Cuando se apuesta por un derecho procesal de excepción, lo que se destruye son las reglas rectoras que lo sostienen. Sin reglas genéricas y consolidadas, los ciudadanos y los justiciables de a pie nunca seremos concededores de a qué atenernos. Toda vez que se instalaron excepciones jurídicas, lo que se desvirtuó fueron los estándares del Estado de Derecho.

35 *Idem.*

36 *Ib.*, p. 20.

El derecho procesal de excepción podría identificarse con las consignas del *Sermón de la Montaña*. Ellas le prometen al creyente sediento de justicia una tabla de salvación para los “*pobres de espíritus, humildes, afligidos y sedientos de justicia*” (MATEO, 5:3-7), pero lo que no se indica es con qué reglas se llegaría a esa promesa salvacionista o, dicho de otro modo, si para llegar a ese fin resulta válido excepcionar el orden teológico o jurídico porque la meta así lo justifica. Ningún fin -aun legítimo- puede desprestigiar el método porque si lo hace entramos en el resbaladizo tema de poder excepcionar todo.

En el marco del derecho procesal de excepción se plantearán tesis tan exóticas como peligrosas. Por citar algunos supuestos, nos detenemos en institutos de neto corte autoritario y en cómo algunos de ellos se encargan de sobrepasar la propia tutela elegida por las partes. Así, se alienta la posibilidad de que se le otorgue al juez el poder de *reconducir* las pretensiones defectuosamente planteadas por el actor.

En la misma dirección se debe ver el impulso procesal oficioso. Se mira a los procesos que se encuentran paralizados por cierto tiempo como un perjuicio propio hacia el Estado; y esto implica que el juez se arrogue la función de llevar adelante un litigio que las partes quizás no quieren instar por diversos motivos, por caso, porque se encuentran en tratativas transaccionales para extinguir el conflicto.

Otro supuesto -sugerido en tiempos más recientes- pasa por la llamada *flexibilización de la congruencia* que, en materia decisoria, supone validar fallos pronunciados variando lo pretendido por la propia parte.

En este marco de excepciones, ejemplificado sumariamente, los derechos en debate se conciben -sólo en principio- como de pertenencia a todos los sujetos procesales; pero quien puede manejarlos ya no son los litigantes. El juez se convierte en titular de tales derechos y pasa a disponer de su materialidad. Cuando nos manejamos con excepciones y dejamos de lado las reglas, todo se vuelve evanescente.

Si se trata de confiar en que el juzgador pueda excepcionar las reglas porque el caso individual así lo amerita, se desemboca necesariamente en actos de *pura fe*. Se confía en que si así lo dispone será porque un fin superior al de las propias partes lo justifica y ese fin ha sido focalizado por la autoridad secular.

El colectivo jurídico se encapsula en una *burbuja mítica*. Existe un apartamiento del pensamiento científico que, por definición, indica que todo lo que se postula puede ser refutable. La nueva pléyade de creyentes del poder juris-

diccional lo visualiza como un *auxiliador mágico* y, sin más, acepta sus mandatos particulares. Lo hacen sin tener acreditado con prueba alguna -ni aun remota- el sustento de esa creencia. La religión cristiana persuadió a sus fieles de la creencia en el mito de la expulsión del hombre del paraíso; y la profecía se aceptó aunque tampoco existe prueba alguna de que ello ocurrió. Luego, queda al desnudo cómo lo místico y lo jurídico se entremezclan.

La creencia de que las injusticias en los procesos serán rectificadas por el juez resulta de una gran atracción psicológica. La ciudadanía tiende a personificar el *valor justicia* con la figura del juez. Así, nos permitimos hablar de jueces portadores (o distribuidores) de verdad y de justicia; si se nos permite la metáfora, también podríamos discurrir sobre unicornios, hadas madrinas, duendes o Santa Claus. Ni uno ni otros existen, ni tampoco tenemos pruebas tangibles de aquello que se pontifica y, sin embargo, al accionar de los jueces se lo válida acríticamente.

