

EL SISTEMA PROCESAL CIVIL ADVERSARIAL

COLECCIÓN
EL SISTEMA PROCESAL CIVIL ADVERSARIAL

LIBRO X
EL REVERDECER
NEOINQUISITIVO

OMAR A. BENABENTOS
MARIANA FERNÁNDEZ DELLEPIANE



FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO
DE LAS CIENCIAS JURÍDICAS

Benabentos, Omar Abel

El reverdecer neoinquisitivo en el siglo XX / Omar Abel Benabentos ; Mariana Fernández Dellepiane. - 1a ed - Rosario : Ediciones AVI, 2024.

80 p. ; 21 x 15 cm. - (El Proceso Civil Adversarial / Omar A. Benabentos ; Mariana Fernández Dellepiane ; 10)

ISBN 978-987-1924-57-8

*1. Derecho Procesal. I. Fernández Dellepiane, Mariana II. Título
CDD 347.009*

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. Introducción	1
2. Los regímenes políticos autoritarios y su influencia en el reverdecer neoinquisitivo en los sistemas de procesamiento en el siglo XX y XXI	3
3. La importación de esas ideas en Latinoamérica	7
3.1. Los precios pagados y la reacción del procesalismo penal	11
4. La visión de los procesalistas liberales y humanistas sobre los modelos de enjuiciamiento	13
4.1. El pensamiento de Franco Cipriani	13
4.2. La palabra de Juan Montero Aroca	15
4.3. El ideario de Adolfo Alvarado Velloso	17
4.4. Nuestra visión	26
5. Algo más del pensamiento autoritario influye hasta en los formatos constitucionales y procesales.	29
5.1. Las ideas de Roberto Gargarella	29
5.2. Nuestras reflexiones	30
5.3. El pensamiento de Osvaldo Gozaíni	31
5.4. Refutaciones	35
5.5. A modo de conclusión.	36
6. Los proyectos de reformas para los procesos no penales	37
6.1. En la Argentina. El proyecto de justicia 2020	37
6.2. El proyecto de reformas en la Provincia de Santa Fe.	45
6.3. En Latinoamérica.	48
7. Las últimas reflexiones sobre el Código Modelo y otras posturas	75
7.1. El código procesal peruano.	75
7.2. El código general del proceso de Uruguay	76
7.3. La palabra de Michele Taruffo	76
7.4. La impugnación de las tesis de Joan Picó y Junoy.	78
7.5. Las reflexiones de Perfecto Andrés Ibáñez.	79
7.6. Reflexiones propias	81

8. Conclusiones	85
9. Epílogo	87
9.1. El futuro del proceso y de la justicia civil	87
9.2. Sobre la antropología y los sesgos culturales.....	89
9.3. Del modelo político democrático y liberal y su paralelismo en el ámbito procesal	91
9.4. El sólido marco teórico que suministra la iusfilosofía garantista	92
9.5. El anclaje en la teoría de la decisión judicial.....	92
9.6. El sistema dispositivo adversarial instalado a nivel normativo.....	94
9.7. La axiología humanista	95
9.8. El procesamiento y juzgamiento puramente inquisitivos y el reverdecer neoinquisitivo en el siglo XX	97
9.9. La instalación de nuestro ideario como paradigma dominante	100
9.10. Optimismo prudencial	103
Bibliografía.....	107

1. INTRODUCCIÓN

El pensamiento autoritario, que forjó a lo largo de la historia modelos políticos verticalistas y sistemas de enjuiciamiento inquisitoriales fue desarrollado en detalle en el libro IX. Dimos cuenta de las amargas experiencias que se proyectaron sobre los sufridos pueblos que debieron soportar la conjunción de un poder político casi absoluto y juzgadores signados por la misma irracionalidad.

Con el arribo del Iluminismo se puso en marcha un formidable cambio de época. En ese contexto, la posterior creación, en los albores del siglo XIX, de un incipiente poder jurisdiccional, al que se le impuso aferrarse a la codificación sustantiva y también se lo limitó con la imposición de pruebas tasadas (producto de la desconfianza hacia la nueva casta judicial y sus poderes) supuso, bien mirado, un progreso y una evolución en el pensamiento humano.

En efecto, la novel judicatura tuvo el destacado mérito de poner en pie un inédito modelo inspirado en las ideas republicanas: la tripartición de los poderes del Estado y marcó otro hito trascendente: brindar una tibia garantía para el justiciable, la de ser juzgado por un órgano, en cierta medida independiente de quien creaba las leyes y las ejecutaba. En paralelo, en Europa, se mantenían en lo político los imperios, las autocracias y las jóvenes democracias exhibían una marcada debilidad. En cambio, la irrupción del sistema de enjuiciamiento integrado por el estamento judicial, tomó una marcada distancia con el formato inquisitivo puro que rigió hasta el siglo XVIII.

No ingresaremos en este tramo en las críticas (desde nuestro punto de vista exageradas) que mereció esa judicatura calificada como “decimonónica” ya que, lo iteramos, más allá que debía fallar aplicando la ley positiva y a la hora de fijar los hechos estaba sujeta a una muy limitada valoración probatoria y sometida a las pruebas legales encerró un valor en sí misma porque los justiciables y los jueces quedaron sometidos al imperio de la ley general. Así alumbró el principio de legalidad que supuso un fuerte freno a la arbitrariedad de quienes decidieron históricamente los conflictos jurídicos.

Por lo dicho, nos parece muy relevante dirigir nuestra mirada a las improntas políticas y jurídicas que se hicieron presente desde finales del siglo XIX y bue-

na parte del siglo XX, por ser las responsables de poner fin a esa suerte de remanso donde los jueces contaban con limitados poderes en la interpretación de la ley y en la fijación de los hechos. Es que más allá de las imputaciones formuladas desde una visión contemporánea (“el juez como boca de la ley o excesivamente pasivo”) estas descalificaciones, en cierta medida, no hacen mérito de aquel contexto histórico y de esa naciente judicatura.

Así que, tenemos para nosotros, que ese modelo de juez expresaba valores para los justiciables que *han sido poco apreciados*. Nos explicamos: la autoridad judicial tenía una limitada discrecionalidad y sus espacios de arbitrariedad quedaron muy acotados. Así que para los individuos, que durante el curso de la historia se los juzgó del modo y la forma que lo decidía el poder político de turno, supuso *un fuerte recorte* a la omnipotencia que exhibieron los “mandamases de siempre” a la hora de conceder o denegar los bienes en juego en las pendencias jurídicas.

Y subrayamos las virtudes que, para esa época, expresaban un apego a la legalidad y hasta la de un juez que fuera esclavo de la ley, porque se avecinaba un nuevo y peligroso esquema donde el autoritarismo “volvería a hacer de las suyas”. Pronto se propondría una suerte de retorno al inquisitismo judicial, si bien no en sus formas puras pero tomando de ese sistema de enjuiciamiento varios rasgos que lo tipificaban. La apuesta pasó por instalar una judicatura con amplísimas facultades de ponderación de las normas y una casi libre determinación de los hechos, dotada de fuertes poderes de dirección, ubicada en un escalón muy superior al de las partes, poca afecta a justificar sus decisiones e impregnada de un marcado activismo.

Este modelo de juez decisionista estuvo motorizado por un esquema de procesamiento y juzgamiento expresivo de una forma “suavizada” del inquisitivo puro: *el neoinquisitivo*. Las siempre amenazantes ideas verticalistas volvieron a concretarse y se adueñaron de la escena procesal instalando al publicismo y al activismo judicial como el paradigma dominante para atender los conflictos penales y civiles.

En el capítulo siguiente precisaremos cómo y donde tuvo inicio este reverdecer del pensamiento procesal autoritario que dio nacimiento, insistimos, al sistema neoinquisitivo.

2. LOS REGÍMENES POLÍTICOS AUTORITARIOS Y SU INFLUENCIA EN LOS SISTEMAS DE PROCESAMIENTO EN EL SIGLO XX Y XXI

Una aproximación a la historia más cercana da cuenta de que, desde finales del siglo XIX y, con mayor profundidad desde el primer tercio y la mitad del siglo XX, se produjo la irrupción de sistemas de procesamiento cargados de un pesado lastre autoritario.

Si tuviéramos que marcar el hito que puso en marcha el *neoinquisitivismo premoderno*, lo ubicaríamos a partir de las ideas instaladas en el seno del Imperio Austrohúngaro, pergeñadas por FRANZ KLEIN e impuestas en el ordenamiento procesal de ese imperio. El modelo político austro-húngaro se edificó a partir de una monarquía que estaba bajo el mando de un rey cuyo absolutismo era mayúsculo, en donde el monarca era emperador y rey al mismo tiempo. Sólo dos personas ocuparon ese puesto jerárquico: FRANCISCO JOSÉ I (1867–1916) y CARLOS I (1916–1919).

En 1914, en vísperas de la Primera Guerra Mundial (que lo llevaría, luego, a su disolución) el Imperio Austro-Húngaro tenía una extensión de 675.936 km² y una población de 52.800.000 habitantes. Era considerado una de las grandes potencias europeas y mundiales pero su ocaso se produjo en el año 1919. Austria-Hungría fue disuelta dando origen a los estados de Austria, Alemania, Checoslovaquia, el Estado Libre de Fiume y los estados eslovenos de Croacia y Serbia.

Pero cuando el imperio estaba en su máximo esplendor se produjo el nacimiento de la *Ordenanza Procesal Austrohúngara*, al que le imputamos buena parte de los males de las codificaciones procesales civiles en la región. Ellas quedaron imantadas por ese modelo y el neo inquisitivismo tuvo su puerta de entrada en Latinoamérica.

Sobre el núcleo del pensamiento de Klein volveremos luego, pero aquí subrayamos que, valiéndose de su cargo como Ministro de Justicia del Imperio, fue responsable del nacimiento del autoritarismo procesal premoderno. Es que en un reino tan vasto, con distintas etnias y culturas, resultaba imperioso (a los fines de someter a sus heterogéneos súbditos) instalar un fuerte poder político y *un brazo judicial que respondiera a las consignas de aquel poder*

concentrado. A partir de Klein, los conflictos civiles y penales que involucraban a las partes les fueron bruscamente confiscados por un Estado que “todo lo podía” y que ubicó a su judicatura en el centro de la escena y remitió a la partes hacia los costados marginales de ese escenario.

El juez de la jurisdicción pública (a partir de KLEIN) debía ostentar fuertes poderes y ponerlos al servicio de los mandatos políticos. Para justificar esta peligrosa e irracional concepción se apeló a los eufemismos propios de todo ideal autoritario. Así, se adujo que los conflictos judiciales producían una afectación para la *sociedad toda*, premisa que nunca pudo verificarse empíricamente porque se trataba de una falacia.

Sin embargo, la idílica idea de un juez que está más allá de los intereses egoístas de las partes y muy cercano al interés común de los coasociados, que vela por ellos y cuya misión es extirpar de raíz los litigios civiles, a como fuere, fue lo suficientemente atractiva para resistir los embates de quienes advirtieron las inconsistencia de esos argumentos.

Si se tomaba como cierto que la sociedad tenía la potencialidad de ser dañada por el conflicto entre los particulares, parecía razonable que al juez, que la representaba, se le concedieran los más amplios poderes para hacer cesar esa perjuicio colectivo.

Y otra falacia que también se instaló por esa época, conectada con la anterior pasó por sostener el interés supremo del Estado de hacer cesar prontamente la pendencia, apelando a trámites brevísimos, con una casi nula cognoscitividad e impregnados de ficciones o cortoplacismos absurdos

Y una tercera falacia, que conformó una trilogía nefasta (y fue quizás fue la más dañina) pasó por considerar el proceso *como un mal en sí mismo* y, por tanto, se justificó que debía ser resuelto expeditivamente para hacer cesar sus peligrosas ondas expansivas, cuanto antes. La tres falacias no se sostienen a sí mismas, pero en especial, la tesis que el proceso debe verso como un mal en sí mismo no se apoya en premisas científicas, lógicas y racionales.

Lo hemos dicho y lo iteramos, siguiendo a ALVARADO VELLOSO: el método de procesamiento y juzgamiento, primero en sus formas más rudimentarias, y, ahora, perfeccionado, desplegando un manto humanitario, democrático, liberal e impregnado horizontal que es proponemos, ha sido y será la herramienta que permitió, primero, *la subsistencia de la especie humana* (porque racionalizó la disputa evitando la autotutela de los derechos). Y, en la modernidad.

Y, segundo lugar nos llevó a construir un sistema acusatorio adversarial (para atender los conflictos penales) que tomó distancia de esos estrabismos Klei-
neanos y justicia porque estamos en camino a instalar el modelo puramente
dispositivo y netamente adversarial para los conflictos no penales.

Si concretamos esas metas, el modelo de enjuiciar se instalará en el escalón
todavía más alto y virtuoso porque potenciará con las herramientas idóneas
resolver pacífica y dialécticamente las pendencias jurídicas.

Así que jamás consentiremos que un modo de procesar y juzgar a las personas
signado por el humanismo, la centralidad de los justiciables, su postura adver-
sarial, una jurisdicción horizontal que durante el procesar no coacciona a las
partes en el ejercicio de su libertad y, al sentenciar, arriba a esa instancia en
estado de perplejidad y concede la razón, justificando interna y externamente
su convicción, supone un “mal jurídico” cuando, rebosa de bondades, ya ade-
más de facilitar en un en plano de estricta igualdad los diferendos entre las
partes, materializa el valor paz.

Dicho lo anterior y volviendo al repaso histórico para cerrar este tramo (sin
perjuicio de profundizar nuestros conceptos a lo largo de los capítulos que
integran este libro), décadas después, el perverso núcleo que inspiraba al mo-
delo procesal austrohúngaro fue replicado en contextos políticos similares:
los regímenes fascistas, nazistas y comunistas, que con las mismas o aún más
marcadas raíces autoritarias, necesitaban, también, de un poder judicial su-
bordinado a sus mandatos pero a la vez, con fuertes atribuciones para conso-
lidar su hegemonía.

En buenas cuentas, esos hilos conductores de los totalitarismos políticos
-fieles a su lógica de exaltación del poder- exportaron hacia sus sistemas de
procesamiento y al accionar de los jueces (en definitiva, el brazo jurídico de
dichos regímenes) una amplia cuota de omnipotencia. Lo funesto de esta tesis
es que se construyó a partir de una concepción *grotescamente publicista del
proceso* y de una judicatura *vertical* impregnada fuertemente de ese espíritu.
Luego, los códigos procesales civiles nacidos al calor de esas ideologías para
atender los conflictos penales y no penales encendieron una renovada y pe-
ligrosa llama que no se apagó nunca para atender los conflictos no penales
y para los conflictos penales se logró que se extinguiera recién en los finales
del siglo XX.

3. LA IMPORTACIÓN DEL PROCESALISMO AUTORITARIO EN LATINOAMÉRICA

Facilitar e importar esas oscuras ideas, nacidas, como se lleva visto, en la Europa continental dominada en ese entonces por los totalitarismos denunciados, bien pudieron quedar encapsuladas en ese continente, si tenemos presente que la información no viajaba a la velocidad casi instantánea del presente.

Pero ocurrieron varios hechos accidentales y en cierta medida paradójicos, que ya fueran denunciados por Alvarado Velloso: varios juristas europeos, de la talla de LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, RAFAEL DE PINA, LUIS RECASENS SICHES, ÁNGEL OSSORIO Y GALLARDO, entre otros, que fueron víctimas de esos totalitarismos radicales, tanto para salvar sus vidas como para poder expresar libremente sus ideas debieron huir de las naciones europeas donde vivían y recalaron en América. Así se alejaron de las persecuciones ideológicas y de las penurias de las distintas guerras que asolaban a Europa (la guerra civil española, la segunda guerra mundial, entre otras).

Ahora bien, dos procesalistas españoles, SANTIAGO SENTÍS MELENDO que se instaló en la Argentina y NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO que tuvo un paso por la Argentina y Colombia, pero que finalmente recaló en México, donde vivió durante veinte años), ejercieron una notable labor de difusión de la doctrina y la legislación procesal europea, con la que convivieron, y su meta fue esparcirla en la región.

Así, desde su arribo a estas tierras se abocaron a una intensa tarea intelectual y otorgaron una especial importancia a laudarse las ideologías y las normas procesales de los países de donde provenían o de aquellos cuya cultura jurídica los fascinaba. Como prueba de lo dicho tomamos una nota de doctrina de la autoría de NICETO ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO que rotuló "*Veinticinco años y un pequeño pico*" (que puede encontrarse en la web) en donde expresa:

"Que desde el punto de vista de la disciplina que cultivo... en el año 1940 se publica un extraordinario documento legislativo como lo es el código procesal civil italiano..."

Esta postura del procesalista español sorprende por partida doble. En primer lugar, porque en su país de origen se padecía la sanguinaria dictadura de Francisco Franco Bahamonde y, sin embargo, se congratulaba de una legislación procesal que hacía reverdecer *la más pura inquisición*. Si ése era el panorama en su país natal, se podía esperar que fuera receloso de cualquier expresión no democrática de cualquiera de los poderes estatales. En segundo lugar, porque el código procesal civil italiano, que si bien podía ostentar cierto tecnicismo moderno, estaba impregnado hasta la médula de un puro autoritarismo procesal.

Que un exilado y perseguido por la dictadura de su propio país pasara por alto los fines, políticos y jurídicos de un dictador de la talla de MUSSOLINI y lo adjetivara “*como un extraordinario documento legislativo*” (sic) extirpándolo del contexto político en donde se generó, sorprende y mucho. La frase nos deja cavilando, porque calificar a un código nacido en el seno del fascismo italiano, impulsado por DINO GRANDI -quien era un importantísimo funcionario del régimen (prueba de ello es que Grandi firmó por Italia el documento que trajo la paz a su país al concluir la segunda guerra mundial), tildándolo *de extraordinario documento legislativo*, sólo puede obedecer a la ciega admiración que tanto ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO como SENTÍS MELENDO profesaban por el procesalismo italiano.

Ese procesalismo estaba encarnado en las figuras de GIUSEPPE CHIOVENDA, FRANCESCO CARNELUTTI y, en especial, para lo que venimos analizando, en la de PIERO CALAMANDREI, de quien se afirma que fue un importante colaborador (sino el mentor) en la redacción del código procesal italiano. Estamos persuadidos de que fue esa seducción intelectual hacia los tres maestros la que los llevó a introducir sus teorías en nuestro continente y, en lo que nos interesa, las ideas de CALAMANDREI. A su vez, estos pensamientos calaron en el procesalismo latinoamericano. Debemos resaltar que más allá de la veracidad de este cargo que se le imputa a CALAMANDREI, el jurista italiano hizo expresa adhesión al principio de autoridad en el proceso, y laudó el reforzamiento de los poderes del juez y -todavía más- precisó que otorgarles poderes a los jueces *era una exigencia de claro orden político*¹.

Es obvio, entonces, que esa orientación procesal (que se encargaron de aplaudir y de esparcir) se sustentaba en modelos de enjuiciamiento autoritarios con

1 CALAMANDREI, PIERO, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Parte prima, Padova, Cedam, 1941, pp. 7-8 y 233.

graves resabios neoinquisitivos. Lamentablemente, apostaron por su validez, pese a la *ilegitimidad manifiesta* del entorno político en donde se engendraron y sin preocuparse en demasía por formular un análisis más profundo sobre el sustento y la finalidad política (oculta y/o expresa) que suponía instaurar en el ámbito procesal formatos que eran funcionales a modelos autoritarios en lo político, trasuntando una llamativa *anomia e indiferencia axiológica*.

Luego, buena parte de la dogmática, la jurisprudencia y la legislación procesal en Latinoamérica, al imponerse de las novedades procesales europeas, les concedieron un *acrítico "visto bueno"* y, de inmediato, pasaron a replicar esos modelos en los sistemas de enjuiciamiento regionales. Este equívoco marcó *un funesto punto de inflexión* en el modo de concebir *el método de debate y los poderes de la jurisdicción estatal*.

El efusivo apoyo prestado en los ámbitos doctrinales, primero al código procesal penal italiano de 1934 (de la autoría de ROCCO) y, luego, al código procesal civil de 1940, cambió para siempre –insistimos, de un modo negativo– el destino del proceso civil en la región.

El precio a pagar por esta visión simplista del proceso, como si se tratara de una mera cuestión técnica e impregnada de una extraña ligereza iusfilosófica para examinar desde allí a este fenómeno, sería muy costoso: buena parte del procesalismo de América Latina quedó *contaminado* con ideas que nunca debieron insertarse en los regímenes políticos locales (que estaban saludablemente ajenos a los autoritarismos foráneos plenos pero que tampoco expresaban un auténtico modelo de democracia republicana). Y esa relativa ajenidad se originó, entre otras razones, por la distancia geográfica del flagelo dictatorial que se abatió sobre Europa y otras regiones del orbe y porque en aquellos tiempos, claro está, y lo iteramos, las ideas no se propagaban con la misma velocidad que en el presente.

Quizás, otra explicación de la importación de paradigmas jurídicos nacidos en el seno de los irracionales fenómenos que encarnaron el fascismo y el nazismo se afina en el hecho –ya analizado– de que en muchas partes de América la democracia liberal fue casi una aspiración de deseos, declamada energicamente, pero pocas veces ejercida de un modo efectivo. Esa fractura del espíritu democrático que exhibían los poderes estatales y, fundamentalmente, un marcado desprecio hacia las ideas liberales (que, en esencia privilegian al individuo y sus esferas de libertad frente al estado), fueron unas de las causantes que llevó a los cuerpos ejecutivos y legislativos *a no tomar la de-*

bida distancia de expresiones procesales incompatibles con la garantía de las libertades individuales que deben ser reconocidas a los justiciables. Para no caer en repeticiones temáticas, remitimos al lector a lo analizado en los libros primero y tercero de esta obra.

A modo de una primera conclusión: el campo procesal en Latinoamérica estaba abonado -cultural y políticamente- para recibir y aprobar consignas autoritarias que dañaron definitivamente sus sistemas procesales positivos. Una confirmación inequívoca de lo que llevamos dicho se refleja en las opiniones laudatorias que la doctrina publicista regala (hasta el día de hoy) tanto a la figura, a la ideas de FRANZ KLEIN, como a su código, apostando por la excesiva publicización y hasta a la socialización del proceso civil. Tomaremos a modo de ejemplo, una de las múltiples expresiones vertidas en este sentido. Escogimos las que brinda desde Chile el procesalista ÁLVARO PÉREZ RAGONE². Es en sus palabras (que transcribimos, pero no compartimos en absoluto) donde pueden detectarse esas loas.

Expresa PÉREZ RAGONE:

“...puede constatar que el fenómeno de la publicitación o socialización del proceso, en especial durante el siglo XX con la influencia de la *codificación austríaca* y las reformas en el *proceso civil alemán*, tuvo por consecuencia no excluir ni anular el principio dispositivo, sino más bien unirlos conjuntamente con el principio de deliberación, discusión de las partes y el rol adecuado del juez. Se logró arribar a un *perfectible equilibrio* (¿?) entre las responsabilidades asignadas a las partes y al juez dentro del proceso. Como parte de ello y la *revalorización del tiempo* junto con la *minimización de costos*, es que en todas las funciones públicas del Estado se establecen ciertos parámetros de *celeridad y oficiosidad* para impedir justamente que los recursos escasos aplicados para un caso en concreto queden sujetos a la *solá* arbitrariedad del o de los interesados. Las propuestas de Klein -al igual que las observaciones que hiciera Wach- no son sino un transparentar y objetivar la adecuada gestión del proceso donde no se anulan ni se excluyen las responsabilidades ni los roles. Ello es, las partes siguen asumiendo y manteniendo (¿?!) los poderes de siempre en relación

² *El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach*. Precisiones sobre eficiencia y derechos procesales, Revista Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso N° 42 Valparaíso, jul. 2014 versión On-line ISSN 0718-6851.

al objeto litigioso e incluso en algunos aspectos al proceso mismo. El rol activo del tribunal los magnifica y adecua en lugar de limitarlos. Más bien puede decirse que se explicitan las responsabilidades de cada uno frente y dentro de un proceso sincerando las finalidades de éste y los recursos con los que se cuenta para la consecución de ello en cada caso concreto. Existe como límite el trato equitativo a las partes, permitiendo o limitando el ejercicio de sus derechos procesales, no porque el proceso sea o no de propiedad de las partes o los intereses y el objeto pierdan su carácter privado, sino porque las partes decidieron libremente someter su conflicto particular a una de las funciones del Estado, sujeta al principio de proporcionalidad en sentido lato o razonabilidad”.

Lo reiteramos, no compartimos en lo absoluto estos conceptos, porque mentar fines utilitarios o decir que las partes cedieron sus derechos procesales fundamentales por el mero hecho de ingresar a la órbita del poder jurisdiccional es una afirmación sin sentido, y por último, no se comprende qué significa sujetarse a la proporcionalidad o razonabilidad y que estos serían atributos propios del poder judicial.

3.1. LOS PRECIOS PAGADOS Y LA REACCIÓN DEL PROCESALISMO PENAL

Como lo llevamos dicho, los precios pagados no fueron menores: el procesalismo civil de un modo mayoritario sigue envuelto por el pesado y pegajoso manto del autoritarismo. Pero, afortunadamente, las respuestas por parte del procesalismo penal estuvieron a la altura de las circunstancias.

Las mentes pensantes de penalistas y procesalistas penales de cuño liberal, los llevó a que posaran su mirada sobre la suerte de los procesados y condenados bajo los regímenes penales neoinquisitivos y también se detuvieron en analizar el tenebroso accionar de muchos jueces de instrucción penal. Pudieron constatar, entonces, cómo la judicatura penal hizo gala de los poderes concedidos por códigos procesales penales de ese cuño que eran los que campeaban en la región en las décadas últimas del siglo XX.

El descarnado análisis y la verificación de los daños provocados los llevó a abjurar de todo ideario o normativa procesal de corte neo inquisitorial. El modelo acusatorio-adversarial (que fue analizado en extenso en el libro primero de esta colección) supuso instalar un nuevo paradigma que les devolvió el

papel central a los afectados por los conflictos penales, al rediseño del pleno ejercicio del derecho de acusación o de defensa -bien sea por el Ministerio Público de la Acusación, por la víctima, en su rol denunciante y querellante, y reposicionar al imputado como sujeto y no objeto del proceso garantizando la inviolabilidad de su derecho de defensa.

Tuvieron en claro que las partes de un proceso penal porque deban acudir a la jurisdicción estatal, no suponía que ésta se apropie o les confisque su conflicto y les pareció imperioso brindarles la seguridad de que no sufrirían la intromisión coactiva del juzgador durante la investigación y el debate (mínima jurisdicción) y se comprometieron a brindar desde la normativa procesal que los fallos no fueran alejados de las constancias de la causa o formados por la pura convicción oficiosa del juez.

Dicho lo anterior, volcaremos en el capítulo siguiente las opiniones que expresan los razonamientos de tres procesalistas contemporáneos, dos europeos y ALVARADO VELLOSO, cuyas enseñanzas han sido receptadas masivamente por su trayectoria intelectual y por ser expresivos del ideario liberal y humanista de la que hacen o hicieron gala. Fueron los prohombres que apostaron siempre a favor del individuo y levantaron sus fuertes recelos sobre los poderes estatales. Sus mensajes están cargados de sensatez y, por cierto, exceden el plano procesal para elevarse acertadamente a la ponderación del contexto político y filosófico desde donde deben analizarse los modelos procesales.

4. LA VISIÓN DE LOS PROCESALISTAS LIBERALES Y HUMANISTAS SOBRE LOS MODELOS DE ENJUICIAMIENTO

4.1. EL PENSAMIENTO DE FRANCO CIPRIANI

El fenómeno que registra la adopción regional de un modelo procesal verticalista ha sido puesto de manifiesto por FRANCO CIPRIANI y JUAN MONTERO AROCA, quienes reflejan este inquietante suceso desde su visión europea. A su vez, Adolfo Alvarado Velloso se encargó de abordar en profundidad los efectos contaminantes de la importación de esas ideas esparcidas en Latinoamérica.

Comenzaremos por compartir la claridad expositiva del siempre recordado procesalista italiano FRANCO CIPRIANI.

“... desde que se tomara en la región como *modelo normativo a seguir* el código procesal italiano (fascista) de 1940 (heredero a su vez del código procesal alemán nazi) de 1937 y la ordenanza procesal austriaca de KLEIN de 1895, hablar de *autoritarismo* de estos tres sistemas normativos es casi caer en un *lugar común*”³.

Queremos detenernos en las reflexiones de CIPRIANI, en especial en las vertidas sobre la primera semilla del *autoritarismo procesal* instalada a partir del pensamiento de KLEIN. Es que urge entender la nociva influencia del ordenamiento procesal austrohúngaro sobre los modelos de enjuiciamiento posteriores que, por efecto cascada, fueron cargándose ideológicamente del pesado lastre autoritario que heredamos y practicamos hasta el día de hoy.

