

## OMAR ABEL BENABENTOS

Abogado, graduado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Profesor asociado de la cátedra de Derecho Procesal Civil de la UNR, a cargo del Dr. Adolfo Alvarado Velloso. Magister en Derecho Procesal, egresado de la Maestría de Derecho Procesal dirigida por el Dr. Adolfo Alvarado Velloso, de la Facultad de Derecho de la UNR. Profesor estable de la Maestría de Derecho Procesal de la UNR. Profesor estable de posgrado de los cursos brindados por la Universidad de Belgrano –a distancia– en Rosario. Docente de las cátedras Teoría General del Proceso y Procedimientos Civiles en la Academia Virtual Iberoamericana de Derecho y de Altos Estudios Judiciales. Miembro titular y secretario de Comunicaciones del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Miembro titular del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Director Honorario de la Academia Latinoamericana de Derecho Procesal Garantista. Fundador y director académico de la Fundación Juris de Rosario. Miembro titular del Centro de Estudios Procesales de la ciudad de Rosario. Vocal del Centro Privado de Arbitraje y Mediación, presidido por el Dr. Adolfo Alvarado Velloso.

# TEORÍA GENERAL UNITARIA DEL DERECHO PROCESAL



editorial Juris

© Copyright by  
EDITORIAL JURIS de Luis Maesano  
Dorrego 3668  
S2001LPB - Rosario  
Argentina. Telefax (0341) 4644480 / 4614331  
e-mail: editorialjuris@arnet.com.ar  
www.editorialjuris.com

Composición, armada,  
impresión y encuadernación  
en EDITORIAL JURIS.  
marzo de 2001.

Hecho el depósito que marca la ley 11.723.  
Derechos reservados.  
Prohibida su reproducción total o parcial.  
Impreso en Argentina - Printed in Argentine.

ISBN 950-817-146-4

El derecho de propiedad de esta obra comprende para su autor la facultad de disponer de ella, publicarla, traducirla, adaptarla o autorizar su traducción y reproducirla en cualquier forma, total o parcial por medios electrónicos o mecánicos, incluyendo fotocopia, grabación magnetofónica y cualquier sistema de almacenamiento de información; por consiguiente nadie tiene facultades de ejercitar los derechos precitados sin permiso del autor y del editor, por escrito, con referencia a una obra que se haya anotado o copiado durante su lectura, ejecución o exposición públicas o privadas, excepto el uso con fines didácticos de comentarios, críticas o notas, de hasta mil palabras de la obra ajena y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables a ese efecto.  
Los infractores serán reprimidos con las penas del artículo 172 y concordantes del Código Penal (arts. 2º, 9º, 10, 71, 72 ley 11.729).

*A la memoria de mi padre, Roberto Segundo  
Benabentos Gómez, y para quien es  
la principal razón de ser de mi vida:  
mi hijo Joaquín*

## ACLARACIÓN PREVIA

El texto del libro *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*, se basa en la tesis que lleva el mismo nombre, presentada y defendida por el Dr. Omar Abel Benabentos ante el Tribunal Examinador compuesto por los Dres. Noemí Nicolau, Luis O. Andorno y Adrio J. Giovannoni, el 14 de marzo de 2001, en el marco de la Maestría de Derecho Procesal dirigida por el Dr. Adolfo Alvarado Velloso, dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Santa Fe, República Argentina.

El Tribunal calificó dicha tesis con diez sobresaliente, y consecuentemente, se le concedió al Dr. Benabentos el carácter de Magister en Derecho Procesal.

Para la edición de este libro, el autor sólo ha agregado algunos conceptos en el último capítulo, buscando redondear una labor de síntesis, pero que no modifican, en lo sustancial, el contenido de la tesis de la cual partió y que conforma el núcleo estructural de la obra.

## AGRADECIMIENTOS

Al culminar mi tesis sobre la *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*, es mi sentido deseo formular los siguientes agradecimientos.

En primer término, a mi director de tesis: el Dr. Osvaldo Gozaíni. Su palabra autorizada, su aliento y sus atinadas reflexiones tienen mucho que ver con la finalización de la misma. Va para el catedrático y, más aún, para el amigo, mi sentido agradecimiento.

En segundo término, debo agradecer a quien despertara mi inquietud y amor por el Derecho Procesal: Adolfo Alvarado Velloso. Este humilde esfuerzo que le tributo es una pequeña devolución de los tantos que él asumiera con mi persona. Simplemente, sin su titánica labor de llevar adelante la Dirección de la Maestría de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, no estaría escribiendo estas líneas.

En tercer lugar, agradezco a la intelectualidad y el afecto de Briseño Sierra sus esclarecidas ideas sobre la ciencia del proceso. Sin ellas no hubiera podido siquiera esbozar la teoría que él, desde su profundidad dogmática, me ayudó a construir.

En cuarto término, para todos y cada uno de los docentes de la Maestría de Derecho Procesal que durante los años 1998 y 1999 enriquecieron mi espíritu con sus enseñanzas.

En quinto lugar, para todos aquellos que me ayudaron, directa e indirectamente a terminar mi labor. En forma directa a mi leal colaboradora Gabriela Álvarez y también a las Dras. Valeria Piazza y Jorgelina Rizzi. En for-

ma indirecta a quienes con generosidad y desinterés cubrieron muchas horas de mis esfuerzos intelectuales reemplazándome en mi faena de abogado. Toda la gente de mi estudio jurídico aportó mucho para que terminara mi trabajo, pero en especial le rindo tributo a mis dos socios, los Dres. Julio y Germán Gaetán, que redoblaron sus esfuerzos para permitir el mío.

Por último, a mi familia: a Graciela y Joaquín, que también apoyaron —sin reproches y con aliento— mi faena, aunque ello significara resignar muchas horas de ausencia física y de afectos.

Omar Abel Benabentos

## ÍNDICE GENERAL

<i>ACLARACIÓN PREVIA</i> .....	I
<i>AGRADECIMIENTOS</i> .....	III
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	1
1. La influencia científica del pensamiento de Adolfo Alvarado Velloso .....	3
1.2. <i>Mis conclusiones en este tramo</i> .....	7
2. La doctrina procesal de Humberto Briseño Sierra .....	8
3. Síntesis de la influencia de las ideas de Alvarado Velloso y Briseño Sierra .....	10
4. De lo ajeno y de lo propio .....	11
5. Buscando salidas al estancamiento doctrinario .....	12
5.1. <i>La lentitud en la elaboración de mis propuestas</i> .....	13
5.2. <i>Explicación sobre el silencio mantenido</i> .....	13
6. El optimismo fundado del presente .....	14
7. La teoría general unitaria como culminación y tesis de la maestría de Derecho Procesal .....	15
8. Final del capítulo introductorio .....	17
<i>Bibliografía utilizada</i> .....	18
<b>Capítulo 1</b>	
<b>PRIMERAS NOTICIAS SOBRE LA FORMULACIÓN DE UNA TEORÍA GENERAL UNITARIA DEL DERECHO PROCESAL</b> .....	19
1. Introducción .....	21
1.1. <i>Tesis contestataria</i> .....	23
1.2. <i>Denominación elegida</i> .....	24

<b>2.</b>	<b>Necesidad de fundamentar la posibilidad de la unidad en el derecho procesal</b> .....	25
2.1.	<i>Sustitución y propuesta de nuevos paradigmas</i> .....	26
2.2.	<i>La inexplicable vigencia de ciertas consignas</i> .....	27
2.3.	<i>La necesidad de asumir un mayor activismo doctrinario</i> .....	27
<b>3.</b>	<b>Compendio de razones que justifican las impugnaciones científicas que deben realizarse</b> .....	31
<b>4.</b>	<b>Diagnosticar sin proponer soluciones no aportaría nada para salir de la crisis</b> .....	35
<b>5.</b>	<b>Algunos ejemplos de los perjuicios que provocan las ideologías procesales autoritarias</b> .....	41
5.1.	<i>El desmadre del carácter público de la relación procesal</i> .....	41
5.2.	<i>Otro ejemplo: la declaración oficiosa de incompetencia en cualquier estado y grado de la causa</i> .....	43
5.3.	<i>La caducidad de instancia declarada de oficio por el Tribunal</i> .....	45
5.4.	<i>Conclusiones en este tramo</i> .....	47
<b>6.</b>	<b>Buscando otros horizontes</b> .....	48
<b>7.</b>	<b>Preguntas que podrían formularse desde la vereda ideológica opuesta para cuestionar los axiomas unitarios-garantistas</b> .....	50
<b>8.</b>	<b>Ensayando respuestas</b> .....	51
8.1.	<i>La inevitable disputa que generará el choque de corrientes encontradas</i> .....	52
8.2.	<i>La jerarquía y honradez científica de quienes no sostienen las ideas procesales garantistas</i> .....	52
<b>9.</b>	<b>La autocrítica sobre el inexplicable silencio frente a tantas voces que juzgo equivocadas</b> .....	56
9.1.	<i>Fin de esta etapa de silencio</i> .....	59
9.2.	<i>Precisando el ámbito de disputa</i> .....	63
<b>10.</b>	<b>Costos a pagar. Citando a Daniel Herrendorf</b> .....	67
10.1.	<i>Mi opinión</i> .....	70
<b>11.</b>	<b>Tesis evolutivas y el método del conocimiento científico</b> .....	71
<b>12.</b>	<b>El pensamiento jurídico y los dogmas</b> .....	73
<b>13.</b>	<b>Los planteos científicos que pueden generarse en torno de la tesis unitaria-garantista del derecho procesal</b> .....	75
<b>14.</b>	<b>Conclusiones del capítulo</b> .....	76
	<i>Bibliografía utilizada</i> .....	79

## Capítulo 2

<b>LA ÓPTICA GARANTISTA DEL DERECHO PROCESAL</b> .....	81	
<b>1.</b>	<b>Breve recopilación del capítulo anterior</b> .....	83
<b>2.</b>	<b>El derecho procesal mirado desde una óptica garantista (continuación)</b> .....	85
<b>3.</b>	<b>Tendencia mayoritaria</b> .....	88
<b>4.</b>	<b>Explicando lo inexplicable</b> .....	89
4.1.	<i>La "sabia mezcla" de sistemas inconciliables</i> .....	90
4.2.	<i>La irrupción de modelos procesales inquisitivos</i> .....	90
4.3.	<i>A modo de síntesis</i> .....	97
<b>5.</b>	<b>Dogma y ciencia</b> .....	97
<b>6.</b>	<b>Pasando revista a las filas que impugnan la visión autoritaria del derecho procesal</b> .....	98
<b>7.</b>	<b>Deslegitimación del sistema de procesamiento penal inquisitivo o inquisitivo reformado</b> .....	99
<b>8.</b>	<b>Envoltorios emotivos</b> .....	104
<b>9.</b>	<b>Los peligros que encierra la omnipotencia del Poder Judicial</b> .....	105
9.1.	<i>Forzando la compatibilidad de sistemas incompatibles</i> .....	106
<b>10.</b>	<b>Opiniones encontradas.</b>	
	<b>El fin de un largo monólogo doctrinario</b> .....	107
10.1.	<i>Las ideas, entre otros, de Augusto Mario Morello, Roberto Berizonce, Roland Arazi y Jorge Walter Peyrano</i> .....	108
10.1.1.	<i>Reflexiones de Roberto Berizonce</i> .....	109
10.1.2.	<i>Los conceptos de Roland Arazi</i> .....	109
10.1.3.	<i>Reflexiones de Jorge Walter Peyrano</i> .....	112
10.2.	<i>Mi opinión sobre esta doctrina y su proyección en la jurisprudencia</i> .....	114
10.3.	<i>El pensamiento contrapuesto de Rafael Bielsa</i> .....	118
10.4.	<i>Las lúcidas reflexiones de Osvaldo Gozafni</i> .....	119
10.5.	<i>Otras opiniones</i> .....	122
10.5.1.	<i>Jueces que se convierten en legisladores o miembros del Poder Ejecutivo</i> .....	122
<b>11.</b>	<b>Conclusiones</b> .....	123
11.1.	<i>Pruebas de oficio y garantías constitucionales</i> .....	127
<b>12.</b>	<b>Conclusiones</b> .....	133
	<i>Bibliografía utilizada</i> .....	135

**Capítulo 3****LA CRISIS DEL SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO**

<b>1. Breve análisis sobre el funcionamiento de los sistemas de enjuiciamiento en América latina</b>	137
<b>2. Las limitaciones de las recetas teóricas para solucionar la crisis del sistema de justicia</b>	139
<b>3. Afinando ideas sobre la crisis del sistema de justicia en Latinoamérica</b>	140
<b>4. Los conflictos de trascendencia jurídica. Medios alternativos. El monopolio de su solución por parte de la jurisdicción estatal. Su descrédito</b>	144
<b>5. Cerrando conclusiones sobre el estado actual de la administración de justicia en Latinoamérica</b>	147
5.1. <i>La infundada visión optimista que se tiene desde el interior del sistema</i>	150
5.2. <i>Soluciones individualistas</i>	151
5.3. <i>Síntesis del diagnóstico</i>	153
<b>6. Garantías constitucionales. Aportes garantistas de la teoría de la norma jurídica. El pensamiento de José Luis Serrano</b>	154
6.1. <i>El problema de la justicia y de los valores según Bobbio</i>	158
6.1.1. <i>El problema de la validez de la norma jurídica según Bobbio</i>	159
6.1.2. <i>El problema de la eficacia de la norma jurídica conforme Bobbio</i>	161
6.1.3. <i>Los tres criterios sobre justicia, validez y eficacia son independientes entre sí en las enseñanzas de Bobbio</i>	162
6.1.4. <i>Posibles confusiones de los tres criterios en el concepto de Bobbio</i>	165
6.2. <i>Mis conclusiones</i>	166
<b>7. Reivindicación de los estudios teóricos</b>	167
<i>Bibliografía utilizada</i>	169

**Capítulo 4****LA TENDENCIA UNITARIA****EN EL DERECHO PROCESAL**

<b>1. Introducción</b>	171
<b>2. Obstáculos a superar. Resumen de las opiniones doctrinarias de Clariá Olmedo y Monroy Gálvez</b>	173
2.1. <i>El esclarecedor pensamiento de Eduardo Carlos en torno a la unidad procesal</i>	173
2.2. <i>Mis conclusiones en este tramo</i>	177
<b>3. Informe de la "situación" respecto a la unidad de la teoría general del proceso en el ámbito civil y penal</b>	190
3.1. <i>Teoría general del proceso civil. Crítica a su "encapsulamiento"</i>	190
3.2. <i>Teoría general del derecho procesal penal. Su aislamiento</i>	192
3.2.1. <i>Ideas fuerza de Ferrajoli sobre el derecho penal sustancial</i>	192
3.2.2. <i>Derecho penal y procesal de mínima y de máxima (garantismo o autoritarismo) en el concepto de Ferrajoli</i>	196
3.3. <i>Las enseñanzas de Luis Calle Calderón</i>	202
3.3.1. <i>Mis reflexiones</i>	207
<b>4. Tendencias hacia la autonomía en alguna de las ramas del derecho procesal civil</b>	209
<b>5. Una ponencia que se oponía a la autonomía científica del derecho procesal laboral. Algunas de las bases sobre las que sustentó la Teoría General Unitaria del Derecho Procesal</b>	210
5.1. <i>El contenido de la ponencia y su vigencia actual</i>	211
5.1.1. <i>¿Autonomía del derecho procesal laboral?</i>	211
5.1.2. <i>Conclusiones de mi ponencia y su vigencia para reforzar las ideas unitarias</i>	214
<b>6. Agravamiento de las antinomias en el derecho procesal civil y penal</b>	217
<b>7. Ventajas que encierra la formulación de una teoría general unitaria del derecho procesal</b>	219
7.1. <i>Consistencia científica</i>	219
7.1.1. <i>Identidad del objeto de conocimiento</i>	220

7.1.2. <i>Identidad de las nociones de acción, jurisdicción y proceso</i> .....	221
7.1.3. <i>Nivel axiológico</i> .....	221
7.2. <i>A modo de síntesis</i> .....	224
7.3. <i>Ventajas docentes</i> .....	227
<b>8. Síntesis del capítulo</b> .....	228
<b>Bibliografía utilizada</b> .....	229

## Capítulo 5

### ERRORES QUE RETRASARON

<b>LA UNIDAD CIENTÍFICA DEL DERECHO PROCESAL</b> .....	231
1. <i>Un falso consuelo científico</i> .....	233
2. <i>Una labor que la dogmática no realizó</i> .....	234
3. <i>Denunciando algunos de los errores cometidos. Omisiones en fijar la identidad del objeto de conocimiento del derecho procesal</i> .....	235
3.1. <i>Excepciones que confirman la regla</i> .....	237
4. <i>Dificultades para fijar el objeto de conocimiento del derecho procesal</i> .....	241
5. <i>Ausencia del abordaje temático del objeto de conocimiento del derecho procesal desde distintos planos del conocimiento científico y filosófico</i> .....	242
5.1. <i>Las reflexiones críticas de Alcalá Zamora y Castillo</i> ...	242
6. <i>Otros ejemplos válidos: las antinomias generadas en el manejo de los conceptos de la acción, la jurisdicción y el proceso</i> .....	243
6.1. <i>¿Eliminación del concepto de acción?</i> .....	243
6.2. <i>La acción como el eje del sistema procesal que sustentan Humberto Briseño Sierra y Adolfo Alvarado Velloso</i> .....	248
6.3. <i>La preponderancia de la jurisdicción</i> .....	249
6.4. <i>Síntesis</i> .....	251
7. <i>Otra amenaza que atenta contra la Teoría General Unitaria del Derecho Procesal: la vigencia de la teoría "dualista" ....</i>	252
7.1. <i>Principales argumentos esgrimidos por quienes descreen de la formulación de una teoría general del proceso</i> .....	253
7.1.1. <i>La "diferencia" que encierran los conflictos jurídicos civiles y penales</i> .....	256

7.1.1.1. <i>El conflicto civil</i> .....	256
7.1.1.2. <i>El conflicto penal</i> .....	257
<b>8. Refutación</b> .....	258
<b>9. Más argumentos de la tesis separatista: las diferencias en la estructura del proceso civil y penal ....</b>	264
<b>10. Refutación</b> .....	265
<b>11. Auto y heterocomposición. Poderes, deberes y facultades de los jueces</b> .....	269
<b>12. Refutación. Sobre la heterocomposición y la autocomposición en los procesos penales y civiles</b> .....	269
<b>13. Poderes, deberes y facultades de los jueces penales y civiles</b> .....	271
<b>14. Refutación</b> .....	271
<b>15. A modo de conclusión en este tramo</b> .....	273
<b>Bibliografía utilizada</b> .....	274

## Capítulo 6

### EL OBJETO DE CONOCIMIENTO

<b>DEL DERECHO PROCESAL</b> .....	275
1. <i>La necesidad de abordar los presupuestos que integran la teoría general del proceso desde una óptica científica "multidimensional"</i> .....	277
2. <i>Desarrollo de los conceptos básicos sobre los que asiento la formulación de la teoría unitaria del derecho procesal ...</i>	279
2.1. <i>El objeto de conocimiento del derecho procesal civil y penal</i> .....	279
2.2. <i>Conflictos diferentes. Intrascendencia de la cuestión ..</i>	281
3. <i>La mención de algunas de las expresiones del pensamiento iusfilosófico que se ocuparon de definir el objeto de conocimiento del derecho (en general)</i> .....	281
3.1. <i>Las prevenciones de Álvarez Gardiol</i> .....	282
3.2. <i>Una simple nómina de iusfilósofos y procesalistas interesados por ubicar el objeto de conocimiento del Derecho Procesal</i> .....	283
3.2.1. <i>Breve síntesis sobre el "trialismo jurídico"</i> .....	284
3.3. <i>Volviendo a mis reflexiones</i> .....	289
4. <i>La opinión de León Duguit</i> .....	290
5. <i>Mi opinión y crítica del pensamiento de Duguit</i> .....	292
6. <i>Carlos Cossio</i> .....	293
6.1. <i>Mi opinión</i> .....	295



7. Las enseñanzas de Alvarado Velloso .....	297
7.1. <i>Mi opinión</i> .....	300
8. Abel Naranjo Villegas .....	300
9. Rodrigo Noguera Laborde .....	302
10. Mi opinión .....	302
11. Conclusiones sobre el objeto de conocimiento del derecho procesal .....	309
<i>Bibliografía utilizada</i> .....	312

**Capítulo 7**

**EL CONTENIDO NORMATIVO  
DE LA CIENCIA JURÍDICA Y PROCESAL .....**

1. Recopilación .....	315
2. Análisis esquemático del nivel normativo del derecho (en general) y del derecho procesal (en particular).....	317
2.1. <i>La materia que comprende el derecho procesal         y la igualdad en orden de importancia         de sus elementos estructurales</i> .....	319
2.2. <i>Sobre la axiología del sistema procesal</i> .....	322
2.2.1. <i>La ideas de Carlos Nino                 sobre los fines del derecho</i> .....	327
2.2.2. <i>Resumen de este tramo</i> .....	328
3. Necesidad de analizar las normas que regulan las interacciones humanas .....	329
3.1. <i>Los sistemas jurídicos basados         en el modelo "civil law"</i> .....	331
4. ¿El ordenamiento jurídico se sirve de normas que asumen una determinada "estructura" que lo hacen inteligible? .....	332
4.1. <i>Introducción al tema</i> .....	333
4.2. <i>Cuantificación y clasificación normativa</i> .....	333
5. El análisis de las "estructuras moleculares" de las normas jurídicas y un breve anticipo de las mismas .....	335
5.1. <i>Profundizando los conceptos.         La primera estructura molecular:         las normas programáticas</i> .....	340
5.2. <i>La segunda estructura molecular:         normas conceptuales</i> .....	342

5.3. <i>La tercera estructura "molecular"     de la norma jurídica: la que regula el cumplimiento     "espontáneo del mandato jurídico"     y la de la norma "sancionatoria"     ante el incumplimiento de lo regulado</i> .....	345
5.3.1. <i>La norma disyuntiva en la concepción         de Carlos Cossio</i> .....	348
5.3.1.1. <i>Mi conclusión</i> .....	349
5.4. <i>La "cuarta estructura molecular":         las normas dinámicas-procedimentales</i> .....	349
5.5. <i>La quinta y última creación de la estructura         molecular normativa: la acción procesal         como una instancia proyectiva         necesariamente bilateral</i> .....	353
6. Recapitulando .....	356
<i>Bibliografía utilizada</i> .....	358

**Capítulo 8**

**LA ESTRUCTURA E IDENTIDAD  
DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL .....**

1. Razón de ser de la función jurisdiccional .....	361
2. La labor jurisdiccional .....	363
2.1. <i>Conexión de instancias</i> .....	364
2.1.1. <i>La tarea de conexión de instancia                 es común al juez y al árbitro</i> .....	366
2.2. <i>Proceso y procedimiento</i> .....	366
2.2.1. <i>Concepto de proceso</i> .....	367
2.2.2. <i>Concepto de procedimiento</i> .....	368
2.2.3. <i>Preguntas y respuestas</i> .....	369
2.2.4. <i>A modo de resumen</i> .....	370
2.2.5. <i>El trámite</i> .....	372
2.2.6. <i>Resumen de los conceptos</i> .....	372
2.3. <i>Reflexiones de Adolfo Rocha Campos</i> .....	375
2.4. <i>Síntesis</i> .....	377
2.5. <i>La conexión de instancias es un deber funcional         connatural con el debido proceso. La instancia         en todo el curso de la serie procesal</i> .....	377
2.6. <i>Funciones jurisdiccionales "aleatorias"</i> .....	379
3. Definición de la función jurisdiccional .....	381
3.1. <i>Sobre la jurisdicción voluntaria</i> .....	381

<b>4. Cerrando los conceptos sobre la naturaleza y estructura de la jurisdicción pública y privada.....</b>	<b>383</b>
4.1. <i>Algunos conceptos sobre la mediación .....</i>	384
4.2. <i>Puntos comunes y diferencias entre la función jurisdiccional y la arbitral .....</i>	388
<b>5. La jurisdicción civil y penal. Identidad conceptual .....</b>	<b>390</b>
5.1. <i>La actividad cognoscitiva al momento de sentenciar .....</i>	390
<b>6. Conclusiones sobre la actividad de sentenciar .....</b>	<b>394</b>
<b>7. Síntesis .....</b>	<b>394</b>
<b><i>Bibliografía utilizada .....</i></b>	<b>395</b>

## Capítulo 9

<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>397</b>
<b>1. Conclusiones generales de la tesis “Teoría General Unitaria del Derecho Procesal” .....</b>	<b>399</b>
1.1. <i>Conclusiones de los conceptos unitarios alcanzados en el plano dogmático .....</i>	401
1.2. <i>Conclusiones en el plano ideológico o iusfilosófico ....</i>	403
1.2.1. <i>Sobre el Estado de Derecho y su influencia en los sistemas de procesamiento .....</i>	404
<b>2. Aportes de la filosofía jurídica para la legitimación de los sistemas de procesamiento .....</b>	<b>411</b>
2.1. <i>Ejemplos que demuestran la utilidad que presta la filosofía jurídica al derecho procesal .....</i>	412
<b>3. Refutando anomías doctrinarias.....</b>	<b>417</b>
<b>4. Mis reflexiones sobre los modelos inquisitivos en el proceso penal.....</b>	<b>419</b>
<b>5. Apuntes sobre los sistemas procesales civiles “predominantemente dispositivos” .....</b>	<b>421</b>
5.1. <i>Ejemplos hacia donde nos conduce la aceptación de doctrinas como la de las cargas probatorias dinámicas .....</i>	422
<b>6. Últimas reflexiones sobre la ideología que inspira a la teoría general unitaria .....</b>	<b>429</b>
<b>7. Una postrer mención sobre el nuevo pensamiento ideológico de Juan Montero Aroca .....</b>	<b>432</b>
<b>8. Homenaje y conclusiones .....</b>	<b>434</b>
<b><i>Bibliografía utilizada .....</i></b>	<b>438</b>

## INTRODUCCIÓN

1. La influencia científica del pensamiento de Adolfo Alvarado Velloso. 1.2. Mis conclusiones en este tramo. 2. La doctrina procesal de Humberto Briseño Sierra. 3. Síntesis de la influencia de las ideas de Alvarado Velloso y Briseño Sierra. 4. De lo ajeno y de lo propio. 5. Buscando salidas al estancamiento doctrinario. 5.1. La lentitud en la elaboración de mis propuestas. 5.2. Explicación sobre el silencio mantenido. 6. El optimismo fundado del presente. 7. La teoría general unitaria como culminación y tesis de la maestría de derecho procesal. 8. Final del capítulo introductorio.

## INTRODUCCIÓN

### *1. La influencia científica del pensamiento de Adolfo Alvarado Velloso*

Un acto de sinceridad personal e intelectual me impone formular una aclaración preliminar: el pensamiento jurídico de Adolfo Alvarado Velloso ha constituido para mí una fuente de conocimientos de tal importancia que necesito remarcarlo desde el comienzo mismo de la presentación de esta tesis. Muchas de mis ideas se encuentran fuertemente influenciadas por sus opiniones. Es más: de no haber tenido la fortuna de recibir sus esclarecedoras enseñanzas el desafío doctrinario encaminado a la construcción de una “teoría general unitaria del derecho procesal” no hubiera podido concretarse.

Por tanto, asumo—con orgullo y plenamente— la condición de *discípulo* de mi maestro (aspirando, a la par, que él mismo me reconozca en tal carácter). En definitiva, el dato trascendente que me propongo resaltar es que el interés que despertara en mí el estudio del derecho procesal está indisolublemente unido a la persona de Adolfo Alvarado Velloso. La simple cronología de los hechos que seguidamente expondré así lo confirmará. En los años setenta cursaba como alumno la carrera de abogacía en la Facultad Estatal de Derecho de Rosario, Santa Fe, República Argentina. En el tercer año, el plan de estudio me llevó a ingresar en el curso regular de la materia Derecho Procesal Civil. Contemporáneamente, se produjo una feliz

coincidencia: Alvarado Velloso estrenó su titularidad en esa cátedra. Tuve entonces la fortuna de contarle como mi profesor de grado.

Pues bien, fruto de ese primer contacto estudiantil y ante sus enseñanzas se instaló en mí (casi emotivamente) la curiosidad por profundizar mis conocimientos sobre el derecho procesal, sobrepasando las exigencias “formales” para aprobar la materia.

Ya recibido de abogado nunca decreció ese interés inicial por el estudio del derecho procesal. En el año 1983 fui convocado por Alvarado Velloso para unirme como docente de la Cátedra. Acepté de inmediato su generosa sugerencia, incorporándome a la misma como jefe de trabajos prácticos. A partir de esa fecha abracé con cariño e ininterrumpidamente la carrera docente.<sup>1</sup>

Ahora bien, cuando recién comenzaba a dar mis primeros pasos en el ámbito académico, en mi afán de capacitarme (para asumir con la mayor dignidad posible la labor docente), tomé la decisión de asistir como oyente—durante más de un lustro— al dictado de las clases que Alvarado Velloso impartía a sus alumnos en la Facultad de Derecho de Rosario. Hoy, mirado a la distancia, esa “auto-exigencia” que me impuse no pudo ser más acertada. Obtuve de ella varios réditos directos:

a) En primer lugar, me permitió que conociera—profundamente y de primera mano— el pensamiento procesal de mi maestro.

b) En segundo lugar, la asistencia a las aulas me convirtió en un testigo presencial y privilegiado del *cambio*

<sup>1</sup> El tránsito recorrido en la enseñanza universitaria, desde aquel pasado lejano hasta el presente, así lo testimonia. En ese largo derrotero asumí, en primer término, la jefatura de trabajos prácticos, luego la condición de profesor adjunto, cargo que ostenté desde el año 1985 hasta el mes de abril del año 2000. Por último, el Consejo Directivo de la Facultad me honró con la designación de profesor asociado de la cátedra que sigue a cargo de mi maestro Alvarado Velloso.

*doctrinario* que se produjo en las ideas de Alvarado Velloso a partir de la toma de conocimiento del *pensamiento científico* del maestro mexicano Humberto Briseño Sierra. En efecto: Alvarado Velloso ha sido el primer jurista en la Argentina que estudió y difundió las novedosas construcciones doctrinarias de Briseño Sierra.

La teoría general del proceso del maestro mexicano ha marcado una impronta distinta, en rigor de verdad, *una revolución en la ciencia procesal*. Y tengo para mí que sin la *difusión* a la que hice mención quizás su obra no hubiera cobrado el conocimiento que registra en nuestro medio. Por ejemplo, los alumnos de la Cátedra<sup>2</sup> manejan la teoría de la acción, el proceso y la jurisdicción desde la *perspectiva briseñana*. Sobre las fecundas ideas de Briseño Sierra volveré, en particular, a lo largo de esta tesis.

Va de suyo que la extensa labor docente y doctrinal de Alvarado Velloso no se ha limitado a una simple tarea de *propagación* de las ideas briseñanas. A esas brillantes concepciones científicas le sumó la construcción de una teoría general del proceso con signo propio y también *inedito*<sup>3</sup>. Los ejes directrices de esta teoría ha potenciado un formidable *movimiento de cambio* en el pensamiento procesal argentino y latinoamericano de los últimos años. En efecto: Alvarado Velloso es el impulsor de la impactante tesis del “*garantismo*” *procesal* aplicada en el *ámbito del proceso civil*. La idea de un derecho procesal civil “*garantista*” fue *tomada* por Alvarado de las *corrientes más progresistas del derecho procesal penal*. Pero el principal mérito de su propuesta consiste en postular *su irrestricta aplicación al proceso civil*.

<sup>2</sup> Me refiero a la Cátedra de Derecho Procesal Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, bajo la titularidad de Adolfo Alvarado Velloso. También esas ideas se difunden en la Cátedra de la misma facultad a cargo del Dr. Adrio Giovannoni.

<sup>3</sup> Cito, por caso, el desarrollo de su teoría general del proceso contenida en sus libros *Introducción al Estudio del Derecho Procesal* (primera y segunda parte), Santa Fe, República Argentina, (1989 y 2000), edit. Rubinzal Culzoni.

El núcleo de su planteo prohija un proceso “conforme constitución” (modelo que parece hasta *obvio* y, sin embargo, ha sido continuamente bastardeado en las últimas décadas bajo la prédica de un derecho procesal autoritario).

El hecho irrefutable es que la irrupción de un derecho procesal civil de “*garantías*” ha provocado un *giro copernicano* en la misión que se asignaba (desde el *autoritarismo*) al proceso judicial, como así también al papel que “debía” desempeñar el poder jurisdiccional. En efecto, el garantismo procesal es una tesis que se opone a amplias corrientes del pensamiento doctrinario que pugnan por un proceso civil de *corte autoritario*, fuertemente *publicista*, en el que se entiende que el juez tiene el *deber* o la misión *casi “mística”* de esclarecer en los litigios la “*verdad jurídica objetiva*”. Y para obtener esa inasible meta (magüer la “*verdad fragmentada*” que es la *única* que puede obtenerse en un proceso judicial) las corrientes inquisitivas le asignan a los juzgadores importantes (en rigor *ominosas*) facultades *oficiosas* de *investigación y prueba*.

En definitiva, la “*verdad absoluta*”, la justicia “*pantónama*” y las pruebas de “*oficio*”, generan un peligroso “*cocktail*” donde se mezclan el *autoritarismo*, el *publicismo desmedido*, el *inquisitivism* y el *decisionismo judicial*. Contra de esta penosa y peligrosa realidad (medida en pérdida de garantías constitucionales-procesales para los justiciables) alza sus banderas el garantismo procesal.

Sobre este tema volveré en detalle en los capítulos segundo y tercero de esta obra. Aquí me limito a dejar planteado la importancia que tiene para la teoría unitaria del derecho procesal la visión epistemológica y filosófica de un derecho procesal “*garantista*” y, por consiguiente, el alejamiento de toda línea *autoritaria*.

Es más, si no se derriba la barrera del *autoritarismo* en el proceso civil no existe posibilidad de concretar una teoría unitaria. Sencillamente, si la base ideológica no se asienta en conceptos comunes (garantistas) el proyecto

está condenado al fracaso. De allí la insistencia con la que atacaré en los siguientes capítulos al modelo “*autoritario-inquisitivo-publicista-decisionista*”. Este dato también explica por que he elegido rebatir *primero* la visión *ideológica* antes que los errores *dogmáticos* (ya que la ideología que refuto conspira fuertemente contra la unidad en la teoría general del proceso). Esta tarea de crítica será realizada, fundamentalmente, en los capítulos primero a tercero de esta obra.

Es que una primera selección de la importancia de los factores que llevaron a la desunión en la teoría general del proceso ( y que también campea en el plano dogmático) me persuade que, siendo ambos flancos atacables, debo —primero— derribar el factor ideológico. Después, será más sencillo arribar a las “*conciliaciones*” doctrinarias.

## 1.2. Mis conclusiones en este tramo

La postulación de un derecho procesal civil “*garantista*”, apoyado sobre un sistema de procesamiento *netamente dispositivo* —en lugar de los híbridos ideológicos (inquisitivos-dispositivos) que siembran gruesas antinomias en la dogmática y la normativa procesal— ha sido instalado, como se dijo, por Alvarado Velloso en el ámbito del proceso civil Latinoamericano.

Y esa idea pretende ser fortalecida por quienes nos sentimos sus seguidores. Esa es una de las *motivaciones centrales* que alimenta este trabajo. En definitiva, se busca *hermanar* al proceso civil “*dispositivo*” con el proceso penal de signo “*acusatorio*”. Tengo para mí que sólo bajo una visión *garantista*—que ajuste “*la sintonía*” de los procesos civiles y penales de la región con el sistema constitucional liberal y democrático que hoy rige en toda América latina— se tendrá la chance de alcanzar este logro.

La importancia asignada al garantismo procesal como sostén iusfilosófico de la teoría unitaria del derecho pro-

cesal merecerá también una puntillosa explicación en los capítulos siguientes. Pero subrayo desde ya que *el binomio* “garantismo y unidad de la ciencia del proceso” implica, por lo que llevo dicho, una propuesta dogmática y iusfilosófica *inescindible*.

## 2. La doctrina procesal de Humberto Briseño Sierra

Ya remarqué la influencia decisiva que ha ejercido en mi labor intelectual el pensamiento procesal de Alvarado Velloso. Pero es también mi deseo destacar en esta introducción el peso de las ideas del maestro Briseño Sierra sobre mi formación jurídica, remarcando, especialmente, la *trascendencia* que ellas registran para la construcción de una teoría unitaria del derecho procesal. En efecto: las ideas de Briseño Sierra abrieron la primera puerta hacia la *unidad* en la ciencia del proceso al presentar una concepción “unitaria” de la acción, el proceso y la jurisdicción.

Los tres institutos son desarrollados por el maestro mexicano bajo esa premisa *comunitaria*. La evolución doctrinal realizada en torno de la acción, el proceso y la jurisdicción registra una sólida *identidad* conceptual, (que no se ve afectada por la naturaleza del conflicto civil, laboral, comercial, administrativo, penal que se deba atender). Briseño precisa, por ejemplo, que el rasgo distintivo de la acción procesal proviene del carácter *dinámico* de la norma que la regula.

La acción –en la concepción briseñana– es una instancia “*proyectiva necesariamente bilateral*”.

Esta *proyectividad* “... es de naturaleza lógica por qué ¿Cómo, si no, puede haber un debatir entre partes y ante el imparcial? Se establece la *triangulación* o *no hay debate*, y si éste *falta* tampoco podrá haber *resolución*...”<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Briseño Sierra, Humberto, *Compendio de derecho procesal*, ciudad de México, México, 1989, edit. Humanitas, p. 182.

Se advierte que esta definición es “*unitaria*”, en el sentido que no presenta diferencias aunque la pretensión, anidada en la acción procesal, fuera *de distinta naturaleza jurídica*.

A su vez, se explica al *proceso* como “una *serie consecucional de instancias proyectivas*”<sup>5</sup>. También queda de resalto que esta descripción, que dibuja con toda *simpleza* la estructura del método de debate, no *varía* por el tipo de litigio que deba procesarse. Nuevamente aparece aquí una idea conceptual *unitaria*.

Por último, Briseño concibe a la *función jurisdiccional* como una actividad que comprende: a) una *necesaria conexión de instancias*<sup>6</sup>, (y yo agrego tres tareas *contingentes*, en el sentido que no están siempre presente en todos los litigios) la de heterocomposición, cautela o ejecución de lo decidido.

Una vez más, la *unidad* del último elemento de la “trilogía estructural del derecho procesal” se manifiesta claramente.