Por fin hemos despertado y descreemos de dogmas ciegos y cerrados que demeritan las instituciones democráticas. El proceso judicial por el que apuesta el publicismo se presenta como un síndrome patógeno cargado de **énfasis**. Se retrae a una valoración hiperbólica de lo contingente, entroniza y magnifica valores, convirtiéndolos en falsos. El énfasis distorsiona la realidad, convierte en legal lo ilegal y en legítimo lo ilegítimo. Despierta un apetito bulímico y enfático que busca sobrevalorar y absolutizar los valores de quien ostenta el Poder Estatal. No es la *Diké* -la personificación de la Justicia- porque ella está muy lejos de ser una diosa, pero se la presenta como tal.

Si de lo que se trata es de aplicar la ley de modo objetivo a los enunciados fácticos y así arribar a una solución correcta, ambas expresiones deben apoyarse en garantías jurídicas y epistémicas, en sentencias impregnadas de juicios de hecho y no de valor. Tanto desde la ciencia procesal como desde el papel de justiciables debemos renegar de conceder una *fe acrítica* al accionar de los jueces, porque la fe prohíja dogmas y suprime a la razón.

De otro lado, para confiar en la judicatura debemos apoyarnos en razones, argumentos y hechos concretos que sustenten esa creencia. En Latinoamérica, el sistema de *selección de magistrados* es esencialmente político y muy ajeno a la meritocracia técnica y jurídica que el aspirante debe portar para acceder al cargo. Si bien concedemos que no existe un sistema de selección de magistrados que sea perfecto, en España, por citar un modelo muy superior al que contamos, la *oposición* resulta extremadamente rigurosa. Un aspirante a juez consume entre dos y tres años en su preparación antes de enfrentar al tribunal

que dirimirá su suerte. Un pretendiente al cargo de ordinario se dedica sólo a estudiar y a preparar su oposición, no trabaja, no ejerce la profesión.

Por la dedicación exclusiva que requiere este sistema recibe críticas ya que quienes pueden darse estos privilegios pertenecen de ordinario a las clases sociales acomodadas y así se genera una tendencia hacia una justicia aristocrática. Ya lo dijimos, no hay sistemas perfectos, pero en España el poder político tiene poco o nada que ver con la designación de sus magistrados. Como una paradoja, la Ley de Enjuiciamiento civil española, aun frente a estos jueces preparados académicamente para ejercer el cargo, limita severamente sus poderes. Así que en países del primer mundo, lejos de confiar ciegamente en sus jueces, se establecen severos parámetros para asegurar su idoneidad e independencia.

En cambio, en nuestra región, donde el viejo sueño de la clase política pasa siempre por *colonizar* al Poder Judicial y cooptarlo, no existe argumento racional alguno para que el destino jurídico de los justiciables sea definido por una casta jurisdiccional de dudosa legitimidad para ingresar al poder.

A riesgo de ser reiterativos, existen jueces que honran su cargo y su ética de vida, esto está fuera de discusión pero lo que entra en debate es la imperfección del sistema. Por tanto, esos jueces que pueden ser impolutos lo serían mucho más si tuvieran el orgullo de haber accedido a su cargo sin ningún débito y sólo por el producto de su propio e individual esfuerzo.

6.9. NOVENA PREMISA. MÉTODO DE DEBATE RACIONAL, CRÍTICO, DIALÓGICO Y CONSENSUAL

El proceso judicial concebido en un marco político y jurídico democrático estimula y se alimenta de las críticas para mejorar el conocimiento de los hechos debatidos. Sólo apelando al método crítico, reflexivo, al ensayo y error, se arriba a ese fin. El garantismo, como lo hemos adelantado, normó sus propuestas teóricas con la aprobación del *Proyecto de Código General Procesal Modelo para la Justicia no penal de Latinoamérica*

Al igual que los ciudadanos en la democracia política, a los justiciables debe permitírseles desde las normas procesales ir el debate abierto en el proceso, ensayando y confrontando sus teorías o ideas con la finalidad de llegar, como ya se vio, a la autocomposición del litigio y, eventualmente, finalizar el proceso por una decisión vertical de la autoridad jurisdiccional.

En la vida real argumentamos de continuo para superar discrepancias, divergencias, coordinar, accionar o llegar acuerdos. El derecho en general y el proceso en particular no resulta ajeno a esa función argumentativa. Asume una forma discursiva y racional de solucionar los conflictos, sublimando y reemplazando la violencia humana. Está demostrada una y otra vez por la historia que la razón es el *único medio universal* por medio de la cual los humanos podemos llegar a acuerdos entre quienes piensan y sienten distintos.