Afirma el procesalista italiano que:

“... desde que nació el Estado moderno han existido siempre legisladores o estudiosos con una concepción privatista o agnóstica del proceso civil. Es evidente que la contraposición se ve entre aquellos que prefieren el garantismo y aquellos que aman el autoritarismo, o bien, como agudamente se ha dicho, entre una concepción libe-

3 CIPRIANI, FRANCO, *En el centenario del reglamento de Klein (El proceso civil entre libertad y autoridad)*, Bari, Italia 1995. Separata publicada por la Academia Virtual de Derecho y de Altos Estudios Judiciales, Biblioteca virtual, 2000.

ral y realista y una concepción autoritaria y moralista. La concepción de Klein, entonces, no puede ser considerada razonablemente (sólo) publicista, debe ser recordada como *antiliberal y autoritaria* -y no solamente fuertemente autoritaria- y, agregaría, moralista: cuando se les quitan derechos a las partes y se otorgan derechos discrecionales al juez, se hace uso del autoritarismo procesal; y cuando se ve en el proceso un mal social y una herida para el cuerpo de la sociedad, se hace uso del moralismo»⁴.

Volviendo a nuestras ideas: reiteramos que el código procesal italiano de 1940, heredero de este ideario autoritario, contenía una clara tendencia publicista y neoinquisitiva. No podía ser de otra forma, si tenemos presente el contexto fascista liderado por BENITO MUSSOLINI que mostraba el régimen que imperaba a la época de su dictado. Es -y era- una constante propia de los Estados autoritarios el que el poder político se interese en positivar normativamente -en los Códigos Procesales Civiles y Penales- muchas facultades y/o deberes a favor de sus jueces y dotarlos de plenos poderes, ya que estos son, en esencia, el brazo jurídico que es funcional al sistema político que los designa.

La antigua aspiración de todo dictador de que el juez pudiera resolver casi a su antojo (en rigor, al antojo de quien dependía) las cuestiones jurídicas que le interesaban al Estado, se hizo realidad en el código italiano. Conclusión: el código procesal civil italiano de 1940 contribuyó en gran medida a instaurar la omnipotencia judicial en Latinoamérica y empequeñecer el papel de las partes. A partir de la copia de ese diseño en las legislaciones procesales locales se instaló la idea de la supuesta bondad intrínseca de un proceso excesivamente publicista, marcando una tendencia que se profundizó más y más a medida que transcurrían los años. Y así, sin advertir el origen viciado de la ideología que lo inspiraba y el respeto centrado en la figura de CALAMANDREI, pasando por alto lo ya apuntado: haberle prestado *su apoyo ideológico* para la creación del código procesal italiano, los legisladores latinoamericanos adoptaron entusiastamente el modelo y el espíritu de una legislación foránea que se presentó como “moderna” pero que, en rigor, destilaba los resabios de esa vieja sociedad cerrada, tribal y patriarcal.

4 Ídem.

4.2. LA PALABRA DE JUAN MONTERO AROCA

MONTERO AROCA, explica y completa docentemente lo expresado por CIPRIANI, en los siguientes términos:

“... Frente a la idea de que el proceso es cosa de las partes, a lo largo del siglo XX se hizo referencia a la llamada *publicización del proceso*, estimándose que esta concepción arranca de KLEIN y de la *Ordenanza Procesal Civil* austríaca de 1895. Las bases ideológicas del legislador austríaco, enraizadas en el autoritarismo propio del Imperio austro-húngaro de la época y con extraños injertos, como el del socialismo jurídico de MENGER, puede resumirse en estos dos postulados: 1) el proceso es un *mal*, dado que supone una pérdida de tiempo y de dinero, aparte de llevar a las partes a enfrentamientos con repercusiones en la sociedad; 2) el proceso afecta a la *economía nacional*, pues impide la rentabilidad de los bienes paralizados mientras se debate judicialmente sobre su pertenencia. Estos postulados llevan a la necesidad de resolver de modo *rápido* el conflicto entre las partes y, para ello, el mejor sistema es que el juez no se limite a juzgar sino que se convierta en verdadero *gestor del proceso*, dotado de *grandes poderes discrecionales* que han de estar al servicio de garantizar, no sólo los derechos de las partes, sino principalmente *los valores e intereses de la sociedad*”.

A partir de KLEIN puede seguirse toda una evolución en la que, de una u otra forma, se destaca una pretendida *función social del proceso*, su conversión en un fenómeno de masas en torno al que se consagra la *publicización* del mismo, tema que la doctrina ha debatido y sigue debatiendo.

En ese debate se ha llegado a sostener la conveniencia de suprimir el principio de la *iniciación del proceso a instancia de partes*, como se hizo en los países comunistas. Naturalmente, que en el mejor desarrollo del proceso civil esté interesado el Estado es algo obvio, y lo es tanto que no ha sido negado por nadie; pero desde esta obviedad no puede arribarse a la conclusión de negar la plena aplicación del principio dispositivo en el proceso civil, pues ello implicaría negar la misma existencia de la naturaleza privada de los derechos subjetivos materiales que están en juego.

La publicización del proceso tuvo su origen en un momento y en un país determinado y se plasmó en una *Ordenanza Procesal Civil* que, al menos, debe calificarse de *antiliberal y autoritaria*, y opuesta a su alternativa que es la concepción liberal y garantista del proceso civil. El conceder *amplios poderes discrecionales al juez*, y precisamente a unos jueces como el austríaco o el italiano de sus épocas, fuertemente *sujetos al poder ejecutivo*, sólo se explica si al mismo tiempo se *priva* de esos poderes a *las partes*, poderes que en realidad se resuelven en *garantías* de éstas en el inicio y en el desarrollo del proceso civil.

No se ha destacado lo suficiente que los códigos en que se han concedido *mayores facultades a los jueces* se hayan promulgado precisamente en países y momentos en que esos jueces eran menos independientes, de lo que ha resultado, a la postre, que la concesión de esas facultades estaba favoreciendo la injerencia del poder ejecutivo en la efectividad de los derechos subjetivos de los ciudadanos.

Una cosa es reconocer que el proceso civil ya no es sólo el reducto de la clase media de un país, es decir, el medio previsto por el legislador para que los poseedores debatieran en torno al derecho de propiedad, y otra muy distinta configurarlo como un *fenómeno de masas* en el que no importan tanto los derechos individuales del ciudadano cuanto los intereses públicos o sociales. Por ello, en los últimos años estamos asistiendo a la difusión de la idea de que el proceso civil se resuelve básicamente en un sistema de garantías de los derechos de los ciudadanos, es el medio jurídico para que las partes debatieran en condiciones de plena contradicción e igualdad los conflictos que los separan. Y ello, sin dejar de asumir la realidad social de la proliferación de los procesos y de la búsqueda de nuevas soluciones y, sobre todo, sin confundir la autonomía de la voluntad y la libertad de los ciudadanos en la tutela de sus derechos e intereses legítimos y el tratar de hacer posible esa tutela de modo efectivo, facilitando el acceso a los tribunales y teniendo a que dicho acceso se realice en condiciones de igualdad.

El fenómeno de la *publicización* se ha basado en una gravísima confusión entre las facultades *materiales* y las facultades *procesales* de dirección del proceso. Una cosa es aumentar los poderes del juez respecto del *proceso mismo* (en su regularidad formal, en el control de los presupuestos procesales) y otra aumentarlas con relación al *con-*

tenido del proceso y que, de ese modo, pueda llegarse a influir en el contenido de la sentencia. Las facultades procesales de los jueces en ciertos ámbitos pueden entenderse como que se da primacía al interés público sobre el privado, pero sí lo hay en que el juez pueda iniciar de oficio el proceso o alegar hechos o practicar pruebas no pedida por las partes, pues de este modo se está afectando a la existencia de los derechos subjetivos reconocidos en la norma material...”⁵.

Agregar reflexiones propias a este claro diagnóstico de MONTERO AROCA sería una petición de principios y se superpondrían a las enseñanzas del procesalista español. El mejor homenaje que podemos rendirle es transcribir su pensamiento y manifestar nuestra plena coincidencia, sin glosa alguna.

4.3. EL IDEARIO DE ADOLFO ALVARADO VELLOSO

ADOLFO ALVARADO VELLOSO⁶ ha producido en el año 2003 una obra que consideramos de vital importancia porque coadyuva a fomentar la reflexión crítica sobre los sistemas neoinquisitivos vigentes en el siglo XX y XXI. Como un nuevo tributo a nuestro maestro -y con claro beneficio para el lector- nos permitiremos incorporar la transcripción textual de alguna de sus ideas publicadas en la obra ya mencionada. Además, el repasar el legado autoritario de la mano de ALVARADO VELLOSO nos llevará a conclusiones ideológicas y dogmáticas muy esclarecedoras.

Enseña ALVARADO⁷ (en adelante también lo identificaremos como AAV) y en el mismo sentido en que se expresaran CIPRIANI y MONTERO AROCA, que:

“... Finalizando el siglo XIX, FRANZ KLEIN era *Guardasellos* de FRANCISCO JOSÉ I y, en tal carácter, impuso desde la misma Viena el *Reglamento Josefino*, Ordenanza que comienzo a comentar. Había transcurrido ya más de un siglo de vigencia del *Reglamento* y para el Emperador

5 MONTERO AROCA, JUAN, *La nueva ley de enjuiciamiento civil española y la oralidad*. Ponencia presentada ante XVII Congreso Iberoamericano de Derecho Procesal, realizado en Costa Rica, Costa Rica, en el mes de octubre de 2000. Libro de Relatorías y Ponencias, Tomo II, p. 319 y siguientes. Departamento de Publicaciones e Impresos del poder judicial de San José de Costa Rica.

6 ALVARADO VELLOSO, ADOLFO, *El debido proceso de las garantías constitucionales*, Zeus, Rosario, Argentina, 2003.

7 *Ib.*, p. 84 y ss.

-con el afirmado objeto de lograr una férrea unidad nacional- se hizo imperioso enfrentar a las minorías del país y a las fuerzas liberales que socavaban la autoridad imperial. Para eso decidió endurecer aún más el control sobre las masas, primero con el ejército y, luego, con los jueces. Un prestigioso autor italiano contemporáneo (se refiere a FRANCO CIPRIANI) sostiene que las ideas de KLEIN, en ese entonces, giraban en torno a los males que se adjudicaban al proceso de la época: se decía que era un *absurdo mal* que conllevaba *enormes pérdidas de tiempo, inútil dispendio de dinero, infructuosa indisponibilidad de los bienes litigiosos y fomento de iras y pasiones encontradas entre los propios litigantes*. Para paliar ello, había que lograr un proceso *muy rápido* siempre y de poco costosa definición, tramitado en lo posible oralmente *en única audiencia*. A este efecto, era menester quitar a los interesados -las partes- la responsabilidad de que el método funcionara y, así, el propio *Estado* comenzó a ser el único o principal encargado del *impulso procesal*. Así, el juez dejó de juzgar el litigio y comenzó a dirigir el proceso como *capitán de barco o director de debate*, en su calidad de representante profesional del *bien común*. En rigor de verdad, no se trataba entonces de erigir al juez en el director del proceso *con los pocos poderes necesarios al efecto*, sino de autorizarlo desde la propia ley para que hiciera todo aquello que considerara menester en la oportunidad en que así lo decidiese. De tal forma, por una simple ley que cambió autoritariamente el mundo conocido -a voluntad de un solitario legislador- el proceso pasó, de ser *un método pacífico de debate entre particulares*, a ser un *instituto de derecho público* en el cual estaba involucrado algo más importante que el interés de las partes: *lo más altos valores sociales* aun con desmedro de la libertad individual en aras del beneficio del Estado. Con el método así concebido, se esperaba generar un nuevo proceso en el cual jueces, abogados y partes *colaboraran solidaria* y activamente en la *búsqueda de la verdad* y en la formación de una decisión justa. Como era de esperar, tan abrupto e inesperado cambio de las reglas de juego entonces imperantes, no fue aceptado pacíficamente por los abogados que lo sufrirían en lo inmediato pues, a la postre, el juez podía neutralizar a los letrados sujetos a su propio control. Ese alzamiento generó una larga *vacatio legis* -hasta el 1 de enero de 1898, fecha en la cual comenzó a regir en el imperio- que fue utilizada por

KLEIN -al decir de un importante jurista italiano- para “*amansar a los abogados de Viena que en 1897 amenazaron con una revolución con el fin de impedir la implementación del nuevo procedimiento*” y “a fin de preparar adecuadamente a los jueces para que actuaran con *mano dura*”. Por cierto, todo terminó con la vigencia de la ley -hasta hoy- y, así, se entronizó la figura del *juez director* (que en verdad encubría a un verdadero *dictador*) que podía hacer lo que quería al tramitar un proceso en aras de buscar la *verdad real* para lograr *hacer justicia en el caso concreto*, pero, en esencia, comprometido con los fines políticos del régimen que representaba, a la luz de cuyos principios actuaba e interpretaba los hechos y juzgaba las conductas. Quiero creer que el método habrá resultado eficaz en el control buscado pues pronto fue paradigma legislativo. En breve se verá que la historia se repitió exactamente en diversos lugares de Europa”.

Afirma ALVARADO VELLOSO que esta ley inspiró a la Ordenanza alemana de 1937. En sus palabras⁸:

“... Si bien se mira su articulado, resulta copia del texto austríaco en este tema y, a no dudar, no fue casual ni inocente su elección. En ese año gobernaba Alemania Adolf Hitler, que de republicano⁹ tenía poco, y que repitió, en los hechos, similar persecución racial a la de los Reyes Católicos, pero superándolos largamente pues ahora terminó en un genocidio de seis millones de personas. Esto no es un secreto para nadie que haya leído un poco de historia: el dominio político del *nacionalsocialismo* terminó con la idea del Estado de Derecho sin necesidad de abolir todo el sistema imperante antes de su arribo al poder. Basta citar acá -como ejemplo de lo que digo y sin necesidad de mencionar puntualmente alguna norma procesal en particular- la notable influencia del partido nazi en la organización judicial; la creación de tribunales con competencia y procedimientos especiales originados para juzgar ciertas causas políticas; la proclamación del Führer como *Gran Señor Superior de la Justicia*; la abolición de la independencia de los jueces mediante el retiro de su inamovilidad, o su separación por causas políticas o su retiro por razones raciales; la

8 *Ib.*, p. 88 y ss.

9 Es un dato de notable importancia para el hombre americano.

suspensión de la prohibición de la *reformatio in peius*; la supresión de los escabinos; la abolición de la cosa juzgada; la posibilidad de los jueces de descartar cualquier medio de prueba ofrecido por las partes según los parámetros de su propia libre apreciación con la mera mención de considerarla innecesaria para la solución del litigio, etcétera, etcétera. ¿Hace falta decir algo más sobre este ordenamiento para convencer al lector de su ideología totalitaria?».

Y ALVARADO VELLOSO nos lleva en su recorrido histórico a un hito central del procesalismo contemporáneo: la *puesta en vigencia del Código procesal civil italiano de 1940*. Razona ALVARADO que ambos cuerpos legales -el austríaco y el alemán- resultaron ser inspiradores de la “magna obra legislativa” contenida en el código italiano de 1940¹⁰:

“Gobernaba a la sazón en Italia el *Duce* BENITO MUSSOLINI, líder del movimiento fascista y amigo y socio de Hitler en la integración del *Eje* que terminó perdiendo la hasta ahora última gran guerra mundial. Su Ministro de Justicia, DINO GRANDI, proyectó una reforma integral al procedimiento civil del país y, para eso -obvio- se inspiró en los tres ordenamientos recién citados y vigentes en los países vecinos comandados por el propio Hitler. Al firmar con su nombre la *Exposición de Motivos del Proyecto*, ésta se conoce desde entonces como la *Relación Grandi*. Allí se encuentran las ideas fundamentales plasmadas en la ley y creo menester copiarla seguidamente en sus partes pertinentes para que el lector tome cabal conciencia del origen más cercano de nuestra legislación actual».

ALVARADO realiza una minuciosa descripción de la “*Relación Grandi*” que, en sus partes sustanciales, transcribimos

“...1. *Posición y evolución del problema de la reforma*. Sobre todo, el código encuentra su razón histórica en el renovado *sistema de las relaciones entre el individuo y el Estado*, del cual el proceso es una expresión particularmente característica, y tiene en la transformada conciencia jurídica y política de la Nación el fundamento y la garantía de la recta aplicación de sus reformas. En el Estado fascista el proceso no representa sólo un choque de intereses, sino que es instrumento de fecundo avenimiento de éstos, el cual no pretende únicamente

10 *Ib.*, p. 90 y ss.

asegurar un sistema ordenado de vida social, *inspirado en las finalidades supremas del Estado*, sino también garantizar a través de la aplicación de las normas jurídicas que regulan la vida de la Nación la realización de los supremos intereses de ésta en las relaciones privadas. Y constituye, sobre todo, *un instrumento tendiente a alcanzar ese fin que la palabra del Jefe de Gobierno señaló como meta de la revolución fascista: una más alta justicia social».*

Copia de la Relación Grandi sobre la relación del «Juez y la Ley»

“Se ha establecido, como uno de los puntos fundamentales de la reforma procesal, *el acrecimiento de las facultades del juez*; con ello quiere aludirse, como se dirá dentro de poco, a las *facultades de dirección del proceso e investigación de la verdad de los hechos*; en cuanto a la aplicación del derecho *in iudicando*, la función del juez debe estar sometida, por regla, a la observancia fiel e inteligente de la ley. En el Estado fascista el aumento de la autoridad del juez no puede significar que se le otorguen facultades creadoras del derecho; hubiera sido inútil levantar el gran edificio de la codificación, que encierra en cada uno de sus artículos el carácter de una consciente y unitaria voluntad renovadora, si luego se hubiese conferido al juez la facultad de sobreponer en cada caso, su variable albedrío a la voluntad expresa de la ley. El Estado autoritario rechaza con energía las tendencias que periódicamente reaparecen durante las crisis de la legalidad, en cuya virtud se exalta al juez para deprimir al legislador; estas tendencias constituyen un debilitamiento de los poderes centrales del Estado y un quebranto de la unidad del derecho, debiendo rechazarse en un Estado que sea el custodio celoso de su unidad y de su soberanía. Si en los períodos de transición, cuando está formalmente en vigor el antiguo derecho superado por los tiempos, puede ser útil otorgar al juez facultades generales para *juzgar según equidad*, permitiéndole así abrir el camino del nuevo derecho en formación entre las grietas de las antiguas leyes, *esta amplitud de facultades no es concebible en un juez llamado a aplicar una legislación joven*, que refleja en cada artículo los nuevos tiempos; en este clima histórico se requiere solamente que el juez sea el continuador sensible y fiel de las disposiciones directivas consagradas en la ley y no se admite la idea de poder pasar del sistema de la legalidad, según el cual el derecho se

exterioriza en disposiciones generales y abstractas que el juez debe aplicar a los casos concretos, a la justicia patriarcal del caso particular, retrocediendo milenios. En todos estos supuestos, la ventaja que ofrece el nuevo código para la conciliación o decisión *según equidad* no debe considerarse como una *muestra de desconfianza en la legalidad* y un síntoma de tendencia acomodaticia para desvalorizar la lucha por el derecho en beneficio de las soluciones de transacción. En muchas oportunidades puede bastar *in limine litis la palabra sabia o influyente del juez* para que las partes entiendan cómo, sin recurrir a la lucha judicial, tienen en el acuerdo amistoso el instrumento para dirimir su litigio con beneficio recíproco.

De la Relación Grandi sobre el «*Fortalecimiento de los poderes del juez para la dirección del proceso*»

«El juez, dije el 16 de octubre de 1939 ante la Comisión de las Cámaras legislativas, es *el órgano a quien el Estado encomienda la función esencial de aplicar la ley mediante el procedimiento*. En el fondo de la cuestión se halla el renovado concepto de *dignidad y autoridad del Estado y de sus órganos*, en cuya virtud no podría admitirse que el juez asista *como espectador impasible y a veces impotente*, como si fuera un *árbitro en un campo de gimnasia que se limita a marcar los puntos y controlar que sean respetadas las reglas del juego*, de una lucha que compromete directamente la más celosa y alta función y responsabilidad del Estado. *Es necesario por lo tanto que el Juez tenga una dirección determinada del proceso, una posición prominente y reguladora*. La primera clase de consideraciones conduce a esta conclusión: que también en el proceso civil el Juez debe tener a su alcance, en todos los casos, *los poderes indispensables para administrar la justicia de manera activa, rápida y proficua*. Aun si la controversia atañe a relaciones de derechos privados, que las partes hubieran podido disponer libremente prescindiendo del proceso, ello no quiere significar que el proceso, *una vez iniciado, deba considerarse como asunto privado*, cuyos destinos *pueden dejarse librados al interés individual de los litigantes*. También en los juicios sobre temas de derecho privado entra en juego, al requerirse la intervención del juez, *ese interés eminentemente público* que es la justa y solícita aplicación de la ley en el caso concreto; no debe entonces permitirse que los particulares in-

voquen la justicia y la utilicen para fines contrastantes con la misma, y tampoco que abrumen a los tribunales con sus fintas dilatorias que el Juez a de presenciar inerte hasta tanto así lo quieran los litigantes. Aun si la relación debatida es de puro derecho privado, el Juez debe estar proveído de los poderes de orden y de disciplina indispensable para que el proceso no se paralice y no se desvíe; debe ser su director y el propulsor vigilante, solícito y sagaz. Las partes son libres de fijar el *thema decidendum*, pero corresponde al juez regular los medios y el ritmo para decidir rápidamente y bien la cuestión planteada».

También copia de la Relación Grandi sobre «*El principio dispositivo, proyección en el proceso del derecho subjetivo*»

«Conferir al Juez el poder de promover un litigio que los interesados quisieran evitar, permitirle juzgar sobre hechos que las partes no han traído a colación, significaría substraer en el campo procesal aquella autonomía individual que en el campo sustancial es reconocida por el derecho vigente. Con ello no se pretende excluir -bien se entiende- el particular interés de los litigantes, *así lo exija el interés público*: se quiere decir solamente que dichas limitaciones ha de establecerlas explícitamente el derecho sustancial, y no deben introducirse por conducto indirecto a través del proceso, empleando un recurso que repugnaría a la límpida y valiente técnica en que se ha inspirado la legislación italiana. Aquí también, *al adoptar el sistema inquisitorial*, el nuevo Código se ha preocupado en reglamentarlo de manera tal que no sufra menoscabo la virtud más valiosa del Juez, es decir la *imparcialidad*, que debe existir en todos los procesos, aún en aquellos sobre cuestiones que atañen al orden público. El concepto tradicional que presenta al Juez como *institucionalmente inerte y desprovisto de cualquier facultad de iniciativa, tiene tal vez su parte de cordura*, pues muy a menudo el peticionar es psicológicamente incompatible con el juzgar, y el aumento desmedido de los poderes de iniciativa del juzgador puede inducirle a tomar posición antes de haber juzgado, trocándose de Juez sereno en defensor apasionado de una tesis elegida con anticipación».

De la Relación Grandi sobre «*El sistema de las pruebas*»

“No obstante esto, aun conservando el sistema tradicional en sus grandes rasgos, *se ha ampliado notablemente el ámbito de la ave-*

riguación de la verdad por impulso de oficio y se han reforzado los recursos para que la misma sea provechosa: ello acontece no sólo en los procedimientos de carácter inquisitorial donde la facultad de solicitar pruebas conferidas al ministerio público interviniente ha desvinculado la indagación probatoria de la iniciativa particular cuando el interés público así lo requiere, sino también en el procedimiento ordinario con carácter dispositivo, donde el Juez ha sido liberado de la situación de *inercia forzada* que bajo el imperio de la antigua ley lo obligaba muchas veces a *cerrar los ojos ante la verdad*. Este acrecentamiento de los poderes probatorios del Juez es visible en numerosas disposiciones: en las que les permiten servirse del auxilio del consultor técnico con mayor facilidad, amplitud y continuidad de cómo podía hacerlo con la pericia escrita del antiguo código (art. 191 y siguientes); en las que lo facultan a ordenar la *inspección de personas* y de cosas (art. 118); y la exhibición en juicios de estas últimas (art. 210); en las que lo autorizan a disponer reproducciones mecánicas o experimentos (art. 258 y siguientes); y recabar informes de la administración pública (art. 213); y sobre todo en una fundamental (art. 117), que le da la facultad de ordenar el *comparendo personal de las partes en cualquier estado y grado del proceso*. Creemos más que suficiente lo aquí transcrito para dar por demostrada nuestra afirmación acerca del corte inquisitorial de todas las leyes mencionadas y pertenecientes a totalitarismos de derecha».

En este recorrido histórico continúa ilustrando ALVARADO VELLOSO.

Copia de AAV sobre La ley de Procedimiento Civil Soviética de 1979

“Me ocuparé ahora de otro código dejado a propósito para el final, no sólo porque es posterior al italiano sino porque pertenece además a un totalitarismo de izquierda, expresivo de la ley procesal soviética.

“*La ley de Procedimientos Civil Soviética de 1979*. Esta ley, aprobada el 9 de octubre de 1979 por el Presídium del Soviet Supremo de la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas, con texto claramente inspirado en todas las normativas antes mencionadas, endiosa nuevamente al sistema inquisitorio y lo “mejora” según las conveniencias del partido gobernante. Veamos algunas de sus normas que transcribiremos puntualmente:

“Art. 2. *Fines del procedimiento judicial civil.* Los fines del procedimiento procesal civil soviético estriban en investigar y resolver justa y rápidamente los asuntos civiles al objeto de salvaguardar el régimen social de la URSS, el sistema económico socialista y la propiedad socialista. El procedimiento debe coadyuvar al fortalecimiento de la legalidad socialista, a la prevención de las infracciones, a la ley y a la educación de los ciudadanos en el espíritu del estricto cumplimiento de las leyes soviéticas y de respeto a las reglas de convivencia socialista. Para lograr estas finalidades, el art.16 dispone: “El Tribunal está obligado, sin limitarse a los datos y alegaciones presentados, a adoptar todas las medidas señaladas por la ley para esclarecer del modo más completo, multilateral y objetivo las circunstancias reales del pleito y los derechos y alegaciones de las partes. El Tribunal debe explicar a las partes sus derechos y obligaciones, prevenirles de los efectos de la comisión u omisión de actos procesales y ayudarles en el ejercicio de sus derechos”.

“Art. 18. *Obligatoriedad de la prueba:* Cada parte debe probar las circunstancias que alega como fundamento de sus presentaciones y objeciones. Las pruebas son presentadas por las partes y otras personas que concurran al pleito. Si las pruebas son insuficientes, el Tribunal propone a las partes y a las otras personas que concurran al pleito que aduzcan prueba complementaria, o las reúne por iniciativa propia”

“Art. 19. *Valoración de la prueba:* El Tribunal valorará las pruebas ateniéndose a su *convicción íntima*, fundada en el examen multilateral, completo y objetivo durante la celebración del juicio de todas las circunstancias del pleito en su conjunto, rigiéndose por la ley y por la conciencia jurídica socialista. Ninguna prueba tiene para el Tribunal un vigor establecido de antemano”.

“Art. 36. *Participación de las organizaciones sociales:* Los representantes de organizaciones sociales y colectividades laborales *que no son partes en el pleito* pueden ser autorizados, por la decisión del Tribunal, a participar en la *vista para exponer al mismo la opinión de las organizaciones y colectividades representadas por ellos sobre el pleito que examina el Tribunal*».

Resume ALVARADO VELLOSO que todos los totalitarismos coinciden: tanto los de derecha como los de izquierda mantienen idénticos objetivos -razón de

Estado mediante- utilizando similares modelos procedimentales, así: 1) aumentan los poderes de dirección de los jueces y sus facultades probatorias para llegar a la verdad y; 2) retacean sus facultades decisorias, exigiendo al juez un irrestricto apego a la ley vigente y prohibiéndoles terminantemente toda creación de derecho.

Y concluimos con la transcripción del pensamiento de ALVARADO seleccionando este tramo final.

Copia de las conclusiones finales de AAV

“...Antes de ver cuál ha sido la enorme influencia de todas estas leyes en la legislación argentina contemporánea creemos conveniente detenernos en el entusiasmo de los autores italianos y alemanes y su influencia en América. Durante las décadas del 40 y del 50 la doctrina procesal hizo eclosión en Alemania e Italia y allí -a raíz de los nuevos ordenamientos legales- se escribieron innumerables tratados, estudios y obras en general que prontamente fueron editados en castellano en Argentina y en México, donde se habían radicado buenos traductores al amparo de conocidas editoriales de la época. En general, todos los excelentes autores responsables de la enorme obra de difusión encarada -increíblemente, muchos de los italianos eran discípulos de Chiovenda- sostuvieron que ambas legislaciones glosadas eran el *non plus ultra* en materia de enjuiciamiento. Y rápidamente -sin reparar en su origen ideológico-político- el pensamiento deslumbró a los entonces noveles procesalistas americanos que, con citas en latín, tudesco e italiano, pontificaron recurrentemente acerca de las bondades del método consagrado *en los países más adelantados de Europa, donde había sido largamente elogiado por la buena doctrina de la época*. Y así fue cómo los juristas de América, convencidos de que *eso era lo mejor*, miraron hacia el nuevo oriente jurídico con el método vigente en esos lares desde el siglo XVI y al cual estaban ya acostumbrados».