Una disgresión final antes de cerrar este tramo: la *terminología* que emplea Briseño Sierra para tipificar a la acción, el proceso y la jurisdicción (por ejemplo, “*instancia proyectiva necesariamente bilateral*”; “*serie consecucional de instancias proyectivas*” y “*conexión de instancias*”) podría generar en el lector “no iniciado” en su *semántica* una cierta *perplejidad*.

Sin embargo, como luego se verá, la coherencia del sistema procesal de Briseño se apoya, en gran medida, también en *el hallazgo* y utilización de términos que describen los fenómenos procesales con mucha mayor *precisión* que las expresiones “*clásicas*” usadas por buena parte de la doctrina para adjetivarlos.

<sup>5</sup> Briseño Sierra, Humberto, ob. cit., p. 244.

<sup>6</sup> Briseño Sierra, Humberto, ob. cit., p. 196 y sig.

En definitiva, lo realmente trascendente en el pensamiento de Briseño Sierra, (valorado desde una perspectiva unitaria del derecho procesal) es haber logrado –como ningún otro procesalista contemporáneo– desentrañar “*el qué*” (es decir la “*naturaleza*”) de la acción, el proceso y la jurisdicción”.

Para lograr esa importante meta epistemológica abordó a los tres fenómenos jurídicos desde una *triple* óptica de análisis (como lo quería su maestro, Alcalá Zamora y Castillo). En este sentido, Briseño analiza la trilogía estructural del proceso preguntándose sobre el “*qué*” (su naturaleza); el “*por qué*” (su causa) y el “*para qué*” (su finalidad). Y estas preguntas encuentran respuestas “*multifocales*” que logran explicar acabadamente a la acción, al proceso y a la jurisdicción desde diferentes planos. Así, su construcción científica gana en “*volumen*” y cobra plena validez para *todas* las ramas del derecho procesal. De allí la *importancia* que asume para la teoría general unitaria del proceso el desarrollo de sus ideas que serán motivo, como se dijo, de un análisis más profundo en el curso de la obra.

### 3. Síntesis de la influencia de las ideas de Alvarado Velloso y Briseño Sierra

A modo de síntesis, de Alvarado Velloso y Briseño Sierra recibí un armamento intelectual formidable. Me regalaron, como dije, las nociones esclarecidas del derecho de acción, del proceso y la jurisdicción elaboradas bajo una óptica unitaria. Filosóficamente, además, mi labor quedó *facilitada* al empaparse con la esencia de la tesis *garantista* (aplicada, fundamentalmente, al proceso civil, donde la idea presenta mayores resistencias).

Luego, apoyado en estos sólidos soportes me resultó más sencillo intentar la formulación de una “*teoría general unitaria del derecho procesal*”. En otras palabras: al abordar la tarea *unificadora* del derecho procesal me encon-

tré con un terreno ya abonado por esas dos líneas rectoras de pensamiento. En todo caso restaba completar una modesta faena de *engarce* de los distintos eslabones que ya reposaban sobre esos sólidos cimientos.

### 4. De lo ajeno y de lo propio

La tesis doctrinal que presento bajo el rótulo de *teoría general unitaria del derecho procesal* –como generalmente acontece con toda construcción científica– no ha surgido en forma espontánea ni contiene postulados *originales*. Tampoco debe verse como el producto de un raptó de inspiración personal. Antes bien: evidencia una lenta decantación de ideas ajenas trabajadas evolutivamente, como ya se vio más arriba.

Queda claro, entonces, que, las directrices teóricas que me sirvieron de sostén para mis propias elaboraciones, ya fueron abordadas por procesalistas y iusfilósofos de una dimensión intelectual mucho más elevada de la quién esto escribe. Por tanto, en esta labor de investigación, insisto, hay mucho más aporte de *terceros* que producción *propia* que pueda aportar.

Sin embargo, caería en un pecado de falsa modestia, si también le reconociera a la dogmática procesal haber elaborado (por lo menos *totalmente*) una teoría general *unitaria* del derecho procesal. No temo equivocarme al afirmar que esa faena científica no fue consumada. En el estricto capítulo de la “*unidad procesal*” no puedo otorgar a la doctrina méritos por una labor que no llegó a concretarse en forma plena.

Desde este punto de vista la presentación “*en sociedad*” de la teoría general unitaria del derecho procesal conllevaría –permítaseme la arrogancia–, una cierta dosis de *originalidad científica*. De todas formas, lo importante no es atribuirse estos méritos personales. La labor intelectual no consiste en un certamen competitivo que

tenga como meta “ganar” y, menos aún, pretender *derrotar* a quienes piensan *de un modo distinto* (sino, en todo caso, persuadirlos de la bondad del mensaje). Lo trascendente será sumar ideas para lograr, de una buena vez, la ansiada *unidad en la ciencia del proceso* que, hasta hoy, ha sido tan *esquiva* de alcanzar.

En definitiva, hoy me encuentro persuadido, luego de recorrer un largo tránsito personal de “ensayos y errores”, que están dadas las condiciones *científicas*, como así también el entorno *iusfilosófico*, que permitirán *concretar* la formulación de una teoría general *unitaria* del derecho procesal.

### 5. Buscando salidas al estancamiento doctrinario

Un planteo muy esquemático del plan de trabajo seguido evidencia que los tres primeros capítulos están dedicados a rebatir el planteo ideológico autoritario, tarea que se impone por cuanto, insisto, el “autoritarismo” ha tenido mucho que ver en la visión fragmentada de la teoría general del proceso. A partir del capítulo cuarto hasta el capítulo octavo el ataque se centrará en la dispersión dogmática que también trajo desunión a la teoría general del proceso. En el capítulo noveno se formularán las conclusiones respectivas. En otros términos si la ideología “autoritaria” y la dogmática “separatista” han sido las responsables de la inexistencia de una teoría general unitaria del derecho procesal, queda claro que en mi tesis debo trabajar y rebatir ideas en ambos frentes.

Pero en este tramo, aprovechando su carácter introductorio, deseo volver la vista hacia atrás y efectuar ciertas referencias –que contienen algunos datos de tinte personal– (y desde ya solicito se me dispense por ello) pero que entiendo son pertinentes para que el lector se imponga sobre los serios avatares intelectuales que he “padeci-

do” hasta llegar, por fin, al convencimiento que era *posible* la formulación de una teoría general unitaria del derecho procesal.

### 5.1. La lentitud en la elaboración de mis propuestas

En primer lugar, debo, en alguna medida, justificar la lentitud en la elaboración de mis propuestas en torno a la unidad procesal. La demora en exteriorizarlas no ha sido producto de una desidia intelectual. En todo caso, puede achacarse a mis limitaciones personales, pero no a una falta de *empeño* del fin buscado. Confieso que buena parte del tiempo que me demandó este proyecto lo consumí en desembarazarme de las serias *dudas* científicas que me embargaban. Me preguntaba: ¿es factible, proponer –y argumentar con seriedad– la posibilidad de una unidad científica en el derecho procesal? Esta duda recién ahora –y sólo en parte– ha podido ser despejada. No estaba seguro, lo reconozco, que podía llegarse a esa unidad teórica.

Además, no encontraba las respuestas esenciales para solucionar los graves y complejos problemas que presenta un “ensamble” de las distintas partes o ramas de nuestra ciencia. Y era plenamente consciente que sin esa labor de “engarce” la propuesta de una teoría unitaria estaba condenada al fracaso.

### 5.2. Explicación sobre el silencio mantenido

Tan importantes fueron los escollos a superar que, durante muchos años, lograron que “silenciara” la exteriorización de la teoría general unitaria del derecho procesal (que rondaba desde hace mucho en mi mente). Quizás intimidado (doctrinalmente) por el cúmulo de factores adversos que me rodeaban preferí el *silencio* a la ex-



posición de mis ideas ante terceros en el convencimiento que todavía no estaban suficientemente elaboradas para lograr los fines que buscaba (persuadir que es posible una visión *unitaria* del derecho procesal).

En suma, debo concluir que todos los senderos científicos por los que encarrilaba mis afanes no alcanzaron, por lo menos durante un extenso lapso, la entidad suficiente para iluminar mi empeño en fijar los ejes directrices, el esquema vertebral, sobre el que debía asentarse la teoría general “unitaria” del derecho procesal.

### 6. *El optimismo fundado del presente*

Pero esa situación de dudas y perplejidades, como lo dije antes, hoy se han modificado radicalmente. En la actualidad he decidido replantear la cuestión de la *unidad* del derecho procesal con un renovado optimismo. Sin embargo, por simple prudencia (que siempre debe observarse en el conocimiento científico, esencialmente *relativo*), ese estado de ánimo debe ser moderado a sus justos límites. Existían, y existen, como ya dije, importantes obstáculos que deben ser removidos para arribar a una propuesta sobre la unidad procesal construida sobre bases sólidas que soporten los embates a la que estará expuesta.

De hecho, las dificultades que supone postular nociones unitarias en la ciencia del proceso no pueden tomar desprevenido a nadie, si tenemos en cuenta que este problema ha sido un auténtico rompecabezas, todavía *irresuelto* por la dogmática. Luego, encontrar la solución de un tema doctrinal tan arduo no podía, ni puede, ser una tarea sencilla. Quizás, eso sí, me equivoqué en *medir* la magnitud del problema y lo esquivo de sus posibles soluciones. Su hondura y complejidad, lo reconozco, resultaron ser mucho mayor de la esperada y quedó patentizada a medida que avanzaba en la preparación de mi tesis.

### 7. *La teoría general unitaria como culminación y tesis de la maestría de derecho procesal*

Ahora bien, debe reconocer que mi faena se vio auxiliada por factores externos que la potenciaron. En efecto, mientras estaba abocado a la elaboración unitaria de las nociones de la acción, el proceso y la jurisdicción (es decir al plano dogmático de la teoría) la “bocanada doctrinaria de aire puro” que provino de un “derecho procesal de garantías” provocó la siguiente paradoja: la lentitud que me achacaba en la formación y exteriorización de una teoría unitaria del derecho procesal terminó siendo un *beneficio* para la construcción de mis ideas. Me explico: bien mirado, quizás estaba buscando un cierre prematuro para mi labor, sin tomar la necesaria reflexión y distancia sobre la magnitud del cambio epistemológico e iusfilosófico que estaban generando en el procesalismo científico la irrupción de los *paradigmas garantistas* de los que di cuenta antes.

Tampoco contaba con todas las herramientas intelectuales necesarias para poder aprovechar ese giro copernicano producido en la ciencia del proceso. En efecto: hoy me queda claro que mi formación *autodidacta*, forjada durante más veinte años de docencia en los claustros universitarios y publicaciones autorales, no era suficientemente sólida para explotar las condiciones favorables que se producían a mí alrededor. Precisaba de un rigor académico más profundo para poner en claro mis ideas. Pues bien, al tiempo que desgranaba los primeros razonamientos sobre la teoría general unitaria del derecho procesal, inscribirme como cursante de la maestría de Derecho Procesal dirigida por Adolfo Alvarado Velloso<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> El suscrito forma parte de la primera promoción (1998-1999) de la Maestría de Derecho Procesal Civil, dirigida por Adolfo Alvarado Velloso, dictada en la Facul-

Durante dos años (tiempo que consumió el cursado de la maestría) debí asumir la carga del estudio profundizado del derecho procesal, enriquecido por el aprendizaje de la filosofía jurídica, epistemología, metodología de la investigación, sociología, teoría del Estado, etc. Es decir, la labor de investigación *solitaria y personal* que estaba realizando se transformó en un *estudio formal* del derecho procesal, derivado de las *exigencias* propias del posgrado. El resultado se tradujo en la adquisición de mayores conocimientos y de una *“apertura mental”* que antes *no tenía*.

Hoy, estoy seguro que sin ese estudio intensivo y sistemático del derecho procesal (y del resto de las materias que integraban el plan curricular de la Maestría) los esfuerzos *aislados* encaminados a la construcción de la teoría general unitaria del derecho procesal nunca hubieran llegado a buen puerto. Por tanto, para todos y cada uno de los docentes de la Maestría, que con sus enseñanzas enriquecieron mi formación jurídica y cultural se me ocurre que el mejor homenaje que puedo hacerles consiste en devolver —en parte— mucho de lo recibido. Y este tributo creo cumplirlo con la presentación de la tesis sobre la *teoría unitaria del derecho procesal*, es decir, como la culminación de ese bello rito compartido de aprender, para luego poder elaborar ideas que puedan servir para agregar conocimientos a los ya recibidos.

Fueron más de tres intensos años de ilustrarme y preparar mis ideas para volcarlas a la pluma. Al culminar mi tesis siento esa extraña sensación de haber cumplido con el objetivo propuesto, pero también la tristeza de poner fin a un desarrollo intelectual que me enriqueció enormemente.

tad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Provincia de Santa Fe, República Argentina, que comenzara a principios del año 1998 y terminara en diciembre de 1999.

## 8. Final del capítulo introductorio

No pretendo que mis reflexiones sobre una teoría unitaria del derecho procesal supongan un punto final de nada, sino, en todo caso, el *principio* de nuevas cavilaciones científicas. Todo doctrinario debería contemplar sus esfuerzos con la dosis de *humildad* necesaria que —lamentablemente— muchas veces está ausente entre los intelectuales. Sostiene Karl Popper “...aquellos que entre nosotros son científicos deberían volverse un poco más *modestos* y, sobre todo, menos dogmáticos. Sino será la *ciencia* la que *queda en el camino*”<sup>8</sup>.

Si en la actualidad me encuentro notablemente más animado y convencido de la posibilidad de arribar a una *unidad* conceptual en la teoría general del proceso tal convencimiento debe estar rodeado de un halo de “provisoria” ajeno a toda certeza absoluta.

Por lo pronto, no puedo ni debo olvidarme de las frustraciones sufridas, de los intentos inconclusos, para abstenerme de sentar dogmas en este terreno, simplemente, porque como todos sabemos, se aprende más de los errores que de los aciertos, de las dudas, que de las verdades de “puño”, y esto es especialmente válido para las teorías científicas.

Previsiones y explicaciones aparte, aspiro a que el producto de la labor que de ahora en más someto a juicio del lector servirá (si es que no consigo persuadir a los destinatarios de mi trabajo de la posibilidad de construir una teoría general unitaria del derecho procesal) por los menos para exteriorizar mis esfuerzos. En todo caso, será expresivo de cierto grado de obstinación personal en detectar y armonizar los presupuestos científicos, que per-

<sup>8</sup> Popper, Karl R., *La responsabilidad de vivir. Escritos sobre política, historia y conocimiento*, Barcelona, España, 1994, edit. Paidós-Estado y Sociedad, p. 107.

mitirían, de una buena vez, ubicar las bases sobre las que resultará posible construir una teoría general *unitaria* del derecho procesal.

### *Bibliografía utilizada*

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, (primera y segunda parte), Santa Fe, República Argentina, (1989 y 2000), edit. Rubinzal Culzoni.

BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Compendio de derecho procesal*, ciudad de México, México, 1989, edit. Humanitas.

POPPER, Karl R., *La responsabilidad de vivir. Escritos sobre política, historia y conocimiento*, Barcelona, España, 1994, edit. Paidós-Estado y Sociedad.

## Capítulo 1

### PRIMERAS NOTICIAS SOBRE LA FORMULACIÓN DE UNA TEORÍA GENERAL UNITARIA DEL DERECHO PROCESAL

1. Introducción. 1.1. Tesis contestataria. 1.2. Denominación elegida. 2. Necesidad de fundamentar la posibilidad de la unidad en el derecho procesal. 2.1. Sustitución y propuesta de nuevos paradigmas. 2.2. La inexplicable vigencia de ciertas consignas. 2.3. La necesidad de asumir un mayor activismo doctrinario. 3. Compendio de razones que justifican las impugnaciones científicas que deben realizarse. 4. Diagnosticar sin proponer soluciones no aportaría nada para salir de la crisis. 5. Algunos ejemplos de los perjuicios que provocan las ideologías procesales autoritarias. 5.1. El desmadre del carácter público de la relación procesal. 5.2. Otro ejemplo: la declaración oficiosa de incompetencia en cualquier estado y grado de la causa. 5.3. La caducidad de instancia declarada de oficio por el Tribunal. 5.4. Conclusiones en este tramo. 6. Buscando otros horizontes. 7. Preguntas que podrían formularse desde la vereda ideológica opuesta para cuestionar los axiomas unitarios-garantistas. 8. Ensayando respuestas. 8.1. La inevitable disputa que generará el choque de corrientes encontradas. 8.2. La jerarquía y honradez científica de quienes no sostienen las ideas procesales garantistas. 9. La autocrítica sobre el inexplicable silencio frente a tantas voces que juzgo equivocadas. 9.1. Fin de esta etapa de silencio. 9.2. Precizando el ámbito de disputa. 10. Costos a pagar. Citando a Daniel Herrendorf. 10.1. Mi opinión. 11. Tesis evolutivas y el método del conocimiento científico. 12. El pensamiento jurídico y los dogmas. 13. Los planteos científicos que pueden generarse en torno de la tesis unitaria-garantista del derecho procesal. 14. Conclusiones de este capítulo.

## Capítulo 1

### PRIMERAS NOTICIAS SOBRE LA FORMULACIÓN DE UNA TEORÍA GENERAL UNITARIA DEL DERECHO PROCESAL

#### *1. Introducción*

En el capítulo introductorio de esta obra sostuve la posibilidad de consagrar una teoría general *unitaria* del derecho procesal. La concreción de la propuesta dependerá que acertemos en el sendero científico que nos conduzca al objetivo buscado. También expresé que en tren de dar prioridad al ataque de los factores que llevaron a la desunión en la teoría general del proceso decidí, en primer término, enfrentarme con el componente ideológico: el autoritarismo procesal.

Asumo que la faena es muy compleja. De un lado, requiere abocarse a la *remoción* de los distintos obstáculos que impidieron –hasta ahora– poder cristalizar las ideas “comunitarias” que aquí se impulsan. De otro, impone la construcción de una teoría general del proceso que parta de presupuestos epistemológicos radicalmente *distintos* a los que se vienen manejando por buena parte de la doctrina procesal latinoamericana en las últimas décadas.

En efecto, para arribar a la ansiada “unidad” en la teoría general del proceso –atento a los pobres resultados obtenidos en este plano –exige diseñar una fórmula dogmática totalmente *diferente*. Se trata, sencillamente, de tomar

distancia de las ideas que provocaron la frustración de los proyectos “comunitarios”. El sentido común, no ya el jurídico, nos indicaría que no se debe persistir en una línea que sólo trajo *desunión* a la teoría general del proceso.

A su vez, esa nueva concepción doctrinal se sostiene, insisto, en una filosofía jurídica *garantista* opuesta –radicalmente– a la iusfilosofía que sirve de soporte al “publicismo” e “inquisitivismo” procesal que hoy campea (lamentablemente) en buena parte los sistemas de procesamiento civiles y penales de la región.

Con vocación de síntesis podría decir que la doctrinaria y iusfilosofía “unitaria-garantista” del derecho procesal reposa en dos pilares esenciales:

a) En primer lugar, y en el plano estricto de la dogmática procesal, parte de una visión *común* sobre:

- 1) el objeto de conocimiento del derecho procesal;
- 2) la acción, el proceso y la jurisdicción ;

b) En segundo término, en el nivel iusfilosófico, el andamiaje procesal se apoya, como se dijo, en una perspectiva *garantista* que diseña un sistema de procesamiento netamente “*dispositivo*” –en el ámbito civil– adoptando los postulados “*acusatorios*”, que –en el proceso penal– tienen ya ganada una merecida carta de ciudadanía.

Se trata, en definitiva de desechar los híbridos ideológicos que se esfuerzan –vanamente –por combinar dos corrientes *inconciliables*: “dispositivismo” e “inquisitivismo” procesal.

Es que estoy persuadido, como ya lo sostuve en el capítulo introductorio, que sólo desde una visión “*garantizadora*” del derecho procesal se podrán fijar una “*comunidad*” de ideas sobre la triple *identidad* que requiere cimentar una teoría general con pretensiones “unitarias”: identidad en el objeto de conocimiento de la ciencia jurídica (plano sociológico); identidad de la acción, la jurisdicción y el

proceso (nivel normológico) e identidad en los valores que se pretenden realizar en los procesos civiles y penales es decir, en la axiología que inspira al sistema.

### 1.1. Tesis contestataria

La tesis “unitaria-garantista” del derecho procesal se alza frente un *estatu quo* doctrinario y normativo que –esforzadamente– trata de preservar importantes sectores de la dogmática procesal contemporánea. Ataca –frontalmente– el paradigma de un derecho procesal al que lo adjetivo con la sintaxis que considero útil para denostarlo y que está compuesta de cuatro palabras: “publicista-inquisitivo-autoritario-decisionista”. Me serviré una y otra vez de la misma por cuanto resume, expresivamente, la crítica que me inspira ese modelo.

No pongo en duda que la propuesta de cambio provocará fuertes resistencias en estos ámbitos conservadores de la dogmática y la filosofía jurídico-procesal (que no pueden ver con buenos ojos la crítica y descalificación de consignas autoritarias que han sido mantenidas celosamente desde hace años).

Siete siglos de herencia procesal autoritaria legada por la inquisición española, y más de sesenta años de recibir las directrices de una neo-inquisición, en especial después de la entrada en vigencia del código procesal italiano de 1940, (cuya incidencia en este “reverdecer inquisitivo” del siglo XX será explicada luego con mayor detenimiento) autorizan a presumir la reacción de la que doy cuenta.

Asumiendo que ese será el turbulento panorama con el que debo enfrentarme, mi labor deberá encaminarse a vencer sobre: a) la validez científica y filosófica de la fórmula “unitaria-garantista” y b) de su clara superioridad (en términos de *eficacia* y *respeto* a las *mandas constitucionales*) frente al modelo de procesamiento “autoritario”.

A esa tarea de “persuasión” intelectual dedicaré, de ahora en más, mis esfuerzos.

### 1.2. Denominación elegida

He escogido el nombre “Teoría General Unitaria del Derecho Procesal” para identificar así a mi tesis doctrinal. La inclusión del adjetivo “unitaria” –adicionado al término “general”– hace “gráfica” la aspiración que persigo: fijar los postulados científicos comunes y compatibles a todas las ramas del derecho procesal. La lingüística empleada debe verse, en todo caso, como un recurso *semántico* para marcar las diferencias con la terminología “clásica” utilizada por la mayor parte de la doctrina procesal iberoamericana.

En efecto, la dogmática, tradicionalmente, ha utilizado la sintaxis “teoría general del proceso” “a secas” para titular las obras referidas al tema. El uso de esa denominación “reducida” –incluyendo sólo el término “general” y omitiendo la palabra “unitaria”– nos proporciona un indicio muy claro sobre la tendencia autoral de *rehuir* –directamente –al tratamiento de la “unidad” procesal.

Es posible que la magnitud de los obstáculos que supone el desarrollo de una tesis tan compleja, o las dificultades que se presentan en la armonización de los conceptos unitarios que la informan, resultaron los causantes de esa reticencia epistemológica. También presumo que esas barreras son las responsables del trato superficial brindado por los estudiosos del derecho procesal al problema de la “unidad”. Sin embargo, esta omisión o superficialidad temática, aunque pueda en cierto modo *comprenderse*, no debe ser *justificada*. Se trata de una clara *deuda* que la comunidad científica tiene para con el progreso del derecho procesal, que no está “saldada” y que se impone, sin más, comenzar a cumplirla.

### 2. Necesidad de fundamentar la posibilidad de la unidad en el derecho procesal

Afirmar que es posible arribar a la *unidad* de los postulados científicos de la teoría general del proceso, especialmente en las dos áreas que por lo menos *a priori* presentarían mayores diferencias conceptuales: el derecho *procesal civil* y el derecho *procesal penal*, podría convertirse en una simple petición de principios si no viene acompañada de los fundamentos y las motivaciones que avalen esta propuesta. Se caería en ese error en la medida que no se explique cómo es posible anular o reducir la enorme brecha doctrinaria y normativa generada por la concepción disímil que se tiene sobre ambos procesos.

En la actualidad, el derecho procesal civil y penal se presentan como *polos separados* de las aguas “comunes” por las que discurre la teoría general del proceso. Es más: tampoco debe perderse de vista que aún dentro de las ramas del derecho procesal civil existen importantes corrientes doctrinarias que plantean la *autonomía* de alguna de ellas (por ejemplo, el derecho procesal laboral).

De modo tal, que la teoría unitaria-garantista del derecho procesal debe afinar su rigor metodológico si es que quiere imponer sus ideas “comunitarias”. Esta exigencia se vuelve más imperiosa atento al panorama “disociado” que exhibe la ciencia del proceso. Y para doblegar esta disociación conceptual habrá que servirse, entre otros, de una batería de argumentos jurídicos, iusfilosóficos, sociológicos, éticos, que *refuercen* la validez teórica de los enunciados jurídicos.

En otros términos: se trata de convencer a la comunidad científica que es posible terminar con la división teórica que impera hasta hoy, y que es factible consagrar una tesis *unitaria* de “todo” el derecho procesal. El desafío no es

de tono menor, y debería funcionar como un aliciente para tratar de cubrir todos y cada uno de los flancos que pudieran ser objeto de ataque por parte de aquellos que intenten demostrar la “falsación” de éste esquema epistemológico.

### 2.1. Sustitución y propuesta de nuevos paradigmas

Tomando en cuenta los obstáculos y riesgos evaluados, la labor que nos lleve a la postulación de una teoría “unitaria-garantista” del derecho procesal supondrá, una tarea muy precisa que, a modo de péndulo, debe transitar entre la crítica y la construcción doctrinaria.

Partiendo de la *crítica*, denunciaré las erróneas elaboraciones dogmáticas que colaboraron, como ya se afirmó, con la desunión del derecho procesal.

Pretendo demostrar cómo el antinómico “sistema” ideológico apoyado sobre un esquema “inquisitivo-autoritario-publicista-decisionista” es el principal causante (sumado a las equivocaciones dogmáticas) de la dispersión en la que ha caído la teoría general del proceso.

Y si esto es así, si se comprueba efectivamente que la frustrada unidad del derecho procesal científico proviene de la vigencia de ese modelo, el paso obligado será la *descalificación* del mismo. Se tratará, entonces, de desplazar una gran cantidad de presupuestos ideológicos, realidades normativas y posturas doctrinarias insostenibles, (por ser las directamente co-responsables de la visión fragmentada que hoy exhibe la teoría general del proceso).

En buen romance, la fractura ideológica y normativa que envuelve al derecho procesal científico es un lamentable *estigma* que los doctrinarios deberíamos combatir si lo que se pretende es neutralizar –hacia el futuro– la “atomización” que envuelve a la ciencia del proceso en el presente.

### 2.2. La inexplicable vigencia de ciertas consignas

Resulta inexplicable que las consignas dogmáticas y los soportes iusfilosóficos que sostienen el modelo “inquisitivo-autoritario-publicista-decisionista” (inconciliables, lo iterio, una visión unitaria del derecho procesal) no hayan sido merecedores de una crítica más intensa y generalizada. Se precisaba de esa labor para abrir la puerta al debate (como paso previo a su posterior descalificación). Se ha perdido mucho tiempo al no haber realizado esa faena y no se trata de seguir persistiendo en el error.

También es sintomática (pero más previsible) la ausencia de la *más mínima autocrítica* por parte de aquellos que dieron vida o apoyaron los postulados procesales-inquisitivos-autoritarios-publicistas-decisionistas (dato que es expresivo de la ausencia de la grandeza espiritual que se requiere para asumir los errores cometidos).

Ahora bien, si haber *minado* la construcción unitaria del derecho procesal no fuera un *lastre* más que suficiente para impugnar las ideas dogmáticas que ataco, la larga vigencia de esa teoría merece también su descalificación por ser la causante (no exclusiva) del pésimo funcionamiento de *la justicia cotidiana* que sufren en “carne y hueso” los pueblos de la región. En resumen, una visión iusfilosófica y teórica *errada* y su proyección *desfavorable* sobre funcionamiento de la justicia que se imparte desde la jurisdicción pública latinoamericana, es la pesada herencia que nos ha dejado la ideología “anti-garantista” y la dogmática “dualista”.

### 2.3. La necesidad de asumir un mayor activismo doctrinario

El activismo doctrinario para enfrentarse con este ominoso panorama debe ser tomado con toda firmeza por parte

de quienes ponemos como *norte* la entronización de un derecho procesal unitario y garantista. La hondura de la crisis nos compromete con una crítica abierta y frontal contra los modelos procesales autoritarios que: 1) fraccionaron a la teoría general del proceso; 2) descalabraron el sistema y de justicia y 3) y diluyeron las prescripciones constitucionales encaminadas a garantizar a los pueblos de la región el goce de un “debido proceso judicial”.

Y ese derecho a un “debido proceso” —preciosa garantía que es connatural con la finalidad de los Estados de derecho democráticos— parte de un esquema bien simple: asegurar que los ciudadanos no serán privados de sus “bienes de la vida” (la existencia, la libertad, la honra, el patrimonio, etc.) sin antes haber mediado el previo tránsito por un debate jurisdiccional en el que se les garantice: a) la igualdad de armas para discutir en el mismo y; b) un juez auténticamente imparcial, imparcial e independiente que lo dirima.

Esa promesa —que está contenida, sin excepción, en todas las cartas magnas fundacionales de los Estados de Derecho de América latina —debería (por lo menos en la teoría) ser ratificada con igual firmeza por normas “concordes” en los códigos de rito de la región.

Lamentablemente esta “continuidad garantista” no se produce. Bajo el peso de un derecho procesal autoritario, la garantía constitucional resulta continuamente retaceada, cuando no es directamente anulada (por normas de jerarquía inferior) que muestran un claro desajuste con los mandatos superiores. El recorte o la anulación de la garantía del debido proceso se concreta, entonces, mediante prescripciones normativas (incluidas en los códigos procesales civiles y penales) inspiradas en una filosofía contraria a los mandatos constitucionales libertarios (por ejemplo, la “positivización” de las denominadas medidas “autosatisfactivas”, las “pruebas de oficio”, las medidas

para “mejor proveer”, la caducidad de instancia decretada de “oficio” por el Tribunal, la apelación con efecto “diferido”, la posibilidad de declarar la incompetencia en forma oficiosa en cualquier estado y grado del proceso, etc.).

La consigna (frente a esta y otras flagrantes antinomias que hacen tambalear toda la estructura constitucional del sistema de procesamiento civil y penal de la región), es provocar, (ya, aquí y ahora) una discusión franca y pluralista para derribar un muro dogmático y normativo que es tan *ominoso* —en lo jurídico—, como lo fue el “muro de Berlín” en lo político (ideario simbólico del “fundamentalismo”), que se mantuvo penosamente hasta que el insostenible régimen totalitario comunista que le dio vida se derrumbó y, con él, cayó también el “símbolo” del sistema. Pues bien, aquí el símbolo del sistema autoritario es la fórmula “publicista-inquisitivo-autoritario-decisionista”. Cuando la misma deje de tener validez habrá caído otra expresión del fundamentalismo, en este caso ideológico-jurídico.

Y para comenzar con esta ardua tarea de demolición doctrinaria se debe contabilizar, o mejor aún, denunciar todos y cada uno de los daños provocados por el modelo procesal autoritario —tanto al derecho procesal científico como a la prestación del servicio de justicia—.

Se impone, también, restar el “aval”, es decir, refutar esas proposiciones científicas, iusfilosóficas y normativas (supuestamente *incontrastables*) que han sido elevadas injustificadamente a la categoría de auténticas “reglas de fe” jurídico-procesales, sin más crédito que el *voluntarismo* que dio vida a ese conjunto de ideas. La pseudo inmutabilidad de estos dogmas estaría “justificada” por una bondad ¿demostrada? para encauzar regímenes de procesamiento “efectivos”, “eficientes”, “rápidos” y “seguros”.

Pero, de hecho, los resultados han sido *opuestos* a los *finés declamados* (los regímenes de procesamiento autoritarios no son ni efectivos ni eficientes, y tampoco consa-



graron una justicia rápida y segura). Cualquier estadística sería muestra una justicia con una notoria falta de efectividad y de eficiencia, lenta e imprevisible. En definitiva es la respuesta “real” que le contesta a ese mundo de ficción.

Tengo para mí que ese extraño y falso “estatus” se logró, por ejemplo, orquestando una labor de percusión mediante una repetida y mecánica ponderación de la “legitimidad intrínseca” de ciertas fórmulas procesales, sin haberlas sometido –previamente– a la reflexión crítica de la que eran merecedoras. En otras palabras, se indujo a creer que las propuestas eran válidas *a priori* (como si fueran una categoría kantiana) y, de ese modo, se liberó a varios axiomas científicos de la “prueba en contrario”.

Luego, en este entorno enrarecido, donde las concepciones científicas se asemejan más a dogmas revelados que a hipótesis científicas de conocimiento provisorio, no resulta extraño que una buena parte de los planteos procesales realizados desde la ideología autoritaria se hubieran desligado (injustificadamente) del compromiso de refutación o confrontación que toda teoría elaborada en el plano científico debe superar para confirmar su “validez”.

Por cierto, que el derecho procesal, en cuanto ciencia, no se encuentra exento de cumplir con esta elemental premisa epistemológica, y más aún ante el hecho que los esquemas de procesamientos civiles y penales propuestos “desde el *autoritarismo*”, lo digo una vez más, nunca alcanzaron los objetivos mínimos –teóricos o prácticos– que pregonaban (eficiencia, descubrimiento de la “verdad jurídica objetiva”, acceso al valor “justicia” absoluto, etc.) y sí sacrificaron preciosas *garantías constitucionales* integrantes del *debido proceso*.

En otros términos, la solución de los litigios inspirados en un modelo procesal autoritario viola *gratuitamente* varias garantías de los justiciables. Y digo *gratuitamente*, ya que se sacrifican las garantías constitucionales del

debido proceso (igualdad de las partes, imparcialidad del juzgador, derecho de audiencia, equilibrio de armas, estado de inocencia) para, supuestamente, poder alcanzar (por medio de una justicia rápida), “toda la verdad” y “toda la justicia” del “caso”.

Y esas peligrosas aspiraciones (totalitarias) son perseguidas como las “metas” finales y perfectas de un sistema inspirado desde el “poder”. Queda claro que en este contexto no importa garantizar a ultranza *el derecho de defensa* si con esto puede perderse la “eficacia” en el sistema.

Lo cierto es en la búsqueda de esas inasibles y riesgosas “metas”, como bien los explica el iusfilósofo rosarino Miguel Ciuro Caldani<sup>1</sup>, se terminó legitimando cualquier “*método*” para alcanzarlas (el caso más patético es el de las medidas “autosatisfactivas”). Esta fórmula supone una contradicción irreductible, una grosera *confusión* entre “*meta y método*” que (lamentablemente) ejemplifica de un modo inmejorable las inquietantes ideas directrices del esquema procesal inquisitivo-publicista-autoritario-decisionista.

### 3. Compendio de razones que justifican las impugnaciones científicas que deben realizarse

Tratando de sintetizar y reforzar las razones que justifican asumir una severa crítica que termine de una buena vez –con “dogmas”, verdades “de puño” o “doctrinas recibidas”–, demostrando la absoluta *invalidéz* de las mismas, resumo las dos cuestiones que, a mi juicio cobran mayor nitidez en el planteo impugnatorio, en especial si se lo mira desde una pretensión unitaria del derecho procesal:

a) La primera de las causas que justifica la refutación

<sup>1</sup> Reflexiones extraídas de las clases impartidas en la Maestría de Derecho Procesal dirigida por Adolfo Alvarado Velloso.

científica del “autoritarismo procesal” se instala en el campo exclusivamente teórico. Desde este enfoque se debe remarcar un hecho negativo y notorio: hasta hoy, y pese a los intentos unificadores (muy provisorios, por cierto) realizados por algún sector (reducido) de la dogmática procesal, no han podido consensuarse las bases doctrinarias *mínimas* sobre las que podría construirse una teoría general *unitaria* del derecho procesal.

Me interesa subrayar, como la ausencia de identidades conceptuales en torno a los elementos estructurales del derecho procesal (la acción, la jurisdicción y el proceso) es la consecuencia “natural” del mantenimiento de consignas autoritarias en el seno del derecho procesal. Y como del fracaso deberíamos extraer conclusiones válidas, pretender la fijación de identidades conceptuales apelando recetas doctrinarias que no lograron cumplir con ese objetivo, supone prescribir “más de lo mismo”. En otros términos, repitiendo las fórmulas que nos llevaron a este punto de dispersión dogmática, no me cabe duda que seguiremos proyectando el mismo desconcierto y profundizando todavía más la *fragmentación* de la base estructural de la ciencia procesal.

Sólo la irrupción de un nuevo modo de “pensar” el derecho procesal que provoque la *confrontación* de tesis antagónicas ( y no la *monotonía* de un mismo y repetido discurso doctrinal) puede alumbrar un camino dogmático y iusfilosófico distinto de aquel tantas veces transitado en una dirección equivocada.

b) En segundo lugar, la segunda cuestión (íntimamente ligada con el problema anterior) se vincula con la evaluación del funcionamiento “real” de los sistemas de procesamiento civiles y penales en Latinoamérica (muy superficial en este punto, ya que me ocuparé, más adelante, con la extensión que el tema merece).

Esta compulsión refleja otro dato objetivo y tanto o más

negativo que el aspecto teórico: actualmente, como corolario de la suma de los errores cometidos en los planos iusfilosóficos, dogmáticos y normativos –por un lado– y, por el otro, por el conjunto de fallas presupuestarias, tecnológicas, de selección y capacitación de los recursos humanos, etc. (de suyo el problema de la crisis de la justicia no es sólo las fallas ideológicas o normativas), la comunidad jurídica se ha ganado un triste privilegio; haber profundizado –hasta límites insospechados– el marcado *desprestigio* con el que la sociedad ya castigaba al maltrecho “servicio de justicia” estatal.

Rafael Bielsa nos ubica en el índice porcentual de esa *desconfianza* de la “gente” para con *todos* los operadores del sistema jurídico, trayendo una estadística *patética* “...cabe consignar los resultados de una encuesta reciente, que se suma a las de otras en idéntico sentido y determinan que un 23,5% de los individuos interrogados estiman que la Justicia argentina es eficaz en tanto *el 76,5% cree que no lo es...*” (fuente Javier Otaegui & Asociados, encuestas realizadas para el programa televisivo “Hora Clave” del 8/4/93)<sup>2</sup>.