La racionalidad tuvo hitos trascendentes. Las tantas veces mentada *Declaración Universal de Derechos Humanos* reconoce en su primer artículo las dotes de razón y conciencia de los individuos (*los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, dotados como están de razón y conciencia...*).

En un proceso judicial la autonomía y la libertad de desarrollar esos planes estriban en el ejercicio amplio de las pretensiones y defensas de las que se valen las partes. El sistema procesal más imperfecto es aquél en el que el juez se vuelve imprescindible para el litigante y el más racional implica que la autoidad pase casi *desapercibida*.

La sociedad libre tiene como principal objetivo que en un proceso se ofrezcan oportunidades para la dialéctica, sin excluir el diálogo. El valor de la información que incorporan las partes al debate no deviene de su conocimiento genérico y sí del concreto, de las circunstancias y condiciones especiales del caso. Son sus ideas y argumentos los que jerarquizan sus dichos y no las opiniones validadas solo por la calidad de *quienes las emiten*. Las manifestaciones procesales no suponen fortalezas o castillos en donde se protejan las autoafirmaciones personales; por el contrario, deben exponerse desde un camino llano y abierto.

La argumentación es el *método universal para debatir* con ideas, datos, dudas, pruebas, contrapruebas, preguntas y refutaciones. De ahí que tan pronto dos sujetos se impliquen en una discusión, quedará comprometida la *razón*. Con ideas justificadas en la lógica y en estándares objetivos, los resultados que se obtengan serán los más confiables y veraces.

Razonar no es algo que se aprende en soledad sino que se construye en comunicación, en conversación y confrontación con las ideas de los otros. Somos sujetos pensantes y racionales y, por tanto, dialogar no admite recibir sermones o mandatos. Se discute y se conversa entre iguales, en condiciones de paridad. Cuando desaparece toda forma de igualdad y por tanto de legalidad, comienza la ley de la selva, del más fuerte, facilitando el brote de la barbarie y del salvajismo.

El proceso judicial *-la casa de la palabra*, si se nos permite este aforismo- expresa la idea de utilizar un espacio de uso público donde puede desarrollarse el debate racional y civilizado que envuelve a los justiciables pero que no implica la confiscación de sus derechos procesales por acudir a ese espacio y esas arrogaciones deben estar contenidos en diseños normativos como se expresan en el Código Modelo.

El valor del diálogo supone una *ética cultural* entre los litigantes y reposa en algo que viene presupuesto, originario, básico y subyacente: *que no se les quite la oportunidad de expresar sus argumentos*. En ese marco, el derecho a ser oído públicamente en paridad y el deber de *dar audiencia* son funciones esenciales de la jurisdicción y secundariamente lo será la de juzgar³⁷.

El filósofo y poeta PAUL VALÉRY distinguió dos tipos de relaciones entre los seres humanos, las lógicas y las ilógicas, y nos indicó:

“...Pida siempre pruebas, la prueba es la cortesía elemental que siempre se debe. Si se rehúsan a darla, recuerde que está siendo atacado y que se lo hará obedecer por todos los medios. Será usted preso por la dulzura o por el encanto de cualquier cosa, apasionado por la pasión de otro; se le hará pensar lo que no ha meditado ni sopesado; será usted enternecido, encantado, deslumbrado: sacará consecuencias de premisas que se le habrán fabricado”³⁸.

Por eso, el uso de la razón es innegociable para comprender el mundo y evolucionar en el conocimiento. Su aplicación junto con la observación reduce la ignorancia, evita el fanatismo, el autoengaño de la fe, de dogmas, revelaciones, adivinaciones, opiniones y acciones de autoridades dominantes, que penosamente estuvieron presentes en todas las épocas del tránsito humano.

Con la argumentación, *las mayúsculas* van convirtiéndose en *minúsculas* y nuestro saber y conocimiento siempre tendrá *escala humana*. Aun así, con mínimas pautas racionales se pueden alcanzar ciertas certezas lógicas: que dos cosas iguales ante una tercera sean semejantes entre sí, que algo no puede ser y *no ser* al mismo espacio/tiempo, o que no pueden ser contradictorias a la vez, o que todo tiene alguna causa aunque no se la conozca.