4.4. NUESTRA VISIÓN

De las lúcidas reflexiones de CIPRIANI, MONTERO AROCA y ALVARADO VELLOSO, dedicadas al neoinquisitivismo procesal civil y penal contemporáneo, volvemos a nuestras cavilaciones sobre el tema.

A riesgo de reiterarnos ante el lector debemos insistir en que (solo) la codificación procesal civil en Latinoamérica quedó impregnada de esas ideas autoritarias, sostenidas por una parte de la doctrina procesal, las comisiones reformadoras y por los codificadores de turno. Así, autores, reformadores y legisladores, fueron subyugados por esas ominosas consignas autoritarias. Uno de sus ejes pasó por reducir el papel de las partes y otorgar fuertes poderes a los jueces civiles para tramitar y decidir las causas en la región. En buenas cuentas el arcaico culto que se profesaba hacia el *líder político* luego quedó traspasado a lo jurídico. Resulta autoevidente que a esta altura de los tiempos democráticos ese modelo debería estar extinguido- pero se mantiene peligrosamente vivo. Esa necesidad de apostar por una figura *fuerte y paternal* viene, entre otros factores, de nuestros *componentes genéticos* y de los *sesgos culturales* (sobre el particular remitimos al lector al análisis realizado en el libro segundo) y se ha depositado, en lo procesal, expresando una idolatría hacia la persona del juez que queda bien corporizada en la entelequia del *juez hércules* -tan caro a la iusfilosofía dworkiniana- ese juez que todo lo puede y en el que debemos confiar acríticamente.

5. ALGO MÁS DEL PENSAMIENTO AUTORITARIO EN LOS FORMATOS CONSTITUCIONALES Y PROCESALES

Nos interesa subrayar que la supervivencia de esquemas que una y otra vez ponen en riesgo los derechos fundamentales de los ciudadanos y justiciables ante los poderes estatales es una claudicación que también es imputable a los creadores de las normas constitucionales.

Los reformadores de las cartas magnas desperdiciaron la oportunidad de abordar los cambios sobre los poderes concedidos a la rama ejecutiva pero también a los otorgados ampliamente a los jueces del Estado. Así, el modo de seleccionarlos sigue siendo arcaico y su remoción se presenta hartamente difícil. La capacitación personal y funcional que debería estar cargada de severas exigencias, como requisito ineludible para acceder al cargo, resultó despreciada desde antaño. En ese sentido, la conformación y acceso a la Corte Suprema de Justicia de la Nación sigue siendo una deuda pendiente en un modelo constitucional y democrático.

El movimiento de reformas constitucionales lleva ya más de treinta años, pero no tuvo jamás la valentía de poner la nota y acotar los fuertes poderes concedidos a los estratos estatales. Su formato no refleja una auténtica división de los poderes, ni exhibe frenos y contrapesos equilibrados y, en todo caso, se limitó a una distribución asimétrica en su ejercicio.

5.1. LAS IDEAS DE ROBERTO GARGARELLA

El efecto negativo de dejar intactas las distintas “usinas del poder” fue expuesto crudamente por ROBERTO GARGARELLA¹¹:

“... no se puede actuar como lo han hecho tantos reformistas latinoamericanos, que han trabajado por la *descentralización del poder* y la mayor participación política de la ciudadanía en la esfera de los derechos, ignorando o, mucho peor, conscientes del modo en que el

11 GARGARELLA, ROBERTO, *La «sala de máquinas» de las constituciones latinoamericanas. Entre lo viejo y lo nuevo*, (publicado en la web, en Nueva Sociedad julio-agosto de 2015).

poder político se mantenía *centralizado y concentrado* en el vértice. No se trata, únicamente, de que los reformistas latinoamericanos no hayan prestado atención a lo que ocurría (o dejaba de ocurrir) en relación con la «*sala de máquinas*» de la Constitución. Se trata de que ellos parecieran perder de vista toda dimensión histórica de lo que estaban haciendo, a la vez que olvidaban prestarle atención a la práctica efectiva del constitucionalismo regional”.

5.2. NUESTRAS REFLEXIONES

Del pensamiento de GARGARELLA pasamos a formular algunas reflexiones propias: a los efectos adversos de dejar intocada *la máquina del poder* y, en los que nos interesa, la pirámide jurídica procesal, se le suman otras *usinas intocadas*. Nos explicamos: las reformas constitucionales lograron que los Estados reconocieran a favor de los individuos múltiples derechos fundamentales. Así, a partir de la dignidad de la persona humana, se han convalidados los derechos a la libertad, a la igualdad, a la integridad corporal, a la salud, a la vivienda, a los de incidencia colectiva, a un medio ambiente sano y preservatorio del patrimonio cultural, entre otros. Estos reconocimientos suponen, por cierto, un formidable avance en la dignificación del individuo como tal.

En lo procesal, las estructuras intocadas de quienes se distribuyen el poder en la región nos deparan este interrogante: ¿cómo serán *garantidos* esos derechos fundamentales cuando se afirme -en el plano procesal- que fueron violados? Es una obviedad expresar que la Constitución o alguna ley sustancial no se tornarán operativas si no cuentan con un sistema de *garantías procesales* que los preserve cuando esos derechos se vean amenazados.

Y si un justiciable, al postular la violación de derechos comunes o fundamentales o al refutar esta supuesta violación debe pasar por el tamiz de un formato procesal neoinquisitivo, con un juez dictador del debate que puede decidir la causa con desapego de la ley vigente y aferrándose al método de la *ponderación* o a un personal *orden objetivo de valores*, todo se vuelve extremadamente frágil. Y esa fragilidad se acentúa si el juzgador considera que la afirmada violación de esos derechos fundamentales -o la inexistencia de éstos- puede ser resuelta con una única respuesta correcta para este caso. Y si, además, esta única respuesta correcta sólo puede alcanzarse aplicando la metodología que suministra ROBERT ALEXIS (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en

sentido estricto), la concesión o denegación de la afirmada violación de los derechos fundamentales dependerá de decisorios emitidos por los jueces con pocos *juicios de hecho*, pero cargados, por el contrario, *de juicios de valor*, y por tanto, incontrolables para las partes.

Estamos en presencia de una paradoja y de un problema grave: si el modelo de procesamiento y juzgamiento en el que deben debatirse esos derechos fundamentales -cuando se afirma su violación- pasa por un formato neoinquisitivo propio de los códigos publicistas, todo puede volverse evanescente. Volvemos a preguntarnos: ¿será ese método el idóneo para garantizar su acogimiento o rechazo de un modo racional y de acuerdo a los parámetros de constitucionalidad y convencionalidad vigentes? Anticipamos una respuesta negativa.

Y otra pregunta: ¿si los derechos fundamentales en estado de conflicto no pueden ser postulados libremente y refutados con la misma simetría, si se limitan los medios probatorios, si el proceso no es cognoscitivo y se transforma en ficcional y si la sentencia deja marcos de absurda discrecionalidad al juzgador, está resguardada su efectiva vigencia? Por nuestra parte consideramos que no existe garantía alguna de que ese juez se expida imparcial e imparcialmente sobre la violación de los afirmados derechos fundamentales que se dicen agredidos.

Tenemos por cierto que, con viejas recetas, no se solucionarán jamás problemas que son propios de la modernidad procesal. Con herramientas procesales, antidemocráticas y antiliberales, todo lo construido desde el derecho constitucional y convencional se vuelve insustancial y aleatorio.

Que en este tramo la visión garantista y publicista vuelven a separarse lo deja en claro las reflexiones que a continuación se vierten y expresan el ideario de un connotado publicista y procesalista constitucional.

5.3. EL PENSAMIENTO DE OSVALDO GOZAÍN

OSVALDO GOZAÍN, es un referente en el derecho procesal argentino, con quien nos une una amistad de años, pero una amable discordancia intelectual, exhibe un pensamiento que se alinea con la ideología publicista. De su muy extensa obra seleccionamos un libro y algunos de sus párrafos porque son muy decisivos de ciertas ideas que la expresiva pluma de Osvaldo dibuja con mucha claridad (nos permitimos el tuteo porque es el trato que nos dispensamos mutuamente). Además, como se tomó la justificada licencia de citarnos en

su obra, también nosotros formulamos nuestra réplica, mencionándolo, pero preservando el respeto personal que le tenemos. Expresa GOZAÍNI:

“El proceso judicial es una garantía constitucional” [*En esto coincidimos*].

“Preexiste al conflicto y es la reserva de justicia que tiene asegurada cualquier persona cuando encuentra que sus derechos están afectados” [*También concordamos*].

“Esta garantía puede ser vista desde un modelo estanco y simple, que asegura el derecho de defensa en juicio y, con ello, dejar en manos de las personas el ejercicio activo de esa defensa y en el poder del Estado la facultad de ofrecerle un instrumento, medio o lugar donde debatir en igualdad de condiciones y bajo un sistema de absoluta imparcialidad” [*Acordamos plenamente*].

“O bien, se puede exigir del Estado algo más, es decir, que la justicia que ofrece sea útil y efectiva” [*Aquí comienzan nuestras discrepancias*].

“Que no se destine a un formalismo simplista de dar u ofrecer el instrumento o medio de debate, sino que esos jueces deben estar atentos y vigilantes al contenido de la contienda, para dar un servicio activo basado en la prudencia, donde la oportunidad y la justicia deben llegar juntos”¹² [*Disentimos totalmente*].

Y también reflexiona GOZAÍNI:

“En una concepción intermedia, sin generar el antagonismo que presuponen las corrientes anteriores, se habla del Juez director. Este sería un magistrado que potencia sus poderes de iniciativa y dirección. Respecto a la instrucción, se confirma el papel activo que le toca asumir en el proceso, confiriéndole una amplia iniciativa en la verificación de los hechos relevantes para la solución del litigio, tal como fue sometido a su conocimiento, es decir, sin rebasar los límites que marca la *litiscontestatio*. En líneas generales, se robustece el juzgamiento más que la composición, esto es, se dota al juez de poderes-deberes de investigación, sin asignarle otro cuadro que no sea el que las partes concretan. El uso de estas facultades provoca cierto conflicto con la imparcialidad, la cual resulta respondida con los fines objetivos que persigue el pro-

12 GOZAÍNI, OSVALDO ALFREDO, *La función social del Juez*, Investigaciones Jurídicas, San José de Costa Rica, 2012, p. 54.

ceso: fallar conociendo la verdad más próxima a lo verdaderamente ocurrido (verdad jurídica objetiva) [.] Podemos reconocer aquí el riesgo de una actuación parcial del Juez, que se concretaría si él ejercitase sus poderes en el interés exclusivo de una de las partes. Más que el riesgo de la parcialidad, lo que ronda al Juez, que es y no puede dejar de ser humano, a lo largo de toda su actividad; y la única manera de eliminarlo completamente sería confiar a una máquina la dirección del proceso. Atar las manos al Juez en la investigación de la verdad es pagar un precio demasiado alto por la prevención de un peligro que, aun sin tal exorcismo, normalmente permanece en «estado de peligro» y sólo en casos excepcionales se convertiría en daño actual. El remedio más eficaz contra el riesgo de la parcialidad no consiste en argüir obstáculos en la investigación de la verdad. Consiste sí, en imponer al juez el respeto escrupuloso de la contradicción en la actividad instructora y la estricta observancia del deber de motivar sus decisiones, mediante el análisis cuidadoso de la prueba producida y la indicación de las razones de su convencimiento acerca de los hechos”¹³.

“El giro hacia la toma de una posición directa del Juez en el proceso, muestra cómo la historia recorre esa visión estática del *Juez espectador* en oposición al *Juez inquisidor* del absolutismo, o del *Juez dictador* de algunos regímenes totalitarios. El tramo final de este camino lo cubre el rol activo del órgano judicial para convertirse en el *Juez director*. La iniciativa probatoria no desnaturaliza el principio dispositivo, sino que coexiste con él. En materia probatoria referimos al principio respecto al poder de disposición de los elementos de convicción, sin interesar la relación jurídica procesal. El producto que se obtiene de esta evolución, no es político -como lo entiende Guasp- sino de técnica procesal, porque facilita alcanzar los resultados axiológicos del proceso sin someterse a los designios interesados de las partes. Es cierto que la verdad quizás nunca se alcance en su trascendente y significativa dimensión, pero la aproximación que consigue el Juez a partir de su decisión y compromiso con ella permite avizorar un decisorio más cercano a la justicia y de bases más reales que las expuestas por los litigantes”¹⁴.

13 *Ib.*, p. 55.

14 *Ib.*, p. 57.

Y por último entiende Gozáini:

“El paradigma está en el principio de contradicción permanente, el que afirma debe probar, congruencia entre lo pedido y lo que se resuelve, no hay juicio sin actor, no puede el Juez promover de oficio una causa, la sentencia alcanza solamente a quienes son partes litigantes, la cosa juzgada excepcionalmente afecta a terceros, derecho al recurso, agotamiento de todas las instancias posibles, ejecución a instancia del interesado, etc. etc. Estos principios no tienen adaptación plena a todo tipo de controversias que pueden suscitarse, menos aun cuando hablamos de procesos constitucionales. En efecto, la premisa es diferente a la que señala la dogmática porque un proceso constitucional se resuelve protegiendo los derechos del hombre de las amenazas o agresiones directas o indirectas que el Estado o que los particulares generan a través de sus actos. Si el foco a resolver queda centrado en las alegaciones de las partes, únicamente, la función constitucional del Juez quedaría eludida por la probabilidad -que la jurisprudencia comprueba- de asignar al proceso las mismas reglas técnicas del proceso ordinario. Con lo cual será más fácil rechazar sin más trámite, que introducirse en la cuestión fáctica y jurídica y analizar si existe o no violación constitucional”¹⁵.

“En suma, estamos ante un cambio de paradigmas. La pregunta, entonces, sigue siendo la del inicio ¿han cambiado los pilares del derecho procesal? O solamente necesitan reforzar sus cimientos al conjuro de los modelos novedosos de controversias? Por eso, así como en el derecho constitucional se ha pensado que desde el “neconstitucionalismo” se avizoran algunas respuestas para esta suerte de cambio en la formación de los valores constantes y trascendentes que proclaman las Normas Fundamentales, donde los derechos humanos y la jurisprudencia de los tribunales que los interpretan provocan una influencia innegable en las funciones de los demás poderes (en especial el ejecutivo y parlamentario), también creemos que existe un *neoprocesalismo* que, con iguales estándares de seguimiento y observación, tiende a crear un emplazamiento renovado para nuestra ciencia”¹⁶.

15 *Ib.*, p. 69.

16 *Ib.*, p. 74.

5.4. REFUTACIONES

Volviendo de los dichos de GOZÁINI a los propios, nos impone reflexionar sobre estos núcleos del pensamiento publicista. Estamos persuadidos de que Osvaldo entiende que los valores que le atribuye a la jurisdicción pública, ese nuevo modo de mirar el derecho procesal, incluso la idea de instalar un neo-procesalismo, supone transitar por el sendero correcto.

Pero más allá de su buena fe, también nos genera una justificada alarma la visión que tiene del *neoconstitucionalismo* y la mirada sobre los *procesos constitucionales*. Así, cuando afirma que en este tipo de procesos (amparo, habeas corpus, habeas data, entre otros) en donde, según la parte afectada existiría una flagrante y arbitraria conculcación de sus derechos constitucionales, postular que el juez tiene una *mayor libertad* para declarar la inconstitucionalidad de las normas, sinceramente no le encontramos justificación alguna.

Tener por ciertas las agresiones a esos derechos, pudiendo introducir casi sin cortapisas su propia interpretación sobre el orden de valores que anima a la Constitución y aplicar su libre ideario en el caso que le toca decidir, son postulados con los que no concordamos. Nuestra perspectiva es *muy diferente*: cuando el pretensor persigue la descalificación de una ley dictada democráticamente por uno de los poderes del Estado y lo plantea ante la jurisdicción constitucional (concentrada o difusa) esa será “su particular visión” sobre la ley que impugna y debe brindar buenas razones para que la judicatura la deje de lado. Por cierto que aquí, a contrario de la idea de Osvaldo, el contradictorio debe ser igual de amplio que para otros tipos de conflictos.

Así y a modo de ejemplo: cuando la parte afirma ser la víctima de ciertos atropellos evidentes y graves, el juez no puede, sin más, darle crédito. Parece obvio que, si bien con una cognición más reducida, debe escuchar a la contraparte. Y debe hacerlo porque el enunciado de esos dichos por parte de quien se le estarían afectando supuestamente sus derechos, *no deja de ser una visión parcial y subjetiva sobre los que apoya su pretensión*. De entender lo contrario y dar por cierto lo que sostiene, nos llevaría lisa y llanamente a suprimir el contradictorio.

En suma, no consentimos que la labor del juez en los conflictos constitucionales difiera mucho de aquel que resuelve los que son comunes. Dejar las *manos libres* al juzgador para que él los decida invocando que se han violentado (o no) derechos de ese rango, asume todavía mayor gravedad porque, parapetado en su propio razonamiento, puede descalificar -a diestra y siniestra- nor-

mas jurídicas válidas del sistema positivo producidas por el órgano encargado de elaborarlas o bien con una sumaria cognición dar por acreditado que esa violación existió.

La experiencia de los tribunales constitucionales en Latinoamérica deja un sabor *agridulce*. Quienes los integran, en especial si se valen del control *concentrado* de constitucionalidad, se transforman en una suerte de *normadores primarios* subrogando el rol natural que le corresponde a las legislaturas democráticas.

5.5. A MODO DE CONCLUSIÓN

La validez de las teorías debería decidirse en función de sus logros concretos y tiene que *confrontarse lo pensado con lo vivido*. Siempre es necesario apoyarse en los *hechos* y no manipularlos para que esos hechos coincidan con las teorías. Nada es más absurdo que creer que la verdad descende de las ideas hacia las acciones humanas y que esos imaginarios quedarían validados cualquiera fuera el resultado que provocan. Debe reconocerse con valentía que el proceso civil -y esto también alcanza a la jurisdicción constitucional- fruto de decisiones equivocadas o, mejor aún, cargada de fallos en los cuales están ausentes de justificaciones o estas son débiles o subjetivas- se lo pueda adjetivar como *desequilibrado, deshumanizado y arbitrario*.

Se requiere un diagnóstico sincero sobre esos disvalores y que sea formulado en tiempo oportuno. Tan trascendente como acertar en la prognosis es suministrar las recetas que nos lleven a la corrección o reducción -a su mínima expresión- de las desigualdades, injusticias y arbitrariedades antes denunciadas.

Las instituciones son creaciones artificiales a las que apela la mente y sólo justifican su existencia si resultan funcionales a los *finés humanos* que se persiguen al idearlas. Si la justicia civil de la región está sometida a graves cuestionamientos, se corre el riesgo de ser fugitivos de la realidad si se entiende que las impugnaciones no existen o provienen de sectores que están equivocados.

Y la ineficiencia de la respuesta se acentúa en la medida en que los movimientos reformistas de los códigos procesales no penales, en especial en los últimos tiempos, infringen duramente la igualdad de las partes, atentan contra la tutela judicial efectiva (que casi siempre se le concede al actor pero se priva de ella al demandado) entre otros disvalores, apelando a un conjunto de normas que a nuestro juicio lucen grotescamente inconventionales, tema que abordaremos en el siguiente parágrafo.

6. LOS PROYECTOS DE REFORMAS PARA LOS PROCESOS NO PENALES

Venimos sosteniendo -con insistencia- que el modelo procesal neoinquisitivo no puede conciliarse en modo alguno con los derechos humanos procesales reconocidos a las partes en los artículos 8.1 y 8.2 del *Pacto de San José de Costa Rica*, el artículo 14 del *Pacto de Derechos Políticos*, así como la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*; la *Declaración Universal de Derechos Humanos*; el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y su *Protocolo Facultativo*; la *Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* y la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*.

Sin embargo, profundizando aún más en el abismo jurídico existente entre los códigos procesales no penales y el pacto de convencionalidad que es ley vigente (incorporado en el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional), los proyectos de reformas procesales violan, aún más, el reconocimiento y ejercicio de los derechos humanos fundamentales concedidos a los justiciables.

6.1. EN LA ARGENTINA. EL PROYECTO DE JUSTICIA 2020

La afirmación sostenida en el párrafo anterior es de fácil demostración empírica. Tomaremos dos ejemplos para ratificar lo expuesto: en el último gobierno de MAURICIO MACRI en Argentina (y esto pone de relieve que, cualquiera sea el signo de quienes nos gobiernan, la cultura autoritaria cuando se mira al proceso civil no desaparece, y que ello no es patrimonio propio de gobiernos tildados de populistas) aconteció lo siguiente: el presidente fue ungido bajo la creencia (en lo personal también así lo pensábamos) de que restablecería los ámbitos de libertad y dignidad humana de las personas y, de suyo, de los justiciables, haciendo honor al liberalismo político, bien entendido, que integraba su plataforma electoral.

Pero esas consignas para atender los conflictos civiles nunca se cumplieron; más aún, aparecieron los *inefables rostros del más crudo autoritarismo procesal* (sólo en el ámbito de la justicia no penal) ya que, para los conflictos penales, el modelo propuesto fue el acusatorio adversarial, al que le prestamos

plena conformidad y a la fecha de elaboración de esta obra ya rige para la justicia federal en Salta y Jujuy y es posible que se aplique de un modo generalizado a la justicia federal de todo el país.

En tanto, en el proyecto *Justicia 2020* para lo civil expone un modelo crudamente neoinquisitivo, poniendo al desnudo esa contradicción insalvable, que se arrastra de desde la década de los noventa del siglo pasado. Para la Comisión redactora del Proyecto 2020, lo *político y jurídicamente correcto* era reforzar la figura del juez (no penal) con más poderes y, a la vez, acentuar una severa limitación a los derechos y libertades de las partes para postular, defenderse, probar y recurrir.

Este inacabado *reverdecer neoinquisitivo criollo* fue impulsado en el Ministerio de Justicia de la Nación por quien fuera el Ministro de esa cartera -que antes revistió la condición de Fiscal penal- el DR. GERMÁN GARAVANO. Se tomó la inexplicable atribución de prohijar la sanción de uno de los anteproyectos procesales civiles más *antiliberales* de los últimos tiempos.

A esos fines, se constituyó una comisión redactora (que salvo la presencia de GUSTAVO CALVINHO, un connotado *garantista*) estaba integrada, casi absolutamente, por notorios representantes del publicismo procesal. No restamos mérito a la cultura procesal de todos ellos, pero sí a la selección de pensadores que miran al derecho ritual de una sola forma: la *autoritaria*. No se convocó a profesores titulares concursados de las cátedras de Derecho Procesal Civil de las Universidades Nacionales de la Argentina y, lo que es más significativo, no se convocó a ningún procesalista penal para que diera cuenta del porqué de su visión respecto del cercenamiento de los poderes de la jurisdicción penal, que están en los antípodas del pensamiento procesal civil.

Este dato es demostrativo de lo arbitrario y hasta de la oscuridad del método de conformación de quienes redactan proyectos de reformas para ser elevados a las legislaturas locales. La caída del gobierno macrista permitió que, afortunadamente, ese *engendro procesal* no fuera aprobado.

El perverso proyecto supone un culto desenfrenado al poder conferido a los jueces. En simetría, propone que los derechos de las partes se disminuyan drásticamente. La nueva generación del autoritarismo en esta etapa reformista *va por más*. Hoy, la amenaza de constreñir la libertad y la dignidad de las partes se traduce, por caso, en la posibilidad de sancionar a los letrados por supuestos excesos en el ejercicio de la defensa profesional, entre otros desatinos.

Reza el artículo 16 de la Reforma 2020:

“Artículo 16. *Incumplimiento de deberes. Sanciones.* Si el juez estimare que alguna de las partes *incumpliere con los deberes establecidos en el artículo 15, en cualquier etapa del proceso, podrá imponerle una multa, en forma fundada, respetando la garantía de la defensa y el principio de proporcionalidad, entre UN (1) UMP y VEINTE (20) UMP.* Igual sanción se impondrá a la falta de colaboración de los terceros al proceso. Para determinar la cuantía de la multa, el juez estimará las circunstancias del hecho de que se trate, *así como la afectación a la credibilidad de la Justicia o los perjuicios que a la otra parte se hubieren podido causar.* Al aplicar la multa, el juez, entre otras circunstancias, ponderará la deducción de pretensiones, defensas, oposiciones o interposición de recursos *cuya falta de fundamento no se pueda ignorar de acuerdo con una mínima pauta de razonabilidad o encuentre sustento en hechos ficticios o irreales o que manifiestamente conduzcan a dilatar el proceso.* La violación de los deberes establecidos en el artículo 15 constituye una presunción contraria *a la parte que omita colaborar y se considerará al dictar sentencia o resolver una incidencia”.*

Queda claro que algunos de los deberes impuestos a las partes en el artículo 15, de cuyo incumplimiento derivan las eventuales sanciones, consiste en crudas violaciones a los derechos humanos procesales. Se prescribe en la norma (la cursiva es propia).

“Artículo 15. *Actuación leal y de buena fe. Deber de colaboración.* Las partes deberán: a) actuar con lealtad y buena fe; b) *colaborar con el desarrollo del proceso, evitar las conductas dilatorias y los actos inútiles o innecesarios para determinar los hechos y el derecho;* c) declarar sobre las cuestiones de hecho *en forma completa y adecuada a la verdad.* Se protegerá el derecho a no auto incriminarse *penalmente,* a la privacidad y al secreto profesional; d) *evitar alegaciones o defensas carentes de fundamento;* e) *cooperar en la efectiva y adecuada producción de la prueba”.*

Los severos deberes impuestos a las partes en el Proyecto 2020 son propios de una clara mentalidad neoinquisitiva ¿Quién determina cuáles son las conductas *dilatorias*? ¿Cómo se precisa qué actos son *inútiles* o *innecesarios* para determinar los hechos y el derecho? ¿Se protege *sólo* el no *incriminarse penalmente* y se libera al profesional de *incriminar civilmente a su cliente*? ¿Cuándo

una defensa o alegación puede considerarse carente de fundamento? ¿De qué modo se debe cooperar con la producción de la prueba? ¿Y hacerlo con la producción de la prueba de la contraparte?

Esas respuestas sólo pueden darse en la mente de un *moderno Torquemada*, (utilizando ese apellido para graficar el comportamiento de un neo inquisidor procesal). Quienes pensamos en un derecho procesal que tiene como eje el respeto por la dignidad y libertad de las partes, para facilitarles el ejercicio pleno de postulación, refutación y prueba, jamás podremos imaginar una respuesta racional a estas preguntas. Sencillamente, no llegamos a concebir cómo pueden instalarse ideas que imponen una flagrante *coacción institucional* sobre los litigantes.

Y subrayamos otro tramo de la reforma que va en la misma dirección para demostrar la sinrazón y la inconventionalidad por la que transita el procesalismo de corte publicista. Además de la amenaza de sanciones que agreden derechos fundamentales procesales, existe una norma que le exige al abogado una conducta *de colaboración* que, de no acatarla, puede hacerlo caer directamente en el delito de prevaricato. El abogado, ahora, además de ser muy cuidadoso con los actos de defensa (para no ser sancionado), debe observar el deber de *colaborar* para que el litigio termine en *tiempo razonable* y con la *justicia del caso* (¿!).

El artículo 10 del anteproyecto prescribe.

“Artículo 10. Colaboración procesal. Las partes, el juez, los terceros y aquellos cuya participación se requiera, deben cooperar para obtener, en tiempo razonable, una justa solución del conflicto. Su incumplimiento injustificado por una de las partes generará un indicio en su contra”.

Debe recordarse que el delito de prevaricato, captado por el artículo 271, último párrafo, del Código Penal Argentino, podría atrapar la conducta profesional como típica antijurídica y culpable, si el abogado se dedica a buscar *la justicia del caso*, abandonando a su suerte al cliente, prevé la norma:

“Artículo 271. «...Será reprimido con multa de pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil, e inhabilitación especial de uno a seis años, el abogado o mandatario judicial “o que, de cualquier otro modo, perjudicare deliberadamente la causa que le estuviere confiada».

Pues bien, la exigencia de *colaborar* en un proceso para concluirlo en tiempo

oportuno y lograr lo que para el juez -en su personal opinión- es la *justa solución del conflicto*, es notoriamente incompatible con la idea de sostener de modo leal los intereses que le fueran confiados por la parte material.