El ciudadano, hoy más que nunca, sencillamente, no cree en la maquinaria judicial, ni en el quehacer de los abogados. Tampoco comparte el ideario de las estructuras procesales concebidas para poner fin a los conflictos jurídicos. Desconfía, en suma, de todo el sistema de justicia. Lo evalúa, ineficiente, lento, costoso, autoritario, decisionista, imprevisible y hasta corrupto.

Y conste que no hablo a título personal de muchos magistrados y abogados que honran a su cargo y a la profesión. No se trata de esto. Una persona honrada tratará de

<sup>2</sup> Bielsa, Rafael, *Transformación del Derecho en Justicia*, Buenos Aires, Argentina, 1993, edit. La Ley, p. 23.

superar las lacras de un sistema. Pero ese no es el tema. Se trata de suministrar a los hombres probos y buenos el sistema procesal más perfecto que potencie sus virtudes. El ataque contra el autoritarismo judicial no es el ataque contra tal o cual juez. Existen en mi ciudad (Rosario) en mi país (Argentina) y en muchas partes de Latinoamérica, jueces que me honran con su amistad y de los que jamás dudaría de su calidad profesional y humana. Sólo que esos jueces, probos, decentes y humanos, incrementarían sus virtudes “naturales” si cuentan un andamiaje ideológico que los ubique mejor, códigos procesales que le marquen el camino correcto y soluciones dogmáticas que los ayuden a encontrar la senda perdida.

Ahora bien, si quienes contamos en nuestras manos con la posibilidad de hacernos cargo (y poder cambiar) el *descontento visceral* que exhiben nuestros pueblos hacia el servicio judicial que padecen, no asumimos el compromiso de escapar a esta suerte de “gatopardismo” doctrinario (que propone cambios en la misma dirección para que nada cambie), si persistimos en el error, o si nos manifestamos indiferentes ante la disconformidad instalada, no deberemos *quejarnos* de la inquietante falta de *credibilidad* que el “hombre de la calle” tiene para todo lo que construimos los “operadores del derecho” (jueces, abogados, funcionarios, peritos, doctrinarios, etc.).

Y tampoco tendrán cabida los lamentos si se continúa *profundizando* un discurso jurídico-procesal autoritario, paternalista, decisionista y excesivamente publicista. Sencillamente, esta fórmula ya fue probada hasta el hartazgo y sólo cosechó fracaso tras fracaso ¿para qué insistir con aquello que no funcionó?

Sólo apelando a un juego de ficciones (que sólo sirve para un infantil auto-engaño) podemos creer que existe en la gente un “consenso positivo” en torno el proceso autoritario que hoy reina en Latinoamérica (inquisitivo o

pseudo inquisitivo); la jurisdicción que nos toca recibir (con jueces cada vez más omnipotentes); la capacitación de los abogados (que aspiran a que un juez paternalista supla sus carencias procesales) y el decisionismo judicial que hace inestable a todo el sistema (potenciado por la permanente apelación a la “verdad y la justicia” invocada como “justificación” para resolver el caso según el particular criterio que tenga “cada juez” de lo que “es justo” o “verdadero”).

Claro que buen recurso para continuar alimentando la *ficción* de la bondad del modelo procesal –autoritario-publicista-inquisitivo– se logra al silenciar o rehuir a la *confrontación* de ideas. Así, rehuyendo del debate se ha mantenido, entre otros recursos inválidos, ese falso *estatu quo* –doctrinario y normativo– que denuncio.

Proponemos (una vez más) a quienes se enrolan en esa postura salir a confrontar ideas “una por una”, como lo quiere Alvarado Velloso<sup>3</sup>. De esta disputa, si queda demostrado la falsación del modelo autoritario lo que se impondría es que los creadores del mismo, dieran, por fin, un paso al costado y aceptaran –a la par– que puede haber una salida doctrinaria y iusfilosófica distinta que nos saque de este estado de postración. También, si se demostrara que el garantismo no es la fórmula adecuada, desde nuestras filas deberíamos aceptar con la misma hidalguía la derrota científica.

#### 4. *Diagnosticar sin proponer soluciones no aportaría nada para salir de la crisis*

Si los argumentos precedentes (o mejor dicho “mis lamentos”) se detuvieran en la *crítica* histórica de lo que le

<sup>3</sup> Este desafío fue lanzado en repetidas oportunidades por mi maestro, proponiendo que se debatan públicamente las ideas del autoritarismo y del garantismo procesal para demostrar la validez o falsedad de las premisas sobre las que se asientan ambos sistemas.

tocó y le toca padecer al derecho procesal (teórico y práctico) en especial en las últimas décadas, o si sólo me limitara a la *denuncia* de los múltiples errores cometidos, en rigor, no estaría agregando nada nuevo a los “ríos de tinta” dedicados a señalar la crisis de identidad que afecta a nuestra ciencia o la estigmatización que merece la prestación del servicio de justicia tal como hoy se brinda. En especial, sobre este último tema, se ha ocupado —una y otra vez— la pluma más destacada del procesalismo iberoamericano, casi hasta agotar la prognosis.

Sin embargo, luego de este portentoso esfuerzo de “diagnóstico” lo que tenemos en nuestras manos es bastante poco. Por tanto, si se trata insistir en el diagnóstico será (debe ser) desde otra óptica. Los sostenedores de la corriente garantista del derecho procesal contamos con la certeza, como ya se vio, que el modelo procesal inspirado en el autoritarismo “*no funciona*”. No sólo eso, sino que las fórmulas “anti-garantistas” tozudamente propuestas (o mejor dicho impuestas) durante tantos años (desde la dogmática y la codificación procesal) son las grandes responsables del *descrédito* terminal del servicio de justicia. Ese es nuestro diagnóstico.

A pesar del pleno convencimiento de la *validez* de nuestro dictamen hay muchos que tienen una evaluación optimista de lo que se hizo hasta el presente o, en el mejor de los casos si reconocen que existe una crisis en el servicio de justicia la atribuyen a los *pocos poderes* que los jueces ostentan!

Creo, están convencidos, que esa es la fórmula que traerá la eficacia tan buscada. Paradójicamente, en lugar de generar prevenciones y tomar la distancia que impone el probado fracaso de ideas que “no funcionaron”, se insiste en ratificar esa línea con toda firmeza.

Luego, no resulta extraño que las propuestas se estén *intensificando* en la misma dirección (*más* autoritarismo,

*más* publicismo, *más* decisionismo, etc.). Por mi parte me queda claro que estamos en presencia de un peligroso salto hacia el vacío de consecuencias *imprevisibles* (nuevamente las “medidas autosatisfactivas” son el ejemplo más expresivo de los *peligros* que encierra una fórmula que pretende legitimar una “pena civil”, es decir, la privación de “un bien de la vida”, sin *previo* proceso).

Y esas consignas de signo autoritario, que sirvieron de “musa inspiradora” para que los legisladores de turno se encargaran de normatizar en los códigos procesales latinoamericanos la ideología *inquisitorial* que marcaba la doctrina, continúan ahora empujando para que —desde las normas positivas— se potencie el *decisionismo* judicial<sup>4</sup>.

Un ejemplo aclarará lo expresado: siempre ha sido una preciosa garantía del derecho de defensa (de ambas partes) que el juez no pueda expedirse sobre la *pertinencia* de la prueba. Se ha querido que el juez, en el curso del proceso, no cercene la *estrategia probatoria* que puede alimentar el actor o el demandado al introducir un medio de prueba. En esta línea el Código Procesal de la Provincia de Santa Fe, Argentina, prescribe en el artículo 145 “...El juez *no podrá pronunciarse sobre la pertinencia* de los hechos alegados o de la *prueba solicitada*”.

Ahora bien, proyectos como el Código Único para Iberoamérica, sugieren un “proceso por audiencias” (como una suerte de proceso uniforme para todos los litigios de

<sup>4</sup> En la Provincia de Santa Fe había consenso para ubicar como artículo 21 bis del Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe las “medidas autosatisfactivas”. Más allá que la inserción en esa parte del código ya marcaba un profundo desacuerdo (se insertarían en el articulado de poderes, deberes y facultades de los jueces (como si los jueces pudieran crear un trámite procesal a su antojo), tuve el honor de ser convocado, en el mes de diciembre de 1999, conjuntamente con la Dra. Andrea Meroi y el Dr. Miguel Angel Garcia, para exponer nuestras críticas ante la Comisión de Asuntos Legislativos y Constitucionales del Congreso Provincial. Al escuchar nuestros argumentos sobre la flagrante inconstitucionalidad de tales ideas el proyecto fue dejado de lado.

índole civil). No se trata aquí de analizar si es conveniente un proceso único para atender de un modo uniforme a los diversos conflictos (una cosa es propiciar la unidad teórica del derecho procesal y otra, bien distinta, identificar esta idea con una unidad normativa).

Lo que quiero resaltar que ese proceso por “audiencias” *le permite*, es más *le exige* al juez en la denominada “audiencia preliminar” “...pronunciarse sobre los medios de prueba solicitados por las partes, rechazando los que fueran inadmisibles, *innecesarios e incoaductos*” (art. 33.6)...”<sup>5</sup>.

El texto de la norma, faculta al juez al desechar la prueba notoriamente *improcedente* (contra esta actividad de descalificación no habría agravio pues es moneda común de todos los códigos procesales), pero también le confiere el *poder* al juez de desechar prueba por considerarla *impertinente*.

¿Cómo puede visualizar el juez al inicio mismo del proceso, la estrategia probatoria de la parte?

¿Vale la pena otorgarle *semejante* poder en mérito a una supuesta *celeridad* en el litigio?

Por cierto que no. Se entenderá ahora porque sostengo que estamos frente a un espiral autoritario ascendente y sumamente peligroso.

Apelando a una metáfora podría decirse que el autoritarismo procesal es una criatura que nació deforme pero que no se detiene en su crecimiento. Así, América latina soporta un derecho procesal concebido cada vez más desde el “poder” y no desde “el saber”, y una gran cantidad de ideólogos y legisladores procesales mantienen –y hasta redoblan– la apuesta de reforzar ese modelo procesal publicista-autoritario-inquisitivo-decisionista.

Para el garantismo procesal, esa persistencia en el error, esa actitud de miopía jurídica, lo único que conseguirá es

torcer cada vez más el derrotero de un barco cargado de “lastres doctrinarios” que al haber errado su norte jurídico y filosófico no puede augurársele *mejor suerte* que la que corrió el “*Titanic*”.

Y debemos hacernos cargo del entuerto provocado. Buena parte de la doctrina procesal al desentenderse –casi alegremente– de los resultados nefastos desencadenados por “tesis de gabinete” (inaplicables en la realidad) no podrán eludir su cuota de responsabilidad en esta crisis. El esquema de proceso que se nos ha impuesto –bajo una prédica consistente y orquestada para resaltar virtudes que no tiene– está impregnado, lo digo una vez más, de fuertes rémoras inquisitivas. Aleja cada vez más a los juzgadores del “saber” racional del caso sometido a su conocimiento y lo sustituye por el “poder” irracional que el propio sistema prohija.

De ese sistema exhausto no puede esperarse nada más de lo poco que dio hasta hoy. Parangonando la figura de los “zombies”, se asemeja a un macabro “muerto-vivo” que vuelve de las sombras, una y otra vez ¡aún con mayor energía!

Además, la exasperante permanencia a lo largo del tiempo de un “modelo” procesal no justifica darle carta de validez, antes bien, desnuda una gruesa contradicción: la insólita capacidad de subsistencia de un cadáver ideológico que se resiste a batirse en una digna retirada. A esta altura del probado *fracaso* de los procesos de tipo inquisitivo y de las pobres respuestas que puede dar una judicatura envuelta en el “poder” –antes que en el “saber”– indicaría que no se necesitan más diagnósticos que confirmen el desquicio provocado.

Entonces, lo que surge como un inexcusable deber es la confección de las recetas apropiadas (de suyo *diferentes* de aquellas que nos llevaron hasta aquí) y que serán las únicas que nos permitan salir de la crisis en la que se cayó. Lo realmente trascendente es demostrar cómo con

<sup>5</sup> Del texto del anteproyecto del modelo de Código Único para Iberoamérica auspiciado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

una propuesta iusfilosófica, doctrinaria y normativa distinta (garantista) arrojaría resultados muy superiores, (tanto en términos de eficacia del sistema, como de preservación de los derechos de igualdad, imparcialidad y audiencia de los justiciables involucrados en una contienda judicial).

De hecho, el “modelo procesal” ya ha sido cambiado en países que quieren ponerse a tono con sistemas de procesamiento plenamente constitucionales. España, en el año dos mil ha reemplazado su viejo sistema procesal por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española (netamente *dispositiva*) que ha dejado atrás esta pesadilla de poder y opresión que tiñó buena parte de los códigos procesales nacidos durante el siglo XX.

Si como lo enseña Alvarado Velloso el proceso puede ser un instrumento de *libertad* o de *sometimiento*, según impere el sistema inquisitivo o el sistema dispositivo<sup>6</sup>, queda claro que el legislador español –advertido de esta opción de hierro– apostó a un proceso *libertario*.

En el último capítulo de mi tesis volveré sobre los efectos formidables que este cambio de paradigma supone para un derecho procesal garantista. Aquí sólo quiero resaltar que en la ley procesal española se ha firmado la carta de defunción, por ejemplo, a las medidas para mejor proveer dictadas de oficio y en suplencia de la negligencia de las partes. Simplemente, la corriente garantista ha impuesto ¡por fin! el primer código procesal civil de ese cuño.

El impacto del cambio es demasiado fuerte (aún para quienes venimos luchando desde hace años para implantar el garantismo en el proceso civil). Pero lo cierto es que ya nunca jamás podrá decirse que existe un solo *modelo* de procesamiento a seguir (el autoritario, mixto, publicista, o como quiera denominárselo).

<sup>6</sup> Alvarado Velloso, Adolfo, ob. cit., p. 68 y sigs.

Hoy, en el mundo (en el “primer mundo”) ya es ley positiva un código procesal civil *garantista*.

No me asisten dudas que a esa primera expresión normativa le seguirán otras. También descuento que la dogmática deberá (frente a este claro *cambio radical* de *paradigmas procesales*) explicar porque el legislador español ha cambiado el rumbo ¿No era que aumentando los poderes de los jueces se llegaría a una mayor eficacia del sistema? ¿Cómo se explica que ahora proponiendo exactamente lo contrario el sistema procesal ganará la eficacia perdida?

Es obvio que frente a esta realidad procesal, donde el garantismo clavó su primer bastión normativo, el debate autoritarismo/garantismo ya no podrá ser rehuido.

### 5. Algunos ejemplos de los perjuicios que provocan las ideologías procesales autoritarias

Y como en este capítulo lo que se intenta es poner al desnudo, lo más pronto posible, las falencias del sistema procesal autoritario la utilización de algunos ejemplos auxilian a comprender como se las ingenian las ideologías “autoritarias-publicistas-inquisitivas y decisionistas” para distorsionar ideas que en su origen pudieron ser acertadas, pero que –al sacarlas de contexto y exorbitarlas– pierden totalmente su norte conceptual.

#### 5.1. El desmadre del carácter público de la relación procesal

Tomemos, por caso, la deformación operada en la teoría del carácter público de la relación procesal. La concepción –básicamente correcta– fue introducida en el derecho procesal científico por los juristas alemanes Wach y Von Bulöw. Ambos se ocuparon de esclarecer cómo la presencia del órgano jurisdiccional y el monopolio del servi-

cio de justicia (impuestos contemporáneamente con la creación de los estados de derecho) impregnaron a la relación procesal litigiosa de un carácter público que es conatural con la ingerencia del Estado en la misma.

La idea, en sí, es válida y reubica la reducida visión privatista que se tenía del proceso civil en la primera mitad del siglo XX. Otrora se entendía que el debate judicial sólo le servía o interesaba a las partes. De hecho, concebir al proceso en beneficio e interés exclusivo de las partes es una simplificación inaceptable.

El proceso tiene una *doble misión*: a) satisfacer las pretensiones jurídicas que esgrimen los litigantes en la contienda, es decir atender al interés “privado” de los litigantes y; b) suprimir el estado de conflicto, buscando la pacificación social por medios civilizados (interés público)<sup>7</sup>.

Pues bien, bajo la pátina autoritaria la relación-pública-procesal reconvirtió al proceso en un modelo groseramente publicista. En este esquema se concede una excesiva dimensión al carácter público que lo informa. En efecto: parapetándose en el carácter publicista de la “relación procesal” se cayó en notorios excesos y desmanejos de ese concepto. Por lo pronto, se agigantó el papel que le corresponde al Estado en la contienda trabada entre las partes. El resultado de este error significó que la faz pública del proceso absorbió y desplazó el conflicto jurídico de los particulares de una forma desmedida.

En el ámbito penal, por caso, fue el argumento utilizado para “confiscar”, lisa y llanamente, *el conflicto a la víctima* y ubicar al *Estado* como centro y destinatario (casi exclusivo) del agravio provocado. El Estado (en representación de toda la sociedad) se “asignó” el papel del único sujeto “dañado” por el hecho punible. Así, el conflicto pe-

<sup>7</sup> Conforme Alvarado Velloso, Adolfo, ob. cit. p. 23.

nal instalado en el seno de la sociedad sumó al agravio que supone el menoscabo de los bienes que sufre la persona ofendida por un delito, un segundo daño: re-definir ese conflicto penal desde la estricta óptica del “poder”, desinteresándose de otras formas de reparación más equitativas que las “penas”, en especial las privativas de la libertad. El derecho penal de “máxima” cayó en un encierro mental y normativo y no visualizó otras formas que podrían conjugar –de un modo más eficiente y racional– el perjuicio ocasionado tanto a la víctima como a la sociedad en su conjunto.

Pero, hoy también estas ideas están siendo derrumbadas en América latina. En el Paraguay, por ejemplo, hoy rige un código penal que contempla las *dos vías* que debe perseguir *la pena*. Si bien por un lado se mantiene la sanción penal como reproche ético-social, por el otro, se busca a todo trance la reparación a favor de la víctima, tratando de compensarla de los efectos dañosos del ilícito sufrido.

Resumiendo: sólo el derecho penal de “mínima” y el derecho procesal de corte “acusatorio” representan la instrumentación del respeto por la persona y la dignidad humana que prometen los pactos supranacionales y las cartas magnas. Así de sencillo.

El derecho procesal civil no podrá quedar al costado de esta nueva historia que se está escribiendo con la pluma de la libertad.

## 5.2. Otro ejemplo: la declaración oficiosa de incompetencia en cualquier estado y grado de la causa

Volviendo el plano del derecho procesal civil, es la misma tendencia “publicista” (que apadrina el interés del Estado por sobre “ todos” los demás que están en juego) la

que “justifica”, por caso, la declaración “oficiosa” de incompetencia invocada en cualquier *estado* del proceso.

Se alimenta, por medio de esta tesis, una peligrosa línea que no pone límites preclusivos al deber jurisdiccional en la labor de velar por su propia competencia. Resultado: se dio pie a que el poder judicial latinoamericano tenga un triste privilegio: dictar una abrumadora cantidad de sentencias “inhibitorias”, al cobijo de las normas procesales que le permiten declarar su incompetencia “en cualquier estado y grado de la causa”.

De hecho, la declaración de incompetencia, sin plazo preclusivo alguno para el Tribunal, deja sin resolver el conflicto *sustancial* que enfrenta a las partes prologándolo de un modo exasperante. No debe existir algo más frustrante (para el común de la gente) que un Tribunal, en lugar de fallar el fondo del asunto, dicte una sentencia inhibitoria por la que resuelve, al final del proceso, que la causa no puede decidirse porque ese Tribunal es incompetente en razón de la materia, de la cuantía, de las personas, etc.

Y por cierto que el garantismo tiene *recetas apropiadas* para suprimir esta *desviación*: desde una concepción menos publicista y, por tanto, más garantista de la función judicial, en la que no se rinde culto al “poder” del juez de decidir en cualquier “tiempo” procesal sobre su incompetencia, se propone una solución más sensata de la cuestión. La Ley Orgánica del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, República Argentina, cercena de cuajo la posibilidad de declarar incompetencias de “oficio” en cualquier estado del proceso. Establece el art. 2: “...Salvo el caso de competencia por conexidad, la respectiva cuestión de incompetencia sólo puede promoverse por la vía que corresponda antes de haberse consentido la competencia que se reclama, después de ello, la incompetencia ya no es declarable de oficio...”.

La norma está imbuida de un espíritu garantista, en tan-

to marca una clara limitación al poder-deber de declarar incompetencias (más allá de un límite temporal y que fenece —para el Tribunal— una vez que se admitió la demanda.

El fundamento sobre el que reposa la prescripción legal es claro: la competencia es una simple distribución de trabajo. La garantía de la prestación del servicio de justicia para el litigante proviene del ejercicio de la función jurisdiccional. Por tanto, si el litigio puede ser captado por jueces de la misma jerarquía funcional —por caso, dos jueces de distrito o primera instancia, según la denominación dada por las distintas leyes procesales— con competencia en distintas “materias”, es disvalioso otorgar un valor excesivo a esa simple distribución del trabajo, autorizando a declarar la incompetencia de oficio —en cualquier momento y grado del proceso— porque la “materia” debatida se advierte “tardíamente” que le es ajena.

En otros términos, una vez que ya fue *admitida* por el tribunal su competencia, si tenemos presente que la función jurisdiccional se brinda por jueces *profesionalizados* (dato que garantizaría la calidad del servicio judicial), al privilegiar una división de trabajo sobre la efectiva solución del litigio, es una opción que antepone los intereses del poder judicial, (del Estado), sobre el de los litigantes. La idea que con un apego al garantismo se provocaría una “demora” en la prestación del servicio de justicia no puede explicarse como el “publicismo desmedido” alienta una propuesta que supone un “disparador” de la demora estatal.

### 5.3. *La caducidad de instancia declarada de oficio por el Tribunal*

Otro ejemplo que desnuda el rostro descarnado de un publicismo desmedido proviene del instituto de la caducidad de instancia declarada “de oficio” por el Tribunal.

Esta idea es introducida en casi todas las legislaciones



procesales de Latinoamérica como un paradigma del “activismo judicial”. Sin embargo, y como bien lo enseña Alvarado Velloso<sup>8</sup>, la declaración oficiosa de caducidad de la instancia, lejos de ser una solución procesal idónea (justificada bajo la excusa que el proceso no es sólo un debate entre las partes, sino que compromete al órgano jurisdiccional y al propio Estado que le “interesa” que los conflictos jurídicos concluyan de una buena vez), encierra un grave error conceptual.

Para reivindicar la “caducidad oficiosa de la instancia” se apela el nebuloso concepto del “interés público”, que en este caso estaría centrado en terminar con los procesos en trámite que no registran “movimiento” durante un cierto lapso. Se “limpian”, de ese modo, los casilleros de los despachos tribunales, los pleitos concluyen forzosamente, y se castiga la inacción de los litigantes. Al decir de muchos se realiza una razonable profilaxis procesal<sup>9</sup>.

Pero lo cierto es que la caducidad de instancia, declarada de oficio, no sólo no pacifica nada sino que enciende “ánimos”. En efecto, a partir de la muerte “oficiosa” del litigio pueden originarse tres pleitos (en reemplazo de aquel que oficiosamente se extinguió). Alvarado Velloso<sup>10</sup> nos ilustra que por esa caducidad declarada oficiosamente es posible el nacimiento de: a) un primer pleito, reiterando el anterior que se declaró caduco, si es que la pretensión todavía no está prescripta b) un segundo pleito por el cobro de las costas de la caducidad declarada c) finalmente, un posible litigio por mala praxis abogadil.

<sup>8</sup> Enseñanzas impartidas por Alvarado Velloso en el dictado de su cátedra.

<sup>9</sup> En la República Argentina el Código Civil y Procesal de la Nación establece en el art. 316 “...La caducidad será declarada de oficio, sin otro trámite que la comprobación del vencimiento de los plazos señalados en el art. 310, pero antes que cualquiera de las partes impulse el procedimiento...”.

<sup>10</sup> Enseñanzas impartidas en la cátedra por Alvarado Velloso.

En fin, los tres ejemplos traídos al ruedo imponen que reflexionemos sobre las consecuencias concretas que provocan las malas ideas científicas.

Si la acción, el proceso y la jurisdicción son los medios idóneos creados por el Estado de Derecho para solucionar –pacíficamente– los conflictos de relevancia jurídica, deberíamos ser muy *cuidadosos* a la hora de *distorsionar* la finalidad para los que fueron concebidos. La filosofía de los procesos que se desentienden o desplazan el conflicto que sufre la víctima; que no concluyen con el dictado de sentencias de mérito; o en los que se declara su “muerte artificial”, generan una sensación tan profunda de insatisfacción en los destinatarios del servicio judicial, sencillamente porque la erradicación del conflicto no se ha producido. Ese es uno de los riesgos que se provoca al rendir un culto ciego al orden público-procesal.

Empero, para la dogmática publicista-inquisitiva, este desmanejo del poder lejos de merecer crítica alguna constituye un modelo paradigmático de la “justicia comprometida con la realidad” ¡a la que aspiran y creen realizar de este modo!

#### 5.4. Conclusiones en este tramo

Alegando el interés “supremo” del Estado comprometido en cada contienda judicial, se pasó de aquel modelo de proceso que planteaba al conflicto como un tema exclusivo entre las partes (que por tratarse de un modelo privatista de “máxima”, ya se dijo era erróneo) a un nuevo modelo de enjuiciamiento en donde las partes quedaron tan “empequeñecidas” en su propio debate, que el conflicto jurídico una vez puesto en conocimiento del órgano jurisdiccional transformó en “afectado” sólo al Estado. En buen romance, se sustituyó el error que suponía una concepción absolutamente privatista del proceso, por

un equívoco de distinto signo, cuyas consecuencias son todavía más *funestas*.

Como científicos del derecho (como lo haría cualquier científico que enuncia proposiciones que, al aplicarlas, demuestran su grosera ineficacia práctica) se debe asumir el compromiso intelectual que antes exigía: señalar la “*falsación*” de los ejes de este sistema *inoperante*.

## 6. *Buscando otros horizontes*

La impronta no puede ser otra, como ya se anticipó, que asumir un compromiso epistemológico distinto. Simplemente se deben proponer *otros horizontes* científicos, iusfilosóficos y normativos para ajustar la finalidad del proceso civil y penal a objetivos serios, racionales y posibles de alcanzar. Se trata de ganar la eficacia perdida y, a la par, que la gente recupere la confianza en la justicia que hoy se imparte. Y queda claro que ese ajuste corre con el desafío de modelar un proceso garantista (no inquisitivo) pero con una mayor cuota de eficiencia. Es que el cambio no puede provenir de “lo malo conocido”, sino de algo “nuevo” por conocer.

Y esta misión, asumida con mucha mayor humildad, tiene que despojarse de la idea grandilocuente que aspira que por intermedio del proceso (civil o penal) se puede descubrir de la “verdad absoluta” y acceder a “toda la justicia” de cada caso judicial. Tamaña pretensión, además de ser una irrealdad jurídica, provoca una elevada inestabilidad de todo el sistema de procesamiento. Aduciendo el posible hallazgo de esa inasible verdad o justicia “pantónoma” se abrió la puerta de entrada por la que se coló el decisionismo judicial, el desmedido protagonismo de los magistrados, el “poder”, antes que el “saber”, la arbitrariedad en lugar de la racionalidad.

Puede decirse, sin exagerar, que estas deformaciones han sido la fragua en donde se inmolaron las garantías constitucionales de los estados democráticos de derecho, prometedoras de un debido proceso judicial (que no es, ni puede ser compatible con el modelo de proceso inquisitivo o pseudo inquisitivo).

Así, la igualdad de las partes en el litigio y la imparcialidad del juzgador quedaron seriamente disminuidas (y en algunos casos anulada) en la misma medida que “lo oficioso” y lo “público” se desmadraba. Y el sepulcro comenzó a cavarse más profundamente cuando se autorizó –(normativamente) a lo largo y ancho de América latina–, que el Tribunal asumiera la investigación y prueba de oficio de los hechos afirmados en un litigio, la alteración de las reglas de la carga de la prueba y la posibilidad de dictar una decisión jurisdiccional (en litigios de “conocimiento”, sin escuchar previamente, con estricta *igualdad de armas*, a las dos partes).

Afirma Monseñor Jorge Mejía, en una conferencia dictada en agosto de 1997 en la Argentina, en un seminario que fue denominado Sexto Desafío Empresario que “...una tercera forma de corrupción, está intrínseca a la misma justicia y sus representantes o ministros, es la tentación del *absoluto*. Un hombre o una mujer que se descubren poco a poco, por así decir, de la libertad, del futuro y, en ciertos casos (todavía actuales) de la vida de sus semejantes, pueden auto –comprenderse como una especie de *demiurgos*, que no deben cuenta de sus decisiones o de la colaboración a las mismas, *a nadie*, sino eventualmente *al sistema*; el cual puede, en su concepción y estructura legal, favorecer o aún inspirar tal concepción. Como si dijeran: somos señores supremos y no tenemos a nadie sobre nosotros.” Según se advierte, la forma de corrupción que amenaza la característica distintiva de la justicia, arriba subrayada: la independencia de los otros poderes civiles; y, así de *todo poder terreno*.

### 7. Preguntas que podrían formularse desde la vereda ideológica opuesta para cuestionar los axiomas unitarios-garantistas

Frente a este inquietante panorama, le propongo al lector compartir algunos interrogantes que, auxiliaran a instalar el debate garantista que aquí se propone.

Las preguntas están formuladas asumiendo, en alguna medida, el papel de “abogado del diablo”, es decir ubicando los interrogantes como pudieran ser redactados desde la *vereda ideológica contraria*. Busco, en todo caso, forzar la dialéctica que el juego de la tesis y la antítesis puede generar, para arribar a una adecuada “síntesis” del ideario de un proceso “conforme constitución”. Este es el mejor camino (en rigor el *único* camino) para detectar las posibles falencias doctrinarias o confirmar los aciertos que puede encerrar la tesis unitaria-garantista del derecho procesal.

¿Alzarse contra la “validez jurídica”, “la legitimación axiológica”, y la “eficiencia práctica”, luego de años de complaciente aceptación doctrinaria y normativa de los paradigmas autoritarios-publicistas (que han sido declarados como una suerte de “doctrina recibida” en el derecho procesal), no supone una insolencia dogmática?

¿Cómo puede cuestionarse, luego de décadas de consentir el carácter público del proceso civil y penal, la bondad de los poderes-deberes del juez en ciertos ámbitos (por caso, en el terreno “probatorio” y en el de la “investigación oficiosa” de la “verdad”)?

¿Pretender sujetar al juez a máximas de “estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad” (como lo que propone Ferrajoli)<sup>11</sup> no implica, sin más, hacerlo esclavo de la ley y sujeto a la omnipotencia del legislador?

¿De qué se trataría en definitiva esta propuesta garantista? ¿Una vuelta hacia atrás en el tiempo? ¿Será una incitación a la “pasividad” judicial?

¿No se querrá ver a los jueces remitidos a ser nuevamente “la boca de la ley” o los hacedores de sentencias construidas a base de simples silogismos lógicos?

¿Ese es, en definitiva, el racimo de ideas que desde el “garantismo procesal” se propone para *superar* la crisis del sistema de justicia o buscar la unidad teórica en la ciencia del proceso?

### 8. Ensayando respuestas

En primer lugar, enhebrando las respuestas que satisfagan las inquietudes formuladas, considero que no existe tal insolencia doctrinaria. La apuesta implica, claro está, un compromiso doctrinal muy fuerte, pero esta toma de postura no es igual a la *insolencia*. No entiendo que pueda generarse una “alarma científica” por:

a) Proponer la descalificación de los poderes *inquisitivos* del juez en los procesos civiles y penales, (que se traducen ominosas en facultades probatorias oficiosas, pruebas de oficio, o medidas para mejor proveer);

b) Remarcar la inconveniencia de la *alteración* de las reglas de la *carga de la prueba* (cargas “probatorias dinámicas”) y;

c) Alzarse contra la proposición de simples “*procedimientos*”, en donde sólo hay dos partes: el actor y el juez, y sólo se escucha al pretendiente, es decir a quién tendría un derecho “fuertemente verosímil” (sic) y, luego, sin más, se despacha una sentencia en un proceso de pleno conocimiento (“medidas autosatisfactivas-sentencia anticipada”).

La impugnación lejos de calificarse como una insolencia jurídica, insisto, debería tomarse como un compromiso científico y ético, exteriorizado en una crítica abierta y sincera, de la que no se puede rehuir al estar en juego las

<sup>11</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, España, 1998, tercera edición, edit. Trotta, p. 43.

garantías más elementales a no ser *penado* (civil o penalmente) sin transitar, previamente, *por un debido proceso* ( y no una *parodia* de tal).

Es que si el sistema de justicia “hace agua por sus cuatro costados” y si ese naufragio es producto (entre otras causas) de querer “apagar el fuego con combustible” (¡por-que la justicia *es lenta suprimimos el debido proceso!*) intensificar las propuestas en esa ominosa dirección, supone someter a muchas personas a un triste destino que, sin embargo, puede ser cambiado.

### 8.1. *La inevitable disputa que generará el choque de corrientes encontradas*

Es obvio que si se pretende instalar una corriente doctrinaria-filosófica-normativa *opuesta* a la que hoy prevalece en amplios sectores del procesalismo civil y penal, la confrontación ideológica deviene inevitable.

Pero como científicos, la conciencia que en este tipo de conocimiento sólo hay certezas provisionarias debería ser un saludable aliciente para dar la bienvenida a toda discusión epistemológica que pretenda remover dogmas (es decir certezas absolutas ajenas a este tipo de conocimiento) e instalar debates que contribuyan al desarrollo racional de las ideas.

Sin embargo, no advierto que exista un campo muy propicio para la discusión que se propone. Como ya se dijo, ante la polémica abierta que se viene instando se rehuye y otras veces, directamente, se estigmatiza el discurso garantista.

### 8.2. *La jerarquía y honradez científica de quienes no sostienen las ideas procesales garantistas*

Me hago cargo que en la otra orilla doctrinal se encuentra –sosteniendo el sistema de procesamiento que se

ataca desde el garantismo procesal—un grupo de selectos juristas, de *peso específico propio*, que han dedicado *su vida* al estudio, la docencia y la literatura del derecho procesal científico. De hecho, no pongo en discusión que sus banderas flamean impulsadas por la *buena fe* y están alentadas por una ideología sincera.

Por tanto, las nutridas y calificadas filas de los integrantes de la tendencia procesal autoritaria—inquisitiva—publicista -decisionista impone que el “alzamiento ideológico” que se opone a tantos pensadores de fuste debe explicado en todo su alcance.

Se trata de evitar que las “ideas-fuerza” que alimenta el garantismo procesal y la teoría unitaria general del proceso se puedan extrapolar del contexto exacto en donde pretendo enmarcadas.

Sin pecar de tremendista, corro el riesgo que a mi tesis (en rigor las tesis que impulsan al garantismo procesal) se las estigmatice aduciendo, por caso, que un garantismo a “ultranza” atenta contra la eficiencia del proceso; que provocaría más lentitud de la justicia.

Garantismo, con mayor lentitud, piensan los “eficientistas”, aumentaría el descontento de los pueblos para con el servicio judicial. En esa línea, se inscribe el pensamiento de Jorge Peyrano quien afirma “...si se desea un proceso *eficaz se deben correr riesgos ...*”<sup>12</sup> (la *itálica* es mía).

Y complementa su idea sosteniendo “...las ventajas de un proceso urgente reclaman habitualmente *una dosis de sacrificio del “debido proceso” y del “garantismo” común y corriente en materia procesal civil, sacrificio que se hace máximo cuando se trata de las resoluciones anticipatorias que después examinaremos...*”<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Peyrano, Jorge W., *Aspectos concretos del proceso urgente y de la tutela anticipatoria...*, del libro *Sentencia anticipada*, Santa Fe, Argentina, 2000, edit. Rubinzal Culzoni, p. 25.  
<sup>13</sup> Peyrano, ob. cit, p. 29.

A confesión de “parte” relevo de prueba.

El garantismo, de suyo, no puede *aceptar* esta tesis. No hay *eficientismo* que *justifique* privar al individuo (a cada uno de nosotros) de “su día ante el Tribunal” (Couture)<sup>14</sup>. La senda correcta va en sentido contrario propugnando: a) una *reducción* de los poderes de los jueces (no su *expansión*) en especial en algunas áreas “sensibles” como la prueba e investigación “de oficio”; b) el mantenimiento *irrestric- to* de las reglas de la carga de la prueba (consustanciales con el derecho de defensa en juicio) y; c) la certeza, que antes que se declare la existencia de un derecho *controvertido* en un litigio, no puede recaer sentencia, sin la *debida audiencia* del demandado o reo (audiencia que debe ser entendida no como el simple hecho de ser escuchado, sino de “contradecir y probar” en *estricta igualdad de armas* con aquellas esgrimidas por el actor o el acusador).

Conviene que reflexionemos sobre este aleccionador párrafo: “...La imparcialidad supone la existencia de partes, la de las partes implica la de una controversia. El principio de imparcialidad puede, por ende, sólo existir donde hay controversias...”. La frase es de Werner Goldschmidt<sup>15</sup>. Su autoridad científica se eleva contra procesos que, al no tener controversia, destruyen la imparcialidad del juzgador.

Sin embargo, imagino que para los “*eficientistas*”, el pensamiento procesal “*garantista*” les puede resultar “*prehistórico*”. Tomaría, en su inteligencia, todo lo peor del ideario de los “*pensadores clásicos del siglo pasado*”. Presumo que se nos puede acusar que no interpreto o (interpretamos) “*los tiempos jurídicos*” que corren (inmersos en el “*posmodernismo*”, y más aún, en el “*sobremodernismo*”).

Que un “*garantista*” propone, en suma, el proceso como un “*juego de ficciones*”, al juez como un “*convidado de piedra*”, al Estado *desinteresado* del conflicto que se esgrime ante la jurisdicción, y a la *lentitud en los trámites judiciales* como un hecho *inexorable o menor*, que los justiciables *deben soportar*.

En definitiva, que los “*garantistas*” nos quedamos “al costado de los nuevos vientos” que insuflan al derecho procesal (y toda la parafernalia que proviene de las sentencias anticipatorias, la tutela diferenciada, las medidas autosatisfactivas, la cautela material, las cargas probatorias dinámicas, etc.).