37 BENABENTOS, OMAR ABEL, *Ob. Cit.*, p. 59.

38 VALÉRY, PAUL, *El señor Teste*, Universidad Nacional Autónoma de México, Gallimard, México, 1991, p. 78.

Con la razón podemos concluir ideas y hasta controlar el pensamiento con ciertas pautas inferenciales, como la *deducción* que permite predecir un conocimiento particular desde otro general; la *inducción* que nos facilita la probabilidad de arribar a un conocimiento general desde un conocimiento particular; la *abducción* que nos brinda la posibilidad de alcanzar una hipótesis general conociendo un rasgo particular y, finalmente, la *analogía* que se alcanza por rasgos análogos de un todo conocido a un todo desconocido.

Verificando la validez de los razonamientos pueden advertirse *contradicciones lógicas* que son indicios ciertos de que se ha cometido algún *error*, obligando al pensador a su revisión y a ensayar nuevas conjeturas. Siempre es posible el error, siempre, incluso en aquellas ideas racionales que fueron aceptadas como ciertas y perfectas por largo tiempo, y que finalmente fueron falseadas y suplantadas por otras nuevas.

En el libro quinto nos ocuparemos extensamente del modelo normativo instalado en el Código Modelo, que hizo tangible y demostró la posibilidad cierta de que los principios y las premisas que sostiene el garantismo se materialicen en formatos codificados que, sin duda, ostentan la misma superioridad jurídica y epistémica que los sostenes que le dieron vida.

6.10. DÉCIMA PREMISA. LA AXIOLOGÍA JURÍDICA-PROCESAL

En el libro sexto abundaremos en los conceptos que animan la axiología garantista, cerrando nuestras propuestas constructivistas en el afán de demostrar la superioridad teórica, normativa y ética del modelo garantista liberal y su formato codificado: el dispositivo-adversarial. Solo a título de anticipo de lo que allí abordaremos queremos llamar la atención al lector en dos focos centrales de la axiología que sostenemos y que iluminan buena parte de nuestro ideario.

Por un lado, nos apoyamos en una mirada realista que reposa en el dato cierto de la coexistencia de tres sujetos: dos que pugnan por hacer prevalecer sus respectivas hipótesis jurídicas y un tercero que debe conceder la razón a alguno de los contendientes.

En ese espacio no puede predicarse ni la perfección de las conductas ni la realización de valores absolutos. Es que esos dos individuos, tuteándose con la autoridad, reflejan una constante: toda vez que las personas debieron vincularse con los poderes del Estado (y aquí es inexorable ese codeo con el poder judicial), la historia demostró los sufrimientos indecibles a los que se vieron

sometidos en la misma medida en que se exacerbaban los atributos de esa autoridad y se reducían los espacios de libertad de los sujetos.

Y un segundo foco, para concluir con este adelanto propio del terreno axiológico, nos lleva a no perder de vista otro dato objetivo y cierto: que los justiciables -inmersos en un litigio penal o civil- son sujetos frágiles y, en cierta medida, expuestos a la situación extrema de debatir por un bien de la vida que será adjudicado o privado por la autoridad de un tercero que decide sobre sus destinos.

En el mismo sentido, no queremos soslayar que la incertidumbre, propia de todo litigio sobre la suerte que correrán en esa empresa, incrementa su fragilidad y que ésta se torna mucho más endeble si, por caso, el justiciable debe soportar la asfixia de su libertad o un exceso de coerción estatal.

Así que la axiología procesal debe consustanciarse con el valor humanidad, potenciarlo y hacerse cargo de la fragilidad y de la debilidad de las partes procesales. Si se parte desde allí, es posible la instalación de una ética que se congrece con las personas y posibilite que ellas confíen en el método de debate y juzgamiento porque le concederán que se humanizó y se impregnó de humildad.

7. CERRANDO NUESTRAS REFLEXIONES SOBRE EL MODELO DE PROCESAMIENTO PURAMENTE DISPOSITIVO Y CLARAMENTE ADVERSARIAL

Es una posibilidad cierta la de que los seres humanos quedamos aprisionados por nuestros prejuicios, atados en cierto modo a las ideologías que sostenemos y que consideramos como evidentes ciertas premisas y las aceptamos sin someterlas a una *crítica racional*. En suma, estamos expuestos a desplegar una convicción ingenua y arrogante que nos lleva a despreciar a las refutaciones o considerarlas superfluas.