La esencia de la función abogadil es presentar y sostener la *teoría del caso*. Es una obviedad que el abogado no debe caer en artimañas procesales, pero de ahí a *colaborar* con el juez y la contraparte para que se arribe a la *justa y pronta solución del litigio*, existe un abismo conceptual.

¿Debe limitar la extensión de los escritos de postulación o de defensa? ¿Debe renunciar a ampliar la nómina de testigos para no dilatar la causa? ¿Debe autolimitarse a deducir revocatorias si se le deniega prueba impertinente? En fin, se podrían formular decenas de preguntas similares y no encontraríamos respuestas que le pudieran otorgar sostén a la falacia normativa que censuramos.

Si el letrado, asume una conducta de *colaborador de la justicia* y se afana para que el proceso termine en tiempo oportuno, producto de estas estrábicas exigencias normativas, transita por un hilo muy delgado. La norma del anteproyecto, además de exponerlo a una eventual sanción penal, puede costarle al abogado la *supresión* de su matrícula por violación del código de *ética profesional*.

El abogado juró, bajo las reglas de la deontología profesional, defender leal pero firmemente los intereses confiados por la parte material a su profesionalidad. No se advierte cómo puede compatibilizar ese deber con el de la colaboración procesal, a raíz del cual las partes naturalmente enfrentadas en el litigio, todas juntas y tomadas de la mano, hagan una suerte de alegre y despreocupado paseo por un "parque jurídico" jugando a buscar lo que para el juez actuante es *su verdad* y para que él logre *declarar su justicia del caso*. Y todo, por supuesto, con un notable e imperdonable olvido: de que el deber profesional impone ofrecer los mejores argumentos y pruebas para garantizar el triunfo procesal del cliente. Para ese fin es que, precisamente, se contrata la asistencia letrada.

Parece casi una obviedad todo lo que estamos mencionando, pero no lo es tanto frente a una normativa que amenaza con destruir la esencia de la función abogadil y que agrede en términos amplios el derecho de defensa en juicio que le asiste constitucionalmente al ciudadano de a pie.

Por último, en este breve pero decidor muestreo de los expresivos rostros de la cultura autoritaria que anima el movimiento reformista se encasilla, también, en idearios utópicos (en otro afán de instalar consignas populistas que

son atractivas políticamente pero que procesalmente requieren otra seriedad en su formulación). Las utopías pueden contribuir a profundizar, aún más, la ya perdida credibilidad en los sistemas de justicia de la región.

El Proyecto de código de la Justicia 2020 establece *la oralidad* para toda suerte de conflictos civiles y comerciales. Así prescribe el artículo 2:

“Artículo 2°. *Inmediación, concentración y oralidad.* Se garantizará la inmediación del juez con las partes, los sujetos intervinientes y el material de conocimiento. A esos fines se concentrará la actividad procesal, la que se desarrollará en forma *preferentemente oral y en audiencias*. Los jueces presenciarán las declaraciones de las partes y de los testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de su dictamen y *cualquier otro acto de prueba que, conforme a lo dispuesto en este Código, deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente*”.

Ya hemos abordado al reflexionar sobre la oralidad continua que introduce el Código Modelo- brindando variados argumentos sobre este tema. Pero, a riesgo de repetirnos, debemos denostar una vez más la *oralidad discontinua* fijada en un Proyecto publicista pues este engendro, más que beneficiar a los justiciables, les ofrece una promesa de la presencia personal de los jueces que jamás será cumplida o, si se concreta ese contacto personal, no se sabe en qué tiempo razonable podrá llevarse a cabo.

Por cierto que apoyamos en abstracto los postulados que son connaturales con la oralidad. La presencia del juez, el rostro humano de la justicia, la inmediatez en el litigio y con las partes son fines valiosos ¿Quién podría negarlo? Pero si no se cumple con el requisito esencial, excluyente y dirimente para que la oralidad se haga efectiva: *la de la oralidad continua*, lo único que podemos aguardar es el más rotundo fracaso de un diseño de oralidad pergeñado por quien confía que la burocracia judicial, si se suspende una audiencia y el Código no impone su continuación al día inmediato siguiente hábil, pasa a confiar en los jueces de la jurisdicción pública para cumplir con esa finalidad propia de la oralidad: que el juez no trepidará en trabajar a turno completo y por eso se establece la oralidad discontinua porque, según el cándido legislador, será casi igual que la oralidad continua. Si las audiencias -preliminares o finales- comienzan hoy y, como es habitual, se interrumpen o postergan, porque no asistió el testigo, porque el perito no concurrió a explicar el dictamen, etc.

En ambos casos, si estuviere consagrada la norma de *oralidad continua*, la audiencia será proseguida al día siguiente (como ocurre en los juicios orales penales). En todo caso, y con ese formato, la oralidad tendría ciertas chances de funcionar adecuadamente.

Pero si la audiencia se suspende y todo queda librado a la *agenda* que fije el Tribunal para continuarla, la oralidad es un simple *castillo de naipes* que se derrumbará ante el primer soplo. Quienes litigamos promiscuamente y desde hace años ante los distintos fueros en los Tribunales ubicados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (es nuestro caso), somos plenamente conscientes de que establecer la oralidad masiva y discontinua provocará la implosión del sistema de justicia. ¿Quién manejará los tiempos de la oralidad, si la doble audiencia prevista por el código se suspende? ¿La burocracia judicial? Oralidad continua y oficinas de gestión ajenas al órgano judicial son propuestas irrenunciables si queremos abordar una gestión de mínima eficacia, pero no están incluidas en el Proyecto de Justicia 2020.

Claro está que, para establecer oralidad continua se necesita, tomando distancia del discurso populista que promete lo que no puede cumplirse, ceñirse a las estadísticas y cálculos exactos. ¿Cuántos jueces se necesitan para implementar la oralidad continua con relación al número de habitantes? Es la primera pregunta que debió formularse la Comisión Redactora e ineludiblemente debió convocar a expertos en otras ciencias que le dieran las respuestas concretas. Si esa labor no se realizó, lo que quedan son promesas delirantes de un sistema -que sin los soportes serios que le brindaría la estadística- nace condenado al fracaso.

Y la misma pregunta debió formularse si se quería implementar la oralidad discontinua para saber de qué estamos hablando seriamente. Quien plantea oralidad discontinua, lejos de hacer honor a este modo natural de comunicación de los sujetos procesales, lo que va a conseguir es que las partes que asisten a la audiencia (con la legítima esperanza de que se termine ese litigio prontamente), finalicen desconfiando aún más de todo lo que hacemos y construimos los operadores del derecho (cuando se les informe que “la audiencia se suspendió y que se reprogramó a *meses o años vista...*”). Si vamos a manejanos con consignas jurídicamente bellas pero irreales, todo queda teñido de voluntarismo y de mecanismos que dan la espalda a la realidad.

Y la oralidad discontinua (y aun la oralidad continua) no resulta la única consigna ficcional: si no se implementan los medios, el presupuesto y la capacita-

ción de abogados y jueces, es obvio mencionar que quienes venimos de procesos escritos debemos recibir una amplia instrucción para estar a la altura de las circunstancias.

Y todavía se cierne una amenaza mayúscula: que jueces activistas (si no se desmonta el sistema publicista para los procesos no penales) en la audiencia, no dejarán actuar a las partes y se erigirán en el *centro* de un escenario mal montado.

A este cúmulo de ficciones se le suma otra que no es menor: habilitar la oralidad en sitios físicos donde no puede ser llevada a cabo. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -y en la mayoría de los Juzgados Federales civiles del interior del país- no existe el ámbito material en el que puedan desarrollarse audiencias orales.

De otro lado, los integrantes de la Comisión Redactora no podían imaginar que sufriríamos en el año 2020, si bien casi ya extinguido en el año 2024, la presencia *de un virus que instaló una enfermedad pandémica*. Pero si el código se hubiera sancionado, sólo por esa causa, al tener que sesionar en cubículos que jamás estuvieron ideados para instalar con una mínima comodidad a los litigantes y a la autoridad y, mucho menos, al público en general (y en los años de la pandemia para que no se produjera una contaminación masiva) debería ser tomado como un dato más para dejar de lado esta insensatez: la de oralidad sin ningún presupuesto monetario para hacerla operativa

La crudeza de lo que significó mantener una distancia social para no contaminarnos, nos lleva a reflexionar sobre las penurias de quienes acudimos a las audiencias del artículo 360 que prevé el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, o la designada por el artículo 80 de la Ley de Procedimientos Laborales que rige en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Nosotros, como abogados litigantes, debemos pasar por esos vejámenes y, con toda sinceridad, no imaginamos cómo sesionaríamos oralmente en toda suerte de procesos con la inexistencia de los recursos humanos y materiales que padecemos.

En una metrópoli que no se ha dignado a construir una ciudad judicial, donde los tribunales quedaron alojados en vetustos edificios, con espacios físicos miserables que agreden la integridad corporal y moral de los justiciables, letrados e integrantes del poder judicial, imponerles que sesionen oralmente en esas condiciones marca la irrealidad en la cual quedan inmersos quienes diseñan reformas procesales impracticables.

Y si bien el proyecto de reforma supone insertar audiencias virtuales, la irrup-

ción de la pandemia por un lado nos sorprendió a todos. Lo primero que se ordenó fue una feria judicial extraordinaria y la suspensión masiva de las audiencias presenciales y, cuando la pandemia se fue, imaginar que un juicio oral transitara por vía zoom supone una burla a la comunicación efectiva de los sujetos procesales

6.2. EL PROYECTO DE REFORMAS EN LA PROVINCIA DE SANTA FE

El pensamiento reformista autoritario no se detiene y las pésimas ideas ostentan una extraña tendencia a replicarse. También llevamos años litigando en la ciudad de Rosario, en la provincia de Santa Fe, y aquí se replican los malos ejemplos reformistas, tallados bajo la misma lógica jurídica.

Un modelo similar de reforma procesal (auspiciado por el inefable plan expansionista del modelo de *Justicia 2020*) se hizo presente en la provincia. La comisión redactora autóctona pergeñó (¿o *perpetró*?) quizás la reforma procesal civil más autoritaria que hasta supera la ideada en el plano nacional. Afortunadamente perdió estado parlamentario, pero debemos estar alertas porque el autoritarismo no se resigna fácilmente.

El diseño general del proyecto de código santafesino (que con el cambio de gobierno del socialismo al peronismo no salió a la luz pero siempre rondará la idea de modificarlo hacia un formato donde se acentúe el modelo neoinquisitivo) mereció múltiples críticas de varios ámbitos de la comunidad jurídica¹⁷. Este abortado proyecto de modificación del Código de Procedimiento Civil y Comercial para la Provincia de Santa Fe (que quería sustituir el que rige desde el año 1962) de la autoría de dos procesalistas ilustres, ya fallecidos, EDUARDO B. CARLOS y MIGUEL ÁNGEL ROSAS LICHTENSTEIN, nos sumía en un profundo desconsuelo.

Es que el código que pretendía suplantarse resulta -quizás- el menos inquisitivo del país y también por eso corre serios riesgos de ser aniquilado. Ostenta esa condición (la de ser suavemente publicista) juntamente con el que rige en la provincia de Córdoba. Ambos distan de ser modelos dispositivo-adversariales, pero no siguen el duro formato autoritario que impone el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

17 El proyecto de reformas fue sugerido durante el gobierno socialista y atravesó el gobierno peronista en la provincia sin sanción, pero los dos modelos mostraban igualmente autoritarios. ¿Será posible que por simple ignorancia, unida a un persistente capricho, se insista siempre en el mismo error?

El proyecto de reformas santafesino distribuía sanciones a los litigantes a diestra y siniestra. Instalaba la perversa idea de amedrentar a las partes y potenciar los poderes del juez. Escogimos dos normas que denotaban una durísima sanción al litigante que no asiste a una de las audiencias fijadas en la causa. Veamos:

“Artículo. 404. A los fines de proseguir con la causa que fuera archivada por verificarse la situación prevista en el inciso 1 del artículo anterior, el actor deberá abonar una multa de entre cinco y diez unidades jus, que graduará el juez con destino al Poder Judicial en el acto de disponerse el archivo y en resolución irrecurrible. Transcurridos noventa días desde la fecha de la audiencia, incluidos los inhábiles, sin que se solicite la prosecución de la causa y se abonase la multa correspondiente, caducará el proceso. Cumplido el pago de la multa y dispuesta la prosecución de la causa, si con posterioridad se verificase una nueva inasistencia del actor a cualquiera de las audiencias a las que el tribunal lo convoque, se lo tendrá por desistido del proceso, con costas.

¿Qué sentido tienen estas sanciones draconianas? ¿Advierte el inexperto legislador que si se estableciera la oralidad continua se requiere que se modifique todo el sistema de ejercicio de la abogacía? ¿Cómo haría un estudio integrado por uno o dos abogados -que es la media del desempeño en el ejercicio de la profesión- para estar presente en todas las audiencias fijadas en toda suerte de litigios donde ahora imperaría la oralidad discontinua? ¿Con el archivo de la causa se soluciona el conflicto material que debía resolverse o se lo deja irresuelto? ¿El pago de la multa alcanza tanto a quienes gozan del beneficio de pobreza o de litigar sin gastos como a los pudientes?

Estas preguntas no tienen respuestas racionales y tampoco se puede ahondar en explicaciones de normas que sólo se conciben y se explican por *ideólogos* y *adoradores* de las teorías autoritarias de un derecho procesal premoderno.

Desde una perspectiva liberal y convencional resulta grotesca la violación al derecho de defensa (para el actor y para el demandado) ya que agrede por igual la dignidad de ambos litigantes. Se pulverizan varios derechos procesales que deberían ser reconocidos y no arrasados por normas inconstitucionales e inconvencionales.

Una de las severas críticas que mereció el anteproyecto fue explicitada por el Centro de Estudios e Investigaciones en Derechos Humanos «Juan Carlos Gardella» (CEIDH). El centro lleva su nombre en honor de quien fuera un prestigioso

profesor de filosofía de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Pues bien, el proyecto de reformas fue enviado por el Poder Ejecutivo provincial y tuvo en el año 2019 despacho favorable de la Comisión de Derechos y Garantías de la Cámara de Diputados. El crítico informe del CEIDH nos alerta:

“...sobre la vulneración del derecho a defensa y la denegación de justicia que implicaría su aprobación. También atentaría -de acuerdo con su minucioso estudio- contra la división de poderes y la garantía del juez imparcial. La reforma deviene de un convenio firmado entre el Ministerio de Justicia de la Nación y el Gobierno de Santa Fe, en el año 2017 y en el marco del programa Justicia 2020. Para el CEIDH, se trata de «un nuevo código de procedimiento que resulta inconstitucional y anticonvencional, violatorio de los derechos y garantías plasmados en los Tratados y Convenciones Internacionales de los cuales es signatario nuestro país y que forman parte de la Constitución Nacional (artículo 75, inciso 22)».

El informe detalla que, a modo de ejemplo, el proyecto:

«establece un tratamiento desigual de las partes en litigio, lo que en muchos casos acabará profundizando las desigualdades sociales, económicas y culturales que subyacen a todo proceso judicial».

También que:

«consagra soluciones que limitan el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, obstaculizan el ejercicio de derechos procesales elementales, como el de ofrecer y producir prueba, e impiden apelar una sentencia adversa cuando el agravio no exceda de determinada cantidad».

Además,

«como consecuencia de las numerosas delegaciones legislativas que contiene, de por sí inconstitucionales, se vulnera la división de poderes, privando a los litigantes del derecho a ser juzgados por un tribunal independiente e imparcial».

Se concluye que el proyecto:

«dota a los jueces de amplios poderes discrecionales, en desmedro de los derechos y facultades de las partes. Todo ello en el marco de una deficiente técnica legislativa y falta de sistematicidad».

«Con ese modelo, se propone *convertir al proceso de partes hoy vigente en un procedimiento inquisitivo, con rasgos autoritarios, en el que se privilegia ponerle fin rápidamente -de cualquier manera- a los procesos, sin que importe al efecto si se ha alcanzado la composición del conflicto. Al reducirse dramáticamente las posibilidades defensivas de los litigantes e imponérseles cargas procesales de difícil y, en algunos casos, imposible cumplimiento, el resultado será en muchos casos la frustración de los derechos sustanciales*».

6.3. EN LATINOAMÉRICA

Como ya lo mencionamos en el libro primero de esta colección, los modelos procesales que se esparcieron en Latinoamérica para los conflictos penales y no penales tienen -casi paradójicamente- un origen común: fueron proyectos diseñados por el *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal* y aprobados en el año 1988, en la ciudad de Río de Janeiro, Brasil.

También apuntamos que la iusfilosofía y los formatos codificados diseñados para los *procesos penales y no penales* tomaron caminos absolutamente diferenciados. Ya nos ocupamos (y ponderamos) sobre el modelo acusatorio-adversarial ideado para los procesos penales. Nos toca, ahora, exponer el diseño que se concibió para los procesos no penales que -anticipamos- ostenta un fuerte carácter publicista y concede a los jueces poderes omnímodos de dirección y resolución de las causas que deben atender.

En primer lugar, nos ocuparemos del trámite impreso pero, lo que es más trascendente para fortificar nuestra crítica, reproduciremos y objetaremos los fundamentos dados para sostener el modelo procesal que desnuda crudamente la *cultura autoritaria* que lo sostiene. En *la Exposición de Motivos* de los autores del anteproyecto, luego aprobado como *Proyecto de Código Modelo*, se deja bien a las claras la ideología de aquellos años que la tildamos como conservadora y reaccionaria.

a) El diseño del trámite para los procesos de conocimiento en el Proyecto del Código Modelo del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal

La idea de los autores del proyecto puede resumirse de la siguiente forma: al proceso de conocimiento ordinario se le imprimió un trámite *mixto escrito/oral*, pero signado por la *oralidad*. Dibuja un proceso denominado *por audiencias*, desglosadas en una audiencia preliminar -la que se considera la más im-

portante- con múltiples fines y una segunda audiencia, final o complementaria, que se le asigna menor valor, de desahogo de la prueba, alegatos y sentencia.

En la etapa de postulación se exige a las partes que, juntamente con la exposición de los hechos y la invocación del derecho, *se ofrezcan todos y cada uno de los medios probatorios de los que se valdrán*. Esta carga es impuesta por igual al actor como a la demandada.

El paso siguiente consiste, como ya se anticipó, en la fijación de la *audiencia preliminar*, que conlleva múltiples fines. En primer lugar, el juez debe intentar la *conciliación intraprocesal de los litigantes*. Si se logra esa finalidad, se extingue el conflicto en la medida en que, tratándose de intereses transigibles, permita la libre disponibilidad del derecho material debatido.

Si la conciliación se frustra, las alternativas son las siguientes: si la cuestión se declara de puro derecho, se omite la apertura de la causa prueba exigiendo a las partes una valoración sobre el modo y la forma en que se trabó la litis y luego se dicta sentencia.

Si hay hechos contradichos o de demostración necesaria, se determina el *objeto litigioso* y luego se procede a la *apertura de la causa prueba*. El juez se expide previamente tanto sobre la *pertinencia* como sobre la *procedencia* de los medios probatorios y, determinados éstos, ordena su producción. Los medios de prueba deben articularse por escrito y se producen de este modo. Los que deben rendirse oralmente, se concretan en la audiencia complementaria. El fin de la etapa probatoria concluye con un breve alegato oral brindado por los letrados ante el juez de la causa. Finalizada la audiencia, el juez dicta sentencia en el acto, difiriendo su fundamentación o bien expidiéndola en un breve plazo.

El esquema del trámite del proceso por audiencia -que resumidamente presentamos- se ha posicionado como el modelo a seguir en las codificaciones procesales no penales de Latinoamérica. Rige desde hace años como legislación positiva en Uruguay, Perú y Colombia y, en la Argentina, es la tendencia que quieren imponer los movimientos reformistas.

Hemos ideado una metodología para refutar las graves falencias que presenta tanto el proceso así concebido como la manera de decidir la causa. Entendemos que resultará útil para el lector transcribir la ideología que fue oficialmente expresada en la *Exposición de motivos del Código Modelo* pero, en simultáneo, refutar los argumentos para dejar al desnudo los daños que podrían producirse de implementar masivamente ese modelo como el norte procesal a seguir en

la región. De lo que se trata es de prevenir daños futuros y de detener su onda expansiva porque, como ya se vio, algunos países prácticamente copiaron el Código Modelo y lo transformaron en su legislación procesal positiva.

b) La Exposición de motivos y la refutación de los argumentos que justificaría el diseño de procesos por audiencias adoptado en el Código modelo y en las legislaciones de Uruguay, Perú y Colombia

Los autores del *Proyecto del Código Modelo del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal* se ocuparon en su Exposición de Motivos, que data del año 1989, de formular un detalle muy minucioso para validar las opciones normativas asumidas. Aun reconociendo la valía intelectual de quienes prohicieron ese modelo, no compartimos casi ninguna de sus consignas. Y resulta muy ilustrativo reflejar cómo se razonaba a finales de la década del noventa, porque ese pensamiento, supuestamente progresista, encerraba un formato absolutamente conservador. Quizás, lo más grave fue que quedaron anclados en el pasado y tomaron como fuente y laudaron códigos procesales que se remontan a la década de los años cincuenta, en especial el código italiano de 1940. Su propuesta *ya nació vieja* y se acentuó *esa vejez* con el curso de los años. Dicho esto, pasaremos a su transcripción y refutación, utilizando esta metodología como un péndulo intelectual para demostrar ante el lector lo fundado de la postura opositora que asumimos.

Oralidad (textual de la Exposición de motivos)

“El proyecto se afilia al *sistema oral* conforme a lo dispuesto por las Bases. La oralidad, por la cual se han inclinado la mayoría de los procesalistas iberoamericanos -no sin alguna discrepancia- es entendida en el sentido general aunque, en puridad, se plantea un proceso mixto, porque no se trata de perder los beneficios y virtudes de la escritura. Y es así que, fuera de la prueba documental, cuyo valor resultará tan esencial como establezcan los derechos de fondo, en el proceso planeado *son escritos, al igual que la etapa de proposición y la de recursos*. Es así que es escrita la demanda, la contestación (en sentido amplio de contradicción, excepciones y defensas) y la reconvencción en su caso, la interposición y fundamentación de los recursos y la contestación a la expresión de agravios (etcétera). La audiencia aparece, entonces, *como elemento central del proceso*. Y en especial cabe destacar la audiencia *preliminar* que analizamos más adelante. La audiencia se concreta a través de la reunión de los tres sujetos esenciales del proceso (el Tribunal y las partes)”.

Refutaciones/objeciones

A la hora de objetar las reformas que se proponen para la justicia no penal, tanto en Latinoamérica como en la República Argentina, dejamos en claro que no impugnamos el modo *oral de comunicación de los sujetos procesales*, pero sí lo hacemos respecto de la oralidad *discontinua*, absolutamente en boga desde hace años en la actualidad tribunalicia. El modelo procesal penal acusatorio no podía sostenerse de modo alguno si no se imponía *la oralidad continua*, en las audiencias y en todas sus etapas del juicio (fiscal preparatoria, intermedia y de juicio), así que no se advierte porqué, para los procesos no penales, se podría transitar por una oralidad discontinua que supondría directamente la denegación de justicia para el litigante por violación de todo plazo razonable para procesar y resolver la cuestión.

A riesgo de ser reiterativos, el único modo de oralidad que garantiza a los justiciables -en un conflicto no penal- que el trámite del litigio no quedará supeitado a la *burocracia judicial* es, lo insistimos, establecerla *de modo continuo*. Por razones de economía remitimos al lector a todas las críticas formuladas en varios de los tomos que integran esta colección.

Sugestivamente, en los movimientos reformistas no se incluyen -como uno de los presupuestos esenciales para que la oralidad tenga visos de *seriedad*- ni lo *oralidad continua* ni el *cronograma de fecha fijadas por las oficinas de gestión judicial*. La visión crítica que tenemos sobre el temor reverencial que los sistemas publicistas imponen a los litigantes respecto del poder judicial, se confirma cuando la apuesta pasa por la *oralidad discontinua* y por un manejo de la gestión no confiada a una oficina externa que le marque el paso a la burocracia judicial y *si deferida a la propia jurisdicción*.

De otro lado, la oralidad dispuesta *para toda suerte de procesos no tiene sentido alguno*. Pero sí la tiene para aquellos conflictos de neto contenido fáctico. Cuando el conflicto se remite a cuestiones meramente jurídicas y, mucho más, si éste se origina en derechos que ya vienen predeclarados (rasgo distintivo de los procesos ejecutivos) la oralidad, lejos de presentar una ventaja, acarrea enormes perjuicios ya que el trámite natural sería para estos casos el propio de la escritura.

Por último, lo oralidad continua supone una *creación en proporción geométrica de juzgados* ya que los jueces afectados a procesos orales continuos requieren una dedicación humana y horaria muy exigente y resulta obvio que

para cumplir con esa finalidad deben multiplicarse en su número. Así se explica, pero no se justifica, el por qué los legisladores no se atreven a implementar la oralidad continua. Asumen, con realismo, que el poder ejecutivo y legislativo de Latinoamérica no multiplicará los juzgados. Pero al establecer la oralidad discontinua a base de esa certeza se sacrifica al justiciable, y la bella expresión del rostro humano del juez frente a las partes, queda solo en eso. El rostro del juez en oralidad discontinua o no aparece o, cuando las partes lo conocen, han pasado años para arribar a esa instancia. Negar esa realidad supone una irresponsabilidad científica de tono mayor.

Y por otro lado, los abogados sometidos al régimen de oralidad continua, como ya se lleva dicho, deben asumir una estructura empresarial ajena al ejercicio de la abogacía en la región. Si los juicios suponen oralidad continua se genera una estancia permanente en el tribunal. Además, resulta hasta obvio mencionar que un letrado solo podría atender a un número muy limitado de causas y, por tanto, se tornaría imperioso para él implementar un modo empresarial de gestión profesional, posibilidad que es lejana e impracticable en casi todos los países de Latinoamérica.

Principio dispositivo o inquisitivo (textual de la Exposición de Motivos)

“Una clara tendencia de este Anteproyecto, coherente con el sistema de proceso oral (por audiencia), es el *aumento de las facultades del Tribunal* lo que, a nuestro juicio, no altera el principio dispositivo, el cual continúa rigiendo con atenuaciones. En efecto, sigue en vigor el principio (*subprincipio*) de que el proceso sólo se inicia a iniciativa de parte (*ne proceda iudex ex officio*), que las partes mantienen la disposición de los actos procesales y del proceso mismo, que se mantiene el principio de congruencia, según el cual el Tribunal no puede fallar más allá de lo pedido por las partes (*ultra petita*), ni fuera de lo litigado (*extra petita*), ni dejar de fallar lo pedido (*citra petita*) y el de segunda instancia, además, en los límites de lo apelado”. “... Los códigos más modernos, siguiendo el Código italiano de 1940, agregan la facultad del Juez de *buscar la verdad*, para lo cual se le *faculta a interrogar testigos, partes o inspeccionar cosas o documentos que pertenezcan a estos o a terceros*. México, 1932. Código del Distrito Federal, art. 278/279; Argentina, ley 14.237 y Código de la Nación, art. 452; Brasil, art. 342; Colombia, arts. 179, 180, 243 y 244; Cuba art. 243; etcétera. También aparecen estas facultades en casi toda el área en los llamados procesos sociales (me-

nores, agrario, laboral, etc.). Por todo ello, *el aumento de las facultades del Tribunal se proyecta, dentro del nuevo proceso por audiencia, con un Juez director del proceso, el cual conoce después de su iniciación para actuar en la audiencia como protagonista, junto a las partes...* “... El fin supremo del proceso es *procurar justicia*, para cuya garantía se estima esencial un sistema que se asiente *en la independencia y en la imparcialidad*. Ahora bien, es notorio que la *pasividad judicial* habilita *evidentes deformaciones procesales en cuanto prevalezca en el libre juego de las partes la arbitrariedad habilidosa de alguna de ellas*. El *abstencionismo del Juez es la fórmula ingenua de tolerar pacíficamente contiendas con equilibrio teórico*, pero con *desequilibrio práctico* y medio decepcionante de utilizar la valiosa energía del proceso en empeños carentes, en ocasiones, de las más elementales justificaciones. *El prevalecimiento de la justicia individual y social reclama que el Juez intervenga en la dirección del proceso en el grado*, sin rebasarlo, que requieran *su economía y su eficacia, ordenadas al fin supremo de justicia*. La reforma se encamina a infundir ese cambio ideológico en nuestro enjuiciamiento, reforzando *extraordinariamente la función y autoridad del Juez*, para que, sin dejar de ser el árbitro imparcial de la contienda, que es el proceso, *se convierta en el verdadero rector del mismo, que lo encauce y oriente al descubrimiento de la verdad*”.