Pues bien, si estas fueran las críticas que debemos sortear tengo la esperanza de poder salir airoso de las mismas. No me anima un acto de fe sino que creo en la racionalidad de las ideas que exponemos y en la utilidad práctica de las mismas. Como un amante y estudioso del derecho procesal, al que le he dedicado más de veinticinco años de mi vida, el desprecio de la comunidad hacia el sistema de justicia, (que entre todos hemos contribuido a fomentar) me resulta cada vez más intolerable. Mi condición de abogado litigante me coloca de cara a una realidad que me golpea todos los días. Y como no estoy dispuesto a seguir consintiendo con mi silencio la presunta bondad de “*ideas de gabinete*” que al “*hombre de a pie*” —como ilustrativamente describe Alvarado Velloso al sufrido justiciable— no le sirvieron sino para desconfiar en lo que hacen (o hacemos los hombres de derecho), la batalla ideológica que se debe librar no admite más demora.

Para dar esa batalla garantista se cuenta también con apellidos ilustres que se oponen a los engendros procesales que *suprimen* el debido proceso. El procesalista, a mi juicio, de más prestigio en la República Argentina: el Dr. Lino Enrique Palacio, *no admite la validez de las medidas “autosatisfactivas” ni de la “tutela anticipada”*. Así lo

<sup>14</sup> Couture, Eduardo, *Fundamentos de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Argentina, 1958, edit. Depalma, p. 101.

<sup>15</sup> Goldschmidt, Werner, *Conducta y Norma*, Buenos Aires, Argentina, 1955, edit. Librería Jurídica Valerio Abeledo, p. 154.

hizo saber al pronunciar su voto —en disidencia— en el último Congreso Argentino de Derecho Procesal<sup>16</sup>.

La autoridad de su pensamiento doctrinal demuestra como las medidas autosatisfactivas o la tutela anticipada no constituyen “*doctrina recibida*” en la República Argentina.

Por otra parte, Juan Montero Aroca<sup>17</sup>, quizás la palabra *más autorizada* del procesalismo Español, ya no cree en un derecho procesal autoritario. Reconvirtió su pensamiento al punto de sostener que una historia del procesalismo del siglo XX podría resumirse en el nacimiento de *mitos* que hoy no *resisten* más el paso del tiempo (autoritarismo procesal, mayores poderes y deberes para los jueces, pruebas de oficio, etc.).

Es tan importante el pensamiento de Montero Aroca para la tesis garantista y unitaria del derecho procesal que, como dije, le dedicaré un párrafo especial en la conclusión de mi tesis.

### 9. La autocrítica sobre el inexplicable silencio frente a tantas voces que juzgo equivocadas

Pero hay que reconocer, con hidalguía, los errores propios cometidos. Quienes postulamos la vigencia de un derecho procesal totalmente distinto de aquel que se viene construyendo “desde el poder” para América latina (hijo dilecto del pensamiento inquisitorial español) y, en tiempos más recientes, refundado por las recetas brindadas

<sup>16</sup> En el mes de octubre de 1999 se celebró en San Martín de los Andes el XX Congreso Nacional de Derecho Procesal. El voto fue emitido por el Dr. Lino Palacio en la comisión cuyo tema era el de “Procesos Urgentes” y quedó consignado en las memorias del Congreso.

<sup>17</sup> 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. 285. y siguientes. Departamento de Publicaciones e Impresos del poder judicial de San José de Costa Rica, Costa Rica, 2000.

por algunos códigos europeos autoritarios, (que adoptamos casi irreflexivamente sin calibrar el contexto político en los que se engendraron) debemos salir a dar batalla cuanto antes.

Aquellos que aspiramos al apego irrestricto del debido proceso, apoyado sólidamente en paradigmas garantistas, hemos guardado durante mucho tiempo un inexplicable silencio, quizás intimidados por la persistencia y continuidad de un discurso de signo contrario que parecía muy difícil de refutar.

A la corriente garantista del derecho procesal no le *alcanza* con una queja tímida sobre la normativa procesal que entroniza la prueba oficiosa, la alteración de las reglas de la carga de la prueba, la posibilidad de condenar sin oír con amplitud de descargo al demandado, es decir el derecho procesal “posmoderno” o “sobremoderno” (por adoptar la denominación de quienes lo sostienen) en donde se huye o se estigmatiza a los “sistemas”, se desprecia a la ley y a la propia Constitución, bajo la justificación de consagrar la “justicia” y “la verdad”.

Ese modelo de juez, tiene extraños poderes, pues parecería que antes de fallar, como lo explica Ciuro Caldani<sup>18</sup>, tuvo una conversación mística con Dios y fue iluminado por él para encontrar la “única e irrefutable” verdad y justicia del caso concreto.

Como lo dije, si el panorama es crítico, las impugnaciones tibias no alcanzan. Somos responsables por *omisión*, (pero responsables al fin), al no embestir —con la suficiente firmeza— contra el estereotipo del juez robusto, viril, musculoso, que “todo lo puede” y que debe intentar “todo” en pos de la “verdad jurídica objetiva”. Además, las críticas se acallaron durante mucho tiempo en donde debían

<sup>18</sup> Ciuro Caldani, Miguel, sus enseñanzas en la maestría de Derecho Procesal dictada en Rosario en 1999.

naturalmente instalarse (por ejemplo, “la tribuna de los congresos”). Esas voces de disconformidad –quizás por esa suerte de “intimidación doctrinaria” a la que ya me referí y que viene “impuesta” por la calidad y cantidad de los procesalistas adscriptos a las ideas que impugno– no han tenido, ni la continuidad, la sistematización, o el tono en que debieron ser esgrimidas.

En efecto, las primeras refutaciones comenzaron a ser desgranadas en ámbitos recoletos, en discusiones informales, o en los claustros de la docencia procesal de grado y del posgrado universitario. Y queda claro que la discusión instalada en esos carriles no registraba la misma “caja de resonancia” que cuando se produce en los centros neurálgicos de las disputas (congresos, seminarios, jornadas, etc.).

En suma: no se instaló el debate con la fuerza y la gravedad que la situación requiere. Y, de suyo, la defensa sobre la bondad de la tesis del garantismo procesal, (para que logre su adecuada difusión), debe darse frente auditorios masivos y también a través de la pluma que difunda la idea.

Ese es el esfuerzo y el compromiso que la hora nos impone y es esa labor la que justifica, en buena medida, el presente trabajo.

A modo de resumen, con esta reticente actitud doctrinaria e ideológica generamos el falso “espejismo” (en las filas de quienes integran la cruzada del “decisionismo judicial”): hacerles creer que sus ideas no eran *contrastables*, que no existían agravios computables frente a quienes abogan por un poder judicial “libre de ataduras”, desvinculado del sistema jurídico y sin ninguna cortapisa que lo limite en la búsqueda de “la verdad real” del caso a decidir. Que nada había para refutar frente a quienes aplauden efusivamente la concesión de poderes “oficiosos” al juez en materia probatoria, y no trepidan en propiciar la alteración de las reglas de la carga de la prueba; o se despreo-

cupan de garantizar el derecho constitucional del demandado a ser oído antes de ser condenado.

Además, con el silencio que denuncié, también se ha logrado –lamentablemente– que la fórmula “mayores poderes para el juez” (de investigación y de actividad probatoria) sea presentada –tanto en el país como en el exterior – como una “doctrina unánimemente aceptada en la Argentina” cuando, de hecho, no es así. Este dato me consta en forma personal. La posibilidad de difundir la idea unitaria y garantista del derecho procesal ante distintos auditorios en Latinoamérica me dio la oportunidad de confirmar lo que llevo dicho ¡en muchos de esos países se ignoraba la existencia de la corriente garantista del derecho procesal! Es más, se creía que todo el procesalismo argentino estaba encolumnado monolíticamente detrás de la idea opuesta.

### 9.1. Fin de esta etapa de silencio

Si bien el silencio o las tímidas voces que alzó el garantismo procesal en el pasado), especialmente en el derecho procesal civil, fue una lamentable constante, cambió radicalmente (en el presente) el cuadro descripto. Veamos:

1) En primer lugar, desde que Alvarado Velloso, en la República Argentina, sostuviera con toda decisión la óptica garantista en el derecho procesal civil, esa es la iusfilosofía y la dogmática que se enseña desde hace años en la Cátedra de Derecho Procesal Civil de la Facultad de Derecho de Rosario<sup>19</sup>. Los alumnos de la materia *ya no creen en el autoritarismo, ni en el eficientismo*. Levantan, por el contrario, las banderas del *garantismo*, *sin descuidar la eficiencia*, extremo que es bien distinto.

<sup>19</sup> Me refiero a la cátedra a cargo del Dr. Adolfo Alvarado Velloso, ya que otras cátedras de la misma materia que se dictan en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario no se adscriben a la corriente garantista.

2) En segundo lugar, en el marco de la Maestría en Derecho Procesal Civil, dirigida por Alvarado Velloso<sup>20</sup>, ya culminaron la carrera de *magister* en derecho procesal dos promociones.

En el año 2000 cursaron la tercera promoción un numeroso grupo de profesionales. Los maestrandos concurren atraídos por una convocatoria que tenía un signo ideológico muy claro orientado al garantismo en el proceso. Desde distintos lugares del país (Mendoza, San Luis, Bahía Blanca, Córdoba, Formosa, Provincia de Buenos Aires, Santa Fe) y del exterior (Paraguay, Chile, Perú, Guatemala, Panamá), se autoconvocaron en Rosario para aprender las nociones básicas del *garantismo procesal*. Ahora, con la maestría ya cursada, han retornado a sus respectivas provincias y países para difundir las ideas *garantistas*. De modo tal que no sólo en la enseñanza de *grado*, sino también en la educación de *posgrado*, la ciudad de Rosario se ha constituido en el *foco originario* de la tesis *garantista* en el derecho *procesal civil*.

3) En tercer lugar, en el último Congreso Argentino de Derecho Procesal, realizado en San Martín de los Andes, República Argentina, en la Comisión en el que se debatía el tema de “Poderes, Deberes y Facultades de los Jueces”, se generó una ardua disputa doctrinal. Los “garantistas” sosteníamos que se deben *recortar* los poderes de los jueces, en especial en torno a la *prueba de oficio* y a las medidas para *mejor proveer*. En sentido opuesto se mantenía el *conocido discurso*: mayores poderes, deberes y facultades para los jueces.

Para sorpresa de muchos ninguna de las propuestas tenía el consenso *suficiente* para imponerse sobre la otra.

<sup>20</sup> La Maestría en Derecho Procesal Civil se dicta en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Ha sido reconocida por el Comité de Acreditación Universitario (CONEAU) y goza de un merecido prestigio en el país y en el exterior.

Ante esta circunstancia la mesa directiva resolvió no poner a votación las ideas encontradas y aprobar la siguiente conclusión<sup>21</sup>:

“...En el tema “Poderes de los Jueces” se expusieron dos posiciones diferenciadas:

a) La que considera que debe reafirmarse el rol activo del juez para esclarecer los hechos controvertidos, siempre que se respeten los principios fundamentales del proceso: bilateralidad, igualdad y congruencia. Las facultades de los jueces en tal sentido, conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se torna un deber inexcusable cuando la prueba es esencial para la solución del litigio.

b) La que recomienda que el juez no puede ordenar medidas para mejor proveer ni pruebas de oficio...”.

Para el garantismo procesal este ha sido el *primer reconocimiento público* –en un Congreso Nacional Argentino de Derecho Procesal–, no sólo de la existencia de esta corriente sino, sino de la *fuerza expansiva de sus ideas*.

4) En cuarto lugar, en el mes de octubre de 1999 se realizó en la Ciudad de Panamá el XIV Encuentro Panamericano de Derecho Procesal. Tuve el honor de ser designado *ponente del tema* “Teoría Unitaria del Derecho Procesal”. Se advierte que la idea se está recibiendo *en todo el ámbito latinoamericano*. En ese encuentro se insistió en el concepto que sólo desde el garantismo procesal es factible la construcción de una noción *unitaria* de nuestra ciencia.

5) En quinto lugar, en el mes de noviembre de 1999 se realizó en Azul, Provincia de Buenos Aires, Argentina, el Primer Congreso Procesal Garantista. Concurrieron al mismo aproximadamente trescientos juristas de distin-

<sup>21</sup> De las conclusiones de la comisión poderes, deberes y facultades de los jueces, San Martín de los Andes, XX Congreso Nacional de Derecho Procesal, octubre de 1999.



tas partes del país. Fue conclusión de ese Congreso que la *epistemología procesal garantista* es la *única* que guarda *coherencia* con el *debido proceso judicial que modela la Constitución Nacional y las Constituciones Provinciales*.

6) En sexto lugar, en el mes de octubre de 2000 se realizó bajo el auspicio de la Academia Latinoamericana de Derecho Procesal Garantista, presidida por el Dr. Silvio Guerra Morales, en la Ciudad de Panamá, las Primeras Jornadas de Derecho Procesal Garantista. Panamá *tomó noticia* de esta *ideología* y el entusiasmo de los más de trescientos asistentes provocó una nueva convocatoria para el año entrante.

7) En séptimo lugar, como cierre de las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal realizadas en Costa Rica en el mes de octubre de 2000 Juan Montero Aroca pronunció una conferencia, a la que ya hice referencia, glosando la nueva ley de enjuiciamiento civil Española del año 2000 en donde *demolió* al derecho procesal autoritario. Insisto en el hecho que un país de la “Europa Central” instaure un código procesal civil de *neto corte liberal* (¡basta a la prueba de oficio, a las medidas para mejor proveer, a los poderes desmedidos del juez con relación al litigio!) y que ese modelo liberal y libertario sea laudado por la autoridad científica de Juan Montero Aroca, marca una *visagra definitiva* en la historia del procesalismo moderno y augura el *comienzo del fin* para el *autoritarismo procesal*.

8) En octavo lugar, en el mes de noviembre de 2000 se realizó el segundo Congreso Nacional Garantista, nuevamente en la Ciudad de Azul. Esto habla de una idea instalada con vocación de *permanencia* en amplias capas del procesalismo vernáculo.

9) En noveno lugar, en el mes de noviembre de 2000 se realizó en la Ciudad de Asunción del Paraguay un profundo debate de dos días sobre Teoría General del Proceso. La Asociación de Magistrados, uno de los co-organizadores del acto, tuvo la deferencia de invitarme como exposi-

tor y se mostró profundamente interesada en seguir la trayectoria de un *proceso civil garantista*, teniendo presente que en el *ámbito del proceso penal* Paraguayo se ha promulgado recientemente un *código netamente “acusatorio”*<sup>22</sup>.

10) En décimo lugar, pretendiendo aglutinar a los procesalistas de cuño garantista se ha creado la “Academia Latinoamericana de Derecho Procesal Garantista”<sup>23</sup> integrada por procesalistas de Argentina, Chile, Paraguay, Perú, Guatemala y Panamá), lo que habla de la expansión de esta idea.

11) En undécimo lugar, el fin del año dos mil me ha encontrado defendiendo en diversos foros procesales las tesis unitaria y garantista del derecho procesal. En, septiembre en Cartagena de Indias, en diciembre en la Ciudad de Medellín, Colombia, y, el año 2001, me han comprometido desde distintos sitios de la Argentina y América Latina para empaparse de los argumentos que sostienen una idea que está cambiando los paradigmas del derecho procesal.

En resumen, el impulso dado al derecho procesal garantista en los últimos años ha sido notable. Hoy puede afirmarse –sin titubeos– que existen dos corrientes en el procesalismo latinoamericano: la ya por todos conocida: el derecho procesal de corte autoritario y la nueva corriente garantista del derecho procesal. Desconocer esta realidad sería continuar con la reticencia del debate científico que, de suyo, se impone.

## 9.2. *Precisando el ámbito de disputa*

Queda claro la batalla que se propone dar desde el garantismo procesal, encaminada a conciliar las prescrip-

<sup>22</sup> Me refiero al Código Penal sancionado bajo ley 1160 del año 1997.

<sup>23</sup> Tengo el honor personal de haber sido designado, conjuntamente con el Dr. Adolfo Alvarado Velloso y el Dr. Héctor Superti “Director Honorario” de la Academia.

ciones constitucionales con los ordenamientos procesales civiles, no intenta *deslegitimar* aquellos “poderes-deberes” con los que el órgano jurisdiccional debe contar para *dirigir* plenamente el *debate judicial*. En este ámbito (en el de la estricta *dirección* del proceso) es saludable que el tribunal goce de las más *amplias prerrogativas*. Enumeraré, a continuación, una larga lista de poderes-deberes jurisdiccionales que, desde la óptica garantista del derecho procesal, se ven con buenos ojos. El juez *debe*, por caso:

- Declarar que el litigio llevado a su conocimiento *no pertenece en absoluto a su potestad de juzgar* (caso abstracto, caso que no contiene una pretensión jurídica, inexistencia de la posibilidad misma de accionar, caducidad del derecho de “acción”, etc.).
- Velar por su competencia objetiva y subjetiva.
- *Rechazar* “in limine” una *demanda defectuosa* señalando los defectos que contiene, bajo apercibimiento de tenerla por no presentada.
- *Integrar debidamente la litis* cuando no están en el proceso todas las partes que permitan el dictado de una sentencia de mérito (por ejemplo integrar la relación procesal en caso de litisconsorcio necesario).
- Declarar de oficio *las nulidades que invalidan insanalemente la relación procesal* (para evitar llevar adelante un proceso que no puede heterocomponerse).
- Velar por el principio de seguridad jurídica, declarando de oficio la litispendencia y la cosa juzgada.
- Rechazar las excepciones manifiestamente inadmisibles en procesos de ejecución.
- Rechazar la prueba que es *notoriamente improcedente*.
- Convocar a las partes a los fines de tentar la *conciliación* del litigio.
- *Sancionar* todo acto de las partes y de terceros que atente contra el *decoro* y la moralidad en el debate.
- *Fundar y motivar* sus sentencias.

- Aplicar *intereses procesales maliciosos* y astreintes, a petición de parte.
- Declarar la admisibilidad de los medios recursivos.

Y conste que este listado de poderes, deberes y facultades de los jueces es meramente *enunciativo*. Me he servido de él sólo para demostrar que los sostenedores del garantismo procesal también queremos un juez *activo*, pero con una “actividad” ubicada en otro *marco de referencia*. La resistencia que oponemos sólo impugna aquellas tesis que pretenden fortalecer, como ya se expresó, las potestades inherentes a la investigación oficiosa y probatoria en los procesos civiles y penales, la alteración de las reglas de la carga de la prueba, y las que, invocando la lentitud de la justicia y los “derechos preclaros del actor”, provocan supresión del derecho de audiencia de la parte demandada.

Para que se entienda bien: es casi una obviedad que ningún agravio puede causar (a la idea garantista) prohibir la figura del “juez *director*” (siempre del *proceso*, nunca del *litigio*). Que no se está impulsando un juez de “*cartón-piedra*” (si se me permite la expresión), pasivo, ajeno, distante del proceso que debe conducir. Sólo que los “garantistas” no admitimos un juez que dirige la *suerte* de la causa judicial conforme su “*iluminado*” sentido de *justicia y verdad*. No prestamos nuestra conformidad a un juez “paternalista” que sustituya el papel de las partes en el proceso y subrogue su negligencia procesal. Denostamos al juez que se sienta libre de sujeciones del sistema jurídico positivo que debe aplicar.

Hoy, en los estados constitucionales modernos está garantizado (normativamente) 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 espíritu se le debe *respeto* por ser la expresión de un sistema jurídico no sólo vigente sino *válido*.

Están lejanos los ominosos tiempos de aquel positivismo jurídico a ultranza que identificaba *vigencia* de la norma con *validez* de la misma. El refinado positivismo jurídico actual ha terminado por incorporar en la construcción de las pirámides jurídicas normativas todos los derechos inalienables de la persona humana (a la vida, a la integridad física, a la libertad, a la intimidad, a la honra, prohibiendo los fueros personales, la tortura, la esclavitud, etc.).

Esas consignas, levantadas en otros tiempos como la bandera propia de los “iusnaturalistas”, constituyen la *carta de garantías* de 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 garantías hacia las personas, le impone al juzgador una mayor sujeción a un sistema jurídico que, aprendió su lección, y está preservando, hoy más que nunca, al individuo frente al “poder del Estado”.

En definitiva, el garantismo procesal rechaza a los jueces *protagonistas* de una escena mal montada. Presenta resistencia a la figura de los juzgadores que hoy están prácticamente “legislando”, al fallar los casos *litigiosos* con efecto “*expansivo*” (y no limitado al caso concreto que le tocó heterocomponer). Algunos jueces en la Argentina en su cruzada “justiciera” ...han paralizado el servicio de trenes, han impedido la importación de pollos de países limítrofes, han prohibido la venta de bebidas en minimercados, han ordenado al Poder Ejecutivo que se otorguen becas para la práctica de deportes, dispusieron que se pagaran operaciones a carenciados, que se recibiera a los enfermos en sanatorios, etc. etc. Y muchas veces sentaron su decisión sin dar siquiera ...¡ la debida audiencia a la contraparte bajo el ropaje de medidas “autosatisfactivas”...!

Esos jueces se han transformado, como lo expresa Alvarado Velloso<sup>24</sup>, en “normadores *primarios*” (legisladores), abandonando indebidamente su “habitat natural” de “normadores *secundarios*” (aplicadores del derecho).

Los jueces, si ciñeran su función al ideario constitucional, deberían dedicarse a) aplicar las normas vigentes y válidas cuando están son claras; b) interpretarlas cuando son oscuras c) crear la norma particular, para el caso concreto, sólo en el supuesto de la existencia de una “laguna” jurídica. En buen romance: requerimos jueces apegados a la idea de la “estricta jurisdiccionalidad” en preciso sentido que le otorga Luigi Ferrajoli a esta idea. Se trata, en definitiva, de otorgar la mayor seguridad posible a las decisiones judiciales.

Enseña Ferrajoli que las motivaciones judiciales, tanto de hecho como de derecho es, en el mejor de los casos —de un modo no diferente a cualquier razonamiento empírico— una *certidumbre sólo relativa*. Junto a los espacios irreductibles de *inseguridad* (debidos a los *límites intrínsecos de la verdad procesal*) pueden darse todavía espacios bastante mayores de *inseguridad* debido a la *ausencia de una o más garantías procesales*<sup>25</sup>.

### 10. Costos a pagar. Citando a Daniel Herrendorf

Los efectos *turbulentos* que se generan en cuanto irrumpen ideas reformadoras que hacen tambalear “verdades de puño” en los ámbitos científicos han sido lúcida-mente descritos por Daniel Herrendorf.

Me he permitido la transcripción textual de varios párrafos de la obra de Herrendorf, por contener un análisis exacto de las convulsiones que experimenta la comuni-

<sup>24</sup> Enseñanzas de Alvarado Velloso en la cátedra de derecho procesal.

<sup>25</sup> Ver Ferrajoli, Luigi, ob. cit., p. 166.

dad de estudiosos cuando se ven sorprendidos por tesis que tienden a romper paradigmas aceptados durante largo tiempo y asumidos por esa razón como “dogmas”. También me tomé la licencia de remarcar con letra cursiva las palabras o frases que entendí resultaban más significativas del iusfilósofo argentino, discípulo de Carlos Cossio.

Ilustra Herrendorf<sup>26</sup> que “...las ciencias sociales están en su *prehistoria* porque sobresale la *individualidad*: cada cual tiene su *idea*, maneja sus propios conceptos, sus teorías, sus valoraciones. Son como *pequeñas escuelas*, la mayoría de ellas ágrafas. Cada uno trata de *convencer* al otro: el noventa por ciento del discurso científico es epistemológico; se trata de convencer a otros respecto del propio método.

La prehistoria se acaba cuando llega un *genio* a la comunidad. Entonces comienza la etapa *del logro*, la etapa de Galileo, de Newton, de Einstein. En este momento crucial del ciclo de la historia de la ciencia aparecen libros, artículos, “verdades”; la comunidad científica se siente verdaderamente *eufórica*. Se siente metida, zambullida en la historia de la ciencia, en la gran historia.

Enseguida los científicos *se pasan del lado del logro*.

Este logro produce una *quiebra epistemológica*. Quiebra epistemológica es, por ejemplo, un gran descubrimiento que se produce más allá de donde los científicos estaban mirando y esperaban ver algo, estableciendo una lógica distinta a la que se venía usando hasta el momento. Toda la lógica de las investigaciones anteriores al “gran descubrimiento” queda archivada: todos se anotan ahora con el adelantado. Los científicos se divorcian de sus teo-

rías para convertirse a la teoría verdadera. Abjuran de sus ideas y se incorporan al que tiene éxito y consenso.

Los que no se convierten quedan realmente *fuera de la historia*. No aparecen ni en los diccionarios. Esto funciona así hasta que se muere el último opositor. Esto produce una total hegemonía y homogeneidad en la comunidad científica; hay consenso. El logro que los une se convierte en un “estilo guía” de su actividad. Cada uno, por ejemplo, adoptó el estilo de Newton. Usaban sus instrumentos, su medición, sus teorías, etc.

Es así como el logro se convierte en *paradigma*. ¿Cuál es la ventaja? El ejército de científicos adopta una sola estrategia, se mueve unidireccionalmente. Entonces se ponen a discutir bizantinamente porque están todos de acuerdo. Por ahora nadie contrasta el paradigma.

El paradigma es una *manera de ver la realidad*. Ante una piedra sujeta por un hilo, Aristóteles hubiera dicho: un objeto que no puede moverse libremente; en cambio Galileo hubiera dicho: un péndulo. Cada cual maneja su paradigma. Si el paradigma *funciona* los científicos se ajustan a él y en última instancia ajustan el paradigma, pero no lo contrastan.

Esto continúa hasta que aparece una anomalía: algo disiente con el paradigma o algún problema no se puede resolver. Según Karl Popper en este caso habría refutación. Pero Khun dice que no: dice que los científicos proceden así: No ven esa dificultad, no ven esa anomalía. No porque no quieran verla —en realidad tampoco quieren verla— sino simplemente porque no la ven, porque nadie está en condiciones de pensar que el paradigma pueda tener fisuras. Siguen adelante, cerrando los ojos.

Nadie ve una dificultad si no quiere verla, sino está dispuesto a verla. Habrá algún temerario, un abrojo, un principio de error, junta ánimo y vergonzosamente plantea la anomalía que creyó ver. En ese trance, todos hacen todo lo posible para triturarlo cuanto antes. La experien-

<sup>26</sup> Herrendorf, Daniel, *Corrientes Actuales de la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Argentina, 1989, edit. Ediar, p. 31.

cia en psicología, por ejemplo, es patética: alguien señala una anomalía y lo tratan de psicópata.

Así la ciencia no avanza jamás, o al menos, tarda mucho. Pero es inevitable que cuando una anomalía es nueva todos la nieguen; y si hay consenso en negarla pueden pasar lustros y ese error de gran circulación echa raíces y se instala cómodamente; así funcionan las ideologías científicas y algunas duran siglos<sup>27</sup>...”.

### 10.1. Mi opinión

La descripción de Herrendorf explica al fenómeno de los *paradigmas dogmáticos y iusfilosóficos* que echaron raíces en un procesalismo que ha “hecho culto” del costado inquisitivo-público-autoritario-decisionista de los sistemas de procesamiento. Y esta idea irrumpió de la mano de las escuelas más notables que iniciaron la “era” del procesalismo científico. A ella le debemos *mucho de lo bueno y de lo malo* que nos legaron. De lo bueno: la construcción de una teoría doctrinaria del derecho procesal que puso fin a la etapa pre-científica de nuestra disciplina. De lo malo: la filosofía autoritaria que empapó al derecho procesal del siglo XX.

Ahora bien, en todo este sistema “construido” desde el “poder” y no desde el “llano” se registrarán siempre anomalías muy graves. Las ha detectado –en toda su dimensión– la corriente garantista del derecho procesal. Sin embargo, me queda claro que los sostenedores de las viejas tesis, (confirmando las afirmaciones de Herrendorf) no sólo no observan estas anomalías, sino que tampoco tienen interés en reconocerlas. La ciencia procesal, la filosofía del proceso y la normativa positiva contaminada

<sup>27</sup> Herrendorf, Daniel, ob. cit., p. 33.

por la concepción autoritaria-inquistiva no quiere desprenderse de ese lastre anti-garantista que representó la creación y el mantenimiento de este esquema, sobre el que había “consenso”.

Si aceptamos que en las ciencias es *difícil* detectar el error, no es menos cierto que si los paradigmas sobre los que se construye una teoría falsa ofrecen anomalías insalvables muchos científicos comenzarán la resistencia negándose a seguir creyendo en esos *erróneos paradigmas*. Aquí comienza (en rigor ya comenzó) una etapa de crisis para la comunidad científica. Algunos estudiosos del derecho procesal empezamos a sentir “*vergüenza y escándalo*”<sup>28</sup> por el sistema de justicia que le hemos legado a los justiciables.

### 11. Tesis evolutivas y el método del conocimiento científico

Siguiendo el pensamiento de Herrendorf puede extraer las siguientes conclusiones: cuando se proponen tesis doctrinarias “evolutivas” –que rompen con la “tranquilidad” o “falsa comodidad” instalada en la comunidad científica– se debe estar dispuesto a pagar los costos inherentes a todo cambio. ¿A qué costos me estoy refiriendo? Y, en todo caso: ¿Representan un riesgo científico importante?

Pues bien, ni son tantos los costos, ni el riesgo científico asumido supone tal gravedad. Me explico: al proponer una nueva visión unitaria y garantista de la teoría general del proceso, (frente a la visión fragmentaria y autoritaria que hoy cuenta con una mayor cantidad de adherentes), lo peor que podría ocurrirme sería soportar la descalificación científica de esta teoría. Si esta descalificación

<sup>28</sup> Herrendorf, Daniel ob. cit., p. 34.

se produce, la causa provendría de haberse demostrado la “falsación” de los presupuestos dogmáticos y iusfilosóficos sobre los que se apoya. Mirado bien, ese riesgo no es serio, porque aún de producirse esta circunstancia el esfuerzo por proponer una antítesis a una tesis que juzgo errada es ya un intento de evolución en la ciencia del proceso. Popper<sup>29</sup> nos enseña que el conocimiento científico sólo avanza en la medida que las teorías que se formulan permitan ser expuestas a la crítica –interna y externa– para acreditar su exactitud o “falsación”.

Precisamente, el método más seguro de arribar al conocimiento científico y que ha permitido el desarrollo de todas las ciencias, incluidas las ciencias sociales (concepto que, de suyo, también es aplicable al derecho) se compone de un esquema simple pero efectivo. Ese esquema epistemológico es el que permite, a criterio de Popper, encaminarnos hacia la confirmación de las “certezas relativas” que proporciona el conocimiento científico (las “certezas absolutas” son propias del *dogma o de la fe*, pero no de la *ciencia*). Básicamente el método de investigación sugerido por Popper<sup>30</sup> está compuesto de las siguientes etapas.

a) Formulación de un *problema* de carácter científico;

b) Formaciones de *teorías*, a modo de prueba, para *solucionarlo*.

c) Intentos de *eliminación* de la nueva teoría por medio de la discusión crítica (búsqueda de la *falsación*).

d) *Aceptación* de la nueva teoría, lo que supone que se *recomienza* con la instalación de nuevos problemas que surgen de la discusión crítica de la teoría ya aceptada.

Aplicando el mismo esquema de conocimiento científico a la hipótesis que aspira que se *consolide* la teoría general *unitaria* del derecho procesal, los pasos a seguir serían los siguientes:

a) Presentación problema: la *inexistencia* de una teoría general *unitaria y garantista* del derecho procesal;

b) Se formaría ahora, a modo de prueba, una teoría que persigue superar ese estancamiento científico: la teoría general *unitaria y garantista* del derecho procesal;

c) Esta teoría deberá soportar (si es que ostenta el suficiente rigor científico) los embates de los doctrinarios que intentarán *eliminarla*, es decir, demostrar su “*falsación*”.

d) Si sale airoso de esa discusión crítica la teoría general *unitaria* del derecho procesal será científicamente “*recibida*”. Pero, de inmediato, comenzarán a plantearse los “nuevos problemas” surgidos de la reflexión crítica de la teoría ya aceptada.

## 12. El pensamiento jurídico y los dogmas

Es sintomático que el método de conocimiento científico (que es universalmente es aceptado como válido para lograr el avance en cada una de las parcelas del conocimiento humano) cuando pretende aplicarse –con el mismo rigor–, a las *teorías* que se crean en el seno de la ciencia jurídica provoca *no pocos remezones*.

Lamentablemente, los estudiosos del derecho exhibimos una peligrosa tendencia a consagrar tesis científicas como si fueran *dogmas*, (sin discutirlos o refutarlos debidamente). Aceptamos, sumisamente, opiniones cual si fueran verdades reveladas, quizás por un indebido exceso de reconocimiento intelectual de quien las pronuncia. Hay demasiado temor reverencial hacia la palabra autorizada o la tradición jurídica. Y esto no le hace nada bien a la ciencia del derecho. Sólo serviría para explicar (pero no para justificar) por qué se repiten, una y otra vez, axiomas o teorías que no tienen sustento científicamente serio y, lo que es más grave, no cuentan con un soporte iusfilosófico válido.

<sup>29</sup> Popper, Karl, ob. cit., p. 26 y sigs.

<sup>30</sup> Popper, Karl, ob. cit., p. 30.

También somos poco afectos a reconocer que toda teoría científica (especialmente si esa teoría es la “propia”) debe ser tenida como un conocimiento provisional. Que su razón de ser se orienta a solucionar un problema contingente al que se enfrenta la ciencia del derecho en un momento dado. Esa “provisionalidad” no se compadece con la fijación de dogmas que, como tales, quedarían eximidos de la posibilidad de su refutación interna y externa. Si el único método legítimo para hacer fiable las respuestas de cualquier problema científico consiste en poner en práctica el “ensayo y el error” de las proposiciones que se formulan, es natural que ese “ensayo”, como así también la búsqueda del posible “error” en las soluciones, convierta en más confiable y hace más creíble y sería la búsqueda epistemológica.

Por lo que llevo dicho, para persuadir sobre la bondad de esta tesis unitaria-garantista del derecho procesal no existe otra alternativa que exponer, con la mayor precisión y docencia todas y cada una de mis ideas. De hecho, no pretendo buscar su aceptación pacífica por parte de la doctrina procesal sino, por el contrario, fomentar su discusión crítica. Popper<sup>31</sup> enseña que el conocimiento de las ciencias naturales es conocimiento por “conjeturas”, pero disciplinado por la crítica racional. Nuestras teorías científicas, aún las supuestamente mejor comprobadas y confirmadas, son meras “conjeturas”. Por tanto, nunca se debería tener la certeza de haber alcanzado la verdad absoluta, de suyo inasible en las ciencias sociales.

En el mismo sentido reflexiona Mario Bunge: la predicción científica se caracteriza por su *perfectibilidad*. Dado que las leyes científicas son fácticamente contingentes no hay por qué exigir en el derecho *verdades abso-*

<sup>31</sup> Popper, Karl, ob. cit., p. 27.

*lutas*. En conclusión, siguiendo a Bunge, parecería que hoy ya no se puede aceptar un criterio tan *rígido* sobre las “certezas” de la ciencia. Y esto es válido aún para las ciencias duras o prácticamente “exactas”. Luego, para las ciencias denominadas “*blandas*” donde las leyes son *probabilísticas* y, por tanto, su pronóstico es más o menos *falible* —como en el caso del derecho—, la flexibilización debe ser aún mayor.

### 13. *Los planteos científicos que pueden generarse en torno de la tesis unitaria-garantista del derecho procesal*

Si bien las teorías científicas suponen hipótesis relativas y provisionales, esa provisionalidad no es tan volátil y el conocimiento científico tan inseguro. Una teoría científica puede considerarse como “satisfactoria” (y esto vale también para las teorías jurídicas) cuando elimina el problema que pretendía solucionar. De todas formas, aunque logre ese objetivo, la provisionalidad del conocimiento científico nos conducirá —inexorablemente— al planteo de nuevos problemas. Es la “noria” del auténtico “saber” que nunca debe detenerse.

Desde este punto de vista la teoría general unitaria y garantista del derecho procesal, si quiere cumplir con su cometido, deberá lograr *eliminar* los problemas de los que parte y que justifican su construcción: la *falta de unidad* y el *autoritarismo* en el derecho procesal.

Y ese fin, como lo sostenía al principio del presente capítulo, sólo podrá alcanzarse si se logra *acertar* con las *soluciones idóneas* que permitan, de un lado, fijar la *unidad* en ciencia del proceso y, por el otro, entronizar el “*garantismo*” en los sistemas de procesamiento de la región.

De hecho, si ambos fines se consiguen se presentarán de inmediato otros problemas “conexos”. Así la *unidad* de

los conceptos fundamentales del derecho procesal no significa absoluta *identidad* entre los mismos. Por tanto, deberán *armonizarse* las “diferencias” sin desnaturalizar la esencia de la idea *unitaria* que los amalgama. Estos serán, precisamente, alguno de los “*nuevos problemas*” que irrumpirán a partir de la aceptación de la *tesis unitaria y garantista*. Y a la solución de estos nuevos problemas deberá abocarse la comunidad científica.

De otro lado, el garantismo no es una *panacea para todos los males*.

Representa, de eso estoy persuadido, una salida *infinitamente superior* que el modelo procesal autoritario-inquisitivo-publicista-decisionista. Pero aún admitiendo la *superioridad de la fórmula*, tampoco quedará exenta de aportar “conflictos propios” que deberán despejarse (si se quiere instalar definitivamente la idea): por caso, la *suspecta antinomia* que provocaría –de respetarse todas las garantías del debido proceso– traducida en una “lentitud” del sistema, enfrentada con la “celeridad” que se le requiere al servicio de justicia.

#### 14. Conclusiones del capítulo

Para levantar los postulados sobre los que edifico la teoría unitaria y garantista del derecho procesal, por fortuna, no debo desdecirme de ideas anteriores o cambiar mi ideología.

Soy un fiel y antiguo sostenedor de un derecho procesal garantista o, simplemente, conforme constitución. De otro lado, mis dudas o prevenciones sobre la posible unidad del derecho procesal son una rémora del pasado. Al irse despejando me dejaron el convencimiento que tal unidad procesal no sólo es *posible*, sino que constituye un *paso imprescindible* para la maduración científica de la teoría general del proceso.