Y los jueces no configuran una excepción a esta regla. Al estar sometidos a la crítica racional es posible que queden al desnudo las fuerzas e ideologías que atraviesan a las complejas sociedades actuales, que los acosan y las escasas posibilidades de que se libren de esos entornos.

Todo juez, como cualquier ser humano, asume vivencias que marcan su biografía y su ciclo vital y ese cúmulo de experiencias vividas influyen, y mucho, a la hora de procesar y juzgar. Es que no sería posible encontrar a alguien sin esas vivencias, y de hecho, si lo halláremos, no sería apto para ejercer la función judicial. Siempre conviviremos con una atmósfera jurídico-social que nos condiciona y siempre es posible contaminarlos con tendencias irracionales. El pensamiento social y el jurídico en particular no se desarrollan en un vacío absoluto sino dentro de un ambiente socialmente condicionado. Esa influencia de elementos inconscientes, invisibles, ocultos a los ojos de la sociedad, forman un hábitat social en el juzgador.

Si tomamos debida nota de lo expuesto, el proceso judicial será diseñado para encontrar los mecanismos que lo preserven y un buen modo de ampararlo pasa por impregnar al juzgador, lo iteramos, de la mayor objetividad procesal posible, evitando distorsionar lo que tiene entre sus manos.

La *objetivación* sobre el modo de debatir y de juzgar supone el compromiso de apelar a la manera de conocer asépticamente los hechos afirmados en un litigio. El juez tiene que asumir que es el único sujeto sobre el que pesa el deber de imparcialidad para procesar y juzgar. Sería saludable que entendiere que tiene que incidir lo menos posible sobre el derecho material que se debate en

tanto éste se encuentre sujeto a controversia. Su papel pasa por ser *cogestor del proceso y no del litigio*.

Si se persuade de esto, tomará un camino en el que no se contamine -mental e ideológicamente- respecto del objeto litigioso sobre el que debe fallar. Ese es el camino idóneo que le impedirá volcar en sus decisiones sus prejuicios.

Nos apoyamos nuevamente en LUIGI FERRAJOLI cuando nos enseña que lo valioso pasa porque el juez considere que el debate se trata de un método cognoscitivo de hechos y reconocitivo del derecho y que este atributo, el de la cognoscitividad, es el que reforzará el reconocimiento de los hechos suministrados por las partes y *no el fruto de su actividad*. Dicho en otros términos, que al momento de sentenciar, sea persuadido “desde afuera” y no por su propia gestión.

Hoy, con una intensidad creciente, se entrecruzan ideas y miradas contrapuestas sobre la razón de ser del proceso y de la jurisdicción y este árido debate no sólo se instaló entre los países hispanoparlantes sino que también se replicó arduosamente en el Brasil y lo traemos a cuento porque indica el carácter expansivo del conflicto doctrinal y normativo que nos ocupa.

Eduardo DA FONSECA COSTA³⁹, procesalista de ese país y embanderado con la doctrina garantista⁴⁰ (que fuera introducida por otro connotado procesalista, GLAUCO GUMERATO RAMOS) señala por dónde transitan las disputas que en el plano teórico enfrentan a los procesalistas de la región y lo plantea con la profundidad que la cuestión merece.

Expresa Da FONSECA COSTA -y nosotros compartimos sus dichos:

“La Constitución traza las líneas maestras estructurales del proceso y, debido a que las conforma, abre la esfera de plataforma de lanzamiento para su explicación dogmática. Por lo tanto, si la plataforma de forjamiento institucional del proceso es la Constitución, no se puede concebir una procesalística que no sea antecedida de una constitucionalística del proceso. En todo pensamiento procesal ha de estar implicado un pensamiento constitucional. Por ello, la pregunta por el *ser constitucional* del proceso es la condición *a priori* frente a la posibilidad de hacer ciencia procesal. Ese *prius* óntico del proceso

39 Asume la calidad de Juez Federal de *Ribeirão Preto*, Brasil y la de Ex Presidente de la Asociación Brasileña de Derecho Procesal.