Refutaciones/objeciones

Este primer tramo de la crítica se formula en primera persona por uno de los autores de esta obra (Benabentos). La decisión se justifica por el hecho de que las personas con la trayectoria intelectual y profesional de los abogados ENRIQUE VÉSCOVI, ADOLFO GELSI BIDART y del magistrado LUIS TORELLO GIORDANO, coautores del Anteproyecto del código modelo, ya fallecieron y me merecieron y merecen el mayor de los respetos. Tuve la fortuna de conocerlos y de coincidir en múltiples sucesos académicos en Latinoamérica y España. Dicho lo anterior, no comulgué con sus ideas pero pude confrontarlas en esos espacios de debate en vida de ellos y me siento en cierta medida legitimado para continuar con la impugnación de sus teorías y los formatos codificados que prohicieron para el proceso no penal¹⁸.

18 Mi persona, OMAR BENABENTOS, compartió en la década de los años noventa actividades académicas en los Congresos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal realizados en Rio de Janeiro, Brasil; en Mérida, España; y en Punta del Este, Uruguay.

Volviendo a las reflexiones comunes, puede entenderse y hasta justificarse que, por la nacionalidad uruguaya de los tres procesalistas, su visión frente al poder fuera en cierta medida complaciente. La Corporación Latina, en un barómetro y estudio realizado en 2008, sitúa a Uruguay como el país más pacífico de América Latina. Además, según la revista estadounidense *International Living* es la mejor Nación de Latinoamérica para vivir. Esta misma publicación asegura que se encuentra entre los veinte países más seguros del mundo, en tanto que la publicación británica *The Economist* lo ubica entre los veinte más democráticos, siendo el único país sudamericano considerado por dicho índice como una democracia *plena*. En este contexto, quizás con cierta ingenuidad, sostenían la creencia de que entregar mayores poderes a los jueces no implicaba restarlo a las partes y pensaban que la autoridad no los usaría abusivamente.

Hoy deberíamos convenir en que haber transitado por ese riesgoso sendero no tuvo en modo alguno los resultados que esperaban. Ese juez con amplios poderes, que puede investigar e interrogar a las partes, testigos y peritos, recabar documentos, entre otros deberes funcionales, perderá inexorablemente su imparcialidad. Es que la imparcialidad se pierde toda vez que el juzgador, lejos de mantenerse equidistante y neutral, hace propio el litigio y se inmiscuye en el derecho material en disputa antes de sentenciar la causa y, como ya lo anticipaba en unas lúcidas reflexiones GIUSEPPE CHIOVENDA, se pierde también la imparcialidad, al ocupar el juzgador el rol de parte y juez al mismo tiempo.

Ya que los mentores del proyecto de Código modelo se apoyaron en la doctrina italiana, nunca debieron perder de vista lo expresado por CHIOVENDA sobre aquello que conforma la esencia de la función jurisdiccional.

Expresa GIUSEPPE CHIOVENDA:

“... En correlación con que la jurisdicción juzga sobre *asuntos de otros*, la primera exigencia respecto del juez es la de que éste no puede ser, *al mismo tiempo, parte en el conflicto que se somete a su decisión*. La llamada *imparcialidad*, implica que quien juzga no puede ser en paralelo parte, es *una exigencia elemental* que hace más a la noción de jurisdicción que a la de proceso, aunque éste implique siempre también la existencia de dos partes parciales enfrentadas entre sí que acuden a un tercero imparcial, esto es, que no es parte, y que es el titular de la potestad jurisdiccional. Por eso mismo la *imparcialidad*

es algo objetivo que atiende más que a la imparcialidad y al ánimo del juez, a la misma esencia de la función jurisdiccional y al reparto de funciones en la actuación de la misma. En el drama que es el proceso no se pueden «representar» *por una misma persona el papel de juez y el papel de parte*. Es que si el juez fuere también parte no implicaría principalmente negar la imparcialidad, sino desconocer la esencia misma de lo que es la tutela de los derechos e intereses legítimos de las personas por medio de la aplicación del derecho por la jurisdicción en el caso concreto. Es evidente que si un juez puede ser también parte en un proceso que ha de tramitar y decidir, no actuaría con imparcialidad, y no resultaría vulnerada la imparcialidad sino el requisito de la jurisdicción *que ha de conocer de asuntos de otros*. Naturalmente, no es lo mismo referir la plenitud de la jurisdicción, como función del Estado que al juez, considerado como persona, pero también en este segundo supuesto lo que entra en juego no es tanto la parcialidad como la negación de algo que hace a la esencia de la jurisdicción, la denominada imparcialidad»¹⁹.

De otro lado, se utilizan falacias argumentativas que no han sido demostradas empíricamente, por caso el rol pasivo del juez. Un juez que no prueba de oficio está muy lejos de ser un juez pasivo. Tiene extensos poderes a la hora de dirigir el debate y en la complejidad de los ordenamientos jurídicos actuales ostenta una gran discrecionalidad a la hora de emitir el fallo. Asimilar pasividad judicial a no permitir persuadirse de una tesis propia mediante prueba oficiosa es *confundir severamente dos conceptos que nada tienen que ver entre sí*.

A su vez, y ratificando lo dicho en el libro primero de esta colección, si el juez falla conforme lo afirmado, refutado y confirmado por las partes, al momento de decidir sus grados de persuasión sólo pueden colocarlo en una de estas tres hipótesis: si tiene certeza de condena, acogerá la demanda total o parcialmente. Si su convicción es negativa, la rechazará, y si, por último, está sumergido en un estado de duda, por mandato constitucional y convencional debe rechazar la pretensión incoada. De modo tal que toda vez que un juez despacha, por caso, *medidas oficiosas para mejor proveer*, reconoce que se encuentra *en estado de duda* y que las despacha para formar *convicción de condena*, puesto que con la duda ya le *bastaría para absolver*.

19 CHIOVENDA, GIUSEPPE, *Instituciones de derecho procesal civil*, T. I, Valletta, Buenos Aires, 2005, p. 261.

Otra falacia es que en un debate con racional libertad y sin coacción excesiva de la justicia estatal, los letrados tengamos el arte supremo -apelando a la retórica, argucias, maquinaciones y otras malas artes- de engañar a jueces profesionales para llevarnos victorias que no merecían nuestros clientes. Los abogados no tenemos ese poder ficcional. En todo caso, perderemos el litigio si no confirmamos nuestras pretensiones o defensas esgrimidas. Pero de allí a generar convicciones en los magistrados a base de puros relatos, es algo que no se confirma en la experiencia tribunalicia. Lo que sí dejan de manifiesto estas elucubraciones de los legisladores es el demérito gratuito que exhiben ante los abogados, quienes tutelamos subjetivamente, pero con todas nuestras energías, la postura de nuestros mandantes. Pero estamos muy lejos de poder engañar a un juzgador profesional o de provocar el dictado de una cosa juzgada írrita. La cosa juzgada no la forma un abogado sino el poder jurisdiccional. Y esto supondría que el abogado fue engañando, en distintas escalas, a todos los jueces para que transformaran lo blanco en negro y lo cuadrado en redondo, según reza el viejo adagio que glosa el concepto de cosa juzgada. Que algún abogado hubiera promovido un proceso falseando hechos, puede ser posible, pero porcentualmente es una posibilidad ínfima.

Si ésas son las pobres justificaciones para otorgar excesivos poderes a los jueces y cercenarlos a las partes, es evidente que se trata de hipótesis que denigran sin sustento la función abogadil y coloca al poder jurisdiccional en una estatura moral superior a la de los litigantes y sus letrados. Lo hemos dicho en otro tramo de nuestra obra: no existen *instancias éticas* que permitan a los jueces arrogarse una condición de líder moral por sobre los ciudadanos.

La Magistratura en la Nueva Organización (textual de la Exposición de Motivos)

“Los procesalistas iberoamericanos tienen muy clara la idea de que, en todo proceso, y en especial en el proyectado donde el protagonismo del Tribunal resulta esencial, *la figura del Juez deviene principal* pues en ella se asienta la reforma estructural de nuestra Justicia. Es decir que, si bien resulta importante la infraestructura (locales, maquinarias, que acerquen al Poder Judicial las nuevas técnicas) y los mejores códigos, todo ello no cumplirá nuestros objetivos *sin buenos jueces*. Por eso y por la necesidad, entre otras condiciones, de un sensible aumento del número de jueces, estamos reclamando, como principio, *la fijación -de ser posible por norma constitucional, como en Costa Rica- de un porcentaje fijo en el Presupuesto del Estado para*

el Poder Judicial; la creación de Escuelas de la Judicatura que permitan *una estricta selección de los que ingresan* a la carrera (de jueces o del Ministerio Público) y *mejoramiento (reciclaje) de los existentes*. Así como el reconocimiento *de la carrera judicial*, sin perjuicio del caso excepcional -pero obligatorio dentro de límites prefijados o no- de ingreso de abogados de capacidad y experiencia desde fuera, tal como lo establecen los sistemas de Brasil (quinto constitucional) y España, entre otros. Naturalmente, que el Anteproyecto de Código de Proceso no contiene dicha regulación que, corresponde -fuera de las normas constitucionales- a la Ley Orgánica, la cual debe adecuarse a las particularidades de los países y regiones, pero se han establecido algunos principios (orientaciones) que marcan la ineludible relación entre dicho Código y el Tribunal y sus integrantes que, reiteramos, *son la base fundamental (humana) de toda reforma judicial de fondo como la que aspiramos para los países de Iberoamérica*. La necesidad de la más correcta selección de jueces es el pivote del sistema judicial en general y, con más razón en éste, donde *se aumentan las facultades del Tribunal*. La consecuencia de este aumento de los poderes de los jueces y la búsqueda de todas las garantías para su mejor desempeño de la tan trascendente tarea (condiciones materiales, remuneraciones, prestaciones sociales, vivienda, etc., así como la total independencia) es la de establecer la responsabilidad, tema sobre el cual la ley orgánica debe considerar con especial atención. En el Anteproyecto sólo se señala esta responsabilidad en varios casos, inclusive por fallar con error inexcusable, y se hace una mera referencia al proceso por dicha responsabilidad dado que también es tema de la Ley Orgánica”.

Refutación

Desde el año 1988, en que se formulara como *requisito indispensable un sistema de capacitación y selección estricta de los jueces*, han pasado más de *treinta años*. En la Argentina y en buena parte de Latinoamérica, lejos de instaurar escuelas judiciales como requisito previo a postularse a un cargo jurisdiccional, la designación de los magistrados queda cada vez más librada a las decisiones (la mayoría de las veces arbitrarias) o motivadas por cuestiones de oportunidad de quienes están a cargo del poder político del Estado.

Los jueces que son signados por la debilidad en el modo de su elección serán *tributarios* muchas veces de los favores recibidos para ocupar un cargo para

el que carecen de preparación. Así que la *meritocracia estricta* es un presupuesto esencial para que los jueces tengan *mayores poderes en el ejercicio de su función*. Debe repensarse seriamente en los riesgos que implica que a un juzgador poco calificado le conferimos de igual modo la función de decidir litigios con fuertes poderes sobre los bienes más preciados de las personas cuando éstas enfrentan en un conflicto judicial.

Si la extensión de los poderes a los jueces se justificó en la hipótesis de que en poco tiempo serían jueces calificados, ilustrados, ganadores de concursos objetivos y meritocráticos del respectivo cargo, la cruda realidad muestra que no es ése el juez que rige el destino de los justiciables en Latinoamérica. Así que, para no violar el principio de no contradicción, no pueden otorgársele poderes a un juez no capacitado en la misma medida en que se le otorga a un juez apto para su función.

Y a todo evento, si el juez latinoamericano gozara de la máxima capacitación, ello no justifica que pierda su imparcialidad -como bien lo sostuvo Chioven-da- porque nada tiene que ver una cosa con la otra. Pero mucho más grave es conferir poderes acriticamente cuando se tienen serias dudas sobre la competencia intelectual del juez.

Los poderes, deberes y responsabilidades del Juez y de las partes

(Textual de la Exposición de Motivos)

“Reiteremos que, en orden a este tema, el Código Modelo sigue *la tendencia moderna de aumento de los poderes del juzgador convirtiéndolo en el verdadero director del proceso*. Nos afiliamos así a la tendencia universal, que va predominando en todos los más modernos códigos, como sucede con los del área incluidas las últimas reformas de los códigos de *España*, México y Venezuela. No ignoramos *los riesgos que ese aumento de poderes del tribunal puede aparejar*; pero, por un lado, *estamos dispuestos a asumirlos como un intento para mejorar nuestro tan deficiente proceso* y, por el otro, ello no significa *desconocer los derechos y garantías que se acuerdan a las partes*, incluyendo la posible responsabilidad judicial, como contrapartida. Recordemos por otra parte, como ya lo decía Calamandrei, *que el problema práctico no ha sido el abuso de los poderes otorgados a los jueces por los nuevos códigos (se refería, naturalmente, a los de la primera mitad del siglo XX), sino justamente a lo contrario, esto es, a*

la resistencia de los jueces a utilizar efectivamente esos poderes. Esto es en los pocos casos en los cuales los jueces han hecho uso de sus nuevos poderes y las escasas denuncias de arbitrariedad que con tal motivo se pueden señalar. Inclusive se han tomado medidas expresas para regular esos poderes que se enumeran en un largo artículo; nos permitiremos destacar algunos aspectos que consideramos más importantes, siempre dentro del tratamiento del tema en forma muy abreviada. Así es común que los códigos contengan la facultad del tribunal para rechazar una demanda que no se ajuste a los requisitos formales y aun para disponer que el actor haga las aclaraciones o rectificaciones que considere del caso (art. 257, Código de Procedimientos Civiles de México, D.F). Inclusive el nuevo Código del Distrito Federal agrega, en el artículo 272 D, *la facultad de disponer medidas conducentes para subsanar esos defectos alegados por las partes en la demanda o contestación.* El Anteproyecto de Código Modelo incluye, dentro de éstas, dos facultades importantes más: la de “darle a la demanda el trámite que corresponda cuando el señalado en ella aparezca equivocado” y la de “rechazar la demanda, cuando ella fuere manifiestamente improponible”. La primera facultad es conocida y aparece ya en muchos códigos modernos; constituye una aplicación inobjetable de los poderes del tribunal en la dirección del proceso. La segunda representa una innovación del proyecto con respecto a casi todos los códigos iberoamericanos, no obstante encontrarse ya en el régimen brasileño. Se trata de la posibilidad de que el tribunal no sólo analice liminarmente los aspectos formales (externos) sino aun *el contenido de la petición inicial.* Esto es no sólo la admisibilidad sino, además, *la fundabilidad,* lo que constituye un paso muy importante *en el aumento de sus poderes.* Naturalmente que se trata de un caso extremo en el cual surge objetivamente (esto es *a priori,* notoriamente) dicha improponibilidad, como si se solicitara el divorcio en un país que no lo admite, o el cobro de una deuda de juego cuando la legislación dice que ésta sólo produce obligaciones naturales. Se trata de un caso en que manifiestamente no podrá ser acogida la pretensión, independientemente de los hechos alegados o las pruebas que se produzcan. La doctrina iberoamericana ha profundizado en la cuestión aceptando la opinión de Redenti, de que los casos de improponibilidad objetivos pueden calificarse de falta de jurisdicción.

Digamos por último y para terminar este tema, que la facultad del juzgador es reglada y sometida a los recursos -en caso de rechazarse la pretensión *in limine*- que otorgan las debidas garantías a las partes. Queremos también señalar, dentro de todas estas facultades, que ameritarían un tratamiento especial que el tiempo y el espacio no permiten, que recoge el Anteproyecto y planea *el respeto de la regla moral dentro del proceso y la exclusión de la mala fe, la “chicana”, la colusión y el fraude*. Fuera de las normas generales que permiten al juzgador rechazar *in limine* incidentes, intervención de terceros, pruebas inadmisibles y declarar de oficio nulidades absolutas (artículo 33, 7°, 8°, 9°, etc.), parece importante resaltar la que lo faculta para relevar de oficio ciertas excepciones, como la de litis pendencia, cosa juzgada, caducidad, transacción y falta de representación del apoderado o incapacidad, *pero sobre todo las que se refieren directamente a los deberes morales en el proceso*. En este sentido corresponde destacar las normas que hacen a este propósito, ya sea estableciendo el principio de buena fe (artículo 5), ya sea las que facultan a los jueces para aplicar sanciones por su incumplimiento”.

Refutación

El extenso párrafo contiene múltiples razonamientos, la mayoría de ellos inconsistentes o ya demeritados por el paso del tiempo. Así, el rechazar la idea de que la fijación de las audiencias por el tribunal alargaría los procesos era y es negar la realidad. En primer lugar, el apoyarse en códigos que provienen de la década del 40 apostando al modernismo procesal, es una *contradictio in terminis*. Los tiempos cronológicos no confirman esta hipótesis. Que ciertos códigos cargados de tendencias autoritarias reflejen esa dirección, lo único que indica es que el pensamiento que primaba en esos tiempos (cincuenta años atrás) era el que se expresa en la redacción del Proyecto del Código Modelo.

En segundo lugar, se menciona a la ley procesal española. Décadas después, España dejó de lado esas leyes cuyos ejes se remontaban a tiempos de la Colonia. España sustituyó -en este punto crucial- *los poderes de los jueces en torno a la prueba de oficio*. En pleitos que involucran intereses transigibles la dejó de lado y prohibió las medidas para mejor proveer *si estas son dictadas para suplir la negligencia probatoria de las partes*.

En tercer lugar, que a los jueces se les permita expedirse sobre la fundabilidad de la pretensión, salvo casos grotescos como sería el reclamo por una deuda

de venta de drogas, no nos persuade en modo alguno. Cuando se abre una ventana (para que el juez pueda desestimar el derecho material que la parte invoca) puede colarse el más crudo subjetivismo judicial.

En cuarto lugar, se reiteran las prevenciones sobre supuestas actitudes de las partes reñidas con la buena fe procesal. En rigor, la buena fe debería presumirse y alejar los fantasmas que, de ordinario, se agitan para argumentar que las partes actúan de mala fe. Esta es una visión sesgada y propia de conceptos verticalistas, infundada y prejuiciosa sobre el accionar de las partes materiales y sus letrados.

La audiencia preliminar. Saneamiento del proceso. Conciliación.

(Textual de la Exposición de Motivos)

“En el desarrollo del procedimiento, imposible de analizar en esta exposición general, adquiere una importancia fundamental la *audiencia preliminar* que delinea la orientación que hemos querido dar al procedimiento (proceso por audiencias) y marca el punto principal, de manera que constituye la innovación *más representativa del nuevo régimen*, por lo cual la analizaremos con todo detalle en su momento. Aparece, por otra parte, como un instituto que se perfila como preferido por quienes han preparado los proyectos -algunos convertidos en ley- modificativos de los códigos iberoamericanos.

Funciones de la audiencia preliminar. Los objetivos de esta audiencia preliminar resultan muy variados y la doctrina y el propio derecho positivo le atribuyen diferentes fines. Sin embargo, para una construcción científica, es necesario clasificar (o agrupar) dichos fines, de manera de no crear la impresión, sea en el legislador, en los jueces o en los abogados, de que se pretende introducir un *monstruo* que determinará, como dicen algunos juristas *muy conservadores*, que los tribunales no tengan *tiempo para fijarlas*. Y entonces vayan señalándose, cada vez con más dilación para el futuro (como según también se dice sucede en algunos tribunales norteamericanos) y el proceso *se dilate, en lugar de abreviarse*.

No está demás decir, al respecto, que este argumento es falaz, pues justamente el fin de la audiencia es *abreviar el procedimiento y acelerar el trámite*. Pero, reiteramos, el “temor a la oralidad” hace que en nuestros países se recurra reiteradamente a esta clase de argumen-

tos, el más frecuente de los cuales consiste en decir que para este nuevo proceso se necesitarán muchísimos más jueces y, entonces, con la carencia de medios -endémica- del Poder Judicial, no podrá encararse tal reforma. Lo que no resulta un argumento válido, sin perjuicio del reclamo permanente de mejoramiento del servicio de justicia, para lo cual se necesitan más medios económicos para esta tan esencial función del Estado.

Antes de proceder, entonces, a agrupar los objetivos de la audiencia, es menester recordar una vez más que estamos justamente ante eso, una audiencia (de *audire*, oír) por lo que, como señala GELSI BIDART, consiste en comparecer *ante alguien que está dotado de autoridad para realizar ante él una actividad (al menos ser oído y por ende, oír)*. También corresponde insistir en que de esa forma se realiza el verdadero proceso, como *actum triarum personæ* y que, finalmente, se parte de que tenga una *presencia activa*. Para lo cual será indispensable que *esté instruido de la causa*. Por eso la audiencia preliminar se ubica, en todos los ordenamientos que venimos analizando, salvo en el de Austria, para que el juzgador con el material de la etapa de proposición (demanda, contestación y eventualmente reconvencción) *pueda realizar en forma útil (eficaz) su tarea*.

Las principales funciones de la audiencia preliminar pueden agruparse en diferentes rubros: *la conciliadora* (exclusión del proceso), *saneadora* (saneamiento del proceso, depuración de cuestiones no referidas al mérito), la de establecer *el objeto del proceso y de la prueba* (función abreviadora, al decir de BARBOSA MOREIRA) y ordenadora, justamente por el Tribunal respecto del futuro desarrollo del proceso, en especial tomando medidas relativas al diligenciamiento de la prueba. Una de las principales funciones de esta audiencia *es la conciliación*, que tiende a lograr la extinción del proceso (fin de *exclusión del proceso*, nos recuerda JORGE ANTONIO ZEPEDA), tema que por su importancia dejamos para el siguiente parágrafo.

La finalidad de saneamiento del proceso es otra esencial tarea de esta etapa, al punto que hay procedimientos que mantienen esta función del oficio judicial aun dentro del proceso escrito, lo que resulta fundamental. Así sucede en el proceso de Brasil, cuya jurisprudencia y doctrina han afinado el estudio del tema más que en ningún otro

lado. El *saneamiento del proceso* supone, en consecuencia, que estas cuestiones o excepciones dilatorias, falta de presupuestos como la capacidad y aun la legitimación e improponibilidad de la demanda, se planteen (*si no se lo hizo antes*) en la propia audiencia y sean resueltas por el tribunal mediante lo que constituye un verdadero despacho saneador (sentencia o auto interlocutorio). Asimismo, el tribunal incluirá en las cuestiones a resolver la regularización del procedimiento y la subsanación de los actos que puedan provocar nulidades sanables o la declaración de las insanables con el fin de que se esté en condiciones de entrar en el tema del objeto del proceso y las pruebas -que analizamos a continuación- en virtud de que, resueltas aquellas cuestiones, no hay duda que corresponderá ingresar al mérito de la causa. Esto es que, verificado que el proceso se ha desenvuelto sin vicios o aquéllos que tenía han sido saneados, *prácticamente se entra a una nueva fase del proceso (la preparación de la decisión sobre el fondo)*. Esto es, como lo dice BARBOSA MOREIRA hablando de la audiencia austríaca, se procura descargar a los tribunales de aquellas cuestiones ajenas al fondo para que, en adelante, puedan resolver en base a un debate exclusivo sobre el mérito de la causa.

Corresponde ahora pasar a la otra función de la audiencia preliminar, *cual es la de fijar definitivamente el objeto del proceso y, por ende, de la prueba a producir, que dependerán –naturalmente– de dicho objeto y de los hechos controvertidos a esta altura*. Por ello se admite en la audiencia que las partes puedan ratificar -no parece adecuado rectificar- sus pretensiones e inclusive ampliarlas. Es natural, asimismo, que, si el demandado en su contestación ha alegado hechos extintivos, por ejemplo, se oiga sobre ellos al actor y se le permita completar su prueba. Lo mismo sucederá con el reo respecto de la ampliación de la demanda del demandante.

En esta función nos permitimos hacer solamente tres precisiones para no extender exageradamente esta exposición de motivos.

- a) *La fijación del objeto del debate* puede derivar -si no hubo conciliación o transacción total- en una *delimitación* de los puntos planteados en las pretensiones originales, para lo cual es esencial *el poder de dirección del juez*. De ese modo la función abreviadora sigue cumpliéndose.
- b) Resulta importante también la dirección por el juez de la audiencia,

inclusive asesorando a las partes (como se reclama en la legalidad socialista), mejor aclarando (función esclarecedora) lo que no va contra la imparcialidad y no viola las garantías del debido proceso y el derecho de defensa, desde que, estando todos presentes, el esclarecimiento de las afirmaciones resulta una natural función de la audiencia, dentro del proceso entendido como debe ser.

c) También se hace necesaria la dirección del proceso por el tribunal en cuanto a la prueba. En efecto, establecido (delimitado, clarificado) el objeto del proceso, surgirán con mayor precisión las pruebas que deban producirse sobre los hechos que a esta altura quedan como *los de las pretensiones iniciales* en la casi totalidad de los casos. Entonces será posible que el juzgador pueda *rechazar las pruebas que considere no sólo inadmisibles, sino también las innecesarias, inútiles o inconducentes, dado su papel protagónico en el proceso*. Lo que, reiteramos, no puede hacer en nuestros procesos escritos, en los cuales sólo conoce la causa al final, por más poderes que se le otorguen. Asimismo, resultará natural que se disponga la forma de diligenciar la prueba, en la próxima audiencia o de inmediato, adelantando los pasos necesarios (designación de peritos, inspecciones judiciales, solicitud de informes, etc.) *para que el día de la audiencia final (complementaria) se pueda desahogar la prueba (aún no diligenciada) en forma de cumplir adecuadamente los principios de inmediación y concentración*. Todo ello conduce -por varios caminos- a la necesidad de que el juez tenga *la verdadera dirección del proceso*, dejando de ser un mero espectador, pero no asumiendo tampoco el papel *de dictador*, según las recordadas palabras de ALCALÁ-ZAMORA; sin autoritarismo, ni prepotencia, como reclama Barbosa Moreira. En cuanto a la función de conciliación, por su importancia, la estudiamos por separado”.

Refutación

Nuevamente, la exposición de motivos es extensa en este tramo (diríamos *muy extensa*). A lo largo de sus párrafos encierra un cúmulo de reflexiones y un encendido discurso laudatorio, tanto sobre las supuestas *bondades de la audiencia preliminar* como la de convertir al juez en *estrella principal* de ese acto. Desde nuestro punto de vista todo lo sostenido merece serias objeciones.

La primera impugnación tiene que ver con la potestad conferida al órgano jurisdiccional para fijar el calendario de una audiencia que ya comienza mal por-

que introduce la oralidad *de un modo discontinuo*. Así, el juez va a determinar la fecha en la que se realizará esa audiencia preliminar y si se suspende (por cualquier causa) fijará la sucedánea. No queremos repetirnos, pero dejar librado al órgano jurisdiccional el *manejo burocrático* de esta primera audiencia oral (o la que las sucedan) es caminar hacia un fin previsible: la lentitud inexorable que aportará esa gestión de la *cosa pública* dejada cándidamente en manos de funcionarios (jueces) que se ocupan de *asuntos ajenos*. El litigio civil es propio de las partes y son ellas las que ponen en juego sus bienes jurídicos. El afirmar que el juez está más urgido que ellas -porque representa el *interés colectivo de la sociedad y del Estado*- es una ficción que se arrastra desde que Franz Klein le diera vida. Luego, en especial en Latinoamérica, ocurrió lo que inevitablemente se produciría: una demora exasperante en su fijación.

Volvemos sobre un punto que no mereció la debida reflexión por parte de quienes deben insertar esta audiencia en países de una distinta demografía y tamaño con un dato muy revelador. Uruguay expresa estos registros (tomados en el año 2014 pero que refleja una realidad casi similar para el año 2024), la existencia de 4.865 jueces en todo el país. A su vez la cantidad de habitantes de esa nación asciende aproximadamente a 3.474.000, dando un coeficiente muy superior entre jueces y población al que registra el resto de Latinoamérica.

Ahora bien, si queremos aplicar el experimento por igual a los países de la región, muchos superpoblados y con varias megalópolis que contienen a varios millones de habitantes, es fácil vaticinar lo que pasaría.

En un informe oficial en el que se comparó un grupo amplio de países de Latinoamérica y del Caribe, el Perú ocupaba, por caso, el penúltimo lugar en cuanto a jueces por cada 100 mil habitantes, superando únicamente a Chile (5,0) y siendo ligeramente superado por el Ecuador (6,1) y Nicaragua (6,1). En el extremo opuesto, con la mayor cantidad de jueces por cada 100 mil habitantes se encuentran dos países pequeños: Costa Rica (16,9) y el ya mencionado Uruguay (14,4).