En resumen: para demostrar (y convencer) que puede arribarse a la unidad en la ciencia del proceso tendré que acreditar:

a) Que el *objeto de conocimiento* del derecho procesal es único y se trata del “*conflicto intersubjetivo de trascendencia jurídica*” –como lo definió Alcalá Zamora y Castillo– (con prescindencia del contenido civil, penal, laboral, administrativo, que encierre el mismo).

b) Que la respuesta *normativa* para atender el objeto que “*menta*” el derecho procesal (el conflicto) es *conceptualmente idéntica*. La acción, el proceso y jurisdicción son las *herramientas* ideadas por la ciencia del proceso para solucionar de un modo pacífico las contiendas jurídicas de los co-asociados en los estados de derecho. Y no *pierden su identidad conceptual* ante los distintos tipos de conflictos de trascendencia jurídica que se introducen en el plano jurídico.

c) Por último, deberé acreditar que los “*valores*” que se persiguen consolidar a través del sistema de enjuiciamiento (civil o penal) son básicamente *iguales*. Que la solución del conflicto y la eventual imposición de una condena (civil o penal) tiene similitudes esenciales: requiere, de un lado, la posibilidad de libre acceso a la jurisdicción (esta es una “*garantía*” o “*valor*” jurídico de la que debe gozar el actor civil y el acusador penal). De otro lado, para el demandado o reo que debe enfrentarse con esa pretensión civil o penal, “*su garantía*” o “*valor*” a respetar es que la condena (civil o penal) solo recaerá después de haber gozado de un “*debido proceso conforme constitución*”. Ese debido proceso constitucional, supone garantizar –efectivamente– el libre juego de un “*ataque*” sin los *frenos* que hoy padece, de posibilitar una defensa *efectiva*, (y no una *parodia* de tal). Por último se debe asegurar la heterocomposición a cargo de un juez imparcial, imparcial e independiente. En otros términos: que la heterocomposición de



la litis (*la meta*) no se obtenga a cualquier precio, por caso, violando las garantías procesales (el *método*) so capa de eficientismo, o apelativos a la verdad total o la justicia pantónoma.

Duro y trascendente desafío debe sortear la teoría unitaria y garantista del derecho procesal. Se requiere de inventiva, imaginación y una cuota de valor (y hasta *de audacia*) que está justificada por el anhelo de que “la gente” vuelva a creer en lo que hacemos los hombres de derecho en nombre de la “justicia” y la “verdad”.

Pero, advierte Popper<sup>32</sup> que los intelectuales tenemos un deber: el de ser optimistas e infundir *optimismo*. Coincido con esta visión, y es con ese espíritu de optimismo que pretendo empapar mi mensaje. La propuesta, aunque parta de la *crítica*, se legitimará si exhibe, además, una solución viable para salir de la crisis. Si toda crisis es, en esencia, una situación de cambio, queda claro que sólo mediante una profunda vocación de mutación de paradigmas, de modos de pensar, se puede afianzar el progreso de la ciencia del proceso y la mejora del sistema de justicia que hoy se imparte en Latinoamérica.

### *Bibliografía utilizada*

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal, primera parte*, Santa Fe, Argentina, 1989, edit. Rubinzal Culzoni.
- BIELSA, Rafael, *Transformación del Derecho en Justicia*, Buenos Aires, Argentina, 1993, edit. La Ley.
- COUTURE, Eduardo, *Fundamentos de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Argentina, 1958, edit. Depalma.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, España, 1998, tercera edición, edit. Trotta.
- GOLDSCHMIDT, Werner, *Conducta y Norma*, Buenos Aires, Argentina, 1955, edit. Librería Jurídica Valerio Abeledo.
- HERRENDORF, David, *Corrientes Actuales de la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Argentina, 1989, edit. Ediar.
- 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 Relatorias y Ponencias, Tomo II, p. 285 y sigs. Departamento de Publicaciones e Impresos del Poder Judicial de San José de Costa Rica, Costa Rica, 2000.
- PEYRANO, Jorge W., *Aspectos concretos del proceso urgente y de la tutela anticipatoria...* del libro *Sentencia anticipada*, Santa Fe, Argentina, 2000, edit. Rubinzal Culzoni.
- POPPER, Karl, *La responsabilidad de Vivir*, Madrid, España, 1995, edit. Paidós, Estado y Sociedad.

<sup>32</sup> Popper, Karl, ob. cit., p. 275.

## Capítulo 2

### LA ÓPTICA GARANTISTA DEL DERECHO PROCESAL

1. Breve recopilación del capítulo anterior. 2. El derecho procesal mirado desde la óptica garantista (continuación). 3. Tendencia mayoritaria. 4. Explicando lo inexplicable. 4.1. La "sabia mezcla" de sistemas inconciliables. 4.2. La irrupción de modelos procesales inquisitivos. 4.3. A modo de síntesis. 5. Dogma y ciencia. 6. Pasando revista a las filas que impugnan la visión autoritaria del derecho procesal. 7. Deslegitimación del sistema de procesamiento penal inquisitivo o inquisitivo reformado. 8. Envoltorios emotivos. 9. Los peligros que encierra la omnipotencia del Poder Judicial. 9.1. Forzando la compatibilidad de sistemas incompatibles. 10. Opiniones encontradas. El fin de un largo monólogo doctrinario 10.1. Las ideas, entre otros, de Augusto Mario Morello, Roberto Berizonce, Ronald Arazi y Jorge Walter Peyrano. 10.1.1. Reflexiones de Roberto Berizonce. 10.1.2. Los conceptos de Roland Arazi. 10.1.3. Reflexiones de Jorge Walter Peyrano. 10.2. Mi opinión sobre esta doctrina y su proyección en la jurisprudencia. 10.3. El pensamiento contrapuesto de Rafael Bielsa. 10.4. Las lúcidas reflexiones de Osvaldo Gozaini. 10.5. Otras opiniones. 10.5.1. Jueces que se convierten en legisladores o miembros del Poder Ejecutivo. 11. Conclusiones. 11.1. Pruebas de oficio y garantías constitucionales. 12. Conclusiones.

## Capítulo 2

### LA ÓPTICA GARANTISTA DEL DERECHO PROCESAL

#### *1. Breve recopilación del capítulo anterior*

Se explicó en el capítulo anterior cómo la *demora* en consolidar una teoría general unitaria y garantista del derecho procesal obedece al pertinaz mantenimiento doctrinario de algunos *paradigmas teóricos* que postulan la vigencia de un derecho procesal publicista-inquisitivo-autoritario-decisionista.

También se advirtió que al negativo panorama, instalado en el plano de la dogmática procesal, se le sumó otro dato preocupante: la proyección de esas tesis autoritarias en las codificaciones procesales. Una simple compulsa de los códigos procesales –civiles y penales– vigentes en latinoamérica (con honrosas excepciones que confirman la regla) nos permite detectar la vigencia de numerosas normas, de corte inquisitivo, que no hacen más que traspolar al derecho positivo las equívocas tesis pergeñadas por la doctrina.

Las funestas consecuencias de esta concepción “autoritaria” del derecho procesal ocuparán mi atención una y otra vez, en el afán de alertar al lector cómo las ideologías y las normas procesales que le “corresponden” resultan repugnantes con el diseño constitucional-procesal-garantista que modelan las constituciones libertarias de este continente. Pero también el motivo de incursionar en la crítica ideológica se basa en que bajo la propuesta preña-

da de inquisitivismo procesal penal y civil la posibilidad de arribar a una teoría general unitaria (e ideológicamente correcta) del derecho procesal es inviable. En rigor, se podría arribar a una teoría común (que agrupara a “todo” el inquisitivismo) pero la obvia deslegitimación de esta tendencia no nos llevaría a ninguna parte.

Ahora bien: tengo para mí que ningún doctrinario embanderado en la corriente procesal autoritaria se *reconocería* a sí mismo como un pensador de ésta índole y, mucho menos, *aceptaría* la imputación de “inquisidor procesal”. Concedo que los términos son duros (pero ocurre que la idea que quiero expresar no admite la utilización de otros adjetivos).

Además, frente a esos cargos imagino arduas defensas de las posturas que impugno. Supongo que se podría alegar, entre otras razones, que los costados “publicistas” del proceso moderno nada tienen que ver con el autoritarismo y la inquisición. Simplemente, legitiman el papel central (yo diría ominoso) que el “moderno” o “posmoderno” derecho procesal le asigna hoy a la judicatura latinoamericana. Además, asumo que no advertirían por qué el autoritarismo supondría división en la teoría general del proceso.

Pero las cosas hay que llamarlas por su nombre: ratifico que son *tesis inquisitivas* aquellas que ubican la figura del juez (civil y penal) con *tantos* y tan plenos poderes, que su perfil queda tallado desde la “*altura*” y *no desde el llano*”. Se trata de una visión del proceso y la judicatura construida sobre la base de principios *autoritarios* encarnados en el ideario (consciente o inconsciente) de muchos procesalistas.

Esa concepción, que emerge de quién “manda”, no es (no puede serlo) el producto de un consenso equilibrado que permita resolver equitativamente la “tensión” entre las fuerzas representadas por los jueces (el poder) y justiciables (los sometidos al mismo). Además, provoca –casi

naturalmente— una “retroalimentación” que agrieta este punto de fricción y que hoy se exterioriza en una propuesta *cada vez más audaz*: otorgarle “*mayor poder al poder*”.

Estoy persuadido de que solo puede conciliarse la unidad en el derecho procesal en la medida que para el proceso civil se imagine un sistema netamente dispositivo y, para el proceso penal, decididamente acusatorio. Y en esto tiene mucho que ver la postura que se asume respecto de los poderes de los jueces. Para el garantismo la idea se plasma limitando los poderes de investigación y prueba y no permitiendo que quién investigue y pruebe sea el juez que luego resuelve. Esta limitación es un camino inexcusable para llegar a la comunidad ideológica.

## 2. *El derecho procesal mirado*

*desde una óptica garantista (continuación)*

Ahora bien, si la figura del juez, la estructura y finalidad del proceso judicial –como ya se dijo en el capítulo anterior– se formula desde otro ángulo –menos *omnipotente* y mucho más *garantizadora* para el justiciable– el peso del *autoritarismo* que domina al proceso y a la figura del juzgador comienza a recortarse.

Y esto se logra asumiendo que un juez *no puede* (más allá que *no debe*) convertirse en un superhombre jurídico (que investiga, prueba y además falla la causa que le toca resolver). La apuesta –sencillamente– es transitar por el camino de lo razonable y lo posible. Y esa senda, lamentablemente, hace mucho se abandonó para incursionar en una peligrosa escalada procesal de autoritarismo y poder.

Para imaginar las penurias que puede sufrir un justiciable sometido a este modelo de proceso, por lo pronto, deberíamos dejar de lado la displicencia de suponer que un proceso del tipo “inquisitivo” (penal o civil) puede ser *sufrido* por los “*otros*” y no “*por nosotros*”. La idea es internalizar

—por un momento— la posibilidad de ser “nosotros” la parte *material* de ese proceso. Si la cuestión se mira como justiciable, no como juez o abogado, es más que obvio que los puntos de referencia cambian radicalmente.

De hecho, cada uno de “nosotros” podría estar expuesto a sufrir las penurias de un proceso, aún de tipo penal ¿quién está exento de quedar involucrado, por ejemplo, en un accidente de tránsito que provoque lesiones o la muerte de terceros? Así pues: cuando nos toque estar como imputados frente a la eventual comisión de un ilícito penal, cuando nuestros razonamientos ya no sean académicos, sino que se involucren con nuestra *situación personal*. ¿Nos gustará el juez penal que investigue de oficio la comisión del delito de lesiones culposas u homicidio culposo que se nos imputa? ¿No preferiríamos un sistema acusatorio en donde el fiscal investigue y acuse, y el juez sólo sea el custodio de las garantías de regularidad y legalidad del trámite, concretamente: que las pruebas “de cargo” se realicen sin violar nuestras garantías constitucionales? ¿No defenderíamos la lógica que en un proceso penal fuera el ministerio fiscal el único que puede proponer pruebas o, en su caso, el querellante conjunto? ¿Apostraríamos que además de las imputaciones y prueba de cargo que realiza el fiscal que el juez se le sume en esa faena?

Todas estas preguntas tienen una respuesta que cae casi por decantación: el día que personalmente tengamos que sufrir un proceso en “carne propia” y que acontezca el resultado más penoso: que resultemos condenados (si es que se acredita nuestra culpabilidad), frente a esa condena la elemental aspiración que llevará tranquilidad a nuestro espíritu es que la maquinaria procesal y judicial, nos aplique la pena, si es que debe hacerlo, pero respete, previamente, todas y cada una de las garantías del debido proceso que se nos debe (debida audiencia, igualdad de armas, estado de inocencia, beneficio de la duda, etc.).

En definitiva, la cara “procesal” de un Estado de Derecho supone montar los mecanismos idóneos para preservar a los ciudadanos de la *arbitrariedad* del poder, de cualquier poder, en este caso del judicial. Y mientras se mantenga el autoritarismo ideológico y normativo en el derecho procesal no sólo no están dadas las condiciones para prevenir las eventuales *arbitrariedades del poder jurisdiccional*, sino que se transita por un peligroso desfiladero en donde pueden desbarrancarse muchos de los portentosos esfuerzos realizados hasta hoy para poder controlarlo.

No debemos perder de vista que al desembocar en un litigio (mal necesario, pero, de suyo menor que resolver los conflictos jurídicos por el uso de la fuerza) los sujetos que intervienen como partes en el mismo (actor-acusador-demandado-reo) precisan que se hagan *efectivas* —en esa concreta instancia— las garantías del “debido proceso” prometidas por las cartas constitucionales de un modo programático, pero que sólo se convierten en “operativas” mediante los mandatos procesales.

Esto parece una verdad de perogrullo. Sin embargo, las constantes violaciones a la igualdad de las partes y a la imparcialidad del órgano judicial, en aquellos procesos concebidos bajo un modelo autoritario, no autorizan a tomarla como algo *tan obvio*.

Adrián Ventura, abogado y periodista argentino nos alerta sobre los peligros del poder. Refiriéndose al poder del Estado (sin necesidad de especificar a cuáles de los tres poderes le cabe el sayo). Ventura sostiene “...el poder corrompe. El poder absoluto corrompe en forma absoluta. Si, además, pretende ser eterno, ahoga”<sup>1</sup>.

La frase, por cierto, sobrecoge. La historia de la humanidad ha sido un triste fresco de los continuos *excesos*

<sup>1</sup> Ventura, Adrián, “Argentinic”. *Una Democracia que hace Agua*, Diario La Nación, Buenos Aires, Argentina, edición del día 20 de marzo de 1988.

*del poder*, y exhibe –descarnadamente– el alto precio que se ha pagado por lograr la limitación de los “iluminados de turno”. El facismo, el nazismo, el comunismo, es decir, las distintas caras del fundamentalismo, son los ejemplos más patéticos de adonde nos conduce el exceso del poder.

Y queda claro que el *poder judicial* no puede ni debe quedar fuera del *marco de contención* que le impone las reglas y los sistemas de un estado de derecho. La apelación a frases simbólicas –lo digo una vez más– como la “verdad” y la “justicia” son solo envoltorios fáciles que *no autorizan* a mellar ninguna garantía procesal que el estado de derecho les debe reconocer a los destinatarios de las mismas.

### 3. *Tendencia mayoritaria*

El ideario publicista-inquisitivo-autoritario-decisionista (o si queremos “suavizar” las palabras, la excesiva publicidad de los procesos y el papel central de la jurisdicción) instalado en la dogmática y la normativa procesal de América latina, registra, ya se dijo, y mal que me pese un altísimo grado de *aceptación* hacia el modelo autoritario.

Sin embargo, la aceptación de otrora no es la conformidad de hoy. Los modernos códigos *procesales penales* (por ejemplo, Provincia de Buenos Aires, Tucumán, Santiago del Estero, Córdoba, (todos estados provinciales de la Argentina) han reaccionado suprimiendo de cuajo *las pruebas de oficio o las medidas para mejor proveer*, es decir han entendido que deben limitarse, de una buena vez, los poderes *desmedidos de los jueces penales* que, exorbitados, suprimen el derecho de defensa en juicio.

En Latinoamérica se inscriben en la misma tendencia acusatoria los Códigos Procesales Penales de Paraguay, Guatemala, Nicaragua, Panamá y Ecuador.

Existe, en suma, un vigoroso impulso, por el momento

focalizado casi exclusivamente en procesalismo penal, para desplazar el sistema inquisitivo (o inquisitivo-reformado) por un sistema plenamente acusatorio. En otros términos: en el derecho procesal *penal* el *autoritarismo* se está batiendo en *franca retirada*.

En el derecho procesal civil el primer modelo normativo adscripto a la línea dispositiva ha sido dado por España. De allí que pueda hablarse de ese país como una honrosa excepción del “garantismo” en Iberoamérica, tristemente preñada de normas procesales civiles autoritarias.

### 4. *Explicando lo inexplicable*

Ese repliegue del autoritarismo en el derecho procesal parece la “crónica de una muerte anunciada, sin embargo todavía demora en producirse. La misma se vuelve inexplicable si nos remitimos a la “performance” (en términos de eficacia y pérdidas de garantías constitucionales que sufren los justiciables) provocada por los códigos procesales autoritarios (civiles y penales) producto del neo-inquisitismo del Siglo XX.

En otros términos: los “rindes” generados, como se señaló en el capítulo anterior (producto de la combinación de ideas, normas y mentalidad judicial inquisitiva), han sido deplorables.

Pese a esa falta de eficiencia, racionalidad y garantismo para los justiciables (que supondría la drástica *supresión* del “modelo”) una serie de factores desafortunados han confluído para instaurar y mantener todavía la vigencia del paradigma autoritario en el derecho procesal latinoamericano. Ya se analizó alguno de ellos. Aquí se estudiarán otros.

Trataré de realizar un compendio para explicar (sin justificar, por cierto) cómo y por qué se produjo esta *equivocación colectiva* en la ciencia y en la normativa procesal.

#### 4.1. La “sabia mezcla” de sistemas inconciliables

Para “validar” la concesión y la permanencia de *potestades inquisitivas* que se le otorgan al juzgador (y que se refuerza ominosamente cuando se le atribuyen facultades de investigación y prueba oficiosa) se apeló y se apela –repetidamente– a una frase “tipo”, usada como una suerte de clisé “justificante”, que podría resumirse así: ...las atribuciones jurisdiccionales de investigación y prueba constituyen *una sabia mezcla* introducida en los códigos procesales modernos que combinan presupuestos propios del sistema de procesamiento dispositivo con criterios inspirados en el carácter público del proceso actual...

Y esa “sabia mezcla” (para quienes justifican este *engendro*) estaría legitimada por cuanto aducen que es “interés” del Estado que se resuelvan todos los pleitos bajo un modelo epistemológico que busca *la verdad (total) y la justicia (absoluta) en cada litigio*. Queda claro que con semejantes *pretensiones* científicas y filosóficas el otorgar más y más poderes a los jueces (para poder alcanzar estos valores absolutos) vino a resultar el corolario lógico de esa postura.

#### 4.2. La irrupción de modelos procesales inquisitivos

Otro dato *histórico* que en alguna medida ya anticipé en el capítulo anterior, y sobre el que me explayaré ahora con mayor profundidad, contribuyó a cimentar el autoritarismo procesal que ya padecía América latina. En efecto: la combinación de criterios (inquisitivos y dispositivos) fue potenciada, como bien lo explica 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 austríaca de Klein de 1895. Hablar de autoritarismo de estos tres sistemas normativos es casi caer en un lugar común.

Me quiero detener en las reflexiones de Cipriani<sup>2</sup> vertidas sobre la primera semilla de autoritarismo procesal, instalada a partir del pensamiento de Klein. Entender bien la nociva influencia del ordenamiento procesal austro-húngaro esclarecerá como se ha llegado hasta aquí cargados de ese pesado lastre que heredamos. Afirma el procesalista italiano que “...desde que existe 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 –liberal y realista– y una concepción autoritaria y moralista. La concepción de Klein, entonces, no puede razonablemente ser considerada (sólo) publicista, pero debe ser recordada como “aliberal 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 soledad, se hace uso del moralismo...”.

El código procesal italiano de 1940, heredero, como se dijo, de este ideario, contenía también una clara tendencia publicista, autoritaria e inquisitiva (no podía ser de otra forma si tenemos presente el contexto *fascista* del régimen que imperaba a la época de su dictado). Luego, lo natural era que “El Estado” estuviera interesado en jue-

<sup>2</sup> 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, año 2000.

ces con plenos poderes (ya que no eran más que el brazo jurídico y de un sistema autoritario, en donde era “bueno” que el juez resolviera a su antojo (en rigor al antojo de quien dependía).

Lo cierto es que el Código Procesal Civil italiano (tantas veces alabado por los procesalistas de estos lares) *contribuyó*, en gran medida, a instaurar la *omnipotencia* judicial en Latinoamérica.

Es que a partir de la copia de ese diseño, la idea de la supuesta bondad intrínseca de un proceso de corte autoritario e inquisitivo se profundizó más y más.

Y así, sin advertir el origen *viciado* de ideología que lo inspiraba, (sumado al *respeto intelectual* que se tenía por la escuela procesal italiana que le dio vida, centrada en la figura de Calamandrei quién, en alguna medida, le prestó su apoyo ideológico), los legisladores latinoamericanos —entusiastamente— “adoptaron” el modelo y el espíritu de una legislación procesal autoritaria que nos “exportó” el pensamiento de aquella época proveniente del continente europeo.

Este duro golpe propinado por la intromisión de una versión *moderna y refinada* del *inquisitivismo* procesal proyectó sus perniciosos efectos desde aquel lejano pasado en que arribó ideológicamente a nuestro continente, manteniéndose tenazmente hasta el presente. En buen romance: más de sesenta años de autoritarismo procesal pesan sobre nuestras espaldas y este es un sayo muy duro de levantar.

Montero Aroca<sup>3</sup> explica docentemente esta realidad en los siguientes términos “...Frente a la idea de que el proceso es cosa de las partes, a lo largo del Siglo XX se ha ido

<sup>3</sup> 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.

haciendo 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, y 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, y sobre la 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 está interesado el Estado es algo obvio, y lo es tanto que no ha sido negado por nadie, pero desde esta obviedad no puede llegarse en el razonamiento posterior 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 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 anti-liberal 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 austriaco 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 las mismas 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 han promulgado precisamente *en países y momentos en que esos jueces eran menos independientes*, de lo que ha resultado que, a la postre, con la concesión de esas facultades se 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 debatan 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*, en el medio jurídico para que las partes debatan 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 solu-

ciones 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 tendiendo a que dicho acceso se realice en condiciones de igualdad.

El fenómeno de la publicación se ha basado, creemos, 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, en el impulso, por ejemplo) y *otra aumentarlas con relación al contenido del proceso* y de modo que pueda *llegarse a influir en el contenido de la sentencia*.

No hay obstáculo alguno en aumentar las *facultades procesales* (y de ahí que nadie se oponga a convertir el tradicional impulso de partes en impulso de oficio), y con ello puede entenderse que se prima al interés público sobre el privado, pero si lo hay en que el juez pueda de oficio iniciar el proceso o alegar hechos o practicar prueba no pedida por las partes, pues de este modo se está afectando a la existencia de los derechos subjetivos reconocidos en la norma material...".

De las lúcidas reflexiones de Montero Aroca (que demuelen el derecho procesal civil inquisitivo) vuelvo a mis ideas: en las *nuevas* normativas procesales ideadas para la región (introducidas como ley positiva en varios países), ignorando el nuevo mensaje liberal, se repite y se aumenta esta tendencia publicista a la que se hacía mención. El Código Procesal Civil de la Nación Argentina (en rigor, no de la "Nación" sino el Código Federal) impulsa esos poderes en los artículos 34 a 37. Otro tanto ocurre con el Código Procesal Civil de Colombia (arts. 37 a 40) o con el Código Procesal Civil de Perú (arts. 50 a 53).

Los mismos constituyen ejemplos muy claros de un modelo que descansa sobre la figura de un juez paternalista, autorizado para investigar y probar por sí “la verdad” y legitimado para encontrar la justicia “absoluta” del caso. En fin, *un dictador 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.

En el Código Procesal peruano de 1993 la gran mayoría de las resoluciones interlocutorias que dicta un juez son inimpugnables. Cuando pueden impugnarse el recurso se concede en “efecto diferido” (art. 369 de ese cuerpo legal). Resultado, el juez, en el curso del proceso es, como se dijo, un auténtico dictador.

En el Código General del Proceso de Uruguay autoriza al juez a *cercenar* los medios probatorios ofrecidos por las partes (si los considera impertinentes) en la audiencia preliminar (debe tenerse presente que éste código está inspirado en el código modelo único para Iberoamérica al que ya se hiciera mención en el capítulo anterior, repitiendo, por tanto, el esquema).

Es decir, que la norma procesal uruguaya admite que el juez se entrometa con la conducencia de la prueba (en clara violación al más elemental derecho de defensa que le asiste a las partes de proponer los medios que estimen conducentes para acreditar los hechos invocados).

Y conste que como antiguo abogado litigante no se me escapa que al final del proceso muchas veces queda claro que los medios probatorios han sido usados abusando del derecho de defensa de las partes. Pero esto se advierte, en todo caso, al final del camino. Si esto aconteciera existen otros remedios más garantistas (de suyo más eficaces) para disuadir al litigante abusivo, por ejemplo, la aplicación de intereses procesales maliciosos si la parte así lo solicita. Pero de allí a limitar los medios probatorios cuando el juez no tiene claro los términos en que la litis ha sido trabada ¡hay un abismo conceptual!

#### 4.3. A modo de síntesis

En definitiva, muchos doctrinarios y legisladores que están “convencidos” que un juez suficientemente “robustecido” (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) constituye la *única opción* para que la jurisdicción pueda cumplir adecuadamente con la misión “estelar” que, en estos tiempos modernos (o pos-modernos), entienden ha sido reservada para el juzgador.

El lector debe estar muy familiarizado (y quizás *persuadido*) por estas ideas. Es que doctrinaria y jurisprudencialmente se repiten con tanta frecuencia que han logrado formar en la mente de buena parte de los operadores del sistema la categoría de “dogma procesal”.

#### 5. Dogma y ciencia

Pero es verdad sabida que, cuando los conceptos dogmáticos empiezan a predominar en la ciencia puede predecirse la rápida decadencia de la misma. 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 Ferrajoli<sup>4</sup>.

Deberíamos reflexionar sobre la *hondura filosófica* de esta frase.

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 que ese juez “po-

<sup>4</sup> Ferrajoli, Luigi, ob. cit., p.43.

deroso” imponga su voluntarismo sobre la racionalidad. Queda claro que la racionalidad proviene del “saber” no del “poder” y el desprecio por el conocimiento es hijo directo del “poder”, que tiende a sustituir los espacios cognoscitivos por potestades decisionistas de los magistrados.

#### 6. *Pasando revista a las filas que impugnan la visión autoritaria del derecho procesal*

Pero cuando una idea se potencia hasta volverse intolerable la tensión generará una reacción de signo contrario. Este explica la idea del garantismo se introdujo como una respuesta racional de la dogmática ilustrada (en especial en el proceso penal) que tuvo la valentía de hacer la sincera *autocrítica* a un sistema procesal totalitario e inquisitivo que sólo trajo aflicción e ineficacia a quienes debieron y deben sufrirlo.

Esa reacción frente al poder y la discrecionalidad judicial, tiene, a mi juicio, una figura señera: el procesalista italiano Luigi Ferrajoli. Su libro *Derecho y Razón* debería ser de lectura obligada para todos los estudiosos del derecho procesal. La obra se basa en una epistemología garantista sostenida de un modo tan sólido que refutarla –con argumentos serios y no dogmáticos– parece casi una utopía.

La tesis garantista de Ferrajoli data de 1995. Han pasado más de cinco años desde la culminación de ese grandioso compendio de garantismo procesal. Pero parecería –por lo lento de la internalización dogmática y positiva de los preceptos garantistas– que no se lo ha leído o no se ha tomado debida nota de sus explicaciones sobre las funestas consecuencias que anidan en la ponderación *de un modelo procesal autoritario*.

Sin embargo, y más allá de la lentitud apuntada, la racionalidad de sus ideas comenzó a cobrar notoria fuerza en los ámbitos más progresistas de la juridicidad de

América latina. Un derecho sustancial penal “de mínima” y procesal penal de “garantías” es sostenido en la Argentina por procesalistas y penalistas de la talla de Maier, Zaffaroni, Caferatta Nores, Vázquez Rossi, Superti, Binder, Domínguez, Ledesma, entre otros.

A la par, “el derecho procesal civil garantista”, si bien un poco más rezagado también ingreso en el campo del proceso civil, nutriéndose, como ya lo llevo dicho, de esas enseñanzas y bajo la tutela de Alvarado Velloso<sup>5</sup>. Esa filosofía garantista (que ya ha marcado el norte dogmático a seguir en los sistemas de *enjuiciamiento penal* de la región), es el que deberían *suscribir* la doctrina, la jurisprudencia y la legislación *procesal civil*.

España ya lo hizo realidad y estoy persuadido que en esa dirección apuntará el procesalismo civil del Siglo XXI.

#### 7. *Deslegitimación del sistema de procesamiento penal inquisitivo o inquisitivo reformado*

¿Por qué el “procesalismo penal ilustrado” abandonó rápidamente las ideas inquisitivas y se propuso sustituir el “autoritarismo” por un sistema procesal acusatorio? ¿por qué se aspira a prohibir la investigación oficiosa y la prueba de oficio a cargo del Tribunal?

La respuesta es simple: porque *reconoció*, con una hidalguía (que no está presente en el procesalismo civil), que el sistema penal y procesal inquisitivo había fracasado rotundamente.

Pues bien, si el procesalismo civil no quiere seguir aislado del sistema libertario que se levanta en el proceso penal debe tomar, urgentemente, noticias de esas ideas.

<sup>5</sup> El “garantismo procesal” en el ámbito del proceso civil, como ya se vio en el capítulo anterior registra la paternidad de Adolfo Alvarado Velloso. El mismo es el creador de esta escuela que cuenta ya con muchos seguidores en Latinoamérica.

Este es el fundamento de transcribir los conceptos que provienen de procesalistas penales. Se trata, sencillamente, de aprender de ellos y de adoptar sus fórmulas (a menos que se quiera continuar con un discurso esquizofrénico donde lo que es válido para el procesalismo penal deviene inválido para el procesalismo civil).

En ese sentido Vázquez Rossi se esfuerza por explicar *los límites* que no pueden ser vulnerados por el derecho penal y procesal penal si quiere conciliarse con los preceptos *constitucionales*<sup>6</sup>. Vázquez Rossi evoca al profesor Carlos Nino (quién acometió con especial *rigor* este trabajo de búsqueda de fundamentos *legitimantes* del sistema penal (dentro del Estado democrático y las bases constitucionales).

Parte de la idea de que "...todos los individuos están investidos de ciertos derechos fundamentales, reconocidos por la Constitución y que implican la consecuente obligación de respeto de los mismos no sólo por el Estado, sino por todos los individuos.

La organización estatal se justifica por su deber de actuación en el aseguramiento de tales derechos. Para ello, monopoliza la coacción penal (pena y acción pública, poder jurisdiccional) para evitar la comisión de injustos y, en su caso, castigar las infracciones.

El respeto a la autonomía moral y funcional de las personas conlleva necesariamente a la efectiva prohibición de actos que afecten dicha esfera, tales para matar, lesionar, apropiarse de bienes ajenos, burlar la buena fe, falsificar, etc. Y con mucha más razón, aquellas conductas que a más de la agresión individual, trascienden hacia los bienes generales y las condiciones mínimas que hacen posible la sociedad abierta.

No puede discutirse que todo conjunto social *puede y debe* contar, para subsistir como tal, con *instrumentos efi-*

<sup>6</sup> Vázquez Rossi, Jorge, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Argentina, 1995, edit. Rubinzal Culzoni, p. 31.

*caces de defensa*. Claro está que el desafío democrático es el de *una defensa legítima*. Esto implica que, como ha sido detallado en algunos fallos memorables de alguna jurisprudencia argentina, el Estado jamás puede aparecer beneficiándose de un ilícito *ni combatir el delito con el delito*.

En la señalada tesitura es innegable que en los últimos años han ido produciéndose avances significativos, pero también lo que es el diseño coherente y consensuado de una política criminal de la democracia es una suerte de asignatura pendiente.

El gran debate sobre el tema, que pareció insinuarse con fuerza durante la década del '80, ha perdido impulso. Sin embargo, son incontables los aportes producidos dentro de los estudios de teoría del delito, política criminal, criminología y procedimientos que permiten sostener, en lo básico, que existe una verdadera cultura jurídica latinoamericana que, desde el garantismo constitucional, apunta a una modificación integral del sistema.

En síntesis, de lo que se trata es de una suerte de retorno a las fuentes; de abreviar en esas limpias aguas que nutrieron los movimientos libertarios que fundaron nuestras patrias y que dieron sentido a los movimientos emancipadores, y de encontrar firmes cimientos para la construcción de un verdadero "Derecho Penal de la democracia" en esa inacabada (y muchas veces mal aprendida) lección del texto y espíritu constitucional. Sólo así podremos esperar razonablemente que los hombres no se devoren entre sí, pero sin que los aplaste el Leviatán...".

Volviendo a mis reflexiones (luego de compartir las de Vázquez Rossi) lo cierto es que el sistema penal "inquisitivo" o "inquisitivo reformado" (como le gusta denominarlo a Binder<sup>7</sup>) ha sido una experiencia altamente frustrante.

<sup>7</sup> Binder, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires, Argentina, 1999, segunda edición, edit. Ad-Hoc, p. 63.

El proceso penal de corte autoritario está absolutamente deslegitimado, como bien lo denuncia Zaffaroni<sup>8</sup>.

Es que los imputados sometidos a un proceso penal de corte autoritario, producto de la *perversa combinación* del modelo de *legalidad* (se deben perseguir todos los delitos) y con fórmulas de investigación y prueba *inquisitivas* (secreto sumarial, potestades policiales de interrogación, incomunicación del imputado, prisión preventiva abusiva, trámite escrito y secreto, instrucción a cargo del juez, confusión de los roles procesales entre las figuras de quién investiga y falla, escasa participación del ministerio fiscal, etc.) en una abrumadora mayoría de los casos no reciben el castigo condigno, sencillamente *quedan impunes*.

Esa impunidad, que, paradójicamente, el sistema inquisitivo con su “cartel” de descubridor de la verdad debería erradicar, proviene de diversas causas: algunas de origen procesal, otras son producto de la deficiente política criminal de los estados latinoamericanos. Pero lo cierto es, que la inoperancia del sistema procesal penal es tal que se “trabajan” sólo las causas más simples. Se estigmatiza al delincuente, o mejor aún a la *clase social excluida del sistema*, esa clase social que sin cultura, sin posibilidades ciertas de superación, sin horizontes, en la indigencia e ignorancia, y en ausencia de modelos, es propensa a desbarrancarse por el camino del delito. El hurto, el robo, el asesinato pasa a ser el “pan” de todos los días de *los marginales*, expulsados de un sistema que no los preparó para insertarse en la comunidad, y que los rechaza y recluye cuando agreden las pautas de convivencia social.

En definitiva, el brazo de la ley alcanza, con algún grado mínimo de eficacia a los “cabecitas negras”, los “villeros”, “faveleiros”, etc. Los delitos *más complejos* (“de guante

<sup>8</sup> Zaffaroni, Eugenio, *En busca de las penas perdidas*, Bogotá, Colombia, 1990, edit. Temis, p. 55.

blanco”) difícilmente lleguen a condena y, lo que es más grave, quienes *los cometen* ostentan una agravante *impunidad y soberbia* frente a un sistema punitivo que *no los mella*. El Poder Judicial no tiene recursos humanos y tecnológicos, equipos técnicos, inventiva, y hasta una decisión firme para atacar aquellos delitos que son —es cierto— menos “violentos” pero que causan un mal mucho mayor a todo el tejido social.

No es el objeto de esta tesis, por cierto, profundizar en todas las causas que generaron la *impunidad del sistema* de persecución penal que se denuncia. En todo caso, me interesa remarcar la absoluta ineficacia en la organización penal estatal, que en muchas oportunidades al encontrarse irremediabilmente contaminada por jueces facultados para instruir causas y probar de oficio todo lo “hace” mal.

El modelo procesal autoritario desmiente el “estado de inocencia” (que constitucionalmente goza una persona sometida a un proceso penal) y, lamentablemente, no se lleva nada como “premio” a tanto quebrantamiento. Ni siquiera puede hablarse de un *eficientismo práctico* que, de hecho, tampoco justificaría *nada*, pero por lo menos le daría *letra* a los *utilitarios* para fundar el por qué de un modelo procesal y judicial autoritario.

Para resumir mis ideas en este tramo: las causas penales concluyen, en una abrumadora mayoría, por prescripción de la “acción penal” (que es un modo *perverso e ilegal* de manejar el principio de “oportunidad” en el ejercicio de la pretensión punitiva estatal). Y se llega a esta inacción de las pretensiones punitivas por la combinación de la *desidia* del “aparato estatal”: del Ministerio público, por un lado, y de la inoperancia de los órganos jurisdiccionales, por el otro.

En otras palabras: la responsabilidad de esta anomia procesal es compartida entre los sujetos principales del sistema de enjuiciamiento. En el caso del Ministerio Fis-

cal por no asumir el papel principal (muchas veces por la propia veda normativa) en la investigación del delito. Y por el órgano jurisdiccional al subrogar indebidamente la función investigación (que debería siempre estar en manos del fiscal).

Sostiene un refrán popular: el que *“mucho abarca poco aprieta”*. Y el juez todopoderoso que investiga, pero debe cuidar –a la par– las garantías procesales del imputado y, encima fallar sobre su situación procesal (sin perder imparcialidad y objetividad) de hecho, está abarcando mucho y mal.

### 8. *Envoltorios emotivos*

Para avalar el papel protagónico (en rigor, *omnímodo*) que para algunos debería jugar la jurisdicción estatal se utiliza, frecuentemente, un envoltorio sugerente (búsqueda de la verdad y la justicia).

La apelación a cristalizar los valores de “justicia” y “verdad” por parte del juzgador en cada proceso tiene claras connotaciones emotivas. Se especula con la seducción que despiertan ciertas palabras que gozan de un prestigio propio (en especial para la gente común, muy propensa a dejarse encandilar por este tipo de mensajes).

Si la intención consiste en elaborar un discurso procesal destinado a despertar *simpatías* en legos, y aún hasta en iniciados, (¿quién *no aspira*, en definitiva, a un juez que sea “justo” y que descubra la verdad en el proceso?), en ese contexto la *“emotividad”* encaja perfectamente con la finalidad buscada.

Pero estas fórmulas *efectistas*, (invocando la apelación a valores absolutos que debería realizar el poder judicial, podrían ser buenas ideas, en todo caso, para quien ostenta el “poder” (unos pocos) pero muy riesgosas para quienes deben “soportarlo” (la mayoría), como seguidamente se explicará.