40 DA FONSECA COSTA, EDUARDO, *El proceso como institución de garantía*, publicación digital 360 IUS.

comprende su *ser constitucional* (es decir, su institucionalidad garantística). La comprensión constitucional del proceso es, por cierto, el preludio de todo aspirante a convertirse en procesalista. Es un antecedente epistemológico. Con ello se ve que una procesalística sin una constitucionalística del proceso que le subyugue y le anteceda, es un conocimiento sin fundamento”.

Y concluye de este modo:

“...en ese sentido, toda procesalística debe asumir una doble condición: la de *revelación-destrucción*. Debe revelar explicitando hermenéuticamente al proceso como una estructura de garantía de las partes y destruir críticamente la disimulación del proceso como mero *utensilio del juez*. En última instancia, la disputa entre el activismo (teoría del proceso como utensilio) y el garantismo (teoría que niega al proceso como utensilio) es una disputa –parafraseando a HEIDEGGER– entre *encubrimiento* (*Verborgenheit*) y *develamiento* (*Unverborgenheit*), entre *ocultamiento* (*Verdecktheit*) y *no-ocultamiento* (*Unverdecktheit*)”.

Volvemos a nuestras reflexiones: la disputa doctrinal de la que venimos dando cuenta está lejos de acallarse. Quienes nos ocupamos de la ciencia procesal miramos con atención lo que le ocurrió a la humanidad bajo los distintos modelos de juzgamiento. Estamos persuadidos de contar con los medios para que los justiciables de la región no padezcan sufrimientos innecesarios que devienen de los formatos que los provocan.

La teoría y la normativa garantista, vale la pena reiterarlo, conciben al proceso como un espacio de *libertad pública predispuesto a favor de las partes* para que canalicen pacíficamente los conflictos jurídicos que las involucran.

El sistema dispositivo-adversarial asume la necesaria presencia de la jurisdicción estatal y se afianza en la idea de que su fin primordial consiste en tutelar el derecho material que está en disputa entre ellas, *pero otorgando esa tutela a la parte que en el proceso se ganó el derecho a que le fuera concedida*.

El carácter *público* de la relación procesal viene signado, ya lo dijimos, porque en uno de sus extremos se encuentra el juzgador actuando como autoridad, pero esta realidad no desplaza el rol protagónico concedido a los justiciables. Y es a partir de esta *centralidad de los parciales* que queda redefinida y acotada la actividad jurisdiccional a la hora de procesar el conflicto.

También sostuvimos que la intervención del juzgador se torna subsidiaria, de cogestión y con una total *asepsia* respecto del derecho material en tanto se encuentre en pleno debate y que son las partes quienes aportan *sus hipótesis* que reposan, a su vez, sobre los enunciados fácticos y jurídicos que formulan. Ellas son las encargadas de *confirmar sus premisas*, erigiéndose en los *protagonistas centrales* del drama procesal y, va de suyo, que ese debate entre parciales está movido por el expreso afán de lograr que se declare judicialmente la bondad de sus respectivas posturas.

En paralelo, visualizamos la labor que asumen los jueces *al procesar* de un modo similar a la que cumplen los árbitros cuando intervienen en los eventos deportivos, pero interpretada esta semejanza en el recto sentido que queremos darle y no en la desvirtuada visión que brinda el publicismo. Es que la semblanza, si se la despeja de toda retórica, resulta muy útil para confirmar el papel sobredimensionado que el publicismo y la codificación procesal le concedió a la jurisdicción en el tramo en que las partes se enfrascan en el debate. El juez director, que ya nos merecía reparos, quedó reconvertido -por las sucesivas oleadas reformistas- en la figura de un *juez* que se asemeja a un *dictador*.

7.1. EL JUEZ, LOS ÁRBITROS DEPORTIVOS Y LA HUMILDAD JURÍDICA

Si se espeja a ese juez con la acotada función de dirección que asumen los árbitros en las competencias deportivas, se verifica que éstos sólo se ciñen a que los atletas cumplan con las reglas del juego, pero no influyen en el desarrollo de la gesta, no sustituyen la faena de los competidores ni se erigen en los protagonistas del lance sino que, en suma, exhiben una saludable *ajenidad* sobre la suerte que les depara a los protagonistas de la competencia que les toca arbitrar.