Y para ser todavía más pesimistas, ya que se trata de estadísticas de hace varios años, es muy claro que en la actualidad todavía quedaría más desbalanceada la desproporción entre el número de jueces y los habitantes. Pero volviendo a esos años, otros países reflejaban la siguiente ecuación. Chile, un juez cada 20.000; Ecuador, cada 16.393; Nicaragua, cada 16.393; Perú, cada 16.006; Venezuela, cada 14.706; Puerto Rico, cada 11.364; Honduras, cada

10.989; Bolivia, cada 10.526; El Salvador, cada 10.204; Colombia, cada 9.615; Argentina, cada 8.772; Uruguay, cada 6.944; Costa Rica, cada 5.924.²⁰

Entonces, ¿se trata de impugnar la audiencia preliminar por una atávica desconfianza hacia la oralidad, como presumieron los redactores del código modelo? Claro que no. Lo que está en juego es que quien asume la responsabilidad de proyectar un código modelo para toda la región no debe caer en la irresponsabilidad jurídica de replicar una receta *inaplicable en otros contextos demográficos y urbanísticos*.

Con este panorama, si se torna materialmente imposible mantener la ecuación de un juez cada seis mil habitantes, ¿la audiencia preliminar no pasa a ser el *monstruo jurídico* que se mencionó en la Exposición de Motivos? ¿Es una postura irracional esta exigencia de requerir más jueces por habitantes para que la oralidad y la audiencia preliminar no configuren una suerte de denegación de justicia? En modo alguno: en todo caso, se sostiene que las estadísticas -con sus fríos números- deben guiar a quienes tienen la enorme tarea de no frustrar aún más las casi perdidas esperanzas de que el servicio de justicia regional funcione de un modo adecuado para los justiciables.

Y no sólo se trata de la escasez de tribunales que, por cierto, cuando a todos los procesos se les imprime el trámite oral deben multiplicarse geométricamente, sino que, de lo que se trata, es que la agenda de *las audiencias* no las maneje el propio poder judicial y, en su lugar, lo haga una *oficina de gestión judicial* que le imponga el calendario que deben llevar. Luego volveremos sobre el tema.

La segunda objeción tiene que ver con el modo y la forma de resolver *los presupuestos y el saneamiento de la relación procesal*. A riesgo de que se nos tilde de escrituristas, si lo que está en juego es la *validez o invalidez de la relación procesal* estas cuestiones deben ser planteadas por la demandada de forma escrita y bajo la modalidad de excepciones de previo y especial pronunciamiento. En nuestro criterio, sería mucho más fiable que los juzgadores resuelvan esos planteos mediante auto interlocutorio fundado. Se trata de *cuestiones técnicas* que para introducirlas deben ser sopesadas por la demandada y estudiadas cuidadosamente por el juez. Y quizás lo más trascendente es que las resuelva

20 HERNÁNDEZ BREÑA, WILSON, *Carga y descarga procesal en el poder judicial*, 1996-2005 De lo general a lo particular, de lo cotidiano a lo preocupante Consorcio Justicia Viva, Instituto de Defensa Legal Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2006 disponible en la web.

fundadamente de modo tal que las partes puedan conocer las razones que sostienen lo decidido y manejar el régimen recursivo del que dispongan.

No vemos la ventaja de que este tipo de cuestiones jurídicas se plantee previamente -ni mucho menos de un modo sorpresivo en la audiencia oral- y que se resuelvan en esa audiencia. Salvo temas que tengan que ver con el orden público -como la cosa juzgada y la litispendencia por identidad (que podrían ser deducidas en cualquier estado y grado de la causa)- debe permitirse a la parte demandada articularlas *de un modo previo a la contestación de la demanda*. Se trata de ordenar y validar el método de debate y no imponerle al juez resolver oralmente cuestiones jurídicas-procesales. Luego, la técnica de la oralidad para *sanear* la relación procesal privilegia sin razón plausible la intermediación cuando aquí lo que debe primar pasa por apuntalar a una decisión fundada que puede tener efectos decisivos sobre la cuestión de fondo.

Además, si lo que resolvería el juzgador en audiencia tiene que ver con la carencia de representación procesal, el defecto legal en el modo de proponer la demanda (por poner sólo dos ejemplos), ¿el recurso a deducir debería interponerse en la propia audiencia de forma oral o por escrito? Y en cualquiera de las dos formas que se escogiera, ¿cuándo se fundamentaría?

Quienes litigamos hace años en conflictos a los que se adjudicó el trámite oral -pero sólo para la audiencia complementaria- no logramos imaginarnos cómo sería ese escenario *casí dantesco* para el justiciable. Es que si la demandada planteó una excepción por escrito y el juez va a resolverla oralmente en la audiencia preliminar, el funcionario tuvo la ventaja de meditar su decisión y las partes quedarían sometidas *a la inmediatez y celeridad de unos pocos minutos para poder ordenar los fundamentos recursivos*. Si, por el contrario, de lo que resuelve se permite impugnación y fundamentación por escrito, el que atenderá el recurso será el superior.

Confesamos que, en décadas de litigantes, no logramos desentrañar estas incógnitas que son elementales. Lo que sí queda claro es que existen fundadas razones para cuestionar severamente ese acto que, para los redactores del código modelo, es quizás la *principal reforma innovadora que trajo su propuesta*. Y si, por último, lo que resuelva el juez para sanear la relación procesal en la audiencia preliminar resulta inapelable, una norma de ese calibre violentaría el derecho de defensa de las partes de una manera radical.

En cuanto la delimitación del *objeto litigioso* supone un importante poder con-

cedido a la jurisdicción que -a nuestro juicio- tampoco tiene justificación. Bajo la subyacente premisa de *que el proceso es un mal en sí mismo*, un juzgador influido por esta ideología estará inclinado a recortar, quizás arbitrariamente, los ejes del debate. De ordinario, lo que resuelve el juzgador sobre el objeto litigioso y en la audiencia *no es apelable*. Si esto es así, y lo es, supone otro severo riesgo para las partes. Un recorte sobre el objeto procesal impuesto a *temprana hora* por el juez implicaría que llegó con un estudio muy meduloso de la causa. Y esa garantía no puede ser confirmada por el justiciable. De ordinario, los jueces se encuentran apremiados por aquellos plazos que, de no cumplirlos, pueden sufrir sanciones. Así, el incumplimiento del plazo para dictar sentencia puede suponer la pérdida inmediata de la competencia o generar cuestiones que afecten a la foja de servicios del juez. Luego, por un obvio orden de prioridades, el juez estudiará las causas que debe resolver ¿Quién asegura a las partes que pondrá el mismo énfasis sobre asuntos que no tienen un control de esa actividad?

Así que todo lo que suponga restringir el objeto de debate o, como veremos seguidamente, suprimir medios de prueba por considerar que no tienen vinculación con lo que está en discusión, nos merece otra *oleada de recelos*.

La tercera objeción se vincula con lo expresado en el párrafo anterior. Delimitado que fuera el objeto litigioso, se concede la posibilidad de que se cercenen los medios probatorios que no tengan que ver con el tema en debate, según la opinión del juzgador.

Los códigos publicistas le permiten al juez expedirse sobre *la pertinencia de los medios probatorios*. Aquí subyace otro prejuicio: que las partes ofrecerán medios de prueba para dilatar inoficiosamente el curso de la causa. Es una *imputación gratuita* que no tiene confirmación empírica, pero es una atribución que -a partir de premisas de ese calibre- se le confiere al juez y se replica en casi todos los códigos de Latinoamérica (pero no es por fortuna un criterio uniforme). El código procesal civil y comercial de la provincia de Santa Fe, Argentina -ya lo apuntamos, pero viene a cuento en este contexto- le prohíbe al juez expedirse *sobre la pertinencia de los medios probatorios*. Y ya se vio que el Código Modelo del Instituto Panamericano también se lo prohíbe.

Es que, bien mirado el asunto, y puestos en juego los valores de libertad probatoria (de rango constitucional y convencional) enfrentados con los prejuicios que pudiera impregnar a un juzgador (considerando que se están ofreciendo medios probatorios impertinentes a los fines de demorar voluntariamente la

tramitación de la causa), será siempre plausible expedirse por el *primero de los valores*, rescatando la posibilidad de postular y confirmar ampliamente las teorías del caso que se sustentan.

La conciliación en la audiencia preliminar. La justicia conciliatoria
(Textual de la Exposición de Motivos)

“Como en la mayoría de los sistemas, nuestra audiencia preliminar prevé -casi como primera actividad- la de intentar la conciliación por medio del tribunal. Y este objetivo es trascendente y fundamental. No obstante, nos introduce en una problemática muy amplia y actual que no corresponde analizar ahora, pero a la cual haremos alguna breve referencia. Especialmente en cuanto se ha cuestionado que esta función de conciliación sea cumplida por los jueces. Inclusive, dentro del nuevo Código mexicano que venimos estudiando con tanto interés, dicha actividad la cumple el *conciliador*, no el juzgador (artículo 273-A). Lo que no compartimos, por las razones que expondremos.

Pero el tema amerita un planteo más general, aunque dentro de los modestos límites que permite esta exposición.

El tema de la justicia conciliatoria es uno de los más trascendentes del mundo moderno, dentro de la problemática más general de la justicia, de las formas de acceso a ella y de la búsqueda de fórmulas de alternativa. Lo que no significa que esta forma de justicia sea una novedad sino que, por el contrario, es muy antigua. No obstante, se ha revalorizado al punto de ocupar un lugar especialmente destacado en la doctrina, en los congresos científicos y de ser recogida en la legislación en varios aspectos.

En ese sentido, y como punto importante, corresponde señalar el *Coloquio de Pau* (6-9 de julio de 1987), en donde se brindó completa información sobre el estado de dicha justicia conciliatoria en el mundo. Resulta de interés señalar, como se destaca en los informe que el Coloquio se convocó bajo el tema: *Le régime des conflits hors des tribunaux o Settlement of disputes out of Court*. Inclusive se tomó por muchos de los participantes como una de las formas de justicia alternativa para solucionar los conflictos fuera de los tribunales.

El argumento era el de que la justicia *tradicional* era lenta, cara, burocrática, de difícil acceso para los carentes de recursos y por ello se buscaban fórmulas para facilitar la solución de los nuevos conflictos que plantea la sociedad moderna. Inclusive se señaló a la *Justicia conciliatoria* como una forma que no tendía a *trancher le litige*, esto es, resolver el conflicto en forma tajante, sino una manera (más pacífica” de *Justicia coexistencial* dijo MAURO CAPPELLETTI) para quienes deben luego seguir conviviendo, una *wormer way of disputes*. Y se nos presentó la eclosión de esta justicia en nuestra época y en casi todos los países industrializados (para emplear un término que pueda comprender a la mayoría de ellos).

Y allí se consideró que este tipo de justicia debía impartirse, no por el juez tradicional, sino por otro personaje cuyas características se delinearon. Como ya lo señalamos, no podemos desconocer este fenómeno sociológico. Sin embargo, nos permitimos dos precisiones:

- a) En primer lugar, que la mayoría de los conflictos allí planteados de vecindad, del taller, de condominio, del consumidor, de pequeñas rencillas que, pudiendo reclamar la intervención de un juez penal, en puridad no llegan a los tribunales. Es lo que puede analizarse quizás en la experiencia mexicana de la Procuraduría del Consumidor. Esto lo reconocían muchos de los participantes del Coloquio, que preconizan esta justicia al punto que, por un lado se admitía que esa solución consensual permitiera, para quien no estaba conforme, la posibilidad de la vía judicial, en tanto que otros reconocían que no era un mecanismo apto para disminuir el trabajo excesivo de la justicia común (claro que nada de esto determinaba un rechazo de las soluciones).
- b) Que nosotros venimos bregando para que la justicia tradicional no sea tan burocrática, ni los procedimientos tan complejos, ni el acceso tan difícil, y nuestro proyecto tiende justamente a colocar un juez cercano a las partes, que también proponga vías amistosas y pacíficas de solución. Por todo lo cual, sin perjuicio de admitir estas soluciones de la moderna justicia conciliatoria y todos los intentos preprocesales, bregamos porque se introduzca la conciliación procesal en esta etapa tan oportuna a nuestro juicio.

El otro problema que se plantea -dentro de la misma tendencia- tiene que ver con la creación de conciliadores especiales a quienes encar-

gar ese cometido, excluyendo al juez de esta tarea. Lo que puede hacerse mediante esta nueva forma de justicia que tiende a disolver otra clase de conflictos colocando a un conciliador en lugar del juez, o al lado del juez, como hace el Código mexicano (artículo 273-A), quien será el que prepare y proponga a las partes la solución del litigio.

No compartimos esta solución y será de gran interés oír a los juristas iberoamericanos sobre el punto. Sólo nos permitimos decir: a) el juez, como técnico en Derecho y mejor conocedor que nadie del alcance de las pretensiones, con ese tan importante papel en la audiencia, *será para nosotros el mejor conciliador*. Naturalmente que podrá apelar a alguna de las técnicas a que se refiere el proceso, pero eso se arregla con colocarle asesores técnicos y no un conciliador que tampoco podrá ser un especialista en cada uno de los planteos que hagan las partes. b) no parecen válidos los argumentos de que el juez debe quedar al margen de las soluciones transaccionales colocado por encima de las partes para mantener su imparcialidad. Este argumento sólo lo escuchamos en nuestro procedimiento latinoamericano, donde acostumbrados al papel pasivo del juez -que es el que lee toda la novela sin intervenir en ella, salvo para ponerle el epílogo, como alguien ha dicho con razón- nos parece extraño verlo proponer soluciones y argumentar a las partes sobre los inconvenientes de la sentencia judicial.

En todos los países donde el proceso es oral, el tribunal interviene activamente, rechaza peticiones, recrimina a las partes y a los abogados que no actúan con lealtad y probidad, inclusive los sanciona, hasta con arrestos, y luego continúa su tarea terminando con la sentencia, sin que nadie piense que ha perdido su imparcialidad.

En definitiva, si admitimos un conciliador no profesional para actuar en la etapa preprocesal, no podemos aceptarlo dentro del proceso, especialmente si éste, conforme con lo que proponemos, se realiza ante un juez activo que, en un acto triangular junto a las partes y sus abogados, en franca y leal colaboración procura una solución al conflicto. Nos parece contradictorio con el espíritu de la audiencia preliminar la introducción de este otro *personaje* en lo que es un *actum tri personae*.

Por ello en el *Código Modelo* se propone la conciliación en la audiencia presidida por el juez, como primera etapa, procurando evitar el

conflicto o reducirlo (en cuanto el acuerdo sea parcial) lo que está indisolublemente ligado con todo el resto de esta audiencia preliminar. No obstante, se deja a la ley especial la posibilidad de establecer otros sistemas, inclusive el profesional que se propone (laico, técnico en conciliar”).

Refutación

La *mediación intraprocesal* encomendada *al mismo juez* que tramita la causa que luego, si fracasa en esta instancia, es el competente para fallarla, no resulta *una idea acertada*. El papel del juez que hoy propone fórmulas, escucha las propuestas de las partes y luego, si no se arriba a una solución transaccional, decide el litigio, portará para siempre el sesgo cognitivo de lo que las partes pudieron haber reconocido respecto de los hechos o la bondad del derecho que le asiste a su adversario.

Si esto es así -y lo es- el juez mediador o conciliador representa una contradicción flagrante con la esencia misma del instituto. Si los litigantes apelan a la mediación, será un camino escogido, entre otros factores, porque confían en el clima distendido e informal que puede generar un mediador del que no tengan nada de que prevenirse. Y esa confianza se consolida, básicamente, en la medida en que el tercero, actuando como mediador, pondrá todo su empeño en pretender la solución del conflicto pero no puede, luego, imponer *coactivamente* sus sugerencias. En la mediación intraprocesal, el mediador es el mismo sujeto (juez) que luego tiene, insistimos, el poder de heterocomponer la causa; y esto, por sí solo, rompe el esquema de confianza que es indispensable para que una mediación rinda sus frutos.

Es que si una parte aceptó la bondad de las pretensiones de la otra y propuso, por caso, una fórmula conciliatoria pero luego la “mediación intraprocesal” llevada ante el juez de la causa termina fracasando, puede quedar en una situación jurídica desventajosa a la hora del dictado de la sentencia. Resultado: es natural que las partes recelen en admitir frente al órgano jurisdiccional (que hace las veces de mediador y heterocomponedor) hechos que luego podrían perjudicarlas. También es lógico que, por las mismas razones, se abstengan, de presentar propuestas que supongan el reconocimiento de los hechos o el derecho invocado por su adversario.

Y dejamos para el final una frase que expresa el auténtico espíritu *casi dictatorial* que inspiró a los redactores del código modelo: el mencionar que es una

función del juez, por supuesto laudada por los codificadores, que pueda *hasta arrestar a las partes* y que ello no le impedirá mantener su imparcialidad al momento de dictar sentencia. Esta afirmación provoca un enorme estupor y cierto grado de indignación. En nuestra vida profesional jamás, en miles de litigios, estuvimos cerca de una situación en la cual el juez amenazara con arrestar a una parte o, peor aún, concretara ese arresto. Pero si esto aconteciere y el juez es un hombre de bien, debería *excusarse inmediatamente*. Es que se alzaría contra el orden normal y natural de las cosas el que quien considera tan indigno a un justiciable o su letrado como para ordenar su arresto, se despoje luego de lo que aconteció y de la penuria que supuso colocar a un individuo en la cárcel y mantenga para con esa parte neutralidad, equidistancia, objetividad y carencia de prejuicios.

7. LAS ÚLTIMAS REFLEXIONES SOBRE EL CÓDIGO MODELO Y OTRAS POSTURAS

¿Qué reflexiones nos provocan las críticas puntuales a las normas del Código Modelo Iberoamericano y a su Exposición de Motivos? Que la vieja cultura autoritaria, entre otros desvaríos, sedujo a las comisiones redactoras y a los hacedores de los códigos procesales civiles de la región, convenciénolos de que las partes y sus letrados son unos sujetos *sospechables* y que deben ser mantenidos a raya con *sanciones draconianas*.

Y otra reflexión nos llevó a constatar cómo recrudeció el paradigma que presenta al Poder Judicial como un poder *bueno*. Que la jurisdicción estatal no refleja una burocracia institucionalizada y que, por tanto, va a procesar las causas de un modo diligente. Que por esa condición de *poder bueno* tiene más interés en resolver el conflicto que las propias partes. Que los jueces vienen a este mundo a impartir *la justicia, a declarar la Verdad, y a hacer imperar la moral jurídicamente objetiva*. Que van a resolver los conflictos con el empleo de técnicas de argumentación que harán que sus decisiones sean las únicas respuestas posibles, y las correctas para los casos litigiosos que tienen entre sus manos.

7.1. EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO

A base de ese ideario se aprecian ciertas consecuencias muy gravosas. En el Código Procesal peruano de 1993, la gran mayoría de las resoluciones interlocutorias que dicta un juez son inimpugnables porque se entiende que ese magistrado está casi al margen del *error humano* y, por ello, no existen recursos deducibles sobre lo que decide. Y cuando puede impugnarse lo resuelto por el juez el recurso, se concede en *efecto diferido* (art. 369 de ese cuerpo legal). Resultado: el juez es un auténtico *dictador* en el curso de ese proceso, que puede provocar daños irreparables a las partes sin que la normativa procesal les otorgue ningún remedio para ponerle freno.

7.2. EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO DE URUGUAY

El Código General del Proceso de Uruguay -ya lo hemos visto, pero lo enfatizamos- autoriza al juez a cercenar los medios probatorios ofrecidos por las partes (si los considera impertinentes) en la audiencia preliminar. Debe tenerse presente que el código uruguayo está inspirado en el Código Modelo Único para Iberoamérica repitiendo, por tanto, el *desafortunado esquema* adoptado por ese formato. La norma procesal uruguaya admite que el juez se entrometa en la conducencia de la prueba, en clara violación al más elemental derecho de defensa que le asiste a las partes de armar su estrategia procesal y de escoger los medios de prueba que estimen conducentes para acreditar los hechos invocados como sustento de sus pretensiones o sus defensas.

Estos ordenamientos procesales constituyen ejemplos muy claros de un modelo que descansa sobre la figura de un juez paternalista, autorizado para investigar y probar por sí y ante sí *la verdad real*, y legitimado para encontrar *la justicia absoluta* de cada caso concreto que le toca resolver. Se lo puede parangonar con un dictador jurídico moderno, instalado en el ámbito más sensible de todos los poderes: el judicial, donde los controles frente al uso arbitrario del mismo son muy difíciles de utilizar.

Debe concederse que para imponer -desde la altura del poder- pero, más aún, para que *se acepten desde el llano* consignas preñadas de *falacias* y de paradigmas *autocráticos* tan absurdos- se tuvo que actuar con una gran *consistencia* ideológica. Ha sido una tenacidad digna de mejores afanes, pero fue funcional a los fines perseguidos.

Con certeza, tampoco ha sido una empresa fácil para sus impulsores: lograr abonar ese terreno sólo para los conflictos civiles, desentendiéndose de los escenarios democráticos que no pueden mirar con buenos ojos a un sector del poder ejercido *casi sin límites*, es una faena bien cumplida pero que sirve de muy poco. Lo cierto es que, *a como fuere*, se las han ingeniado para poder anudar los eslabones de una pesada cadena de opresión que asfixió inexorablemente a los pueblos y a los justiciables de la región.

7.3. LA PALABRA DE MICHELE TARUFFO

La palabra y la influencia de MICHELE TARUFFO despierta nuestro interés porque ha sido una figura central del publicismo, un estudioso sobre los sistemas procesales y, en lo que nos interesa, un severo denostador de los sistemas

adversariales y un acérrimo opositor a la iusfilosofía garantista. Con una grave inexactitud visualiza a quienes sostenemos un sistema procesal adversarial, para los conflictos no penales, de este modo²¹:

«Ante todo, la función y la naturaleza de la prueba se conciben de formas distintas según los modos de configuración y la finalidad fundamental del proceso civil o penal. Si se parte -como hacen muchos- de la premisa de que el proceso está encaminado exclusivamente a solventar controversias, la consecuencia será no considerar relevante la calidad de la decisión que ponga fin al conflicto, pues lo único que se pide es que la misma sea eficiente en ese sentido de acabar con la controversia entre las partes. En tal caso, será irrelevante que la decisión se funde en una verificación probatoria de la verdad de los hechos. Es más, se entenderá que la búsqueda de la verdad es no sólo inútil sino incluso perjudicial, precisamente porque requiere invertir tiempo y actividades procesales necesarias para obtener las pruebas. Desde este punto de vista, la naturaleza y la función de la prueba permanecen sin determinar: como mucho, se pone de relieve su función retórica. Cabe observar que esta concepción de la función del proceso está bastante extendida: de hecho, caracteriza a la mayoría de las teorías del *adversary system*”.

Sostener que quienes apostamos por el sistema adversarial nos oponemos a la búsqueda de la verdad, entendida en el concepto antes expresado, supone una falacia absoluta.

Ahora, que en el marco de estos sistemas contradictorios y con un rol preponderante de las partes, no se conciba que la fijación de esos hechos quede a cargo del juez y que éste, de un modo oficioso, pueda declararlos probados, es una hipótesis totalmente diferente. Existen muchos criterios de verdad; pero un jurista de la talla de Taruffo no puede confirmar empíricamente que quienes abogamos por un sistema adversarial portemos estos oscuros fines negacionistas.

De seguir la tesis de TARUFFO, todo el sistema acusatorio adversarial que rige para los procesos penales en Latinoamérica supondría un absurdo total. Que en estos dramáticos conflictos les resulte perjudicial a la víctima, al Ministerio Pú-

21 TARUFFO, MICHELE, ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO Y CANDAU Pérez, Alfonso, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2009.

blico de la Acusación y al imputado un fallo que se corresponda con un criterio de verdad y que al juez le sea indiferente a la hora de sellar la suerte del acusado o de la víctima en ese proceso, *es una tesis que no resiste el menor análisis*.

7.4. LA IMPUGNACIÓN DE LAS TESIS DE JOAN PICÓ Y JUNOY

Cuando sosteníamos que muchos de sus seguidores que se adscriben a esta idea pueden refutar perfectamente nuestros dichos, llevamos en mente -por caso- a quien se considera uno de sus discípulos. Nos estamos refiriendo al connotado publicista barcelonés JOAN PICÓ y JUNOY, con quien mantuvimos un trato personal siempre respetuoso en las oportunidades que la academia nos reunió en distintos sitios de Latinoamérica y España, pero de quien nos separan visiones ideológicas enfrentadas sobre el proceso y la jurisdicción. Entre sus numerosas obras publicó un artículo que tituló *El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*²² donde se expresó de esta forma:

“Es cierto que las limitaciones propias del hombre hacen que no siempre pueda alcanzar la tan preciada *justicia*, pero no lo es menos que ello no debe ser obstáculo para que el legislador ponga en manos del juzgador los medios suficientes al objeto de que ésta pueda lograrse en el mayor número de ocasiones, máxime si con ello no se infringe precepto constitucional alguno. Como ha indicado Taruffo al estudiar el concepto de *justicia* de la decisión judicial, ésta no es nunca justa si se fundamenta sobre una determinación errónea o inexacta de los hechos, por lo que concluye que la certeza del juicio sobre los hechos es una condición necesaria para que pueda afirmarse que la decisión judicial es justa. Además, todo ello sería compatible con la teoría que considera que el proceso sirve únicamente para resolver conflictos: si no se acepta como válida cualquier solución del conflicto y, en su lugar, se piensa que éste debe ser resuelto sobre la base de algún criterio de justicia, entonces ciertamente nos encontramos con el deber de reconocer que la declaración judicial certera de los hechos es una condición necesaria para lograr la solución justa del proceso”.

22 PICO Y JUNOY, JOAN, *El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*. Cuestiones Jurídicas Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta Vol. VI, N° 1 (Enero - Junio 2012), España.

Las ideas del publicismo expresadas por PICO y JUNOY nos dicen, por un lado, que deben fijarse con la mayor exactitud posible los *hechos* sobre los que se asientan las hipótesis sostenidas por las partes. Por cierto, que una decisión será justa si se fijan con la mayor precisión los enunciados sobre los hechos y se los declara probados; pero esa fijación de los hechos, muy saludable, lo concedemos, será válida (*si y solo si*) el juez verifica la existencia o inexistencia de los enunciados fácticos invocados por las partes valiéndose solo de las pruebas que *éstas le suministran*. También la sentencia será válida si despacha pruebas oficiosas cuando existe sobreabundancia de material probatorio, pero jamás *para suplir la negligencia en la que pudieran caer los litigantes*.

Esta máxima es de plena aplicación en todo conflicto que encierra intereses transigibles. Y aun cuando la índole del conflicto trasciende a los intereses de las partes, se puede acudir a métodos auxiliares que resulten útiles para que, sin demeritar la esencia de la función judicial, supongan salidas compatibles con el respeto a la igualdad procesal de las partes.

Por caso, para garantizar la imparcialidad del juez, el artículo 429 de la LEC Española prescribe lo siguiente:

“...cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, *lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria*. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente...».

La moderna legislación procesal civil española sumó un baño de sensatez sobre el accionar de un juez que se precie de ser democrático

7.5. LAS REFLEXIONES DE PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ

También nos viene desde España y se encarna en la pluma de un juez (que hace un culto de las notas esenciales de su ministerio) y que también pugna por una renovada visión sobre la justicia civil. No referimos a Perfecto Andrés Ibáñez, que otorga una invalorable visión sobre la preocupación que en los procesos dispositivos adversariales despierta a las partes la calidad de la decisiones de los jueces.

Veamos²³:

“La arbitraria atribución a ciertos medios probatorios de una inexistente aptitud para poner al juzgador en relación directa con «los hechos» porque éstos no existen como tales en la realidad empírica y no son susceptibles de constatación, es contraria a lo postulado por un realismo ingenuo muy extendido. En efecto, ni siquiera en el caso de dar por cierta esta hipótesis es inaceptable que el juez, a pesar de la intermediación, tendría tal clase de *acceso directo a aquéllos*, ya que la que le llega en todo caso, es a través de los medios personales de prueba directa por antonomasia. En el tópico imaginario judicial son discursos, es decir, proposiciones sobre hechos sólo aptas para proporcionar conocimiento mediato y mediado, además, por actos de percepción y ejercicios de memoria, que por las bien conocidas desviaciones a que se hallan expuestos, introducen un consistente plus de complejidad y de dificultad en el asunto. En su noción más obvia, motivar es dar cuenta del porqué de lo resuelto. Un porqué cuyo destino es de ser intersubjetivamente valorado, para lo que ha de exteriorizarse y contar con presupuestos explícitos suficientemente identificados, que es lo que dará la imprescindible transparencia al discurso de soporte, haciéndolo susceptible de control racional”.