### 9. *Los peligros que encierra la omnipotencia del Poder Judicial*

Al presentar el mensaje de “mayores poderes para los jueces” como el paradigma para alcanzar “lo bueno”, “lo justo y lo “verdadero” en cada proceso se *parcializa* la cuestión. No se explica bien a los destinatarios de ese mensaje (en rigor, se lo oculta o minimiza) los altos costos jurídicos que deben pagarse por asignar el poder jurisdiccional potestades sobredimensionadas que lo ponen como dueño de la libertad, la honra y los bienes de las personas.

No se ha reparado lo suficiente (o no se ha querido reparar) en los riesgos que supone para la “gente de a pie” potenciar la “omnipotencia” de cualquiera de los poderes públicos en un Estado de Derecho (y esa prevención, lógicamente, rige también para con el poder jurisdiccional). Y conste que no me anima (ni milito) en ninguna tendencia política extrema. No creo en los extremismos de izquierda ni de derecha. No es un mensaje nihilista el que se formula. Se trata de un mensaje democrático y garantista, cosa que es bien distinta.

No deberíamos olvidar, como lo enseña Bobbio<sup>9</sup>, que la crítica esencial que se formuló al positivismo jurídico estuvo centrada en una indebida exaltación de la *“omnipotencia del legislador”*. Esa crítica al no poder ser refutada seriamente fue, precisamente, la que terminó por *desacreditar* al positivismo jurídico clásico. Pues bien, si la *omnipotencia del legislador* fue una *mala idea del positivismo jurídico* (al legitimar la creación de las normas de un modo acritico, por el simple hecho de haber sido dictadas por el legislador de turno apelando a los mecanismos

<sup>9</sup> Bobbio, Norberto, *El positivismo jurídico*, Madrid, España, 1998, segunda edición, edit. Debate, p.15.

formales) no tiene sentido, es más, supone una *sinrazón* trasladar esa misma fórmula hacia otras fronteras del poder estatal. El positivismo jurídico ha sido profundamente denostado, como ya se dijo, por sostener la idea del “legislador omnipotente”, que dictaba siempre normas válidas (confundiendo *vigencia* con *validez* de la norma).

En mi concepto la tesis autoritaria del derecho procesal es un peligroso camino de “más de lo mismo”, sólo que justifica ahora conceder *omnipotencia* al poder judicial (poniendo como escudo que a ese poder del estado no se le deben retacear facultades puesto que busca “la justicia y la verdad”).

De hecho este razonamiento peca de un *simplismo inexcusable*. Si la cosa fuera tan sencilla deberíamos legitimar la omnipotencia del poder legislativo porque su misión es dictar “leyes justas” (para beneficiar a todos los ciudadanos) y también la omnipotencia del poder ejecutivo justificando que se gobierna buscando la más rápida y expedita ejecución de las políticas administrativas, es decir, para el “bien del pueblo” que le toca gobernar.

### 9.1. Forzando la compatibilidad de sistemas incompatibles

Además, la tesis sobre la que se apoya la omnipotencia del poder judicial minimiza el hecho que, para conceder facultades de oficiosas de investigación y prueba (en la búsqueda de la verdad y la justicia) deben torturarse los sistemas jurídicos procesales que parten de una concepción garantista (controladora) “del poder”. Para empezar, se fuerza en los códigos procesales, como bien lo señala Alvarado Velloso<sup>10</sup>, una combinación de corrientes de pro-

<sup>10</sup> Alvarado Velloso, Adolfo, ob. cit., p. 67.

cesamiento (dispositivas e inquisitivas) que son *naturalmente irreconciliables*.

El tantas veces ponderado “justo equilibrio normativo” (surgido de la mezcla procesal de ambas tendencias) provoca –en rigor– *una fractura ideológica irremediable*: confunde el papel asignado a los sujetos procesales, introduce el decisionismo, el paternalismo judicial, y genera un discurso jurídico que, por sostener propuestas antagónicas, y pretendiendo que ambas igualmente podrían ser válidas, no solo se vuelve dilatante sino que hasta contraría el axioma de “no-contradicción” de la lógica formal.

Hay más todavía: algunos fogoneros del poder de los jueces han presentado una visión *parcializada* del sistema de procesamiento *dispositivo* (según su *conveniencia*). Es que dispositivismo en el proceso civil y sistema acusatorio, en el proceso penal, constituyen, lo digo una vez más, un claro *límite* frente al poder y parece que hay muchos interesados en no ser pasibles de ese control. Un buen método para evadirse del mismo es estigmatizar las fórmulas que son las apropiadas para permitirlo.

El hecho es, que a partir de cierta crítica intencionada y distorsionada contra lo “dispositivo” o “acusatorio” se buscó (para descalificar el sistema) un rosario de frases hechas (el juez espectador, distante, no protagonista, vocero de la ley, etc.).

### 10. Opiniones encontradas.

#### *El fin de un largo monólogo doctrinario*

Estas ideas reinaron durante mucho tiempo en el procesalismo científico, en especial en el derecho procesal civil. En definitiva, se trató de un *largo monólogo doctrinal*, del que ya he dado cuenta, donde sólo se escuchaban a sí mismos.

Sería mi sentido anhelo que de la crítica que ahora se formula contra ese modo autoritario de “pensar” surja el debate, no el *silencio* o el *desprecio*. La ciencia procesal –motivo de nuestros desvelos– sería la directa beneficiada con una postura de *discusión sin agravios*.

Digo esto por cuanto me consta que la crítica de las ideas se confunde muchas veces con la crítica de la persona o de la hombría de bien de quién las porta. Esta confusión es lamentable y aspiro a que no se produzca.

Pero, por un principio de seriedad intelectual en mi discurso debo ubicar a las personas que las sostienen, no para estigmatizar sus figuras, sino para resaltar, en todo caso, el prestigio y fuste de quienes postulan un derecho procesal con una finalidad que no es la que entiendo se le debe adjudicar.

*10.1. Las ideas, entre otros, de Augusto Mario Morello, Roberto Berizonce, Ronald Arazi y Jorge Walter Peyrano*

Por constituir un paradigma de la corriente de opinión que critico me permito transcribir un párrafo de la autoría de Augusto Mario Morello. Sus ideas se corresponden con los atributos que, a su juicio, debería tener un juez bajo el “ideal” del modelo que auspicia esta modernidad procesal. Sostiene Morello “...Los poderes del juez se refuerzan en la gestión probatoria a fin de acceder a la verdad jurídica objetiva, en el prudente impulso de oficio, en el juego más permeable de la preclusión, en la valorización de la prueba con sujeción a las reglas de la sana crítica y de la experiencia, todo lo cual en nada reduce la plena libertad postulatoria, ni al derecho constitucional a probar, de impugnación y, sobremanera y permanentemente, del control de las partes (en buen romance, de sus abo-

gados). Tan señor del juicio es el juez, como las partes mismas (sus abogados) en un equilibrio dinámico, de inteligente colaboración como ya lo demostró Grasso en 1966...”<sup>11</sup>.

*10.1.1. Reflexiones de Roberto Berizonce*

Sobre el punto sostiene el jurista platense (aplaudiendo los poderes de los jueces para ejercer la tutela anticipada): “...Esas nuevas técnicas de tutela pretenden satisfacer y adaptarse a las exigencias y características especiales de ciertas situaciones para las cuales el proceso de cognición común se revela inadecuado, incrementando el protagonismo del juez<sup>12</sup>...”.

*10.1.2. Los conceptos de Roland Arazi*

Una nueva reiteración sobre el tema de disidencia de ideas y no de prevenciones frente a personas. Me une con el Dr. Roland Arazi una sentida amistad. Lo aprecio en su calidad académica y más aún en su dimensión humana. La mención de su pensamiento refleja el dato que Arazi, de absoluta buena fe, entiende que será con el aumento de los deberes y facultades de los jueces, en especial en materia probatoria, que se llegará a una justicia más efectiva. De suyo, no suscribo el criterio. Con Roland hemos compartido la congresalidad en buena parte de Latinoamérica. Nuestras diferencias doctrinarias están a un costado del afecto, eso me queda claro. Pues bien, el pensamiento de Arazi<sup>13</sup> puede resumirse de la siguiente manera: “...El proceso civil reclama *el aumento de los debe-*

<sup>11</sup> Morello, Mario, *Los poderes del juez en la reforma procesal civil*, en curso, en la Provincia de Buenos Aires, Colección Jurisprudencial, ED. Sección Doctrina, t. 179, p. 1150, Buenos Aires, Argentina.

<sup>12</sup> Berizonce, Roberto, *El juez y la Magistratura*, Buenos Aires, Argentina, 2000, edit. Rubinzal Culzoni, p. 41.

<sup>13</sup> Arazi, Roland, ver entre otras obras del autor, *La Prueba en el Proceso Civil*, Buenos Aires, Argentina, 1986, edit. La Rocca, p. 36 y sigs. y *Derecho Procesal Civil y Comercial*, t. I, Buenos Aires, Argentina, 1999, edit. Rubinzal-Culzoni, p. 380 y 383.



*res y facultades de los jueces*, en especial en materia probatoria, a fin de esclarecer los hechos controvertidos, tal como expresamente lo dispone el art. 36, inc. 2° del CPN.

Determinar si ello es una mera facultad o un deber constituye una discusión estéril ya que, como lo hemos repetido en distintas ocasiones, el principal deber del juez es pronunciar una sentencia justa, o lo más justa posible. Para lograr tal fin debe utilizar todos los medios que el proceso judicial le brinda; los litigantes tienen la carga de aportar las pruebas, pero si el juez no está convencido de cómo ocurrieron los hechos controvertidos, el ordenamiento procesal debe darle los instrumentos necesarios para aclararlos; si no los usa no podrá dictar esa sentencia justa y, por lo tanto, estará incumpliendo con su deber esencial. Es por ello que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que las Facultades de esclarecimiento se tornan en “deber” inexcusable cuando la prueba faltante es decisiva para la solución del litigio (“caso Oilher”, 23/1/80, en Rev. LL, año 1981-C, pág. 67); esta doctrina del Superior Tribunal Federal ha sido reiterada en distintos pronunciamientos, como el dictado recientemente, donde no sólo se destacó el deber de los jueces de dar primacía a la verdad jurídica objetiva, sino que se incursionó también en el tema de la carga de la prueba, señalando la relatividad de las reglas atinentes a ella. Insistió la Corte en que la negligencia de las partes o el respeto de la igualdad de sus derechos no bastan para excluir de la solución a dar al caso su visible fundamento de hecho, porque la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el servicio de justicia; en cuanto a las reglas sobre carga de la prueba, ellas deben ser apreciadas en función de la índole y características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, a fin de que el esclarecimiento de los hechos no se vea perturbado por un excesivo rigor formal (CSJN, 20/8/96, ED diario del 7/3/97).

Si ni la negligencia de las partes ni las reglas de la carga de la prueba eximen al juez de *su deber de esclarecer los hechos*, se puede argumentar que se resiente el “*principio dispositivo*”, y ello es cierto, pero tal “principio”, que en rigor *no es tal sino un sistema procesal, no nos garantiza un proceso justo*. Reservamos la denominación “principios” para aquellas reglas básicas sin las cuales *no hay debido proceso y el “dispositivo” no está incluido* (ver el capítulo: *Los principios procesales y la pruebas en La prueba*, libro en memoria del profesor Santiago Sentís Melando, Librería Editora Platense SRL, Bs. As. 1996, p. 27).

Para garantizar el derecho de defensa de las partes, el debate debe “sujetarse a ciertos principios básicos que, como dijimos al comienzo, son los de igualdad, bilateralidad y congruencia; siempre que éstos se respeten el legislador puede inclinarse por *diferentes “sistemas” tales el dispositivo o inquisitivo; el de preclusión o de unidad de vista; el oral o escrito, etc.*

En aquello en que el sistema dispositivo *no sea útil cabe abandonarlo y reemplazarlo por otro, total o parcialmente, tal como se viene haciendo.*

Recordemos que tal sistema implica que las partes tienen el pleno dominio de sus derechos materiales y procesales involucrados en la causa, y reconoce su potestad de libre decisión respecto del ejercicio o no ejercicio de estos derechos (Wyness Millar, Robert, *Los principios formativos del procedimiento civil*, edit. Ediar, Bs. As., 1945, p. 65); muchas limitaciones a ese sistema trae nuestro ordenamiento procesal, cercenando la potestad de los litigantes, por ejemplo en materia de allanamiento, transacción y conciliación (307, 308 y 309, CPN); de elección del proceso a seguir (art. 319, CPN); de trámites irrenunciables en el juicio ejecutivo (ab. 543, CPN); de indisponibilidad de las formas; etc.

Las facultades del juez para investigar la existencia de hechos no es ajena al proceso civil. El art. 274 de la Ley

de Concursos (24.522) expresamente dispone que el juez puede dictar todas las medidas de investigación que resulten necesarias y, reiterando una facultad que ya establecía con carácter general la antigua ley 14237 y luego, para los concursos y quiebras, el art. 297 de la ley 19.551, lo autoriza a ordenar el auxilio de la fuerza pública en caso de incomparecencia del concursado o de las personas que puedan contribuir a esclarecer los hechos.

En un moderno sistema de acceso a la justicia y con un concepto actual de los principios y sistemas procesales que garantice una real igualdad de los litigantes, el juez tiene que arbitrar los medios para que los hechos articulados sean debidamente probados, *soslayando* las deficiencias técnicas en que se pudiera haber incurrido.

### 10.1.3. Reflexiones de Jorge Walter Peyrano

El jurista rosarino es un adalid en la tarea de introducir criterios “posmodernos en el derecho procesal”. Hace años se convirtió, por ejemplo, en propulsor del régimen de las cargas “probatorias dinámicas” (sobre el que volveré más adelante) y, ahora, en la teoría denominada “medidas autosatisfactivas”.

Aquí se impone, previo a todo, una reflexión intimista: en lo personal me unía con Peyrano una larga relación cimentada en la “congresalidad y “comensalidad” generada en los encuentros nacionales y latinoamericanos de Derecho Procesal, en especial, en la última década. Esta relación –de cordial disidencia– se interrumpió cuando el Dr. Peyrano manifestó “públicamente” su enemistad ideológica con el suscrito. Hoy, estamos claramente enfrentados en este terreno.

De mi lado, sostengo –cada vez más convencido– que el juez debe ser sujeto al esquema constitucional-procesal que juró respetar. Del lado del Dr. Peyrano existe una

clara tendencia a romper con los sistemas jurídicos “clásicos” (esa es la base de un derecho procesal “posmoderno” al que hice mención). Por tanto, si se trata sólo de ideologías encontradas debo coincidir con el Dr. Peyrano que estamos en *veredas opuestas*.

Sin embargo, la transcripción y crítica de las ideas del Dr. Peyrano, lo digo una vez más, no pretenden extender un agravio a su persona o a sus dotes de jurista. Creo, eso sí, que sus mensajes procesales desestabilizan seriamente al sistema de procesamiento y agreden, al mismo tiempo, las garantías constitucionales del debido proceso. Pero esta es una refutación ideológica, ceñida exclusivamente a ese contexto. Queda claro, entonces, que son sus ideas las que denosto, no su persona. Además, remarco, que las tesis contrapuestas le hacen mucho bien a la ciencia del proceso (aunque pueden crear roces entre las personas que con tolerancia y buena voluntad bien podrían evitarse). En todo caso, será el precio no deseado, pero que estoy dispuesto a pagar si con ello contribuyo al avance de la ciencia procesal.

Volviendo sobre el pensamiento de Peyrano, en una publicación periodística realizada en el diario La Capital de Rosario en fecha 3 de octubre de 2000, el mismo lauda, una vez más, las llamadas medidas autosatisfactivas, y lo hace en estos términos: “...la medida autosastifactiva proporciona una solución urgente a situaciones urgentes”... “la medida autosatisfactiva, por tanto, es una vía jurídica eficaz cuando el paso del tiempo amenaza con convertir en irreparable un hecho injusto, cuando el derecho es evidente y las demoras en los procesos tradicionales lo amenazarían seriamente...” “...Su característica principal es, como se trata de un requerimiento urgente que la medida autosatisfactiva se agota con el despacho favorable del juez interviniente y no necesita de una demanda principal...”.

A continuación trae en esa nota un comentario laudatorio del siguiente fallo pronunciado (como corolario de una medida “autosatisfactiva”) que me parece oportuno transcribir. El resumen del precedente es el siguiente: “...como no podía competir con los precios subsidiados de los productores de Brasil, una Cámara de productores avícolas de Concepción del Uruguay, Entre Ríos, pidió mediante una autosatisfactiva a la Justicia Federal que prohibiera la importación de pollos esvicerados de aquel país o bien que estableciera un cupo. El Juez federal subrogante Juan José Papetti así lo hizo y ordenó a la Subsecretaría de Comercio Exterior, a la Administración Nacional de Aduanas y al Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria (Senasa) que implementara medidas “inmediatas” para que sólo pudiera importarse una determinada cantidad de kilos de pollo...”.

### 10.2. *Mi opinión sobre esta doctrina y su proyección en la jurisprudencia*

Realmente considero *providencial* la nota periodística ya que me permitió poner al desnudo el peligro (en términos de garantías para los ciudadanos) que conllevan estas nuevas ideas en el campo procesal.

No me referiré a las afirmaciones doctrinarias del Dr. Peyrano contenidas en esa nota periodística, porque éstas ya han sido mentadas y, también, serán motivo de nuevas críticas más adelante. Pero sí debo detenerme en el precedente jurisprudencial que el propio Peyrano trae a colación y que lauda efusivamente, porque el fallo me mueve a la *perplejidad* y el *asombro jurídico*. Si ese pronunciamiento es aceptado como “doctrina judicial recibida”, sinceramente me llevarían a revisar todo lo que hasta el día de hoy he estudiado y teorizado en el derecho procesal.

En este fallo se suman, desde mi punto de vista, todos los costados *más negativos* del *decisionismo* judicial. Veamos:

Si nos detenemos en el resumen de lo resuelto lo primero que salta a la vista es que el caso *no es justiciable*. Me explico: si fuere cierto que Brasil tiene una política de precios subsidiada respecto de los productos avícolas, coincido que sería una injusticia económica de tamaño mayor. Una política subsidiada de precios puede provocar el quebranto económico, no sólo de la Cámara de Productores Avícolas de Concepción del Uruguay sino de *todos* los productores avícolas de la República Argentina.

Cuando un estado recurre al “dumping” (subsidio de precios) es el Estado Nacional, perjudicado por esa política, el que debe reaccionar por medio de los conductos *políticos* adecuados y no por el cauce de las resoluciones jurisdiccionales.

En lo personal, de ser veraz esta cuestión, yo también asumiría como una “*injusticia*” la política de subsidios de precios que Brasil pudo haber implementado. Si fuera juez federal (claro, lo digo por vía de hipótesis) mi espíritu no podría desprenderse, por asumir esa función, de ese sentido de injusticia (patriótica) que emerge de una competencia desleal y perjudica a sectores económicos nacionales y, en definitiva, a nuestro país. Hasta ahí, como un sentimiento de un ciudadano argentino (con prescindencia de mi condición de abogado o juez) es “justificable” la “molestia” o la sensación de injusticia frente a presuntas políticas exteriores de un país, asociado comercialmente en el “Mercosur”, que pudieran afectar a los connacionales.

Ahora bien, más allá de mi molestia “ciudadana”, que por ello se me ocurra (en mi hipotético papel de juez de la Nación) que se me ha conferido por el ordenamiento jurídico *la suma del poder público*, hay un abismo conceptual. Sólo bajo esta omnipotencia se “justifica” que ante el planteo de un conflicto no judicial, (pero convencido que me asiste tamaña potestad) pueda destruir, (mediante un mandato jurisdiccional), por ejemplo, la política de “presuntos” subsidios de precios de Brasil, ordenando al Po-

der Ejecutivo Nacional que no permita esa táctica. Este mandato judicial no sólo es un dislate, sino que al despa-charlo se sobrepasaría las competencias ¡del Ministerio de Economía, del Ministerio de Relaciones Exteriores de la Argentina, del Congreso de la Nación y la del propio Presidente de la República!

Y ya embarcados en ese plano de *omnipotencia judicial*, a partir de esa decisión jurisdiccional, la República Federativa de Brasil no podría exportar sino una cantidad de pollos esvicerados hasta un cupo que, que un juez determine. En buen romance ¡...el poder judicial impondría una clara decisión *política* al propio Gobierno Nacional, y por “efecto cascada”, al de *Brasil...!*

Y para resolver esto, se entendió que el poder judicial estaba facultado para ordenar a la Subsecretaría de Comercio Exterior, a la Administración Nacional de Aduanas y al servicio Nacional de Sanidad y Calidad agroalimentaria (SENASA) ¡que implementara la decisión jurisdiccional ya, aquí y ahora!

Esta es la *patética demostración* de una febril incursión de un juez en áreas que son extrañas a su función. El caso es ajeno, insisto, en lo absoluto a la potestad de juzgar. Por cierto, que puede no ser ajeno a los sentimientos nacionalistas (en el buen sentido) de las personas, pero este argumento es emocional y no jurídico. Desde ese punto de vista “emocional” compartiría con el magistrado que no es “justo” que Brasil nos perjudique económicamente. Mi sentimiento argentino (de ser exacto que Brasil está perjudicando la economía de un sector argentino, tema que habría que revisar cuidadosamente) se encontraría “afectado” frente a esta circunstancia.

Pero ni un juez puede confundir sentimientos con “*competencias*”, ni un *abogado* puede postular la *judicialización* de un caso que es *político*. En otros términos, un juez *no debe jurisdiccionalizar* un conflicto ajeno a este ámbito y

que es propio de las políticas legislativas o ejecutivas del Estado Nacional.

Y aquí no para la cosa por cuanto un caso que no era judicial, (en su inicio), generó *más y más antinomias*. Algunas preguntas ayudaran a desnudar las flaquezas (o mejor aún la *ilegalidad*) de lo decidido.

¿Quién es la *contraparte* de este conflicto *forzadamente* jurisdiccionalizado? En teoría el *Estado Nacional* (que –supuestamente– nada haría para poner coto a una política que perjudica a los argentinos).

Ahora bien, a esa contraparte, al Estado Nacional, apelando al engendro de las medidas autosatisfactivas, se le ordena por un juez (sin audiencia o con una parodia de tal) que inmediatamente haga algo para impedir la supuesta maniobra en los precios que articula Brasil ¡sin escucharlo previamente!

¿Cómo le consta al juez que el perjuicio de los productores avícolas es producto del supuesto subsidio de precios y no, por ejemplo, de su ineficacia operativa?

¿Cómo sabe el juez el precio real de mercado de un kilo de pollo?

¿Los productores avícolas no estarían pretendiendo una renta desmesurada en su producción?

¿Bajo qué pauta el derecho puede ser *tan fuerte y verosímil* que habilite suprimir el *ejercicio de la defensa en juicio*?

En rigor, todo es tan *descabellado* que no merecería perder *más tiempo* en la crítica de esta decisión.

Lo que realmente me preocupa es que esta visión crítica, hasta por lo obvio, (que posibilita una refutación sencilla desde una óptica garantista del proceso), no resulta siquiera advertida desde el autoritarismo procesal.

Esto me persuade –aún más– que bajo el peso de las tesis autoritarias “el poder” no dejará de *escalar ominosamente* para *detentar “más poder”*. En otras palabras, que el espiral ascendente del decisionismo es *inagotable* y que ma-

ñana, de seguir por esta vía, no sería extraño que un juez federal de provincia ¡provoque la ruptura de las relaciones comerciales entre dos países del Mercosur!

El derecho procesal merece incursionar por caminos más serios y alejarnos de fantasías “justicieras” (que pueden ser un bello canto para los oídos de los legos) pero no pasa de ser una “melodía desafinada” para quien asume el derecho como una ciencia, con base en conocimientos lógicos, estructurados, sistemáticos y racionales.

### 10.3. *El pensamiento contrapuesto de Rafael Bielsa*

Así, como cite en primer término a Morello, como ferviente defensor de “un poder judicial fuerte”, como contracara me permito apoyarme en los conceptos vertidos en un editorial del constitucionalista Rafael Bielsa, fechado el 24 de julio de 1998 y publicada en el Diario Clarín, recogido luego en su libro “Justicia por su Nombre”. Puede leerse allí una serie de reflexiones, claramente contrarias a otorgar mayores poderes a los jueces, que, por cierto, comparto plenamente.

Afirma Bielsa que la “...aversión de la sociedad para con la justicia –situación francamente impensable en países más cuerdos y con mayores acuerdos– sólo puede explicarse si se acepta que la falta de credibilidad de la Corte, en general y la de la *judicatura en particular*, es severa y que la sed de justicia insatisfecha se convierte en “hambre de revancha” La Corte Suprema es un órgano muy poderoso. En realidad muchos jueces lo son, aunque Hamilton supo decir que era el más débil de los tres “poderes”. Cuando a fines del siglo XVIII se constituyó la Corte estadounidense, su escasa importancia era tal que varias ofertas para integrarla fueron rechazadas. Nuestra propia Corte, acota Bielsa, se formó recién en el año 1863, entre otras causas por falta de candidatos.

Los años han pasado, y con ellos creció el *glamour* del Tribunal. Actualmente, el papel central de estos órganos en el proceso de ejecución de políticas es evidente. Se cuenta que un célebre juez de la Corte de los EE.UU. dijo a uno de sus secretarios: “Si muero, enderécenme y hagan que siga votando”. Frente a esto, la afirmación de Hamilton suena como una ironía...”.

### 10.4. *Las lúcidas reflexiones de Osvaldo Gozaíni*

El lúcido procesalista argentino, para quién me une un gran *respeto intelectual* y un *entrañable afecto*, también concibe el proceso civil moldeado bajo la *óptica constitucional*. Reflexiona Gozaíni (y en este tramo seguiré textualmente sus argumentos, agregando sólo algunas cursivas para resaltar la idea) que un debido proceso “...la audiencia se interpreta como el derecho al proceso: a tener un juez que *escuche y provea* y que permita desarrollar el conflicto en el marco de los principios de *bilateralidad y contradicción*, equilibrando, en su tiempo y circunstancia, las desigualdades probables que sucedan (justicia de acompañamiento).

El derecho al proceso se aprecia así en su función instrumental de la actividad jurisprudencial encomendada a jueces y magistrados, y en la necesidad de satisfacer el derecho de todas las personas a la tutela jurisdiccional de sus derechos e intereses legítimos, comprendiéndose, de este modo, la íntima relación entre ambos derechos fundamentales (Bandrés-Sánchez Cruzat).

El principio asegura la ordenación del proceso, reconociendo implícitamente la facultad o potestad judicial de adecuar el trámite a las características del conflicto con sus diversas formas de proceder. Por ello no toda regla técnica supone encolumnar el derecho a un proceso garantista, pues existen *desvíos manifiestos en solemnida-*

*des aplicadas que no tienen fines constitucionales* (por ejemplo, la aplicación del *certiorari* en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que llevan a *inutilizar* el derecho a la *fundamentación* de las *sentencias*).

La premisa que conduce este *derecho a la audiencia* se vincula, esencialmente con la tutela efectiva que tienen los derechos constitucionales (individuales, sociales y colectivos) ventilados en un proceso, los que deben encontrar un medio adecuado (sencillo y eficaz) para debatir sin restricciónismos rituales.

Asimismo, la garantía refuerza el concepto de unidad eficaz del instrumento garantista, esto es, del proceso, evitando que el mismo sea utilizado como una herramienta solemne que transita por un camino de cornisa permanente, serpenteante e inseguro.

El Tribunal Constitucional Español, interpretando el art. 24.1, ha dicho que esta norma debe aplicarse según la naturaleza y fines de cada procedimiento (Sentencia del 30 de marzo de 1981), agregando que dicho precepto no debe conducir la idea que haber constitucionalizado todas las reglas procesales, pues el tribunal no está para velar y, en su caso, corregir, todos los *errores in procedendo*, sino sólo aquellos que resultan esenciales en el derecho a la jurisdicción y *al proceso debido*, y que, por esa condición, el constituyente ha incorporado a los derechos fundamentales, dotándolos de la protección *reforzada* que significa el art. 53.2 de la Constitución (Sentencia 50/82 del 15 de Julio de 1982).

Por su parte el derecho de la prueba, como hemos visto, impide definir una situación de *jure* sin haber dado a las partes *la oportunidad (debida)* que *probar* la verdad de sus afirmaciones. Por eso, ejemplificativamente, nuestra Corte Nacional descalificó el fallo que había rechazado un amparo sin tramitar la prueba ofrecida, pues el caso —que apunta Morello— tenía especiales connotaciones: el

actor había impugnado una factura por servicios telefónicos por exorbitante y el usuario estaba en la imposibilidad de verificar su exactitud, por lo que la desestimación de la protección generaba la relación directa e inmediata (art. 15, ley 48) entre lo resuelto y la violación de la garantía del debido proceso (CSJN, Fallos 314:1038).

Este núcleo está jurisprudencialmente más desarrollado a través de las denominadas “causales de arbitrariedad”, por las que se puede razonar que violan la garantía jurisdiccional las decisiones que traducen un apartamiento de las constancias del expediente, o las que exceden el límite de razonabilidad en la apreciación (prueba obtenida ilícitamente); también aquellos que se tienen por probados y no encuentran respaldo en la documentación de la causa, entre otros casos.

El resumen que muestra este capítulo de la garantía en estudio concluye afirmando la necesidad de *repensar la finalidad del proceso*. En nuestro concepto, si la idea acuñada por el constituyente de 1994 fue de afianzar la seguridad jurídica a través de un proceso para todos, sencillo y eficaz, este medio debe reconducirse como un derecho fundamental del hombre y, como tal, debe estudiarse entre los derechos del procesal constitucional.

Por tanto, el debido proceso sustancial encolumna un haz consecutivo de *garantías mínimas* como es el acceso libre a la justicia, permitiendo que una causa sea oída por un juez *independiente e imparcial*, a través de un proceso *equitativo*. Este proceso se guía con la finalidad de lograr una respuesta seria y fundamentada, a cuyo efecto debe acudir un nuevo agrupamiento de derechos jurisdiccionales (derecho de *audiencia*, de *prueba*, de tratamiento *igualitario*, de *contradicción* y de colaboración en la búsqueda de un resultado útil “para todos”). Finalmente, la sentencia debe llegar en el tiempo necesario, ser fundamentada y capturar como proyección de ella, los derechos que se

*oponen pero que al mismo tiempo se complementan: el derecho a la ejecución inmediata y el derecho al recurso...*"<sup>14</sup>.

### 10.5 . Otras opiniones

Y las ideas de Rafael Bielsa y Osvaldo Gozaíni, no son expresiones *solitarias*. Sin que la asista la condición de jurista, me permito transcribir las reflexiones de Marta Oyhanarte (quizás más legítimas por cuanto expresa sus ideas como una parte del pueblo) "...Los jueces tienen en nuestra democracia *muchísimo poder*. Aquellas decisiones que los representantes del pueblo tomamos en la legislatura pueden ser dejadas sin aplicación si esos jueces consideran que no son constitucionales. Los jueces constituyen lo que se denomina un "*órgano contra-mayoritario*". Esto es: no son elegidos por la *mayoría* y sus funciones *no se someten al voto periódico de la ciudadanía*. Pueden *dejar a un lado lo que decide la mayoría* a partir de la *interpretación que hagan de la norma constitucional...*"<sup>15</sup>.

#### 10.5.1. Jueces que se convierten en legisladores o miembros del Poder Ejecutivo

Por mi parte suscribo como propio los argumentos que sostienen que los jueces tienen poder, es más mucho poder. Y lo demuestran. Veamos: en la República Argentina son numerosos los casos judiciales que se "jurisdiccionalizan" cuando *no pertenecen en absoluto a la potestad de juzgar*. Ya vimos un caso en el ejemplo anterior. Pero es también conocido el caso del juez Perrota que decidió "*parar*" el fútbol profesional en la Argentina. Entiéndase bien, no es

<sup>14</sup> Gozaíni, Osvaldo, *Derecho Procesal Constitucional, tomo 1*, Buenos Aires, Argentina, 1999, edit. Belgrano, p. 188,189,190.

<sup>15</sup> Oyhanarte, Marta, *Justicia: La mirada atenta del ciudadano*, Diario Clarín, Buenos Aires, Argentina, edición del día jueves 14 de mayo de 1998.

que decidió (dentro de su ámbito de competencia territorial) inhabilitar un estadio o no autorizar que se juegue allí fútbol, ante una presentación concreta, alegando por ejemplo, la falta de seguridad en ese estadio). No, el juez suspendió, insistió, *todo* el fútbol de la Argentina, ¡en un exceso de facultades judiciales que, nuevamente, deja perplejo, no sólo a un jurista, sino también a un lego!

Una editorial del diario "Página Doce" del año 2000, se refirió en los siguientes términos a la decisión del juez Perrota: "...En los fundamentos de su fallo, el magistrado hizo una *definición política*. Dijo que los clubes tienen "imposibilidad de ejercer eficazmente el derecho de admisión" porque "en atención a que sus autoridades no tienen conocimiento de quiénes pueden ser hinchas violentos, conforme resulta de sus respuestas a los respectivos requerimientos". También señaló que una de las "causas coadyuvantes" para generar violencia es "la cantidad de eventos que se desarrollan en horario nocturno", sobre los cuales, opinó, que "parecen atender más a la conveniencia de su televisación que a la propia calificación de riesgo de los partidos".

Lo dicho, el magistrado hizo *política* (en el sentido más amplio del término). Resolvió la conveniencia de detener la práctica un deporte profesional en todo el ámbito de un país. ¡Queda claro adonde pueden llevarnos las tesis de la omnipotencia del Poder Judicial!

## 11. Conclusiones

Las agudas reflexiones de Bielsa trazan un diagnóstico acertado respecto del *poder de la judicatura* en estos tiempos que corren. No deberíamos olvidar 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 *insignificante*, si se la compara con el extendido y *ominoso pasado* en el que el hombre luchó, sin conseguirlo, por ser juzgado con respeto a “sus garantías procesales”.

Temporalmente es *casi nada*, si la medida se extiende a 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). Sólo cuando las sociedades se organizaron bajo la forma de “estados de derecho”, se hicieron fuertes las garantías del *individuo frente al Estado*. Antes, cuando el valor provenía de la voluntad del “príncipe”, la humanidad pagó, con el precio de la *vida y el sufrimiento* de millones de semejantes, el alto costo de poder arrebatar al gobernante de turno la suma del poder público que se arrogaba.

Y fue tan dura la resistencia opuesta desde el “poder” que alguna de estas conquistas se lograron sólo con la imposición de la fuerza popular frente al “mandamás ocasional”. Un ejemplo patético de lo que llevo expuesto lo constituyó la revolución francesa, que tuvo que ahogar en sangre el despotismo del monarca para instaurar un orden social y jurídico más justo. 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, es decir frente a quién ostenta el poder.

Sin embargo, por un error conceptual, que ya he marcado, y es realmente llamativo, muchos operadores del derecho, casi en su gran mayoría, no se plantean que el “poder judicial” es, ante todo, “poder” y “poder del estado”. Y queda claro que no pierde tal “calidad” por un simplismo: que el poder judicial se arrogue a sí mismo el pretender buscar y aplicar la “justicia” en el caso concreto sometido a su conocimiento.

La visión *dispositiva* del proceso civil (y la vertiente *acusatoria* en el proceso penal), lo digo una vez más, reputa *incompatibles* la concesión de esos atributos probatorios “oficiosos” (y sin *condicionamiento alguno* que le ponga *freno* a esa actividad jurisdiccional). Sencillamente, el juez se convierte en *parte*, no en juez, cuando investiga, prueba y falla.

Una ley procesal que le permite al juez probar (supliendo la negligencia probatoria de las partes) puede ser una norma vigente, pero debería ser descalificada por inválida. No tiene validez por cuanto no respeta el mandato emanado de normas de superior jerarquía dentro del sistema jurídico.

Se trata de evitar darle *alas* (desmedidas) a los jueces, ya que con esas liberalidades en sus manos está probado que tienden a *evadirse* del *sistema jurídico*. Debemos condicionar al magistrado para que denote las normas que rigen el caso y no las connote a su libre albedrío o conforme su particular sentido de justicia. Se debe impedir que ese juez se embandere en el “decisionismo judicial” del caso concreto, en suma, que plantee una vuelta a la “escuela del derecho libre” (o del despotismo de los jueces, que es el más temido de todos los despotismos).

Para resumir mis conceptos en este tramo: el Poder Judicial, como hoy lo concebimos, ha nacido conjuntamente con la consolidación de los estados nacionales modernos y democráticos. Luego, *el monopolio* de heterocomponer conflictos de trascendencia jurídica que ostenta la jurisdicción estatal es una importante concesión, otorgada por los propios ciudadanos, para garantizar su convivencia pacífica.

Entonces, la misión básica de la jurisdicción, (con miras más humildes que la aspiración –demasiado pretensiosa– de fallar todos los asuntos ajustados a la “verdad” y la “justicia”) indica que su norte esencial es restablecer la paz social quebrada por el conflicto desatado resolviendo la cues-



tión *conforme lo afirmado, negado y probado en la causa.*

Y para cumplir con ese cometido, por lo pronto, debe fallar la causa que le toca entender ciñéndose al orden jurídico generado por el propio estado de derecho. Y el respeto al debido proceso, como lo enseña Alvarado Velloso<sup>16</sup> se preserva garantizando cinco principios procesales básicos:

- a) la igualdad de las partes;
- b) la imparcialidad del juzgador (quebrada, precisamente, por la actividad probatoria “oficiosa” que, para peor, los jueces asumen cada vez con más intensidad);
- c) la eficacia del método de debate (es decir una serie lógica de afirmación, posibilidad de negación, confirmación, alegación, resolución y recursos);
- d) la transitoriedad de la serie (en el sentido de implementar los mecanismos para que el proceso concluya en un lapso razonable) y;
- e) la moralidad en el debate (no puede concebirse un proceso que entronice la mala fe o prohíje las causas ilícitas).

Estos cinco principios son básicos para sostener todo el andamiaje del derecho procesal “conforme constitución”.

Con vocación de síntesis podría expresar que si el derecho a gozar de un proceso justo y de jueces auténticamente imparciales (no tan poderosos) no fuera el último baluarte a resguardar para los justiciables, y si hoy –todavía– no se considerase que esta garantía es bastante endeble, no tendría mayor explicación la cantidad de normas expresas contenidas en los tratados supranacionales que se esfuerzan por declamar esa garantía.

Reza la declaración de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948 “...toda persona tiene el derecho

<sup>16</sup> Alvarado Velloso, Adolfo, ob. cit., p. 260.

de ser oída en plena igualdad, públicamente y con justicia por un tribunal independiente para la determinación de sus derechos y obligaciones...”.