En contrapartida, tengamos presente que los árbitros deportivos no *definen* (por sí) el resultado de la gesta y hasta allí llega su función. ALVARADO VELLOSO dibuja expresivamente esa conducta al decir *que un árbitro no empuja el balón al fondo del arco (por considerar que el equipo que no pudo marcar el gol lo merecía)*.

Ahora bien, si espejamos ambos escenarios, salta a la vista que los jueces sí deciden -al final del camino- quién será el ganador o el perdedor del conflicto jurídico y este dato objetivo y diferenciador exige elevar los estándares de *neutralidad* durante el procesar, precisamente para que el juzgador -cuando arribe

a la instancia de decidir- lo haga libre de todo prejuicio, sesgos o preconceptos que puedan influir en su equilibrio e imparcialidad.

El modelo de juez ajeno y neutral no involucrado con el derecho material que se encuentra en disputa (hasta que no le toque decidir sobre él), implica una garantía esencial que un Estado constitucional de derecho debe reconocerle irrestrictamente a los justiciables. Si no se preserva la neutralidad judicial durante el debate se torna imposible que el juzgador la *recupere* a la hora de *decidir*.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Palestra, Lima, 2010.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio del Derecho Procesal*, Tomo I y II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008.
- *El fracaso de la Justicia, FDCJ, Rosario, 2023.*
 - *Proyecto de Código General Procesal Modelo para la Justicia no penal de Latinoamérica, con notas de correlación normativa y explicación de todas las instituciones legisladas*, disponible en la web, editado por la Academia Virtual de Derecho.
- BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Carlos III Universidad de Madrid, Madrid, 2015.
- BACHOF, Otto, *Normas constitucionales o inconstitucionales*, Palestra, Lima, 2010.
- BENABENTOS, Omar Abel, *Teoría General del Derecho Procesal*, Juris, Rosario, Argentina, 2001.
- BERLIN, Isaiah, *Dos conceptos de libertad. El fin justifica los medios. Mi trayectoria intelectual*, Alianza, Madrid, 2019.
- BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*, Temis, Bogotá, 2007.
- BUNGE, Mario, *Tratado de filosofía. Volumen 3: Ontología I. El molaje del mundo*, Gedisa, Barcelona, 2011.
- CAMUS, Albert, *El hombre rebelde*, Losada, Buenos Aires, 2003.
- CARPIO, Adolfo, *Principios de la filosofía. Una introducción a su problemática*, Glauco, Buenos Aires, 2004.
- COPI, Irving y COHEN, Carl, *Introducción a la lógica*, Limusa, México, 2007.
- CORTINA, Adela, *Ética aplicada. Democracia radical*, Tecnos, Madrid, 1993.
- *La ética en la sociedad civil*, Anaya, Madrid, 1994.
 - *Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica*, Anaya, Madrid, 1994.
- COSTA, José Carlos, *El derecho de familia y de las personas*, Estudio, Argentina,

1997.

DA FONSECA COSTA, Eduardo, *El proceso como institución de garantía*, publicación digital 360 IUS.

DE MIGUEL, Raimundo, DE MORANTE, El Marques, *Diccionario Latino-Español, Etimológico*, F. A. Brockhaus, Leipzig, 1867.

DESCARTES, Rene, *El discurso del método*, Losada, Buenos Aires, 2004.

DESMOND, Morris, *El hombre desnudo*, Planeta, Barcelona, 2009.

DI GIULIO, Gabriel, *Valoración judicial de la prueba*, Hammurabi, Buenos Aires, 2021.

DI PIETRO ALFREDO, *Derecho Privado Romano*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017.

DOSTOIEVSKI, Fiodor, *Los hermanos Karamazov*, EDAF, Madrid, 2001.

DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1992.

- *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2002.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 1995.

FERRER BELTRÁN, Jordi, *Motivación y racionalidad de la prueba*, Grijley, Lima, 2016.

FONTANILLE, Jacques, *Semiótica y literatura, Ensayos de métodos*, Gredos, Madrid, 1994.

FOUCAULT, Michel, *Microfísica del poder, Siglo Veintiuno*, Buenos Aires, 2019.

- *Seguridad, territorio, población, Siglo Veintiuno*, Buenos Aires, 2004.

- *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 1996.

FROMM, Erich, *El miedo a la libertad*, Paidós, Buenos Aires, 1987.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Decidir y argumentar, Jueces y argumentación jurídica*, Tirant Blanch, México, 2017.