“Así pues, decidir adecuadamente, esto es, de forma motivada, reclama, como primer presupuesto, claridad acerca de las hipótesis en presencia y sobre la composición del cuadro probatorio en su integridad. Esto exige la individualización de las fuentes de prueba y la identificación de los datos empíricos que el uso de los diversos medios puestos en práctica haya permitido obtener en cada caso y conciencia igualmente clara de los pasos inferenciales dados a partir de aquéllos. Objetivada así la información disponible, en un segundo momento (obviamente no en sentido cronológico), habrá que llevar a cabo el cruce de esos datos de diversa procedencia, para valorar si prestan o no soporte y en qué grado confirman alguna de *aquellas hipótesis*. Que sólo lo tendrá en el caso de que todos sus elementos constitutivos cuenten con fundamento probatorio. Esta es la vía por la que el principio de contradicción, fundamental en la adquisición de la prueba, se proyecta e ingresa en la elaboración de la sentencia. Algo que, por cierto,

23 *Ib.*, pp. 93-95.

muchas veces no sucede, por la habitual propensión de los tribunales a hacer exclusiva referencia a los elementos de prueba que militan a favor de la decisión adoptada (con precario fundamento, por tanto)”.

“Si estos pasos son de inexcusable cumplimiento para formar criterio con solvencia acerca del *thema probandum*, dotarlos de expresión escrita es el único instrumento al alcance del juzgador para conferirles la imprescindible objetividad y controlar el propio discurso sobre la prueba, evitando la deriva hacia las peligrosas certezas morales fundadas en datos inaferrables, cargadas de infiscalizable subjetividad, a las que antes me he referido. Diría que en ese verbalizar el proceso de formación de la convicción, poniéndolo «negro sobre blanco», radica algo así como «la prueba del nueve»: es lo que permite ver si la secuencia probatoria está bien construida, si presenta o no saltos lógicos, si conduce sin forzamientos a lo resuelto; en definitiva, si funciona. Es también la manera de comprobar si la convicción puede decirse racionalmente alcanzada y de justificarla como tal ante el afectado por ella y, en general, ante el lector de la sentencia...”

7.6. REFLEXIONES PROPIAS

Entenderán los seguidores de Taruffo que uno de los más caros representantes del sistema adversarial en España: PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ se ocupa impecablemente de un posible criterio de verdad que puede contener una sentencia judicial, desmitificada y ajena de pretensiones metafísicas, y lo hace de un modo mucho más profundo al que, de ordinario, es el que exponen los doctrinarios publicistas.

Si, en definitiva, todo pasa por concederle la razón a uno de los contrincantes y éste es el limitado escenario en donde debe moverse un juez ante un conflicto penal o civil, tenemos en claro que la posibilidad de acceder a un descubrimiento directo de los hechos en este ámbito sería posible sólo de permitírsele al juez entrar en contacto directo con ellos. Pero solo un juez inquisidor puede alcanzar el sueño de PICÓ y JUNOY: que en una sentencia se fijen los hechos tal como ocurrieron en la realidad, ya que para hacerlo el único camino es apelar a un método puramente inquisitorial que refleje -a cualquier costo, claro está- la justicia del caso al arribar a una coincidencia exacta entre los hechos y la sentencia que emite el juez.

Pero para que ello ocurra, lo iteramos, debería restaurarse el sistema inquisitivo. Permitirle al juez violar el principio de congruencia y buscar con sus propias manos jurídicas el sitio en el cual están los hechos y traerlos al proceso, sería, quizás, el inconfesable anhelo de la doctrina publicista: dotar a un juez civil de esos poderes, lo cierto es que esa ilusión no es posible a esta altura de la civilidad procesal. Todo el castillo de valores construido por la ideología publicista y el activismo judicial sobre el binomio verdad-justicia deja al desnudo su inconsistencia y la imposibilidad de resistir a un embate racional.

Menuda tarea les espera a los procesalistas publicistas, argentinos, colombianos, peruanos, uruguayos, españoles etc., si caen en la cuenta de que los decrepitos mitos de los sistemas neoinquisitivos (el litigio como un mal social que afecta al Estado todavía más que a los litigantes, la sospecha sobre la maldad procesal de las partes si se las deja en estado de libertad, la búsqueda de la verdad real, la excesiva publicización del proceso), aunque enquistados en toda Latinoamérica, están lejos de transformarse en métodos virtuosos de procesar y juzgar ya que hasta ahora han culminado siempre en estrepitosos fracasos.

Y conste que, como antiguos abogados litigantes, no se nos escapa que al final del proceso algunas veces queda claro que los medios probatorios han sido usados abusando del derecho de defensa conferido a las partes. Pero, a todo evento, este abuso se advierte solo al final del camino. Y si esto aconteciere, existen otros remedios cuya utilización sería beneficiosa (y quizás más eficaz) para disuadir al litigante abusivo de persistir en tal conducta, por ejemplo, la aplicación de *intereses procesales maliciosos* si la parte así lo solicita (sanción, que más allá que esté normada en los códigos procesales, en la práctica luce casi exótica en las decisiones jurisdiccionales). Recién allí, en concreto, se puede hablar de un litigante y un letrado inescrupuloso. Pero la sospecha generalizada y *a priori* de que los justiciables con amplios poderes para postular, refutar y confirmar- suponen un peligro para el sistema de Justicia consiste en una aporía que debe dejarse de lado.

En definitiva, muchos doctrinarios y legisladores están convencidos (no discutimos su buena fe) de que un juez suficientemente robustecido y unas partes enmagrecidas (aquél para investigar y probar de oficio; declarar la existencia de un derecho sin un contradictorio serio, y alterar las reglas de la carga de la prueba y éstas para que no abusen del espacio público procesal) constituye la única opción para que la jurisdicción pueda cumplir adecuadamente con la misión

estelar que, en estos tiempos modernos (o posmodernos), arbitrariamente se dejó reservada para quienes tramitan y juzgan los conflictos no penales.

El lector debe estar muy familiarizado (y quizás hasta persuadido) con estas ideas. Es que doctrinaria y jurisprudencialmente se repiten esas tesis con tanta frecuencia que han logrado formar en la mente de buena parte de los operadores del sistema y, quizás lo que es más grave, en los justiciables de a pie que los padecen, una suerte de *dogma procesal* que aparentemente no puede *rebatirse*. Pero es verdad sabida que, cuando los conceptos dogmáticos empiezan a predominar en la ciencia, puede predecirse su rápida decadencia. Dogma y ciencia son -por esencia- contradictorios. Igual contradicción se presenta entre el *poder* y el *saber*. A mayor poder del juez le corresponderá un menor saber del conflicto que le toca resolver, como lo enseña FERRAJOLI²⁴.

Un juez con muchos poderes es un juez que inexorablemente se alejará de la labor *cognoscitiva* de la causa que debe resolver. Se corren graves riesgos de que ese juez *poderoso* imponga su voluntarismo sobre la racionalidad. Queda claro que la racionalidad proviene del *saber* y no del *poder* y el desprecio por el conocimiento es hijo dilecto del *poder*, que tiende a sustituir los espacios cognoscitivos por potestades decisionistas de los magistrados.

24 FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 1998, p. 43.

8. CONCLUSIONES

Si es verdad que el plano científico procesal debe plantearse desde una perspectiva *ultra-externa*, como lo quería CARLOS NINO, una mirada que parta hoy desde la iusfilosofía nos permitirá observar al fenómeno procesal desde afuera. Y también desde otras ventanas diferentes pero cercanas a la ciencia jurídica, pueden extraerse conclusiones muy valiosas para el avance de los métodos de procesamiento y la reforma de la justicia civil de la región.

Para la corriente garantista, la apuesta de hoy en día exige que deba *justificarse* (con fundamentos serios) cómo un sistema procesal (civil y penal) guarda correspondencia con sus mandatos constitucionales.

Luego, el compromiso del procesalismo en este avanzado siglo XXI donde se ha intensificado la lucha por el respeto hacia la persona humana, su ámbito de libertad y la fortificación de los límites del individuo frente a la injerencia estatal, debe ser mucho más comprometida y no reducirse a pintar aquello que, penosamente, acontece en la praxis procesal de nuestra región.

Para decirlo en las palabras de SCHÖNE²⁵ (referidas al proceso penal, pero válidas para el proceso civil):

“El sobredimensionar el poder de punir y darle discrecionalidad al órgano jurisdiccional nos debe prevenir en el siguiente sentido: nadie puede confiar en la protección del sistema penal sin aceptar que la persecución penal pueda dirigirse contra sí mismo, aun siendo inocente. Ser involucrado en un procedimiento penal es, como tal, nada más y nada menos que un sacrificio en favor de la comunidad que, para mantener sus valores, necesita aclarar y resolver la sospecha de una lesión a las reglas de comportamiento. Esta inevitabilidad de someterse a un proceso y una eventual pena no basta para justificar toda restricción a la libertad general y todo sacrificio de bienes y valores. Una *sobredosis* de reacción penal no protege a la comunidad sino -por ser considerada injusta- la desestabiliza. La solución pasa por observar que las reglas constitucionales necesarias para confi-

25 SCHÖNE, WOLFGANG, *Ob. Cit.*, p. 30-31.

gurar las pautas básicas se derivan del reconocimiento de derechos fundamentales y del principio de Estado de Derecho. Y el poder en el Estado de Derecho se divide y distribuye entre órganos independientes entre sí, que forman un sistema de peso y contrapeso. En este sistema, la legitimación única -e imprescindible- de los órganos del Poder Legislativo es su obediencia al orden constitucional, y la legitimación del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial su obediencia al derecho y a la ley. Además, se establece en favor del individuo una esfera de libertad frente al Estado y se garantiza una protección de todos los derechos mediante un sistema judicial que -en su totalidad- no reconoce exención alguna.”

La iusfilosofía garantista y el sistema dispositivo adversarial no aspiran a consagrar un modelo perfecto. En ciencias debe desconfiarse de toda propuesta que pretenda imponerse como dogma de fe.

Partiendo de conceptos filosóficos, ideológicos y de una política procesal distinta a la sustentada por los ritos neoinquisitivos, la propuesta pasará por transitar otros caminos y por tomar otros riesgos. El modelo neoinquisitivo (o, si se quiere, autoritario, decisionista, publicista y paternalista), no fue un modelo eficaz (en el sentido de que no realizó las metas que esa estructura normativa e ideológica se proponía).

El modelo acusatorio -en lo penal- y decididamente dispositivo -en lo civil- merece una chance. Si el fracaso corona este nuevo proyecto no será una derrota del garantismo, será un hecho mucho más grave: otra nueva y quizás definitiva decepción que sufrirán los hombres de a pie de Latinoamérica.

La apuesta no es menor: todo el conjunto de los *operadores procesales* -de no poder salir airosos en este nuevo intento- no tendremos quizás otra oportunidad para que la gente vuelva a confiar en los sistemas de juzgamiento que debimos proporcionarles y el aceitado funcionamiento del aparato de justicia que ellos merecen y que todavía no supimos darle.

El subtítulo de esta obra expresa “*Una deuda pendiente en Latinoamérica*”, y esa deuda es la que debemos saldar cuanto antes.

9. EPÍLOGO

Decidimos concluir el último libro de nuestra obra con un título al que denominamos *epílogo*. La palabra resulta expresiva porque aquí sólo volcaremos unas breves reflexiones finales dedicadas a cómo imaginamos, en el futuro inmediato y mediato, las formas que adoptarán los códigos procesales no penales y la dirección que se le imprimirá a la reforma de la justicia civil en Latinoamérica.

Visualizamos ese escenario con marcado optimismo. Estamos persuadidos de que en la codificación positiva de los países de la región se producirá la irrupción del modelo dispositivo-adversarial. También confiamos en que se reformará a la justicia civil, convirtiéndola en una estructura moderna, alineada con los postulados democráticos, republicanos y liberales que son propios de un diseño político-jurídico moderno. Si lo imaginado se concreta será el camino idóneo para recuperar la confianza que los pueblos de Latinoamérica, mal que nos pese, hace mucho dejaron de dispensarle.

Y ya para poner fin a nuestra labor en estas consideraciones finales, sin que suponga una contradicción con el optimismo que exhibimos, dejaremos asentadas ciertas prevenciones que debemos tomar para alcanzar y mantener las metas perseguidas. Estar prestos, en suma, para que si este cambio de paradigmas, como ocurrió hasta ahora, no se produce con la velocidad esperada, removamos con toda energía los obstáculos para suprimir esa perniciosa demora.

9.1. EL FUTURO DEL PROCESO Y DE LA JUSTICIA CIVIL

El optimismo que anticipamos sobre la consolidación definitiva de la iusfilosofía garantista y la concreta inserción en las legislaciones positivas de los países latinoamericanos del sistema dispositivo adversarial (tributario normativo de ese marco teórico) como así también la concreción de una esperada reforma de la justicia civil (en un sentido similar a la que se produjo en la justicia penal en las últimas décadas) viene apoyado sobre bases muy sólidas que hemos desgarnado en los libros que integran esta colección.

En nuestro entendimiento, y a riesgo de repetirnos, es el único modelo que

-al conciliar el sistema procesal no penal con la juridicidad constitucional y convencional liberal de la que se nutre- pondrá fin a la ya denunciada esquizofrenia intelectual que los hace transitar por caminos separados. Auguramos que, por fin, ambos modelos que apuestan por la libertad de los individuos y exhiben una severa limitación al exceso de coacción que puede ejercer el poder, en este caso concreto, el poder jurisdiccional sobre los justiciables, transitarán por carriles paralelos.

No se trata de una mera aspiración de deseos. Mirada en retrospectiva, esta obra justifica y da las razones del porqué será ése el cauce por donde transitará el procesalismo civil en el futuro inmediato y, también, explica por qué se afianzará este modelo -inexorablemente- en las próximas décadas, culminando un derrotero cuya marcha deviene incontenible.

Es que el garantismo y el modelo dispositivo adversarial decidió abandonar la *posverdad* y asumir plenamente la realidad. Y dejar de lado la posverdad supuso apartarse de una tendencia global y muy dañina que llevó a que -en el año 2016- el Diccionario de Oxford eligiera la palabra *posverdad* para incluirla en su contenido. Así lo hizo notar el articulista del diario La Nación en su edición digital del día 23 de septiembre del 2021, que tituló *La Argentina de la posverdad*.

LUCIANO ROMÁN nos ilustra que ese término alude

«a la imposición de los *relatos* por encima de los *hechos*; a la manipulación de los discursos para incentivar los fanatismos; a la prescindencia de los datos para exacerbar los prejuicios; a estimular los resentimientos y encrespar las emociones. Frente a una tergiversación burda de los hechos, tal vez debamos preguntarnos por qué, después de todo, “el truco” funciona y puede dar resultado. Quizás, al mirarnos en el espejo, veamos que quienes se aferran al relato se sienten autorizados a ese extravío en una sociedad que ha roto el “pacto de Pitágoras” y ha inventado un diccionario extravagante para dejar de llamar a las cosas por su nombre. Lo han hecho minorías intensas, facciones fanatizadas e ideólogos dogmáticos. Hay que reconocer que en muchos niveles han tenido éxito. Pero no es una batalla perdida: también da señales una mayoría silenciosa dispuesta a reivindicar el sentido común».

Así que lejos de esa posverdad pero muy cerca de la realidad, todo lo que se propone por el garantismo procesal viene impulsado por el saludable impacto

que el pensamiento filosófico, político, sociológico, epistemológico, histórico, cultural y hasta antropológico, propició: exaltar a la persona humana como “un fin en sí mismo”. Hoy en día el individuo es el núcleo desde donde nacen, convergen y se irradian todos sus derechos fundamentales y esta remozada visión humanitaria impone proyectarla sobre la ciencia procesal, los reformadores de los códigos y el quehacer de la justicia regional

Dicho en otros términos, la formidable confluencia de esos *saberes plurales* que privilegian al ciudadano y, en lo que nos interesa, al justiciable, es la que nos brinda el proclamado optimismo del triunfo de la racionalidad sobre la emocionalidad. Confiamos que se acepte, de una buena vez, que no existe otra fórmula para el “buen procesar y sentenciar” que no sea aquella que englobe la *libertad responsable* de los justiciables y la *limitación de la injerencia del poder judicial*. Será esa fórmula la que nos lleve a salir del encierro cultural que supone mantener -sólo en el ámbito de los conflictos no penales- un plan intervencionista, estatizante, verticalista y que conlleva una decidida apuesta por “el poder” (caminando a contramano de un mundo que se volvió decididamente liberal, en lo jurídico).

De otro lado, la mirada expansiva que impregnó nuestra labor nos enriqueció y nos persuadió de que un modelo de proceso y de justicia civil no deben aislarse de los contextos políticos y jurídicos que están prestos para captar los mensajes que se emiten desde la civilidad procesal. Además, tenemos para nosotros que sin el auxilio de los preclaros pensadores a cuyos conocimientos apelamos (ajenos en un todo al *micromundo* del proceso) no sería posible iluminar nuestra senda y construir la salida que sugiere el diagnóstico que esbozamos.

Luego, en los párrafos siguientes, casi en el final de nuestro sendero intelectual, nos permitiremos continuar con un breve repaso de alguno de los ejes directrices que nos guiaron hasta aquí.

9.2. SOBRE LA ANTROPOLOGÍA Y LOS SESGOS CULTURALES

Con la conciencia que este epílogo tiene como fin enhebrar de un modo muy compendiado nuestras ideas y, fundamentalmente, para facilitar la tarea del lector, atento a lo extendido de la colección que ponemos a su disposición, nos parece útil evocar algunos de esos hitos. En el libro segundo ilustramos cómo el *homo sapiens* quedó sometido en la *prehistoria* de un modo absoluto a los designios de quienes conducían las primitivas tribus, donde se gestó

nuestra vida en sociedad. Esa necesidad de controlar a sus integrantes y de no rebatir lo que resolvía la autoridad se impuso de un modo brutal.

Sobrevolando en la historia, comprobamos que en las sociedades, ya un poco más evolucionadas, las personas no ganaron demasiados espacios de libertad. Continuaron encadenadas a penosas condiciones que las amordazaron física y culturalmente. Denunciamos, a su vez, cómo las creencias mágicas, dominantes durante la mayor parte de la historia humana, forzaron a que la convivencia social se tejiera a la sombra de ilusiones y de pensamientos irracionales.

Verificamos que en todas las culturas hubo líderes que dirigían el destino de los demás: el brujo, el cacique, el califa, el caudillo, el rey de la taifa, el señor feudal, el monarca absoluto, los líderes totalitarios, los políticos que se manejan de modo similar en las democracias impuras, etcétera. JAKES MONOD nos ilustró acerca de que la mente humana evolucionó biológicamente bajo esa estructura para que los individuos aceptaran fácilmente la *ley tribal*, la jerarquía y la autoridad, porque es lo que ayudaba a la cohesión social y que la invención de los mitos y las religiones fueron el precio que el hombre ha debido pagar para sobrevivir como un animal social.

Establecimos entonces el paralelismo con las corrientes procesales que apuestan por el juez paternalista y el sometimiento acrítico a su autoridad y develamos cómo ese pensamiento desnuda sus raíces. La investigación desarrollada de un modo amplio nos permitió caer en la cuenta de donde proviene esta continuación de una prehistórica concepción irracional de someterse incondicionalmente al poder, en este caso, al del juez. Luego, el buceo antropológico y cultural nos otorgó mayor andamio para sostener que quienes continúan apostando por la *lógica de la sumisión frente al poder*, no pudieron (o no quisieron) sobreponerse a esa cultura tribal. Y nos quedó en claro el modo de cómo pretenden atrapar en esos rescoldos a los justiciables, persiguiendo que se mantenga una ciega inclinación a obedecer -sin cuestionar- los mandatos de los que se vale de la autoridad (en este caso la judicial) para dominarlos.

El paso de las sociedades cerradas a las abiertas marcó el principio del fin de esta estrábica tesis. Y la evolución cultural dejó de bendecir un modelo de juez verticalista y providencial, al aceptar que nuestro saber y el conocer se apoyan en una modesta escala humana.

Y así aprendimos que la finitud responde a nuestro efímero paso terrenal y también a la circunstancia de portar severas limitaciones para conocer y ac-

ceder a la esencia de las cosas. Que somos capaces de captar sólo aquello que concuerda con nuestra acotada posibilidad ontológica de aprehender los fenómenos. Que el racionalismo pasa por creer en la razón, pero no una razón omnipotente y que, si bien apelar a la razón deviene irrenunciable, resulta limitado lo que podemos extraer de ella. Que somos pasibles de caer en el error y que del error se puede aprender. Y también caímos en la cuenta de que el publicismo y el activismo procesal -que hoy impera para atender los conflictos no penales- jamás se ha sometido al *falibilismo*, negando transitar por el principio de falsación que debe soportar toda teoría científica.

9.3. DEL MODELO POLÍTICO DEMOCRÁTICO Y LIBERAL Y SU PARALELISMO EN EL ÁMBITO PROCESAL

Si las enseñanzas que nos regalaron la antropología y los sesgos culturales a lo largo de la historia fueron importantes para visualizar otros horizontes, no resultó menor bucear en el mundo político moderno y correlacionar el estatus de *ciudadano* con el de *justiciable*. En el libro tercero expusimos la estrecha vinculación entre la política y los sistemas procesales y nos llevó a extraer unívocas conclusiones. En primer lugar, que el ciudadano libre en las democracias plenas y liberales, finalmente, se colocó por encima de los poderes políticos y que el *hombre de a pie* alcanzó esa bien ganada dignidad forjada al calor de la filosofía y de la ciencia política de corte humanista. Ambas operaron como los motores intelectuales para el reconocimiento de ese *estatus* de la persona en cuanto tal.

En ese marco, la libertad pasó a verse como la concibe HAYEK, como ausencia de una coacción excesiva por parte de quienes pueden limitar la nuestra. Y la ausencia de toda coacción desmedida por parte del poder supone adscribirnos a esa nueva visión que ubica como centro de atención al individuo frente al Estado, dejando de lado las rémoras colectivistas, ocupándonos de los intereses individuales y el desarrollo de esa libertad personal. En esta concepción, el ejercicio de la misma no padece de más trabas que las de un desempeño responsable. Fue esa libertad concebida en la modernidad -también como el respeto por la igualdad- la que permitió el desarrollo de la individualidad, el crecimiento personal, el progreso de las ideas y la diversidad de opiniones. Y serán los paradigmas procesales que enlacen la libertad de los justiciables *de a pie* en un debate plenamente contradictorio, los que logren que se le otorguen procesalmente las mismas credenciales de las que goza todo individuo por su condición de tal.

9.4. EL SÓLIDO MARCO TEÓRICO QUE SUMINISTRA LA IUSFILOSOFÍA GARANTISTA

Las lecciones que fueron dejando la antropología, la cultura y la experiencia política, decantaron en la paciente construcción de un sólido marco teórico insuflado por la iusfilosofía garantista que abordamos oportunamente en el libro cuarto.

En apretada síntesis, rememoramos los núcleos duros de un pensamiento que mira al proceso como un método de debate en libertad, en el que los justiciables ocupan el centro de la escena procesal; asumen la condición de adversarios, enfrentados como partes duales y antagónicas; buscan la posibilidad de cooperar -en el sentido que le damos a esa cooperación- y de persuadirse mutuamente, apelando al diálogo y a la refutación; apuntan al pacifismo y privilegian los medios autocompositivos para poner fin al litigio; se valen de un debate cognoscitivo para las partes y el juzgador; reduce la injerencia del poder jurisdiccional a su mínima expresión; exige que al sentenciar se brinde a las partes todas y cada una de las razones que llevaron al juez a la convicción de condenar o absolver en el caso que le tocó resolver; mantiene una fe crítica y reflexiva sobre el quehacer de la autoridad jurisdiccional y fija una axiología jurídica y ética que privilegia al ser humano y a sus derechos procesales fundamentales por encima de todo otro valor instrumental.

9.5. EL ANCLAJE EN LA TEORÍA DE LA DECISIÓN JUDICIAL

Si llevamos entendido al proceso como *la casa de la palabra*, la función del juez durante el procesar y a la hora de fallar nos llevaron a fijar un concepto elemental: consagrar varias limitaciones a su accionar, y hacerlo de modo institucional. Una de ellas pasa por vedar al juez la búsqueda y descubrimiento de los hechos más allá de los enunciados formulados por las partes. En un sistema dispositivo (y en conflictos que involucran intereses transigibles) las partes son *dueñas* de la investigación sobre los hechos del pasado y los titulares de disponer de cómo y en qué medida vuelcan sus dichos sobre el mundo procesal.

El juez, por respeto al principio de congruencia (uno de los rostros que expresa la igualdad de las partes), debe asumir los límites a los que quedó sujeto por las *teorías del caso* de los parciales. En un modelo puramente dispositivo, lo iteramos, la autoridad sólo puede fallar acogiendo o rechazando las hipótesis

que se sostienen, pero teniendo presente que su decisión se ceñirá siempre a ese acotado marco empírico que le viene propuesto por las partes.

Y, como directa consecuencia, esas nociones que nos vienen desde la filosofía, la epistemología, la neurociencia y la psicología social, nos persuaden de que quien debe ser convencido para declarar victoriosa a una hipótesis no puede, a su vez, *autoconfirmar oficiosamente* ninguna de las premisas fácticas que coadyuven a generar el triunfo jurídico del actor o del demandado.

Las enseñanzas a las que apelamos fueron regladas por TVERSKY y KAHNEMAN, y nos condujeron a entender cómo opera el psiquismo sobre quien debe resolver una cuestión incierta. Y también, a los conceptos imperdibles y refrendados en un último libro (*Ruido, una falla en el juicio humano*) de la autoría de DANIEL KAHNEMAN y OLIVIER SIBONY, en donde nos ilustran magistralmente sobre todos y cada uno de los prejuicios que se instalan en la toma de decisiones y los *ruidos* que deparan fallos que sobre cuestiones similares arrojan resultados opuestos. Su lectura debería ser de consulta obligada para todo aquel que pretende ingenuamente dotar a los jueces de poderes para que puedan acceder a la “verdad jurídica objetiva”.

Y caímos en la cuenta que debe ser cancelado a todo trance ese modo espurio de lograr la auto persuasión por parte del juzgador no penal. Quien asume la función de decidir, por un respeto al elemental deber de objetividad y neutralidad, debe abstenerse de confirmar *por sí mismo* los enunciados fácticos volcados por las partes. Esta prohibición, lejos de operar como un limitante de la verdad, evita que el juez caiga en un conocimiento parcializado y subjetivo. Si es exacto que las afirmaciones sobre los hechos formulados por las partes son naturalmente subjetivas, la auto confirmación (oficiosa) del juez para descubrir esos enunciados fácticos solo alineará a este juez con quien, luego, resultará favorecido por su gestión.

Así que la proclamada *búsqueda objetiva de la verdad* (piedra angular del publicismo y el activismo judicial) pierde -si se la analiza desde otros saberes, y aun con la pura lógica procesal en la mano- todo sentido.

A su vez, aprendimos de los epistemólogos que la recuperación de la racionalidad empírica se logra trabajando con el concepto de *probabilidad del juicio* que emite el juez al sentenciar. Y si se acepta esta tesis, la del saber probabilístico, ella nos lleva a ubicarnos sobre un criterio o grado de *verdad* a la que puede alcanzar un juez al declarar probados o desestimados ciertos enun-

ciados fácticos. Por un lado, la declaración como cierta de las afirmaciones sobre los hechos ya no puede ser concebida como un momento místico y/o insusceptible de control racional, como ha sido (y aún es) frecuente en ciertas ideologías que le asignan esa misión al juez a la hora de decidir.

Frente a este espejismo debe insistirse en que el conocimiento *inductivo* de los hechos no produce resultados infalibles y, por tanto, se hacen exigibles todas las garantías posibles (garantías epistemológicas) para lograr una mayor fiabilidad en la declaración de los mismos y, en su caso, facilitar su eventual revisión.

9.6. EL SISTEMA DISPOSITIVO ADVERSARIAL INSTALADO A NIVEL NORMATIVO

La ideología garantista y el esquema teórico que sostienen al sistema dispositivo adversarial se integraron y completaron esa propuesta científica con una medulosa expresión codificada contenida en el *Proyecto de Código General Modelo de Proceso para la Justicia no Penal de Latinoamérica* (al que hemos denominado *Código Modelo*).

Ya evocamos que la carta de presentación de este formato normativo (innovador y disruptivo) se produjo en el año de 2016, en el marco del *XXVII Congreso Panamericano de Derecho Procesal* celebrado en la ciudad de Panamá. El Instituto Panamericano de Derecho Procesal le brindó su valioso aval institucional y lo convirtió en el proyecto oficial que prohija una reforma radical sobre el modo de debatir y la función de la justicia no penal en Latinoamérica.

A partir de ese trascendente hito, el Código Modelo emergió como una alternativa tangible y superadora para reformular desde una óptica democrática, liberal y republicana, las formas de procesar e impartir justicia en la región.

Estamos ante un punto de inflexión que nos llevó a echar mano de fórmulas radicalmente diferentes de las instaladas por el Código Modelo del otro instituto científico que nuclea el procesalismo latinoamericano y español: el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. De una buena vez, contamos con una formidable herramienta, ahora operativa, que aspira a poner fin a décadas de atraso científico y corregir los rumbosos senderos legislativos que nos llevaron a la lamentable realidad que hemos descripto una y otra vez.