En el mismo sentido lo prescribe el Pacto de San José de Costa Rica (art. 8 inc. 1°) “...Garantías Judiciales: Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de plazo razonable por un juez o Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la *substanciación* de cualquier *acusación penal* formulada contra ella, o para la *determinación de sus derechos* y obligaciones de *orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*...”.

La contundencia del mensaje contenido en los pactos supranacionales dirigidos a los propios poderes del estado (para recortar sus límites) marca la preocupación que el tema encierra para el derecho supranacional.

### 11.1. Pruebas de oficio y garantías constitucionales

Un modo de cerrar mis conclusiones sobre los poderes probatorios de los jueces es abordar el tema de las medidas para mejor proveer por ser expresivas de una gruesa antinomia: en tanto que constitucionalmente a lo largo y ancho de Latinoamérica se *robustece* cada vez más la figura del juez *auténticamente imparcial*, (potenciada por las prescripciones contenidas en las *normas fundamentales* de los distintos estados y por los *pactos supranacionales* que ponen *énfasis* en este aspecto). Por otra parte, en abierta contradicción los códigos procesales civiles admiten “complacientemente” y sin ningún condicionamiento<sup>17</sup> (y

<sup>17</sup> En este sentido, comparto el criterio de Alvarado Velloso que es posible despachar medidas para mejor proveer siempre que: 1) No se supla la negligencia probatoria de las partes. 2) Obedezca a un sentir espontáneo del juez. 3) El juez se encuentra ante sobreabundancia de medios probatorios que lo dejen perplejo o con prueba contradictoria en sí (por caso dictámenes médicos ofrecidos y producidos por las

allí está el quid de la cuestión) la entronización normativa de las “pruebas de oficio” y de las llamadas medidas para “mejor proveer”, o para “mejor sentenciar”, como otros les denominan, la “alteración de las reglas de la carga de la prueba”, la supresión del “contradictorio”, etc., provocando el fenómeno que normas procesales de inferior jerarquía jurídica, al conceder este rosario de facultades, generan un alzamiento contra las prescripciones constitucionales del juez imparcial y la debida igualdad de las partes en el proceso.

Ya se hizo mención al desquicio que se provoca al pretender ensamblar –forzadamente– sistemas de procesamiento (en rigor ideologías), que son *incompatibles entre sí*. Veamos –en concreto– como se reflejan estas antinomias.

El primer tema de reflexión es ubicarnos que en los procesos civiles declarativos o de conocimiento el demandado –al igual que el imputado en los procesos penales– goza de una franquicia constitucional cuyo respeto es esencial para preservar la convivencia pacífica de los ciudadanos: el estado de inocencia.

Garantizar ese estado de inocencia es un claro mensaje constitucional que tiene por destinatarios naturales a las propias estructuras de poder del estado (las “agencias judiciales” y “parajudiciales”, para usar la gráfica terminología de Eugenio Zaffaroni<sup>18</sup>).

Ese manto constitucional protector, que viene desde la cima de la pirámide jurídica, debe preservarse –normativa y operativamente –en toda la *escala descendente* del ordenamiento legal. Es una obviedad enunciar que hasta tanto no se dicte *sentencia condenatoria*, en contra del demandado o reo, (como culminación de un debido proce-

so judicial), el individuo no tiene que soportar sospecha alguna de su culpabilidad sino, por el contrario, se debe reivindicar su *estado de inocencia*.

Y también parece una obviedad remarcar que el *estado de inocencia* de las personas es el que impone la *actitud* que debe asumir el juez al momento de *sentenciar*. Bajo estas premisas, el juzgador, en un proceso civil, de no arribar al momento de fallar a una “certeza positiva de condena”, debería, sin más, *rechazar la demanda contra el accionado*.

A su vez, y esto es también esencial, si llegara a un estado de “certeza positiva” que provocara el dictado de una sentencia de condena, ese “estado de certeza” sólo debería formarse a base de la actividad exclusiva y excluyente de las partes, sobre quienes pesa la carga de cumplir acabadamente con la afirmación, confirmación y valoración de los hechos y de las pruebas sostenidos e incorporadas al proceso.

Itero la idea: si la actora, por caso, afirmó deficitariamente o no confirmó los hechos constitutivos de su pretensión, por imperio del mandato constitucional ya comentado, el camino procesal a seguir por el juzgador es legitimar (procesalmente) el estado de inocencia que –constitucionalmente– beneficia al demandado dictando una sentencia absolutoria.

Ahora bien, cuando un juez despacha una “medida para mejor proveer” (*supliendo la negligencia probatoria de la parte*) en este caso, de la parte actora, todo se trastoca. Si la negligencia de la parte, originada en el incumplimiento de las cargas procesales de afirmar y probar, le impidió al juzgador llegar al estado de certeza positiva y, en su lugar, se instaló la “duda” jurídica, la pretensión (por respeto al estado de inocencia de las personas), insisto, no debe ser acogida. Sólo subrogando indebidamente los roles procesales y rompiendo el fiel de la balanza puede torcerse el destino jurídico que el juzgador debía respetar. Por tanto, debe quedarnos en claro que el precio a pagar

partes que son oscuros). 4) Se dicten al momento en que el juez debe fallar la causa.

5) Permitan el control de la prueba por las partes.

<sup>18</sup> Zaffaroni, Eugenio, ob.cit. p. 111.

(en términos de supresión de garantías constitucionales, por esta insólita impostación de roles) es muy alto, tan alto que no tiene que asumirse.

Tenemos, entonces, que con el despacho “oficioso” de una “medida para mejor proveer” es posible que el juzgador forme esa “certeza positiva” (que antes de su “propia” actividad probatoria no tenía). Es más: también es factible que esa certeza (auto-provocada “oficiosamente” por el juez) confirme la efectiva ocurrencia de los hechos articulados en la demanda (que, de otra forma, no hubieran quedado demostrados). En otras palabras, puede darse el caso que con la actividad probatoria desplegada por el juez se llegue a la “verdad procesal” de lo acontecido (entendido el término “verdad” en el sentido que exista correlación entre lo afirmado y confirmado en la causa, aunque, insisto, esa confirmación llegue por vía indebida).

Precisamente esa es la *principal bandera* levantada por quienes sostienen que con el despacho “oficioso” de una medida probatoria (que a la postre otorgue al juez la certeza que antes no tenía) se cristaliza el compromiso con “la verdad” y la “justicia” a la que el juzgador no puede ni debe renunciar (por tratarse de un auténtico “deber funcional”) y que tiene que ejercitarse siempre. En esa inteligencia, sostienen que las medidas para mejor proveer no suponen contaminar de parcialidad del órgano jurisdiccional, por cuanto –al ordenarla– no sabe si esa medida va a beneficiar o perjudicar algunas de las partes.

Nuevamente estamos ante un argumento *engañoso*. Es lógico que el juez no puede conocer cuál será el resultado de la medida oficiosa de prueba que despacha. Si, por caso, en un litigio en el que se pretende el resarcimiento de lesiones corporales de la presunta víctima no se produce la prueba pericial médica y el juez, advertido de ello, la despacha de oficio, hasta tanto se materialice el dictamen no puede conocerse si esa víctima padece o no las

lesiones descriptas en la demanda, o cuál es el grado incapacitante de las mismas. Esto está claro.

Pero sí se puede detectarse, con relativa facilidad, la *finalidad procesal* que persigue el juez al generar una prueba que no fue ofrecida o producida por la parte (que tenía la carga de acreditar el extremo fáctico, base de su pretensión). En efecto, e iterando lo antes expresado: si ante la *insuficiencia de prueba de la parte actora* el juzgador tenía *dudas* en acoger la demanda (en el ejemplo utilizado, la ausencia de la pericia médica) y, con el despacho de la medida las disipa, así se llegará a una sentencia de condena contra del demandado producto de su propia actividad probatoria (cuando sin el concurso de esa “actividad oficiosa” se hubiera impuesto el rechazo de la pretensión). El juez, en este caso, no se ha limitado a fallar el conflicto sino que se ha involucrado en tal medida que probando (cuando la parte no lo hizo) llegó a torcer el curso de su originaria decisión. Así se pasó de un rechazo de la pretensión (que conforme lo afirmado y probado se imponía) ¡al dictado de una sentencia favorable para el accionante!

A su vez, si el juzgador hubiera adquirido la “certeza positiva de condena”, va de suyo que el despacho de la medida probatoria sería *innecesario*, simplemente debe dictar el pronunciamiento *en contra del accionado*. Y si el juzgador tenía la certeza necesaria para admitir la demanda, pero se le ocurre librar una medida para mejor proveer que, a la postre, *destruye esa certeza*, la “duda” (que auto-provocó) terminará con el rechazo de la pretensión deducida por el actor. Luego, con este desmadre de la función judicial ¡no se sabe contra quien litiga la parte, si con el demandado o con el tribunal!

Apelo a otro ejemplo: una empresa de peaje es demandada por su responsabilidad respecto de un accidente de tránsito ocurrido en el corredor vial cuya concesión tiene a su cargo. Al contestar la demanda aduce que, por las

*condiciones contractuales de la concesión*, ella está liberada de este tipo de responsabilidad, que la asume directamente el Estado. Ofrece como prueba el contrato de concesión, que luego no acompaña, (por una grosera negligencia probatoria). Al momento de sentenciar el juzgador, apelando a una medida para mejor proveer, oficia para que se agregue este contrato. Verificada la irresponsabilidad del concesionario, por surgir ésta del pliego de condiciones contractuales, ¡rechaza la demanda de la víctima!

En tren de justificar lo injustificable, se dice que de la mano de las pruebas de oficio se llegaría (supuestamente) a la “justicia” en el caso concreto, que el juez *no puede renunciar a la búsqueda de la “verdad jurídica objetiva”*. Pero, ya vimos con los ejemplos utilizados, que a esa presunta “verdad jurídica objetiva” se accede con el abrupto sacrificio de garantías constitucionales, *precio* que, lo repito, *no puede ni debe pagarse* en un estado de derecho.

En efecto, ese juez que se promete a sí mismo una cruzada en pos de la “verdad” y la “justicia –en rigor “su verdad y su “justicia”–, se equivoca en los medios y en los fines. Si calibramos la actividad cumplida desde la mira de la igualdad de los litigantes y la imparcialidad del Tribunal (que el juzgador debería ser el primero en respetar), lo que se deja al desnudo es el intolerable costo que supone la formación de una “certeza judicial” que nace completamente amañada por los mecanismos espúreos utilizados para generarla. En efecto: no tiene andamiaje constitucional el sostener que para llegar a una solución del litigio que le toca resolver (en su sentir “justa” y ceñida a la “verdad”) el juzgador decida descender, insólitamente del vértice del triángulo equilátero que gráficamente dibujara Chioventa, para terminar ubicándose en uno de los *lados de la base del mismo*. El paralelismo y simetría de la figura que garantiza al justiciable mantener la equidistancia del juez, presupuesto de un debido proceso, *se destruye por completo*.

## 12. Conclusiones

Siendo verdad que el sistema de procesamiento dispositivo no es un “principio procesal” (y en esto coincido con mi amigo Arazi) no por ello es menos importante que el racimo de principios procesales que antes enunciara. Es más, resulta más importante. El sistema de procesamiento dispositivo es el único que constituye un auténtico freno al poder judicial. Además, es el que impide que se instaure el paternalismo y el decisionismo que hoy es pan nuestro de cada día en el ámbito jurisdiccional. Todavía más: el sistema de procesamiento dispositivo conjuga su ideario con las prescripciones constitucionales. No puede por tanto ser dejado de lado sin una gruesa fractura de las garantías de igualdad e imparcialidad procesal que –operativamente– pone en movimiento. En mi idea sólo un sistema netamente dispositivo terminará con los híbridos ideológicos y las normas de corte inquisitivo.

Resumiendo: las propuestas procesales engendradas a base un *doble discurso* (“garantista” en los postulados constitucionales de toda América latina e “inquisitorial” en los códigos procesales civiles y penales de la región), desencadena una cascada de prescripciones normativas tan contradictorias que confunden –por igual– a los operadores del sistema y a los usuarios del servicio de justicia.

No debe resultar extraño que a partir de propuestas incompatibles, inconciliables y antagónicas, emane de los órganos judiciales, comportamientos teñidos de fuertes componentes autoritarios o, en el mejor de los casos, empapados de una marcada hibridez ideológica.

Inmerso en ese desconcierto (que el antinómico sistema procesal engendra) el juez –civil y penal– se lanza a investigar o probar “de oficio”, (porque así lo autoriza las normas procesales inspiradas en sistemas inquisitivos),

pero, a su vez, un elemental compromiso con la imparcialidad y la igualdad debida a las partes (impuesta constitucionalmente como una garantía procesal) lo condiciona a respetar ese deber funcional y no dañar ese claro derecho que le asiste a los mismos.

La figura del juez, aprisionado en este forzado dualismo, se asemeja a un jinete montado sobre dos caballos que galopan *abriendo su rumbo*, circunstancia que provocará, en forma inevitable, su caída. El resultado de ese anormal desdoblamiento implica que el juez no realiza bien ni la función de *investigar* (que de suyo es ajena a él y propia de las partes) ni la de *fallar* (porque ya, con la investigación previa o el despacho de medidas probatorias de oficio, *contaminó* irremediablemente su imparcialidad).

Así, el sistema de procesamiento se vuelve *esquizofrénico y altamente inestable*. La clientela "cautiva" del monopolio de la justicia estatal presencia absorta como se desploman sobre ella una catarata de confusos criterios legales y jurisprudenciales que contribuyen a generar modelos de enjuiciamiento altamente imprevisibles.

Es de esperar que la difusión de los postulados que informan la teoría general unitaria del derecho procesal y la aceptación de criterios iusfilosóficos "garantistas" (no autoritarios) logre enmendar algo de esta caótica situación. Pero mi *optimismo* en alcanzar la meta que propone la teoría unitaria del proceso y su soporte garantista debe ser muy *moderado*. En efecto: las severas condiciones adversas que vengo detallando implica que revertir esta tendencia con propuestas ideológicas de un signo distinto, aunque gocen de la coherencia que "recetas" que se impugnan no la tienen, igual aparece como una herencia demasiado pesada y difícil de levantar.

### *Bibliografía utilizada*

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal, primera parte*, Santa Fe, Argentina, 1989, edit. Rubinzal Culzoni.
- ARAZI, Roland, *La Prueba en el proceso civil*, Buenos Aires, Argentina, 1986, edit. La Rocca y *Derecho Procesal Civil y Comercial*, t. I, Bs., As., Argentina, 1999, edit. Rubinzal-Culzoni, ps. 380 y 383.
- BERIZONCE, Roberto, *El juez y la Magistratura*, Buenos Aires, Argentina, 2000, edit. Rubinzal Culzoni.
- BIELSA, Rafael *Transformación del Derecho en Justicia*, Buenos Aires, Argentina, 1993, edit. La Ley.
- BINDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires, Argentina, 1999, segunda edición, edit. Ad -Hoc.
- BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico*, Madrid, España, 1998, segunda edición, edit. Debate.
- 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 año 2000.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, España, 1998, tercera edición, edit. Trotta.
- GOZAÍNI, Osvaldo, *Derecho Procesal Constitucional, tomo 1*, Buenos Aires, Argentina, 1999, edit. Belgrano.
- 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 Relatorias y Ponencias, t. II, p. 319 y sigs. Departamento de Publicaciones e Impresos del poder judicial de San José de Costa Rica.
- MORELLO, Mario, *Los poderes del juez en la reforma procesal civil, en curso, en la provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, Argentina, El Derecho, Sección Doctrina.

OYAHANARTE, Marta, *Justicia: La mirada atenta del ciudadano*, Buenos Aires, Argentina, Diario Clarín, edición del día jueves 14 de mayo de 1998.

VÁZQUEZ ROSSI, Jorge, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Argentina, 1995, edit. Rubinzal Culzoni.

VENTURA, Adrian "Argentinic". *Una Democracia que hace Agua*. Buenos Aires, Argentina, Diario La Nación, Edición del día 20 de marzo de 1988.

ZAFFARONI, Eugenio, *En busca de las penas perdidas*, Bogotá, Colombia, 1990, edit. Temis.

### Capítulo 3

#### LA CRISIS DEL SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO

1. Breve análisis sobre el funcionamiento de los sistemas de enjuiciamiento en América latina. 2. Las limitaciones de las recetas teóricas para solucionar la crisis del sistema de justicia. 3. Afinando ideas sobre la crisis del sistema de justicia en Latinoamérica. 4. Los conflictos de trascendencia jurídica. Medios alternativos. El monopolio de su solución por parte de la jurisdicción estatal. Su descrédito. 5. Cerrando conclusiones sobre el estado actual de la administración de justicia en Latinoamérica. 5.1. La infundada visión optimista que se tiene desde el interior del sistema. 5.2. Soluciones individualistas. 5.3. Síntesis del diagnóstico. 6. Garantías constitucionales. Aportes garantistas de la teoría de la norma jurídica. El pensamiento de José Luis Serrano. 6.1. El problema de la justicia y de los valores según Bobbio. 6.1.1. El problema de la validez de la norma jurídica según Bobbio. 6.1.2. El problema de la eficacia de la norma jurídica conforme Bobbio. 6.1.3. Los tres criterios sobre justicia, validez y eficacia son independientes entre sí en las enseñanzas de Bobbio. 6.1.4. Posibles confusiones de los tres criterios en el concepto de Bobbio. 6.2. Mis conclusiones. 7. Reivindicación de los estudios teóricos.

## Capítulo 3

### LA CRISIS DEL SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO

#### *1. Breve análisis sobre el funcionamiento de los sistemas de enjuiciamiento en América latina*

El análisis efectuado en el capítulo anterior ha puesto en evidencia que no existe la interconexión adecuada entre las distintas áreas del sistema procesal y, lo que es más grave, tampoco está presente esa correlación entre aquellas y las garantías procesales que emanan del derecho *constitucional* que rige en los estados democráticos de Latinoamérica. En este contexto de incoherencias –que desquicia a los ordenamientos jurídicos de la región– existe una mínima chance de compatibilizar recetas procesales homogéneas y coherentes.

Ahora bien, aquí le propongo al lector (para cerrar de alguna manera las reflexiones ideológicas que ocuparon los dos primeros capítulos) complementar las críticas formuladas en el *plano teórico* contra el derecho procesal *autoritario* y analizar, con mayor profundidad, el *deficitario funcionamiento* de los sistemas procesales en Latinoamérica.

Se trata, en definitiva, de examinar los efectos provocados en la justicia de “todos los días” la equivocada tesis de la “omnipotencia del Poder Judicial”. Por tanto, a la par de las refutaciones ideológicas, explicaré cómo inciden las ideologías equivocadas en el funcionamiento “*práctico*” del sistema de justicia que se imparte en la región, es decir, el

derecho procesal que se “vive” y se “ejerce” cotidianamente ante los Tribunales de Justicia de América latina.

De todas formas la confusión ideológica no permite una separación tajante a hora de contabilizar errores teóricos y prácticos (por la íntima conexión que existe en ambos planos). Ratifica lo expuesto el hecho que el contenido de este capítulo además de incluir una crítica al funcionamiento real del sistema de justicia vuelve sobre nociones puramente teóricas (por ejemplo sobre las normas jurídicas y los criterios de justicia, validez y eficacia, para explicar desde distintos ángulos el tema y hacerlo más comprensible).

## 2. Las limitaciones de las recetas teóricas para solucionar la crisis del sistema de justicia

Para confirmar la crisis “terminal” del funcionamiento del sistema judicial en Latinoamérica no hace falta asumir la condición de *jurista* o *especialista* en el estudio del derecho procesal. Es suficiente apelar a la opinión del “hombre común” (que por ser más *desinteresada* resulta mucho más *fiel* que la de los propios operadores jurídicos alcanzados, en alguna medida, por “las generales de la ley”).

Y esa opinión desfavorable no supone que al “autoritarismo doctrinario y judicial”, más allá de la importante cuota de responsabilidad que le cabe en el entuerto generado, se le achaque ser el “*padre*” de todos los males.

De reducir la cuestión en estos términos se caería en un análisis demasiado simplista. Pecaría de ingenuo si pensara, por un lado, que *la ausencia* de una teoría *unitaria* del derecho procesal (que provoca, como ya lo dije, la insólita supresión de propuestas comunes para problemas esencialmente idénticos, tanto para el derecho procesal civil, laboral, agrario, administrativo, penal, etc.) o aceptación de recetas inquisitivas pseudo inquisitivas, se

erijan en la causa esencial y excluyente de todos los agravios que minan el sistema de enjuiciamiento en la región.

De otro lado, también resultaría voluntarista adoptar un *optimismo desmedido* y creer que la eventual aceptación por parte de la comunidad científica de una “teoría unitaria” del derecho procesal y de los postulados garantistas, eliminaría (al permitir individualizar y resolver los problemas comunes de la ciencia procesal y proponer soluciones homogéneas con el orden constitucional) el conjunto de factores adversos con el que debemos enfrentarnos.

En todo caso, las consecuencias negativas generadas por ideas “*separatistas*” (que provoca una carencia de la visión de *conjunto* de la problemática procesal). Y la presencia de criterios *autoritarios agravarán* (pero sólo en el porcentaje que les toca) el ya tambaleante *andamiaje* del sistema de justicia.

Del mismo modo, la entronización de las ideas comunitarias y garantistas *allanarán* algunos caminos (no todos) para reconducir el rumbo dogmático y normativo extraviado, pero no representan un talismán mágico que ofrezca la solución para todo los descabros de los decrepitos sistemas de procesamiento.

Es que mirada la cuestión desde una perspectiva más *amplia*, son tantos y tan variados los factores que inciden en el ominoso panorama que exhiben los ineficientes sistemas de procesamiento civiles y penales en la región, que hasta resulta un ejercicio fatigoso su simple enumeración (falencias presupuestarias, humanas, falta de independencia de los jueces, criterios absurdos o políticos en la de selección de las personas que integran la planta administrativa del poder judicial, insuficiente capacitación, ausencia de estructuras tecnológicas, edilicias, etc.).

Va de suyo que la finalidad buscada en este trabajo me impide ocuparme del análisis puntual de *todas y cada una las causas* que hacen *descreer* a los pueblos de los afanes



de los juristas. Ahora bien, de ese extenso catálogo de *errores y fracasos* enunciado más arriba me interesa subrayar que muchas de las fórmulas teóricas propuestas al haber perdido su rumbo, lejos de afianzar dogmáticamente un sistema de justicia coherente y creíble, no alcanzaron jamás a legitimarse a sí mismas. Luego, con esa tozudez, con persistencia en el error, contribuimos a ahondar la disociación existente entre el plano de las elaboraciones científicas y la demeritada justicia “real” que reciben (o sufren) los pueblos de Latinoamérica.

Aceptando, entonces, que la grave crisis del sistema de justicia en la región es un problema extremadamente *complejo*, la solución no puede provenir del suministro de “recetas parciales”. Y la limitación que arroja esa “parcialidad” vale también para moderar —insisto— las expectativas sobre los eventuales efectos beneficiosos que se pretenden alcanzar a través de la unidad científica en la teoría general del derecho procesal.

En definitiva, una postura reduccionista, que ponga el exclusivo acento en el examen de los errores *teóricos* cometidos y sólo desde esa *óptica* pretenda remediar todos los “males” del sistema de justicia, atenderá una parcela del problema, importante, por cierto, pero que no agota la problemática de conjunto que genera conflictos precipitados desde distintos ángulos y requiere soluciones en diversos andariveles.

Entonces, un diagnóstico “*ensanchado*” sobre la compleja problemática que afecta a los sistemas de juzgamiento parecería ser el camino correcto. Pero hay que hacerse cargo de las ventajas y desventajas que esta *óptica* “*pantómana*” puede provocar. La *ventaja* consiste en no mirar el conflicto de la administración de justicia de un modo *parcializado*, la *desventaja* es caer en un análisis más cercano a la *sociología jurídica* que al *derecho procesal*.

Me explico: si el problema de la ineficacia de la justicia compromete, entre otras causas, cuestiones políticas, presupuestarias, humanas, sociológicas, culturales, psicológicas, etc., frente a un problema tan *complejo*, confieso que cuesta demasiado resistir al impulso de ocuparse sólo de las propuestas *teóricas-jurídicas* que puedan pergeñarse.

Existe, entonces, una legítima tentación en sumergirme de lleno en el tratamiento “una por una” de *todas y cada una de las causas* que han generado la “pandémica” crisis que afecta al servicio de justicia en Latinoamérica.

Esta dirección, en mi caso, se ve potenciada por la ya declarada condición de abogado *litigante*. Es en esa calidad que integro las filas de quienes *sufrimos* la práctica cotidiana y descarnada del derecho procesal en los litigios reales, comprobando de “primera mano” la ineficacia de las fórmulas teóricas, las falencias de los operadores del derecho, la ineficacia del servicio que prestamos, la lentitud en resolver las cuestiones litigiosas, el desinterés que se experimenta por el litigante, la indolencia de los Estados en prohijar un servicio judicial acorde con los tiempos que corren, etc.

Quizás el punto de *equilibrio* que quiere encontrarse entre las ventajas y desventajas que genera el *contacto* permanentemente entre la *realidad* y la *pura teoría* puede centrarse en estos términos: frente a esa suerte de constante “ventana abierta a la vida del derecho”, producto del cotidiano abogar, la condición responsable (al “hacer teoría”) sería no idear ninguna fórmula procesal sin cotejarla o imaginar el efecto *concreto* que pudiera producir. En otros términos, comprometerse especialmente a verificar si las construcciones dogmáticas que puedan elaborarse han servido para mejorar “en concreto” los sistemas procesales y la justicia para “la gente”. Luego de este cotejo, si en ambos planos (teórico y práctico) las propuestas mantienen similar utilidad recién entonces estaremos

tercero imparcial e imparcial de la litis, y no se arriba a soluciones pacíficas del litigio en un tiempo y con esfuerzos razonables. A todo esto hay que agregarle la *sospecha de corrupción* que envuelve a los poderes del Estado, de la cual no es *ajena* el poder jurisdiccional.

El desasosiego que genera la inoperancia o la desconfianza sobre el sistema de justicia es tal que “justifica”, para algunos, hasta el propio *descabezamiento* del poder judicial por parte de otros poderes del estado o del pueblo.

La triste y reciente experiencia *venezolana* (propugnando decapitar el poder judicial por una suerte de asonada popular) marca lo *peligroso* de esta tendencia.

En un editorial publicado en Venezuela bajo el título “La detestable administración de justicia”<sup>3</sup> se expresa:

“...Como la naturaleza desatada, creciente y desbordante, estalló un clamor surgido de todos los puntos cardinales del país contra la *corrupción judicial*. Luego de haberse estado gestando durante años, la *corrupción se extendió de manera incontenible por todas partes* causando en muchos casos daños irreparables tanto en lo personal cuando se trataba de casos penales como en lo patrimonial. El daño era doble, en unos casos por lo inaccesible que estaba resultando a quien no tuviera o no pudiera disponer los recursos económicos para asumir los prohibitivos costos de un proceso y en otros, por las múltiples trabas con que se encontraban, en la mayoría de los casos, para llevar adelante una actuación judicial. Si a ello añadimos la lentitud que caracterizaba a la mayor parte de nuestros tribunales en el desempeño de su actuación, podemos entender la reacción generalizada y el reclamo incesante de nuestro pueblo contra un sistema judicial que funcionaba las más de las veces como una *refinada expresión de la injusticia*...”.

<sup>3</sup> Acevedo, Valmore, en la *Revista Venezuela Análítica*, 7 de enero de 2000.

De hecho, no existen causas, por graves que fueran, que avalen subvertir el estado de derecho. Si la justicia de un país es corrupta se deben apelar a los mecanismos constitucionales para eliminar ese flagelo y no a las “asonadas populares”. Sólo me permití la transcripción textual de esa nota periodística para demostrar cómo el cansancio generado por la pobre imagen de la administración de justicia que reciben los pueblos, nos puede llevar a incursionar por caminos harto peligrosos.

#### 4. *Los conflictos de trascendencia jurídica.*

*Medios alternativos. El monopolio de su solución por parte de la jurisdicción estatal. Su descrédito*

En el ámbito civil de Latinoamérica, frente el panorama antes descrito, existe una fuga (justificada) hacia otros medios alternativos de solución de conflictos que se resuelven fuera de la órbita del Poder Judicial estatal: la mediación y la conciliación (como fórmulas autocompositivas) y un arbitraje privado (como un medio de heterocomposición privada paralelo a la justicia oficial) son claros ejemplos de esta tendencia.

Las fórmulas de autocomposición y mediación operan como “excluyentes” del proceso judicial (en el sentido que “evitan” que la disputa se someta a un tercero), arribándose a una solución “compuesta” por las *propias partes*.

De otro lado, el *arbitraje* brinda una solución *heterocompositiva*, pero de carácter “*privado*”, a los conflictos de trascendencia jurídica que, paradójicamente, genera un producto de *mayor calidad y confianza* que el brindado por la *justicia estatal*.

Sin ofrecer una panacea para todos los males, los remedios “alternativos” enunciados gozan de un superior grado de consenso entre la gente que el burocrático apa-

rato judicial colocado por el Estado para restablecer (supuestamente) la paz social quebrada por el conflicto<sup>4</sup>.

En definitiva: la mediación, la conciliación y el arbitraje privado, son expresivos de la intención de los particulares de escapar del ámbito del poder judicial público del que desconfían profundamente.

Las propuestas alternativas de solución de conflictos han nacido a la sombra del *desencanto* o la *exasperación* de los justiciables, frente a un sistema formal de enjuiciamiento que no brinda garantías razonables en cuanto al tiempo que consumirá el litigio y el modo previsible de su conclusión. En el capítulo octavo volveré sobre el tema.

No obstante, la jurisdicción pública continúa *monopolizando* la escena heterocompositiva. Se canalizan por su intermedio el mayor porcentaje de los conflictos de relevancia jurídica. Esta realidad obedece a varias causas.

a) En primer lugar, una vez que el conflicto jurídico estalló no existe en los pueblos de Latinoamérica la “internalización” de una cultura orientada a la “composición” en lugar de la “confrontación”. Esa cultura de la “composición” es el sustento imprescindible para concretar, o bien acuerdos voluntarios o, en su defecto, someterse de *buena fe* a la decisión de un tercero que, como árbitro particular, “en mangas de camisa” y con informalidad, en un trámite, verbal y no actuado, o con los mínimos formalismos, ponga fin a la contienda en términos *más cortos* y con un *sacrificio económico menor para las partes*. ¿Será ese el fin perseguido por muchos litigantes? ¿Es su auténtico deseo: concluir lo más pronto posible a un conflicto en que creen les asiste la razón?

<sup>4</sup> Benabentos, Omar, reflexiones extraídas de la ponencia presentada ante el XIX Congreso Argentino de Derecho Procesal, reunido en Corrientes, en el mes de agosto de 1997. Comisión de derecho procesal civil y concursal. Tema: *la implementación de las reformas procesales*. Sub-tema: *formación de una nueva cultura judicial. Modos de generar el cambio de “mentalidad” de operadores jurídicos. Participación de los ciudadanos*.

Me temo que la respuesta es negativa. Se litiga por obstinación, pero también por conveniencia, especulación, posición más fuerte, etc. Desde este punto de vista hay muchos que no les interesa terminar el conflicto cuanto antes, es más, especulan con las ventajas que le depara los extensos plazos litigiosos. En la Argentina (y esto vale para Latinoamérica) litigar es muchas veces “barato”, (financieramente hablando). No es usual la aplicación de intereses punitivos por litigar maliciosamente, y si se piden difícilmente se otorguen. La óptica garantista del derecho procesal defiende la moralidad en el debate. Pretende, como ya se dijo, que se otorgue el ejercicio de defensa en términos amplios, en especial en pleitos de conocimiento donde no hay todavía un derecho declarado. Pero también exige la valentía de los Tribunales que castiguen, ante el expreso pedido de los litigantes, la temeridad, la malicia y el abuso del proceso.

b) En segundo lugar, no debe perderse de vista la necesidad de que cierto tipo de conflictos —en general penales o civiles—, (en los que se encuentra comprometido un “interés de la comunidad” además del de las partes, como en el divorcio o la nulidad del matrimonio) imponen que se resuelvan —*obligatoriamente*— por un acto de heterocomposición judicial pública.

Por estas razones que llevo apuntadas, remarcando especialmente la perversa tendencia que demuestra que litigar muchas veces sale *más barato* que responder a las obligaciones asumidas, la gente debe (o quiere) acudir al servicio de la justicia estatal, y mantener el estado de conflicto. Esta es una realidad tangible, que está presente más allá de la desconfianza que le brinda el sistema o, si se quiere, abusando de las franquicias que le otorga el mismo.

La inestabilidad del sistema es tal que deja perplejos a quienes litigan. No pueden formularse predicciones —más o menos lógicas— sobre los criterios que expresan los jue-

ces en sus sentencias. El caso de los montos concedidos por reparaciones de daños y perjuicios corporales o por muerte de personas es paradigmático. En la Argentina, apelando al decisionismo judicial, se fijan importes indemnizatorios (algunas veces demasiado altos, otras veces inexplicablemente reducidos) usando frases que nada dicen. Es común leer sentencias que fundan el monto reparatorio concedido “explican” que se arriba al mismo a base de la “edad”, el “sexo”, la “condición social” de la víctima. Es decir sólo se enuncian las “variables” del caso, pero no se motiva adecuadamente cómo se ponderaron esas variables para llegar a la cifra reparatoria que finalmente se concedió. Resultado: las víctimas de los accidentes de tránsito en mi país, algunas veces salen beneficiadas con importes que no son correlativos con los daños sufridos. En otros casos, frente a graves daños provocados, la indemnización se asemeja a un mendrugo.

Creo que esto va de la mano con la mentalidad *autoritaria* de muchos jueces que entienden no le “*deben*” al litigante la exposición de todas y cada una de las *razones* de su “*iter*” intelectual. Se advierte que no sólo las partes, como lo ilustra Alvarado Velloso, están condicionadas por el principio de moralidad que debe regir en todo proceso. El juez, cumple con este principio en la medida que *funda* sus pronunciamientos. Ese es un deber de elemental lealtad hacia los justiciables.

##### 5. Cerrando conclusiones sobre el estado actual de la administración de justicia en Latinoamérica

Para decirlo en los mismos términos contenidos en un enjundioso proyecto de creación de una maestría de derecho procesal para Venezuela que hace varios años llegó a mis manos: existe una distancia casi insalvable entre el modelo constitucional de justicia diagramado en las cons-

tituciones liberales de Latinoamérica y la necesidad colectiva del servicio de justicia”<sup>5</sup>.

En suma, la ineficacia de los sistemas legales de América latina se extiende como una auténtica “pandemia” que acosa a los justiciables desde el Río Grande (en México) hacia al sur, como le gusta expresarlo a Alvarado Velloso<sup>6</sup>.

##### 5.1. La infundada visión optimista que se tiene desde el interior del sistema

Lo realmente grave es el divorcio conceptual que hoy existe entre el paupérrimo sistema de justicia y la visión miope e infundadamente optimista que se tiene desde “*el interior*” del sistema (animada, muchas veces, por los propios jueces, abogados y funcionarios judiciales). Esta visión miope resulta más *patética* si se la confronta con la *opinión* que sobre el sistema judicial refieren “desde afuera” los pueblos de Latinoamérica, es decir sus *sufridos destinatarios*. Por ejemplo, en España, seis de cada diez ciudadanos piensan que los tribunales de justicia son ‘no muy independientes’ o ‘muy poco independientes’ de los intereses y presiones del Gobierno. En 1986, un 40 % de los ciudadanos pensaba que la Justicia no era independiente del Gobierno y el mismo porcentaje opinaba que sí lo era. Hoy, sólo un 4 % afirma que los tribunales son totalmente independientes, y un 24 % que son ‘básicamente independientes...’<sup>7</sup>.

Queda claro que la justicia clama por cambios que la hagan más eficiente (pero también más *garantizadora*). Y clama por gente resuelta a cambiar hábitos, prácticas y mentalidades asociadas al *anacronismo*.

<sup>5</sup> Proyecto de Maestría de Derecho Procesal preparado por el Centro de Investigaciones Jurídicas Moisés A. Tronconis de la Ciudad de Mérida, República de Venezuela.

<sup>6</sup> Alvarado Velloso, Adolfo, enseñanzas impartidas en la Cátedra.

<sup>7</sup> De una encuesta publicada por el diario El País, de España, sobre España, 1986.

El sistema necesita *mayor transparencia*.

El sistema jamás se podrá ganar la confianza de la ciudadanía si no es transparente. La oscuridad y falta de información siempre da lugar a sospechas.

En la actualidad, en suma, no se observa una correcta adecuación entre la estructura actual del servicio de justicia, (primitiva, no tecnificada e insuficiente en sus recursos materiales y humanos) si se la confronta, especialmente, con las crecientes exigencias que en estos tiempos modernos suponen la prestación de un servicio a favor de sus usuarios, que pueden y deben exigir recibirlo de un modo, rápido, eficaz y con una razonable seguridad.

Se ha producido, como lo enseñan los profesores venezolanos en el proyecto de maestría al que hice referencia, una real “desvinculación” entre el servicio de justicia y la tutela efectiva de los intereses de la mayoría de los usuarios del sistema, es decir, entre la Justicia y el ciudadano, entre el Derecho y la Sociedad.

Y no me asisten dudas que para lograr un grado de aceptación razonable sobre el servicio de justicia que se tributa a los pueblos, es el propio sistema el que debe “tomar conocimiento” sobre las necesidades fundamentales de sus usuarios.

También debe ofrecer una tutela satisfactoria de los intereses afectados, interviniendo —eficaz y prontamente—, pero sin violación de las garantías de audiencia y bilateralidad tanto ante la afirmación de la mera incertidumbre sobre la existencia o alcances de un derecho, como ante la amenaza de su cercenamiento o frente a la invocación de su efectiva lesión.

Frente a esta preocupante realidad no debemos olvidar que la *legitimidad* de la administración de justicia reposa, en definitiva, *en la aceptación que le brinden sus destinatarios* y, va de suyo, que el cúmulo de las circunstancias antes expuestas permiten afirmar la debilidad, cada vez más marcada y distante, de su reconocimiento colectivo.