- *El iusmoralismo y la quimera de los derechos*, Almacén jurídico, publicación en la web, 2016.

- *El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

- *Interpretación y argumentación jurídica*, Tirant Branch, México, 2017.

- *Razonamiento jurídico y argumentación*, Nociones introductorias, Zela, Perú, 2017.

- *Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores*, Universidad de León (España), disponible en la web.

- *Un debate sobre la ponderación*, con Manuel Atienza, Palestra Editores, Temis, Bogotá, 2017.

GARRIDO GÓMEZ, Isabel, *La predecibilidad de las decisiones judiciales*, Revista Ius et Praxis, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Chile, 2014.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el Derecho Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Módulo: argumentación en materia de hechos*, Área de Filosofía del Derecho Universidad de Alicante, disponible en la web. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/37145/1/apuntes_sobre_prueba_y_argumentacion_juridica.pdf

HECK, Philipp, *El problema de la creación del derecho*, Comares, Granada, 1999.

HAYEK, Friedrich, *Los fundamentos de la libertad*, Unión, Buenos Aires, 1960.

- *Camino a la servidumbre*, Unión, Madrid, 2008.

HERRENDORF, Daniel Esteban, *Las corrientes actuales de la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Argentina, Ediar, 1989.

HUME, David, *Investigación del conocimiento humano*, Alianza, Madrid, 2003.

IGLESIAS, María del Carmen, *Razón y sentimiento en el siglo XVIII*, Real Academia de la Historia, Madrid, 2001.

KANT, Immanuel, *Crítica de la razón práctica*, Losada, Buenos Aires, 2008.

- *Fundamentación metafísica de las costumbres*, Losada, Buenos Aires, 1946.

- *La paz perpetua*, Losada, Buenos Aires, 1946.

KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2005.

KUHN, Thomas, *Las estructuras de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2011.

LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el Gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*, Alianza, Madrid, 2014.

MEROI, Andrea, *Argumentación para la Prueba de los Hechos*, Astrea, Buenos Aires, 2021.

MONTERO AROCA, Juan, *Ponencia El derecho Procesal del Siglo XX, presentada ante el XVII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal*, Ciudad de Panamá, Panamá, 1999.

- *El principio acusatorio entendido como eslogan político*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n° 1, 2015.

MONTESQUIEU, Charles Louis Secondat, *Del espíritu de las leyes*, Losada, Buenos Aires, 2007.

NINO, Santiago Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2003.

PEYRANO, Jorge Walter, *Sobre el activismo judicial*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, activismo y garantismo procesal, Volumen XLVII, Córdoba, Argentina, 2009

POPPER, Karl, *Conjeturas y refutaciones*, Paidós, Buenos Aires, 1991.

- *La sociedad abierta y sus enemigos*, Titivillus, Buenos Aires, 2015.

- *La responsabilidad de vivir*, Paidós, Buenos Aires, 1994.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social*, Aguilar, Madrid, 1978.

SEBRELI, Juan José, *El malestar de la política*, Buenos Aires, Sudamericana, Buenos Aires, 2012.

SARTORI, Giovanni, *Qué es la democracia*, Alianza, México, 2001.

SARTRE, Jean Paul, *A puertas cerradas*, Losada, Buenos Aires, 2011.

SAVATER, Fernando, *La vida eterna*, Ariel, Madrid, 2007.

SEBRELI, José Luis, *El malestar de la política*, Buenos Aires, Sudamericana, Buenos Aires, 2012.

STUART MILL, J., *Sobre la libertad*, Alianza, Madrid, 2013.

TARUFFO, Michel, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

- *La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible?*, *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Trotta, Madrid, 1996.

- *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2001.

TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América*, Fondo cultura económica, México, 2019.

VALERY, PAUL, *El señor Teste*, Universidad Nacional Autónoma de México, Gallimard, 1991.

VIGO, Rodolfo, *Interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006.

VOLTAIRE, *Cartas filosóficas y otros escritos*, Losada, Buenos Aires, 2015.

VON MISES, Ludwig, *Planificación para la libertad*, Unión, Buenos Aires, 2012.

WEBER, Max, *Economía y sociedad*, Fondo Cultura Económica, México, 1996.