El modelo normativo que instaló el Código Modelo del IPDP visualiza una figura del juez que procesa y juzga las causas ubicada en las antípodas de lo que

plantean los códigos publicistas. Ese juez democrático, republicano y liberal, lejos de ser un juez pasivo, es un juez que preserva su neutralidad y confía en la actividad que desarrollan las partes para debatir en un conflicto que le es propio. Se fía del contradictorio y aprendió de la neurociencia que los sesgos cognitivos se profundizan en la medida en que el juzgador maneja alguna hipótesis antes de sentenciar.

Ese modelo de juez que proponemos ostenta de igual modo un enorme poder. Es el encargado de declarar que entiende *probados* o *no acreditados* ciertos enunciados vertidos por las partes. Además, a la hora de aplicar el derecho ostenta la incumbencia de subsumir los dichos que tuvo como ciertos en las normas jurídicas que decide aplicar. Y, como corolario, ejerce el inmenso poder de *punir* o *absolver*.

A ese juez en modo alguno deben adicionársele más poderes. Él no debe inmiscuirse durante el debate en todo lo que tenga que ver con el derecho material que está en disputa. En todo caso, le toca asumir el papel de cogestor del conflicto jurídico. Ese juez debería ser orgulloso de su neutralidad si es que aspira a ser un funcionario demócrata, republicano y liberal. En suma, deberá aceptar con el mismo beneplácito que hoy impera en la judicatura penal de los sistemas acusatorios, el papel más acotado que se le asigna a toda autoridad en una democracia que se precie de ser tal.

9.7. LA AXIOLOGÍA HUMANISTA

A la hora de reexaminar la razón de ser y el sentido de los valores que encierran para “los justiciables de a pie” el proceso y la función de la judicatura penal, también fue una cuestión repensada cuidadosamente y arribamos a ciertas conclusiones que fortifican el optimismo que nos embarga.

Aceptamos, una vez más, que para nuestras reflexiones adquirieran una cierta valía no podríamos contentarnos con las respuestas que puede darnos la ciencia procesal. Es más, la escogencia de los valores en este tramo queda indisolublemente anudada a la visión que tengamos sobre la persona humana, su individualidad, los colectivos jurídicos, el poder, sus límites y la función de los órganos estatales. Estas y otras cuestiones deben afrontarse pertrechados con saberes filosóficos, iusfilosóficos, sociológicos, psicológicos y políticos, entre otros.

La apelación a ciertas ramas del conocimiento humano resulta meramente enunciativa, pero de ese abanico cultural entendemos poder construir un va-

lor principal que marque el norte en el procesar y fallar los conflictos jurídicos: tallar un auténtico *rostrum humano* que impregne al método de debate de una visión propia de la modernidad. Desde una mirada realista (no ya sólo de la juridicidad y sí de la vida) en un proceso judicial no se presupone que existe un *sujeto absoluto* (como Dios) que conoce la verdad de los *hechos objetivos*. Hablar de una verdad absoluta significa que existe una autoridad absoluta que de un modo objetivo accede a esos hechos.

Lo expresó POPPER: lo que representa la palabra *justicia* en nosotros es una meta de tanta importancia que muchos están dispuestos a padecer sacrificios para alcanzarla. Es el sueño más antiguo y universal de la humanidad. Estamos persuadidos que en el fondo oscuro de nuestra caverna interior late un pensamiento mágico detrás de todo esto. Y existen ideologías que apelan a nuestros anhelos prometiendo mundos idílicos maravillosos y utópicos. Nuestras raíces tribales dan cuenta de que estamos inclinados a *venerar el poder*. Pero la adoración del poder es una de las formas más despreciables de idolatría y de servidumbre. La veneración del poder nace del miedo: de un sentimiento que podemos despreciar con el uso de la razón.

Un proceso judicial justo predica de un plexo axiológico en el que no pueden estar ajenos los derechos procesales fundamentales reconocidos al individuo: la vida, la libertad, la igualdad, un tribunal independiente e imparcial, una defensa judicial, ser oído, que se presuma su inocencia, recursos efectivos, un trato digno y la eliminación de coacciones excesivas.

En nuestro concepto el proceso involucra una lucha de intereses egoístas donde pugnan los parciales tratando de hacer prevalecer su propio interés y buscando la obtención de un *bien de la vida*. Si esto es así -y lo es- debe rescatarse y reforzarse el valor de la imparcialidad judicial porque esta nota, conjuntamente con la neutralidad, es la que identifica, sin lugar a dudas, a la figura del juez en el contexto de ese debate en donde existe la pugna ya citada y se ubican como polos opuestos los parciales.

Y el valor de la *imparcialidad* se conecta, esencialmente, con el sujeto procesal *juez*, quien debe (o debería) ostentar tres cualidades para poder aseverar que asume el rol adjudicado en un entorno y liberal: no tener interés en el pleito, ser imparcial y no confundirse con ninguno de los contendientes. De- vendrá en imparcial por esa ajenidad y en independiente por quedar sujeto al mandato genérico de la ley y de toda influencia externa o interna.

De otro lado, La idea de un perfecto razonamiento judicial que determine la verificación absoluta de los hechos acontecidos en la realidad social y subsumidos en la norma jurídica es una *ilusión metafísica*, como también lo es el modelo ilustrado de la perfecta correspondencia entre la norma, los hechos y el juicio, aunque tiene su valor político si se redefine como modelo límite, nunca plenamente conseguible y sí sólo aproximable. Pero debemos ser conscientes que, en todo caso, se trata de ingenuidades filosóficas, impregnadas de un *realismo mágico*. La verdad procesal (sin implicaciones metacientíficas) adopta el sentido de *correspondencia semántica*. En este contexto debemos acordar que tanto el *saber* cómo el *poder* concurren en medida distinta en el proceso. Dentro de sus límites, las partes (y no el juez) buscan determinar la veracidad de sus enunciados fácticos y jurídicos, y al juez sólo le corresponde al momento de fallar conceder la razón a la hipótesis que con grados de certeza debe ser declarada como triunfadora en la causa.

9.8. EL PROCESAMIENTO Y JUZGAMIENTO PURAMENTE INQUISITIVOS Y EL REVERDECER NEOINQUISITIVO EN EL SIGLO XX

Los datos que provienen de la historia nos regalan experiencias de tal valía que el despreciarlas supondría una auténtica necedad. Conscientes de su importancia, le dedicamos el contenido de los últimos dos libros de esta colección. Esa revisión nos infundió, también, otra cuota adicional de optimismo. Los datos verificables muestran que todo lo que se instaló en la modernidad (y que posicionó al publicismo y al activismo procesal), provienen de una herencia atávica y premoderna de la que no pueden enorgullecerse sus cultores.

A lo largo de los tiempos quedó acreditado cómo el modo de debatir y de conceder la razón a los justiciables tuvo pocos momentos de democratización, de perfiles acusatorios y de participación popular en la administración de justicia y dimos cuenta como esos destellos se apagaron con rapidez.

Así, y durante más de siete siglos, se ingresó a uno de los períodos más oscuros de la vida jurídica de la humanidad occidental, en los que reinó el más puro inquisitismo procesal. Ese modelo oprobioso se derramó por toda Europa y recaló en América. La crueldad del ser humano, exhibida sin tapujos cuando el poder de enjuiciar no tuvo límites, nos llevó a estudiar ese fenómeno con todo detenimiento

También tomamos conciencia de que no resulta fácil echar por la borda los

lastres autoritarios y, todavía más, resultó asaz dificultoso porque esa impronta tuvo sus propias cadencias en la región.

Por lo pronto, irrumpió en el siglo XVI al importarse las crueles leyes de enjuiciamiento españolas en América Latina, que fueron contemporáneas con el descubrimiento y la conquista de la región. Si bien esta simbiosis política-jurídica (propia de la época colonial en la cual se instaló) puede tener una cierta explicación por el contexto histórico absolutista reinante, a la par nos llevó a la convicción de que el procesalismo latinoamericano *nació envejecido*. Y quizás lo más grave es que esa vetustez, igual que los tentáculos autoritarios que se desplegaron hacia el futuro, fueron alguno de los pesados lastres de los que no se desembarazaron los modelos de procesamiento y marcó el actuar de una judicatura regional verticalizada y aristocrática.

Muchos años después, ya instalados en pleno siglo XX, la situación no mejoró. Es que tanto el procesalismo civil cuanto el penal giraron su mirada hacia la Europa continental. Esa mirada europea provocó un grave entuerto y ciertas perplejidades. Si constatamos que a mediados del siglo pasado todavía no se habían instalado en la región las dictaduras militares que la asolaron a partir de la década de los setenta, aun así, advertimos que en los entornos políticos democráticos de aquel entonces *se copiaron y pegaron* los modelos procesales de neto corte autoritario que conformaban los brazos jurídicos de las modernas dictaduras instaladas en la Europa del siglo pasado

Esa acrítica adopción por parte del procesalismo local se consumó con un fervor propio de mejores causas. Y si tuvo aceptación en los períodos democráticos, las dictaduras militares o cívico militares que irrumpieron en la década de los años setenta y en toda Latinoamérica, claro está, no se preocuparon por cambiar los códigos procesales penales y no penales y reformar la justicia en ambos fueros. En cambio, se ensañaron con las Constituciones liberales, tal como bien lo analizó ALVARADO VELLOSO.

Con el renacer de las democracias políticas una parte del procesalismo se puso a tono con ese cambio de época. Por esa razón se abolieron los códigos procesales penales y se generó un radical cambio de la justicia penal neoinquisitorial hacia un modelo de juez horizontal y con espíritu republicano. Nacieron así los sistemas procesales penales acusatorios que prohicieron la existencia de esa nueva judicatura.

Pero el procesalismo civil, no tomó razón de la caída del juez de instrucción y

del derrumbe de la neoinquisición. El Juez activista civil, primo hermano del derrocado juez de instrucción aún hoy en plena modernidad- sobrevivió (y se mantiene con vigor) como también resiste todo el andamiaje procesal no penal neo inquisitivo, que, lo decimos una vez más, camina a contramano de los entornos político-democráticos, de los lineamientos de los estados constitucionales y convencionales de derecho.

En este libro nos dedicamos a desnudar estos desatinos adjetivándolo como el *reverdecer neoinquisitivo* y dimos cuenta de cómo, impulsado desde el ámbito científico por un *procesalismo premoderno*, el modelo de la justicia civil contemporánea quedó impregnado de consignas emocionales, asistémicas y hasta casi místicas.

Muchos doctrinarios y legisladores siguen convencidos (no discutimos su buena fe) de que un juez civil suficientemente robustecido y unas partes enmagrecidas, aquél para investigar y probar de oficio; declarar la existencia de un derecho sin un contradictorio serio o alterar las reglas de la carga de la prueba, entre otras atribuciones y, éstas, constreñidas severamente para evitar que puedan abusar del espacio público procesal, constituye la única opción para que la jurisdicción pueda cumplir adecuadamente con la misión estelar que, en estos tiempos modernos (o posmodernos) se le tiene reservada.

La doctrina y los hacedores de los códigos repiten esas tesis con tanta frecuencia que han logrado formar en la mente de buena parte de los operadores del sistema y, quizás lo que es más grave, en los justiciables de a pie que lo padecen, una suerte de *dogma procesal* que aparentemente no puede *rebatirse*. Pero es verdad sabida que, cuando los conceptos dogmáticos empiezan a predominar en la ciencia, puede predecirse su rápida decadencia.

Dogma y ciencia son -por esencia- conceptos contradictorios. Igual contradicción se presenta entre el *poder* y el *saber*. A mayor poder del juez le corresponderá un menor saber del conflicto que le toca resolver, tal como lo enseña FERRAJOLI.

Si esa realidad es lo que todavía hoy impera para debatir y juzgar los conflictos no penales ¿por qué este dato negativo nos inspira optimismo? La pregunta es pertinente y la respuesta debe estar a la altura de esa inquietud. Veamos. Los datos objetivos indican que las preciosas conquistas jurídicas que suponen el ejercicio del derecho de acción, de contradicción y la posibilidad de gozar de un debido proceso, han sido alcanzadas por los pueblos de Occidente hace

poco más *de doscientos años*. El lapso es insignificante si se lo compara con el extendido y ominoso pasado en el que el hombre luchó, sin conseguirlo, para que al momento de ser juzgado se le respetaran *sus garantías procesales*. Temporalmente, ese período es *casi nada* si la medida es comparativa con los siglos en los que imperó el más crudo *despotismo* (cuando se juzgaba y condenaba a las personas sin las más mínimas garantías, y reinaba -omnipotente- el sistema de procesamiento inquisitivo).

Así que fue sólo cuando las sociedades se organizaron bajo la forma de *Estado de derecho* que se hicieron fuertes las garantías del *individuo frente al Estado*. Antes, cuando todo provenía de la “voluntad del príncipe” (usado este término como simbología de la autoridad de turno que ejercía el poder) la humanidad pagó, con el precio de la *vida* y del *sufrimiento* de millones de semejantes, el alto costo de poder arrebatar a la clase gobernante la suma del poder público que se arrogaba.

La división del *Poder* en *poderes*, con controles recíprocos, fue el natural paso evolutivo del individuo que nunca ha perdido, ni debe perder, su recelo frente al que manda, ya que su vocación natural será siempre el de expandir su autoridad. En el párrafo siguiente ampliaremos, ya para ir concluyendo, de dónde provienen otros anclajes que fortalecen nuestro declamado optimismo, imaginando que mutar esa realidad, más allá de su vigencia es posible porque le auguramos una pronta fecha de caducidad.

9.9. LA INSTALACIÓN DE NUESTRO IDEARIO COMO PARADIGMA DOMINANTE

Un punto de inflexión para una propuesta procesal liberal que aleje definitivamente el autoritarismo pasará por entender y aceptar que al considerar valiosos los espacios de libertad en la vida política de los ciudadanos ellos debe conservar la misma validez para los justiciables. Si se asimila que debe preservarse esas esferas de libertad y se aprecian los límites que se le imponen al poder, será relativamente sencillo trasvararlo al mundo jurídico-procesal.

En un reportaje concedido al diario La Nación de nuestro país²⁶, AXEL KAISER lo explica con su siempre lúcida capacidad de síntesis:

26 VÁZQUEZ, LUCIANA, *La Repregunta a Axel Kaiser*, *Diario la Nación Digital*, Buenos Aires, disponible en la web.

“La democracia no es un dogma ni una religión. La democracia liberal no es la democracia a secas. La democracia liberal combinada con el elemento de protección de los derechos fundamentales de los individuos es la que no debe perderse. Sin una plena democracia liberal, se puede terminar en una democracia autoritaria, sin diferencias con una tiranía. Tanto si las tiranías son ejercidas por mayorías o minorías bien organizadas como por una sola persona, son igual de nefastas para el individuo. Sí es cierto que la democracia como sistema es el que tiende a garantizar de mejor manera la libertad porque uno tiene la posibilidad de deshacerse de los gobernantes que abusan de ella, en este sentido es que los liberales defienden la democracia porque instrumentalmente es muy eficaz, pero no es un compromiso dogmático, entendiendo que la democracia siempre va a garantizar la democracia, aunque esto no siempre suele ser así. Los ejemplos históricos lo prueban. Lo que se debe defender es el *liberalismo*. La mejor combinación es democracia con liberalismo. Si tenemos las dos cosas, estamos en la mejor constelación posible”.

Pues bien, los modelos de debate y de la justicia no penal mirados desde la misma perspectiva liberal que hoy se encuentra firmemente instalada en el mundo político, apuestan por ampliar los espacios de libertad de los justiciables y reducir los del juzgador. Todo formato que dirija con exceso la conducta o la vida de los ciudadanos y los justiciables expresa una visión arcaica y propia de un pasado que atrasa y mucho.

El constitucionalismo liberal con el que nos identificamos (que nada tiene que ver con el neoconstitucionalismo actual, de claro carácter autoritario) es el que logró profundizar las garantías de la persona humana contenidas en las Cartas Políticas o en sus *Bloques Constitucionales* frente al Estado y no al revés. Y ese arsenal de herramientas sustanciales y procesales no fue concebido para que un juez tuviera más poderes o mayor discrecionalidad sino exactamente todo lo contrario.

En los Estados constitucionales y democráticos modernos se encuentran garantizada la protección de todos los derechos fundamentales de las personas. Precisamente, a ese Estado de Derecho -democrático y pluralista- y a las leyes creadas bajo ese espíritu se les debe respeto, por ser la expresión de un sistema jurídico no sólo vigente sino también válido como lo enseñaba, el positivismo moderno de HART y BOBBIO.

Esas consignas, levantadas en otros tiempos como la bandera propia de los iusnaturalistas, constituyen la *carta de garantías*, ahora positivizadas en las modernas Constituciones del siglo XX. Sólo bajo esta condición de *correspondencia* y respeto de esas garantías son válidas las normas inferiores de la pirámide jurídica. Y este remozado concepto de la validez normativa, anclado en las garantías hacia las personas, le impone al juzgador una mayor sujeción a un sistema jurídico y a las leyes de carácter general en un inédito espacio de libertad que aprendió de las lecciones del pasado, y está preservando, hoy más que nunca, al individuo frente al *poder* del Estado.

En las últimas décadas, el bloque constitucional de cada uno de los países latinoamericanos y los tratados internacionales incluidos en las respectivas Cartas Magnas, ha sido uno de los motores, quizás los principales impulsores, para la consolidación de los sistemas de procesamiento penales acusatorios que definitivamente han suplantado al modelo procesal penal neoinquisitivo que reinó hasta el último tercio del siglo XX.

La responsabilidad del procesalismo civil, que nos corresponde por ser quienes construimos, desde la teoría y la codificación positiva las ideas y sistemas normativas que afectan a terceros, nos impone el hacernos cargo de lo que ya nos exigía PIERO CALAMANDREI:

“...es necesario, por tanto, en la doctrina *un vigilante sentido de la responsabilidad*; no olvidar nunca, al formular las teorías, las repercusiones que ellas pueden tener sobre la práctica del derecho; no olvidar nunca, al construir sistemas, que ellos no están destinados a satisfacer la vista, el gusto y la simetría sino sólo a facilitar la aplicación de las leyes a los casos concretos; y si no pueden servir para esto es mejor no construirlos...”²⁷.

El impulso *externo* que le ha dado el derecho constitucional a los sistemas procesales dispositivo-adversariales brinda el marco para consumir una nueva *intonía fina*. Esa sintonía debe traducirse en un mayor peso y jerarquía de los derechos de las partes en los procesos civiles frente al poder estatal, tal como se advierte en el decir de los tribunales transnacionales y en el de la propia legislación constitucional, que se han puesto a la cabeza de una corriente de empatía con las máximas que viene postulando la iusfilosofía garantista para el proceso civil.

27 CALAMANDREI, PIERO, *Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, p. 130.

Ese marco referencial debe ser aprovechado por nosotros. Estos nuevos vientos constitucionales deben generar un espaldarazo en los procesalistas civiles que desde del garantismo vienen planteando la necesidad de una correspondencia entre la codificación procesal positiva y las mandas constitucionales.

Pero como lo señala un antiguo refrán, *un espacio que no se ocupa lo toma otro*; y, en este sentido, se suma un dato por demás inquietante: advertimos una cierta *apropiación* por la corriente procesal publicista de las consignas del derecho procesal constitucional (vía el neoconstitucionalismo).

Pero, el tratar de imponer por el publicismo y su codificación neoinquisitiva que este modelo infraconstitucional resulta compatible con las mandas superiores, no les resultará una empresa fácil. Opositores de la talla de García Amado acreditan lo dicho: el constitucionalismo racional solo es compatible con modelos de enjuiciamiento liberales. Los publicista sólo podrían aspirar a mantener esta nueva falacia si logran instalar otro relato basado en la posverdad y deformar así la realidad. Estamos persuadidos de que no vendrá desde el publicismo procesal el *espejamiento* con las consignas o paradigmas entre Las constituciones y convenciones liberales y formatos de procesar y juzgar verticalistas.

9.10. OPTIMISMO PRUDENCIAL

Nos queda muy en claro que la sustitución de una ideología que llegó a su *final de ciclo* y que, no obstante, se niega a reconocer su inexorable extinción, supone esfuerzos gigantescos en los que debemos involucrarnos todos. Es una faena de la que no podemos rehuir porque renunciar a este empeño supondría negar la ética que debemos asumir quienes, como intelectuales y estudiosos de la ciencia procesal, tenemos la responsabilidad de alterar un paradigma científico cuando se ya se ha comprobado, empíricamente, que el vigente provoca graves daños a los justiciables.

Nos permitimos extrapolar un concepto general sobre cómo operan las ideologías cuando no se expresan como un conjunto de ideas racionales y sí como la deformación del pensamiento humano. Esa perversión que encierran las ideologías, cuando se desvían de su cauce natural, fue expuesta de un modo magistral por JEAN FRANÇOIS REVEL²⁸, cuyos pensamientos pueden aplicarse a la corriente publicista, ya que bien puede decirse de ella (del publicismo):

28 REVEL, FRANÇOIS, JEAN, *La gran mascarada: ensayo sobre la supervivencia. De la utopía socialista*, Taurus, Madrid, 2000, p. 42.

“que no es ni ciencia, en todo caso es por lo que ha querido hacerse pasar; ni moral, de la que ha creído tener las llaves y arrogarse el monopolio, ensañándose en destruir su fuente y condición: el libre albedrío individual; ni religión, a la que con frecuencia y equivocadamente se ha comparado. El significado de la religión proviene de la fe en una trascendencia y la ideología pretende hacer perfecto este mundo. La ciencia acepta, incluso diría que provoca, las decisiones de la experiencia, y la ideología siempre las ha rechazado. La moral se basa en el respeto al ser humano, y la ideología no ha reinado más que para destrozarle. Esta funesta invención del lado negro de nuestra inteligencia, que tan cara le ha costado a la humanidad, engendra en sus adeptos, además, ese curioso defecto que consiste en atribuir al otro la misma forma de organización mental. La ideología no concibe que se le pongan objeciones más que en nombre de otra ideología. Toda ideología es un extravío. No puede haber ideología justa. Toda ideología es intrínsecamente falsa por sus causas, motivaciones y fines, que consisten en realizar una adaptación ficticia del sujeto a sí mismo; a ese *sí mismo*, al menos, que ha decidido no aceptar la realidad ni como fuente de información, ni toma a esa realidad como el factor de corrección y el fundamento de su accionar”.

Volviendo a nuestras reflexiones: todo lo que se ha construido pacientemente por el pensamiento humanista y liberal para fortalecer la dignidad de las personas (y de los justiciables) y fijar límites expresos al poder coactivo del Estado (que aplica en este caso al Poder Judicial), debería prevenirnos de porqué cuesta tanto que el racionalismo ingrese en el mundo del proceso civil. Ese resguardo fue tomado por los procesalistas penales. En el libro primero vertimos el pensamiento de ERNESTO BINDER²⁹ y aquí lo completamos con una feliz concepción sobre los objetivos de un sistema de procesamiento y juzgamiento:

“El Derecho es un formidable instrumento para solucionar conflictos (también para evitarlos, que es un modo anticipado de solución) o para generarlos, que es otro de sus efectos sociales. Se trata de una herramienta que sirve para solucionar los conflictos de diferentes maneras, según las valoraciones dominantes en una sociedad determinada y en una época precisa. Por supuesto, la palabra *solución* no tiene

29 BINDER, ALBERTO, *Introducción el estudio del derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 2005, p. 29.

aquí un significado muy preciso. No significa, por ejemplo, que “todo el mundo queda feliz luego de la intervención del Derecho”, como en los finales de los cuentos infantiles. Hasta se podría decir que el Derecho *nunca soluciona* nada; que lo que hace, en realidad, es *redefinir los conflictos humanos*, a veces de un modo más aceptable para todas las partes involucradas. Otras veces, redefine el conflicto imponiendo esa redefinición a alguno o todos los involucrados apoyándose en la fuerza estatal... El Derecho no es sino una manifestación del poder. Derecho y poder son las dos caras de una misma moneda, ligada directamente al fenómeno asociativo, a la sociedad humana”.

Retomando nuestras reflexiones: el optimismo sobre los logros ya alcanzados y la exacta dimensión que ahora le concedemos al Poder no supondrán nunca una *confianza acrílica* a favor de quienes disponen de los resortes de ese poder. Es que el grado de autenticidad de quien debe ceder espacios a favor de los ciudadanos (o los justiciables) y, en paralelo, autoprivarse de parte de sus potestades puede ser tomado como un acto genuino o bien -tan solo- como una resignación ante lo *inevitable*. No debemos ser cándidos con el ejercicio y el manejo del poder. La historia enseña que, casi siempre, no fue utilizado a favor de los ciudadanos o de quienes deben resolver sus conflictos jurídicos y que, por el contrario, siempre se decantó hacia quienes lo ejercen. Es natural, por tanto, que sigamos inmersos en nuestras cavilaciones y reflexionemos sobre la permanente tensión que se genera entre el individuo, sus espacios de libertad y la siempre presente tentación de quienes ostentan la aptitud para suprimirlo o recortarlo.

Sabemos de dónde venimos, y tanto nuestro pasado remoto como el más reciente no han sido precisamente una fuente de tolerancia y de reconocimiento a la persona por encima de quien conduce sus destinos. Sin embargo, retomando la senda del optimismo, siempre hubo puntos de inflexión en la historia de la humanidad, en los que se pudo dar una *vuelta de página* cuando parecía que su destino estaba sellado.

Si el iluminismo abjuró de la Inquisición; las democracias, de los autoritarismos; los sistemas jurídicos modernos de sus lastres verticalistas, tomando esas banderas, las formas de debatir y de juzgar dispositivo-adversariales, para atender los conflictos civiles, basados en el contradictorio, en la igualdad procesal de las partes, en el respeto por su libertad y dignidad, con una limitada injerencia y mínima coacción de la judicatura, coronada por decisorios im-

pregnados de horizontalidad, de objetivismo crítico, de justificación externa e interna- nos llevará derechamente a clausurar los sistemas de procesamiento y juzgamiento antiliberales y fuertemente autoritarios. Y el dar esa *vuelta de página* será la genuina respuesta de una civilidad democrática, horizontal, liberal y empoderada que, con certeza, terminará imponiendo sus consignas.

BIBLIOGRAFÍA

AGUDELO RAMÍREZ, Martín, *Filosofía del Derecho procesal*, Leyer, Medellín, Colombia, 2000.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *“Proyecto de Código Procesal General Modelo para Justicia no Penal de Latinoamérica, con correlación normativa y explicación de todas las instituciones legisladas. Fuente Código procesal general.* Academia Virtual de Derecho <http://www.academiadederecho.org>.

- *El debido Proceso de las Garantías Constitucionales*, Zeus, Rosario, Argentina, 2003.

BENABENTOS, Omar Abel, *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*, Juris, Rosario, Argentina, 2001.

BINDER, Alberto, *Introducción el estudio del derecho Procesal Penal*, AdHoc, Buenos Aires, 2005

CALAMANDREI, Piero, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Parte prima, Padova, Cedam, Italia, 1941.

- *Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959.

CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, T. I, Valletta, Buenos Aires, 2005.

CIPRIANI, Franco, *En el centenario del reglamento de Klein (El proceso civil entre libertad y autoridad)* Bari, Italia 1995. Separata publicada por la Academia de derecho y de altos estudios judiciales, Biblioteca virtual, 2000.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 1998.

GOZAÍNÍ, Osvaldo Alfredo, *La función social del Juez*, Investigaciones Jurídicas, San José de Costa Rica, 2012.

HERNÁNDEZ BREÑA, Wilson, *Carga y descarga procesal en el poder judicial*, 1996-2005 De lo general a lo particular, de lo cotidiano a lo preocupante Consorcio Justicia Viva, Instituto de Defensa Legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2006, disponible en la web.

MONTERO AROCA, Juan, *La nueva ley de enjuiciamiento civil española y la oralidad*. Ponencia presentada ante XVII Congreso Iberoamericano de Derecho Procesal, realizado en Costa Rica, Costa Rica, 2000. Libro de Relatorías y Ponencias, Tomo II, Departamento de Publicaciones e Impresos del poder judicial de San José de Costa Rica.

PICO y JUNOY, Joan, *El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*. *Cuestiones Jurídicas Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta Vol. VI, N° 1*, España, 2012.

REVEL, François Jean, *La gran mascarada: Ensayo sobre la supervivencia de la utopía socialista*, Taurus, Madrid, 2000.

SCHÖNE, Wolfgang, *Contribuciones al orden jurídico-penal paraguayo*, Intercontinental, Asunción, Paraguay, 2000.

SERRANO, José Luis, *Validez y Vigencia, la Aportación Garantista a la Teoría de la Norma Jurídica*, Trotta, Madrid, 1999.

TARUFFO, Michele – ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto - CANDAU PÉREZ, Alfonso, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2009.

VÁZQUEZ, Luciana, *La Repregunta a Axel Kaiser*, Diario la Nación Digital, disponible en la web.