Y si este es el cuadro patético, real, objetivo, preocupante, no deja de *atemorizar las ideas autoritarias que se manejan para solucionarlo*. La justicia es lenta: ¡*suprimamos el derecho a la audiencia y al debido proceso!* (“medidas autosatisfactivas” - “tutela anticipada”). Las partes son negligentes en el ofrecimiento y producción de su prueba: ¡que pruebe de oficio el tribunal por ellos supliendo sus carencias! La prueba (pese a ser un hecho constitutivo de la pretensión del actor) es difícil de acreditar: ¡*altéremos, al momento de sentenciar, y esto es lo grave, las reglas de la carga de la prueba* así liberamos al litigante de la actividad que no cumplió!

En otros términos, apaguemos el fuego de la ineficacia de la justicia con las llamas de propuestas inconstitucionales que, claro está, no hacen más que potenciarla.

## 5.2. Soluciones individualistas

Finalmente, las sentencias judiciales, como hoy las concebimos, sólo se circunscriben a la solución jurídica del litigio *en particular*, y bajo el peso de esta perspectiva “individualista” no logran captar la realidad del problema humano que —en su conjunto— queda comprometido en cada proceso. Tampoco prevé como quedarán ensambladas en *el futuro* las relaciones de convivencia entre los protagonistas del conflicto de intereses, supuestamente “disuelto” por la sentencia judicial.

Así, el debate, que debe preceder a la sentencia judicial (y que teóricamente se extinguiría con el dictado de la misma), se prolonga, con frecuencia, mucho después de dictado el pronunciamiento jurisdiccional.

En suma: gran cantidad de decisorios judiciales se convierten<sup>8</sup> en virtud de la contraposición de intereses, sen-

<sup>8</sup> De los fundamentos del “Proyecto de creación de la maestría en Derecho Procesal en Venezuela”. Venezuela, 1997.

timientos y voluntades en juego que no quedan acallados, en un duelo irresuelto entre particulares que, de ordinario, exaspera la controversia y debilita la convivencia pacífica entre los contendientes, extendiéndose –en sus efectos perniciosos– aún más allá de los propios sujetos involucrados en la contienda.

### 5.3. Síntesis del diagnóstico

Cerrando el diagnóstico sobre el funcionamiento de la justicia estatal debo concluir que la estructura y concepción del sistema de justicia en Latinoamérica está *muy lejos de colmar las expectativas de los justiciables*. Y sólo asumiendo en toda su dimensión la profundidad y el descrédito generalizado que sobre sus sistemas legales tienen los respectivos pueblos de la región será posible que acumulemos, acorralados por esa realidad que muchas veces pretendemos desconocer la energía necesaria para intentar quebrar este sombrío panorama.

### 6. Garantías constitucionales.

*Aportes garantistas de la teoría de la norma jurídica.  
El pensamiento de José Luis Serrano*

La justicia está en crisis. La actividad de los operadores del derecho no genera cuotas mínimas de confianza. Los pueblos están descreídos. Ahora bien, no sería válido concluir que el desbaratamiento de los sistemas judiciales se origine en una falta de previsiones normativas, en especial *las constitucionales*.

Existen expresas garantías de esta índole contenidas en todas las constituciones libertarias de los Estados Latinoamericanos que prometen (una y otra vez) un servicio de justicia con facilidades para ser brindado y una tutela efectiva de los derechos. En definitiva, prestaciones de

buena calidad para sus usuarios. En los estados de derecho democráticos ha ganado carta de ciudadanía la vigencia de mecanismos jurídicos que garantizan los valores básicos de la persona humana (derecho a la vida, a la integridad personal, al ámbito de libertad, etc.).

Y esos modelos constitucionales, en el específico ámbito procesal, enfatizan que:

- nadie puede ser privado de su libertad o de sus bienes sin un juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso.
- debe garantizarse el estado de inocencia.
- la persona debe poder gozar de su “día ante el Tribunal”.
- el individuo tiene el derecho de ser juzgado por un juez natural, imparcial, imparcial e independiente.
- está prohibido el juzgamiento por comisiones especiales.
- se debe dar el debido derecho de audiencia.
- nadie puede ser juzgado dos veces por la misma causa.
- no se está obligado declarar contra sí mismo.
- el domicilio y la correspondencia privada son inviolables.

Este catálogo (*no taxativo*) de garantías constitucionales supone la consagración “positiva” de los derechos humanos fundamentales y sostiene, sobre la dignidad de la persona, todo sistema legal *positivo* de los estados democráticos.

Sin embargo, este derecho “constitucional positivo” (que los jueces deben respetar) aparece muchas veces *desoido* ¿Será que la sintaxis “positivismo jurídico” está cargada de fuertes connotaciones “emotivas” y “negativas” y, por ello, justificaría una suerte de desapego a la ley (aún la constitucional) por parte del poder judicial?

Es cierto que el positivismo jurídico se ensombrece si lo identificamos (tendenciosamente) con la idea de un respeto ciego a la vigencia y supremacía de la ley.

Parecería, si sacamos la idea de contexto, que rendir culto (y someterse) a los principios positivos consagrados

por las normas fundamentales de los países occidentales de Europa y América supone una peligrosa abdicación de los jueces ante el derecho positivo.

Así, cuando se quiere denostar las consecuencias de rendir culto ciego al derecho vigente de un determinado generado por los mecanismos formales para crearlo, se esgrimen ejemplos aberrantes del derecho positivo contemporáneo: el de la Alemania nazi, de la Italia facista o del régimen comunista, que al confundir “vigencia de la norma” (vale, por sí, todo derecho sancionado por los mecanismos idóneos) con “validez” (el derecho puede ser vigente pero no será válido si no preserva los derechos fundamentales garantizados a los individuos por la norma fundacional) facilitó la comisión de las atrocidades más graves contra la especie humana que ha registrado la humanidad en el curso de su historia.

Pero han transcurrido más de cincuenta años desde la generación de esas grotescas formas de creación, o mejor dicho de *desviación* del derecho positivo, y la humanidad aprendió su lección. Hoy el problema planteado en estos términos parece más una *hipótesis de gabinete* que ha perdido casi actualidad.

En el mundo occidental del tercer milenio, especialmente después de las *enseñanzas* dejadas por las dos guerras mundiales los modernos estados de derecho se preocuparon por construir soportes jurídicos absolutamente razonables, respetando básicamente la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales. Las prescripciones constitucionales establecen, como ya se vio, un largo catálogo de derechos que garantizan la convivencia pacífica de los ciudadanos.

Las ideas del positivismo crítico (que tiene en Bobbio uno de sus más altos exponentes). Se cuida muy bien de diferenciar que *vigencia* de una norma *no es igual a validez*. Se ha esforzado en presentar un orden normativo que más allá de su vigencia preserve su *validez* y, por tanto, gane en *eficacia* (al ser *aceptado* por sus destinatarios).

Se trata de analizar entonces, cómo la moderna teoría de la norma jurídica viene a representar un importante *aporte garantista* al permitir diferenciar los tres diferentes problemas: de la justicia, de la validez y de la eficacia de una norma jurídica o de un sistema jurídico. También tiene relevancia demostrar que si los jueces estarían menos prevenidos sobre el sustento garantista de los sistemas jurídicos contemporáneos su sujeción a la ley sería mayor y no se considerarían libres de aplicar o no el sistema legal vigente (según su particular sentido de justicia).

Bobbio, en Italia, es uno de los autores que empapó con argumentos garantistas la teoría de la norma o de los sistemas jurídicos. Y ese aporte tiende a demostrar que el desapego de los jueces para aplicar los modelos racionales sobre los que se apoyan los sistemas jurídicos hoy luce especialmente injustificado.

También en España los aportes del garantismo (desde la teoría de la norma y para limitar el decisionismo judicial) han sido harto significativos. José Luis Serrano traza un cuadro perfecto por medio del cual demuestra que toda vez que se apela a criterios externos (justicia) para justificar la aplicación o no de una norma se está cayendo en autoritarismo y decisionismo judicial.

A su vez, cuando un juez aplica o deja de aplicar una norma a base de una justificación interna del ordenamiento jurídico (validez o invalidez de la misma) los fallos judiciales se vuelven mucho más previsibles y no decisionistas.

Para expresarlo en sus propios términos:

“...la validez (de una norma) no es el resultado de un raciocinio lógico deductivo necesario, sino de una argumentación desde la racionalidad de la praxis. La justicia también. Pero, y esta es la diferencia, la validez está sometida a una dinámica de control interno, tiene un componente de racionalidad que la justicia no tiene o no, al menos, en el mismo grado.

El juicio de validez depende de los mecanismos internos de control de los sistemas jurídicos, en mucha mayor medida que el juicio de justicia pueda depender de mecanismos de control de los sistemas morales. Los sistemas jurídicos están más diferenciados y son, en ese sentido, mucho más cerrados que los sistemas morales.

La norma jurídica superior sirve de parámetro para determinar la validez o invalidez de la norma inferior es una disposición normativa del mismo sistema jurídico. La validez, por tanto, es una función interna del sistema. La norma moral que sirve de criterio para medir la justicia de una regla jurídica es necesariamente externa al sistema jurídico. A diferencia del juicio de justicia/injusticia de la norma jurídica, el juicio de validez no debe y no puede salir del interior del ordenamiento jurídico...<sup>9</sup>.

### 6.1. *El problema de la justicia y de los valores según Bobbio*

Así como son valiosos los aportes de Serrano, me ha parecido tan trascendente el aporte garantista del pensamiento de Bobbio que he decidido transcribir los argumentos centrales de esta idea, en la inteligencia de deslegitimar la fuga de los jueces de los sistemas jurídicos para reemplazarlos para su libertad de conciencia. Le sugiero al lector que compartamos juntos las Enseñanzas de Bobbio<sup>10</sup>:

“...frente a cualquier norma jurídica, inserta en un ordenamiento legal, podemos plantearnos un triple orden de problemas: 1) si es justa o injusta; 2) si es válida o inválida; 3) si es eficaz o ineficaz.

<sup>9</sup> Serrano, José Luis, *Validez y Vigencia (La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica)*, Madrid, España, 1999, edit. Trotta, p. 53

<sup>10</sup> Bobbio, Norberto, *Teoría general del Derecho*, Bogotá, Colombia, 1997, edit. Temis, p. 20 y sigs.

El problema de la justicia es el problema de la correspondencia o no de la norma a los valores superiores o finales que inspiran un determinado orden jurídico.

No es el tema a tratar de si existe un ideal del bien común, idéntico en todo tiempo y lugar. Nos basta constatar que todo ordenamiento jurídico persigue *algunos fines*, y aceptar que estos *fines* representan los *valores* para cuya realización el legislador, más o menos conscientemente, más o menos adecuadamente, dirige su propia actividad.

Cuando se considera que hay valores *supremos*, objetivamente evidentes, preguntarse si una norma es justa o injusta equivale a preguntarse si es apta o no para realizar esos valores.

Pero también en el caso de que quien no crea en valores absolutos, el problema de la justicia o injusticia de una norma tiene un sentido: equivale a preguntarse si esa norma es apta o no para realizar *los valores históricos* que inspiran ese ordenamiento jurídico, concreto e históricamente determinado.

En definitiva: El problema de si una norma es o no justa es un aspecto de la oposición entre mundo ideal y mundo real, entre lo que debe ser y lo que es: norma justa es lo que debe ser, norma injusta es lo que no debería ser.

Plantear el problema de la justicia o injusticia de una norma equivale a plantear el problema de la correspondencia entre lo que es real y lo que es ideal. Por eso el problema de la justicia se conoce comúnmente como el problema deontológico del derecho.

#### 6.1.1. *El problema de la validez de la norma jurídica según Bobbio*

El problema de la validez es el problema de la existencia de la regla en cuanto tal (independientemente del juicio de valor sobre si ella es justa o no).



Mientras el problema de la justicia se resuelve con un juicio de valor, el problema de la validez se resuelve con un juicio de existencia o de hecho; esto es, se trata de comprobar si una regla jurídica existe o no, o mejor si aquella determinada regla, así como es, es una regla jurídica.

Validez jurídica de una norma equivale a existencia de esa norma como norma jurídica.

Mientras que para juzgar la justicia de una norma es necesario medirla según un valor ideal, para juzgar su validez se requiere realizar investigaciones de carácter empírico-racional, investigaciones que se hacen cuando se trata de establecer la entidad y el alcance de un resultado.

Particularmente, para decidir si una norma es válida (esto es, si existe como regla jurídica que pertenece a determinado sistema) con frecuencia es necesario realizar tres operaciones:

a) Determinar si la autoridad que la promulgó tenía el poder legítimo para expedir normas jurídicas, es decir normas vinculantes en ese determinado ordenamiento jurídico (esta investigación conduce inevitablemente a remontarse a la norma fundamental, que es la base de la validez de todas las normas de determinado sistema).

b) Comprobar si no ha sido derogada, como quiera que una norma puede haber sido válida, en el sentido de haber sido promulgada por un poder autorizado para hacerlo, pero esto no quiere decir que lo sea todavía, lo que sucede cuando una norma posterior en el tiempo la ha derogado expresamente o ha regulado la misma materia.

c) *Comprobar que no sea incompatible con otras normas del sistema (lo que también se llama derogación implícita), particularmente con una norma jerárquicamente superior (una norma constitucional es superior a una ley ordinaria en una constitución rígida) o con una norma posterior.*

*Como quiera que en todo ordenamiento jurídico rige el*

*principio de que dos normas incompatibles no pueden ser válidas a un mismo tiempo (así como en un sistema científico dos proposiciones contradictorias no pueden ser ambas válidas).*

### 6.1.2. *El problema de la eficacia de la norma jurídica conforme Bobbio*

El problema de la eficacia de una norma es el problema de si la norma es o no *cumplida* por las personas a quienes se *dirige* (los llamados destinatarios de la norma jurídica) y, en él importa verificar que, de ser violada, se la haga valer con medios coercitivos por la autoridad que la ha impuesto.

Que una norma exista en cuanto norma jurídica, no significa que también sea constantemente cumplida. No es nuestro objetivo investigar ahora cuáles pueden ser las razones para que una norma sea más o menos cumplida.

Nos limitamos a hacer constar que hay normas que son cumplidas universalmente de manera espontánea (y son las más *eficaces*); que otras se cumplen por lo general sólo cuando van acompañadas de *coacción*; que otras *no se cumplen* a pesar de la *coacción*, y las hay cuando se *violán* sin que ni siquiera se aplique la *coacción* (y son las más *ineficaces*).

La investigación para determinar la eficacia o ineficacia de una norma es de carácter histórico-social, y mientras se orienta al estudio del comportamiento de los miembros de un determinado grupo social, diferenciándose tanto de la investigación de carácter filosófico sobre la justicia de la norma, como de la más típicamente jurídica acerca de su validez.

Y en este tramo, el de la eficacia de las normas y la conducta de los destinatarios queda resaltada la importancia de la sociología jurídica.

Sostiene Álvarez Gardiol<sup>11</sup> que "...El fenómeno jurídico, en cuanto realidad, es motivo de atenta consideración por una disciplina relativamente nueva en esta órbita del saber, disciplina que recientemente ha ido ampliando cada vez más las fronteras de su territorio hasta desplazar, en algunas consideraciones, las pretensiones de la dogmática y convertir esta disciplina en una nueva provincia de su dilatado país. La sociología jurídica se interesa por el fenómeno jurídico en cuanto este se presenta como un hecho social que se produce en el seno de la comunidad, tratando de establecer los orígenes del derecho en el plano causal y observando empíricamente como funciona el derecho en la realidad, condicionando o determinando la conducta de los hombres...".

En otros términos la eficacia de las normas le interesa al derecho y a la sociología jurídica por partes iguales a Álvarez Gardiol<sup>12</sup> nos ilustra que "...Bougle, con una metáfora realmente feliz, afirma que los picos de los sociólogos y de los juristas, cavando cada uno de ellos desde su respectiva galería, han terminado por encontrarse...".

### 6.1.3. *Los tres criterios sobre justicia, validez y eficacia son independientes entre sí en las enseñanzas de Bobbio*

Los tres criterios de valoración (justicia, validez u eficacia) de una norma dan origen a tres clases distintas de problemas, independientes entre sí, en el sentido de que:

- a) la justicia no depende ni de la validez ni de la eficacia;
- b) la validez no depende ni de la eficacia ni de la justicia y;
- c) la eficacia no depende ni de la justicia ni de la validez.

Para explicar estas diversas relaciones de independencia, formulamos las siguientes seis proposiciones:

1) Una norma puede ser *justa* sin ser *válida*. Para dar un ejemplo clásico, los teóricos del derecho *natural* formulaban en sus tratados un sistema de normas sacadas de *principios jurídicos universales*.

Quien formulaba estas normas, las consideraba justas porque las reputaba coherentes con principios universales de justicia. Pero estas normas, mientras quedaran solamente escritas en un tratado de derecho natural, no eran válidas. Adquirían *validez* sólo en la medida en que fueran acogidas en un sistema de derecho *positivo*. El derecho natural puede ser considerado el derecho justo por excelencia; pero por el sólo hecho de ser justo, no es también válido.

2) Una norma puede ser *válida* sin ser *justa*. En este punto no es necesario ir tan lejos para encontrar ejemplos. Ningún ordenamiento jurídico *es perfecto*, pues entre el ideal de justicia y la realidad del derecho hay siempre un vacío más o menos grande según los regímenes. En verdad el derecho que, en todos los regímenes de cierto período histórico y en algunos regímenes que hoy consideramos de civilización atrasada, admitía *la esclavitud*, no era *justo*, pero no por esto menos *válido*. Hasta hace poco existieron normas racistas que ninguna persona racional puede considerar justas y, sin embargo, eran válidas.

Un socialista difícilmente considera justo un ordenamiento que reconoce y protege la propiedad privada; así como un reaccionario difícilmente reconocerá como justa una norma que considera lícita la huelga y, sin embargo, ni el socialista ni el reaccionario dudaran del hecho de que en un ordenamiento positivo como el italiano, tanto las normas que regulan la propiedad privada como las que reconocen el derecho de huelga son válidas.

<sup>11</sup> Álvarez Gardiol, *Manual de Filosofía del Derecho*, Rosario, Argentina, 1998, edit. Juris, p. 32.

<sup>12</sup> Álvarez Gardiol, ob. cit., p. 32.

3) Una norma puede ser *válida* sin ser *eficaz*. El caso de las leyes sobre la *prohibición de bebidas alcohólicas* en los Estados Unidos de Norteamérica, que rigieron entre las dos guerras mundiales, se cita como el más sonado. Se dice que el *consumo* de bebidas alcohólicas durante el régimen de prohibición *no fue inferior* al *consumo* del período inmediatamente *posterior*, cuando se levantó la *prohibición*.

Ciertamente se trataba de leyes «válidas», en cuanto emanaban de los órganos competentes para esta función, pero no eran eficaces.

4) Una norma puede ser *eficaz* sin ser *válida*. Hay muchas normas sociales que se cumplen *espontánea o habitualmente*, es decir que son eficaces, como por ejemplo las reglas de buena educación en algunos círculos sociales.

Estas reglas, por el sólo hecho de ser *cumplidas*, no llegan a *pertenecer a un sistema jurídico*, esto es, no adquieren validez jurídica. Se podría objetar que la costumbre constituye un evidente ejemplo de normas que adquieren validez jurídica, es decir, que llegan a ser parte de un sistema normativo, solo mediante su eficacia.

¿No es acaso la eficacia el uso constante, regular, uniforme que se exige a una costumbre para que se vuelva jurídica?

Pero a esta objeción se puede responder que *ninguna costumbre se vuelve jurídica* por medio del *uso*, porque lo que la *hace* jurídica, lo que la incluye en un sistema, es el hecho de ser *acogida y reconocida por los órganos competentes para producir normas jurídicas en ese sistema*, como el legislador o el juez. Mientras sea solamente eficaz, una norma consuetudinaria no se vuelve norma jurídica. Se vuelve jurídica cuando los órganos del poder le atribuyen validez. Lo que confirma que la eficacia no se transforma directamente en validez y, por lo tanto, una norma puede continuar siendo eficaz sin que por esto llegue a ser jurídica.

5) Una norma puede ser *justa* sin ser *eficaz*. Hemos visto que una norma puede ser justa sin ser válida. No debemos dudar en agregar que puede ser justa sin ser eficaz.

Cuando la sabiduría popular dice que “no hay justicia en este mundo”, se refiere al hecho de que aunque son muchos quienes teóricamente exaltan la justicia, pocos son quienes la *practican*. Por lo general, para que una norma sea eficaz debe ser también válida. Si es verdad que muchas normas de justicia no son válidas, con mayor razón tampoco son eficaces.

6) Una norma puede ser *eficaz* sin ser *justa*. El hecho de que una norma sea universalmente respetada no demuestra su justicia, del mismo modo que el hecho de no ser respetada no es prueba de su injusticia. La derivación de la justicia de la eficacia se podría equiparar a uno de los argumentos que de ordinario se esgrimía entre los iusnaturalistas, al llamado argumento del *consensus humanigenis*, o más simplemente, del *consensus omnium*.

Se preguntaban los iusnaturalistas si se puede considerar máxima de derecho natural aquella que sea *aceptada* por todos los pueblos (algunos decían “por todos los pueblos civilizados”). La respuesta de los iusnaturalistas más intransigentes a lo sumo era negativa. Y con razón: el hecho de que la esclavitud, por ejemplo, fuese practicada por todos los pueblos civilizados en cierto período histórico, no transformaba la esclavitud en una institución conforme a la justicia. La justicia es independiente de la validez, pero también es independiente de la eficacia.

#### 6.1.4. Posibles confusiones de los tres criterios en el concepto de Bobbio

Cada uno de los tres criterios examinados hasta aquí señala un campo bien preciso de investigación para el filósofo del derecho. Se puede llegar inclusive a afirmar

que los tres problemas fundamentales, de los cuales ha tratado tradicionalmente la filosofía del derecho, coinciden con las tres calificaciones normativas: la de la justicia, la de la validez y la de la eficacia.

El problema de la justicia da lugar a todas aquellas investigaciones que tratan de explicar los *valores supremos* hacia los cuales tiende el derecho; en otras palabras, los fines sociales cuyo instrumento de realización más adecuado son los ordenamientos jurídicos, con su conjunto de reglas y de instituciones.

De aquí nace la filosofía del derecho como teoría de la justicia.

El problema de la validez constituye el núcleo de las investigaciones dirigidas a precisar en que *consiste el derecho como regla obligatoria y coactiva*, cuales son las características peculiares del ordenamiento jurídico que lo hacen diferente de otros ordenamientos normativos (como el moral), y por lo tanto no los fines que deben realizarse, sino los medios dispuestos para el logro de esos fines, o el derecho como instrumento para la realización de la justicia.

De aquí nace la filosofía del derecho como teoría general del derecho.

El problema de la eficacia nos lleva al terreno de la *aplicación* de las normas jurídica, o sea al terreno de los comportamientos efectivos de los hombres que viven en sociedad, de sus intereses opuestos, de las acciones y reacciones frente a la autoridad, y da lugar a las investigaciones en torno a la vida del derecho, en su nacimiento, en su desarrollo, en sus cambios, investigaciones que de ordinario están relacionadas con el análisis de carácter histórico y sociológico...".

## 6.2. Mis conclusiones

Para la teoría unitaria del derecho procesal las reflexiones de Bobbio y Álvarez Gardiol tienen suma importancia:

a) En primer lugar dejan al desnudo que el problema de asimilar el derecho a la justicia es sólo una parte del mundo de la juridicidad y, quizás, la que mayores problemas y frustraciones ha traído a la ciencia del derecho. Lo que me interesa destacar es que en toda apelación a la justicia hay una remisión a valores absolutos extraños al conocimiento científico. De allí mis prevenciones expuestas reiteradamente cuando un juez pretende justificar sus decisiones (exclusivamente) por que son justas.

b) En segundo lugar, queda claro que la validez de las normas en un sistema jurídico requieren mucho más que su vigencia. Requieren su correspondencia y no antinomia con prescripciones jerárquicamente superiores. Los códigos procesales autoritarios no pueden exhibir esta legitimidad.

c) En tercer lugar la eficacia de los sistemas procesales, a la luz del descrito que sufren, exhibe como normas supuestamente válidas (pero no tanto, por lo antes expuesto) y que consagrarían un ideal de justicia (el acceso a la verdad real, los poderes supremos de los jueces) terminan siendo ineficaces por falta de consenso de sus destinatarios.

## 7. Reivindicación de los estudios teóricos

Todos los esfuerzos que asumamos los juristas que nos sentimos comprometidos con la realidad, en el afán de superar un estado de crisis que nos sobrepasa a todos, no pueden remitirse —exclusivamente— a un *análisis descriptivo* de las causas que minan el sistema de justicia formal (políticas, presupuestarias, tecnológicas, de recursos humanos, normativas etc.). Bien mirada la cuestión, persistiendo en esa postura (casi *periodística*) sólo le hacemos un flaco favor al desarrollo del procesalismo científico. Parecería que consumimos nuestras mejores energías en buscar soluciones que escapan, de ordinario, a nuestra órbita de influencia y actuación. Por caso, los problemas

de capacitación de los recursos humanos, de infraestructura, de tecnología, de la voluntad de propiciar reformas procesales “en serio”, etc., constituye un patrimonio, casi exclusivo, como ya lo llevo dicho, del poder político de los gobiernos latinoamericanos. Y éstos –sistemáticamente– han negado a enfrentarlo con la intensidad y seriedad que la situación requiere.

Pues bien, frente a esta realidad igual cuesta esfuerzo despojarse de un pre-concepto: considerar que cuando se teoriza, casi automáticamente, perdemos de vista (o nos desentendemos) de la caótica situación que envuelve a la prestación efectiva del servicio de justicia. Esto no es así. Es cierto que el divorcio entre la teoría y la realidad muchas veces *desalienta* y hasta *condiciona* a la *investigación* de temas sobre la *ciencia del proceso*.

Pero esta aprehensión debe ser *superada*. Aunque nuestra conciencia nos alerte sobre el *abismo* que existe entre pregonar desarrollos teóricos, que desde este punto de vista pueden alcanzar una absoluta validez, pero aplicados en la praxis exhiben un funcionamiento muy deficitario, no es una *causa suficiente* para abandonar *los esfuerzos especulativos*.

De hecho existe, mucho por hacer desde el *plano científico* para mejorar “la realidad” del sistema judicial. Gran cantidad de postulados teóricos que tienen sólo una validez aparente (y que han contribuido al quiebre del sistema de procesamiento) a pesar de ello, todavía, como se vio, no han sido debidamente refutados en ese mismo plano.

Si el sistema de *enjuiciamiento* no funciona la labor *crítica* que nos toca asumir no puede desentenderse de revisar profundamente las formulaciones *teóricas*, ya que frente a un producto final dista mucho de ser el esperado se impone realizar un preciso diagnóstico de las posibles causas que en este plano *teórico* pudieron *precipitar la crisis*.

Ya lo dije: la ausencia de una teoría unitaria del proceso o la construcción de los sistemas procesales quebrando los mandatos constitucionales “garantistas”, no sólo proyectó efectos disvaliosos en el plano científico del proceso, sino que impidió, por caso, que muchas propuestas teóricas *acertadas y progresistas*, elaboradas en distintas esferas del derecho procesal (producto de esa falta de visión de conjunto) y tomo por caso los claros postulados constitucionales garantistas del proceso “acusatorio” en materia penal, lamentablemente, no se propusiera “globalmente”, como una terapia común, en un sistema que estaba enfermo en su totalidad.

Sin embargo no debemos sepultar el *optimismo*. El hombre se ha recompuesto siempre de sus errores. Por lo pronto, tomando conciencia que las ideas autoritarias-publicistas-inquisitivas-decisionistas introducidas en el derecho procesal han levantado un edificio que registra profundas grietas, ya estaremos en el principio de la buena senda. Este reconocimiento del grado “terminal” de la enfermedad es el comienzo de una larga tarea de un profundo cambio cultural, que primero pasará por el “diagnóstico”, para fluir luego hacia las “recetas” que permitan levantar una nueva construcción dogmática y filosófica, sólida, coherente, exenta de antinomias, que por su propio “peso específico” provocará el derrumbe de aquella estructura que estaba mal modelada.

### *Bibliografía utilizada*

- ACEVEDO, Valmore, en la Revista *Venezuela Análítica*, 7 de enero de 2000.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal, primera parte*, Santa Fe, Argentina, 1989, edit. Rubinzal Culzoni.
- ÁLVAREZ GARDIOL, *Manual de Filosofía del Derecho*, Rosario, Argentina, 1998, edit. Juris.

BENABENTOS, Omar, reflexiones extraídas de la ponencia presentada ante el XIX Congreso Argentino de Derecho Procesal, reunido en Corrientes, en el mes de agosto de 1997. Comisión de derecho procesal civil y concursal. Tema: *La implementación de las reformas procesales. Sub-tema : Formación de una nueva cultura judicial. Modos de generar el cambio de "mentalidad" de operadores jurídicos. Participación de los ciudadanos.*

BOBBIO, Norberto, *Teoría general del Derecho*, Bogotá, Colombia, 1997, edit. Temis.

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

SERRANO, Jose Luis, *Validez y Vigencia (La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica)*, Madrid, España, 1999, edit. Trotta.

## Capítulo 4

### LA TENDENCIA UNITARIA EN EL DERECHO PROCESAL

1. Introducción. 2. Obstáculos a superar. Resumen de las opiniones doctrinarias de Clariá Olmedo y Monroy Gálvez. 2.1. El esclarecedor pensamiento de Eduardo Carlos en torno a la unidad procesal. 2.2. Mis conclusiones en este tema. 3. Informe de la "situación" respecto a la unidad de la teoría general del proceso en el ámbito civil y penal. 3.1. Teoría general del proceso civil. Crítica a su "encapsulamiento". 3.2. Teoría general del derecho procesal penal. Su aislamiento. 3.2.1 Ideas fuerza de Ferrajoli sobre el derecho penal sustancial 3.2.2. Derecho penal y procesal de mínima y de máxima (garantismo o autoritarismo) en el concepto de Ferrajoli. 3.3. Las enseñanzas de Luis Calle Calderón. 3.3.1. Mis reflexiones. 4. Tendencias hacia la autonomía en alguna de las ramas del derecho procesal civil 5. Una ponencia que se oponía a la autonomía científica del derecho procesal laboral. Algunas de las bases sobre las que sustentó la Teoría General Unitaria del Derecho Procesal. 5.1. El contenido de la ponencia y su vigencia actual. 5.1.1. ¿Autonomía del derecho procesal laboral? 5.1.2. Conclusiones de mi ponencia y su vigencia para reforzar las ideas unitarias. 6. Agravamiento de las antinomias en el derecho procesal civil y penal. 7. Ventajas que encierra la formulación de una teoría general unitaria del derecho procesal. 7.1. Consistencia científica. 7.1.1. Identidad del objeto de conocimiento. 7.1.2. Identidad de las nociones de acción, jurisdicción y proceso. 7.1.3. Nivel axiológico. 7.2. A modo de síntesis. 7.3. Ventajas docentes. 8. Síntesis del capítulo.

## Capítulo 4

### LA TENDENCIA UNITARIA EN EL DERECHO PROCESAL

#### *1. Introducción*

Los capítulos anteriores (dedicados a la explicación de la ideología que sostiene los sistemas autoritarios y garantistas, como así también la descripción del deficitario sistema de justicia que se brinda en Latinoamérica) han servido de preámbulo para introducirme, de aquí en más, en los planos estrictamente teóricos de mi tesis.

El panorama ideológico desnuda una dura disputa generada entre autoritarismo y garantismo procesal no es para nada ajeno, como ya lo llevo dicho, a la construcción de una teoría general unitaria del derecho procesal. Debe quedar en claro que en pos de la unidad del derecho procesal se deberá batallar en ese nivel y, también, en el puro plano de la dogmática jurídica.

Como la batalla ideológica ya está planteada. Pasaré ahora al debate dogmático.

#### *2. Obstáculos a superar. Resumen de las opiniones doctrinarias de Clariá Olmedo y Monroy Gálvez*

En el camino de desarrollar los planos centrales de mi tesis: la unidad teórica del derecho procesal, debe reconocer que no me enfrento con desafíos menores. Este problema ha resultado ser uno de los escollos más difíciles de ser superados por la comunidad científica. Acredita lo

expuesto el hecho de que al asumir la labor de recopilación e investigación, encaminada a dar sustento a mi tesis, no pude localizar obra alguna dedicada a la teoría general del proceso inscripta en la perspectiva “unitaria” que aquí se sostiene.

En rigor, y para que se me entienda bien, sí se registran (buceando en las numerosas obras dedicadas a la teoría general del proceso) reiteradas reflexiones sobre la conveniencia, posibilidad o utilidad científica, práctica y académica, de consagrar una teoría general unitaria del derecho procesal. Pero las exhortaciones realizadas se ubican más en un plano de expresión de deseos, no asumiendo los planteos dogmáticos construcciones serias y sistemáticas.

En ese plano de *aspiraciones* (no de concreciones) pueden inscribirse los pensamientos del procesalista argentino Clariá Olmedo<sup>1</sup>, quién sostenía, hace ya muchos años, la *necesidad* de lograr la unidad teórica en el derecho procesal afirmando que “... aunque los autores no coincidan en el método de exposición, la doctrina que acepta una teoría uniforme del derecho procesal se orienta, en general por criterios comunes, no obstante que los tratados o manuales se refieran a la rama civil o la penal...”.

Sin embargo, el propio Clariá Olmedo parece contradecirse rápidamente al destacar que “...hay autores que ni siquiera entran a estos *conceptos generales* (Fenech, Montero Aroca); y es común como se ha dicho ya, introducir la materia con un estudio sobre la jurisdicción (Alsina, Rocco, Vélez Mariconde), o entrar derechamente al análisis del proceso (Guasp)”.

Pese a los vaivenes doctrinarios —denunciados por el propio Clariá Olmedo— el mismo *no renuncia* a su posi-

<sup>1</sup> Clariá Olmedo, Jorge. *Derecho Procesal I, Conceptos Fundamentales*, Buenos Aires, Argentina, 1982, edit. Depalma, p.11.

ción *unificadora* a la que considera plenamente aceptable “...mientras se mantenga dentro de los conceptos que permiten esa unificación, no retaceándole al derecho procesal lo que le pertenece, ni agregándole lo que es ajeno a él o que no tenga influencia determinante en sus instituciones propias. La organización judicial, la jurisdicción, la acción-excepción y el proceso en su estructura subjetivo-objetiva son concebibles unitariamente...”.

Clariá<sup>2</sup> cierra su idea expresando que “...ninguna duda cabe acerca de que entre los objetos de conocimiento del derecho procesal civil y del derecho procesal penal se advierten elementos *comunes* muy importantes como para *justificar* una teoría general del derecho procesal. Más aún, la elaboración y estudio de esa teoría del derecho procesal antes de penetrar en el análisis científico de una y otra de éstas ramas, constituirá un *método* adecuado para llegar a una mejor comprensión de la totalidad de los *problemas* procesales, especialmente para obtener una aplicación más adecuada de sus principios y reglas...”.

Finalmente, es significativo en mi concepto, que Clariá denominara a su obra sobre teoría general del proceso teoría *uniforme* del derecho procesal.

Sin embargo, considero que la posible *uniformidad* del derecho procesal, como la concebía Clariá, presenta un grave problema: la perspectiva axiológica que le imprime a su pensamiento.

Me explico: el maestro cordobés destacaba como positivo ciertos rasgos de “*penalización*” (equivocadamente) que asumía el proceso civil, por ejemplo la búsqueda de la “verdad real” que también entendía era una meta que debía perseguirse en el proceso civil.

Dicho esto en sus términos: “...en la actualidad se advierte una marcada tendencia a la *penalización del pro-*

<sup>2</sup> Clariá Olmedo, Jorge, ob.cit., p. 39.



*ceso civil y la privatización* del proceso penal. Esto conduciría a una decidida aproximación en la graduación de los principios rectores, acortando sensiblemente las distancias que aun los separan...<sup>3</sup>.

Queda claro que desde la postura *garantista* del derecho procesal en modo alguno se admite que se arribe a la posible “uniformidad” de ambos procesos bajo la fórmula de *penalizar* los procesos civiles, sino, por el contrario, se aspira a lograr *más civilización* esos procesos en *consonancia* con las modernas prescripciones que animan al proceso penal de corte *acusatorio*.

En conclusión: los fundamentos de Clariá, más allá de su intención declarada hacia la uniformidad doctrinaria no nos conducen por el camino por donde debe transitar la idea de la unidad procesal.

Una segunda opinión que me ha parecido oportuna rescatar proviene doctrinario peruano Juan Monroy Gálvez, quién ha mostrado también su preocupación por el tema de la unidad procesal afirmando que la misma es posible y conveniente, pero haciendo una exposición muy suscita de los rasgos comunes que animarían esta idea, quedando el tema –de ese modo– muy lejos de ser agotado.

Afirma Monroy Gálvez que:

“... en ánimo de recuperar los rasgos comunes (del derecho procesal), podemos decir que todas las disciplinas procesales están previstas para lograr un fin concreto (la solución de un conflicto de intereses) y un fin abstracto (la paz social en justicia).

Asimismo no hay proceso en donde no haya un juez y dos partes que están sometidas al primero y que están conectadas por el interés resistido.

<sup>3</sup> Clariá Olmedo, Jorge, ob.cit., p. 40.

Por otra parte, todo proceso reconoce previamente la existencia de una organización judicial jerárquica y también una secuencia en la actividad procesal. Inclusive no es posible admitir la existencia de un proceso sin litigio, que regularmente es la consecuencia de un conflicto previo...<sup>4</sup>.

En definitiva, tengo para mí que los discursos que apoyan una pretendida unidad del derecho procesal, como los que sostenidos por Clariá Olmedo y Monroy Gálvez, no llegar a disimular la *ausencia* (a la hora de pasar de las palabras a los hechos) de una propuesta científica completa, apoyada en argumentos sólidos y convincentes (que abarque los tres planos del mundo procesal (sociológicos, jurídicos e ideológicos) en donde deben anudarse las propuestas unitarias.

### 2.1. *El esclarecedor pensamiento de Eduardo Carlos en torno a la unidad procesal*

Un tercer análisis (mucho más preciso) en torno a la unidad procesal fue el realizado, hace ya muchos años, por el procesalista santafesino Eduardo Carlos.

La importancia de su pensamiento, en orden a las ideas unitarias, me impulsó a la transcripción textual de algunos párrafos referidos, fundamentalmente, al tema de las identidades y la noción evolutiva del proceso y de la acción en proceso civil y del proceso penal<sup>5</sup>.

También es sumamente ilustrativo el deslinde que hace de la noción de acción y pretensión (civil o punitiva). En definitiva, Carlos nos aproxima a un compendio muy preciso sobre los elementos de la teoría general del proceso. Este es un motivo adicional para transcribir sus ideas.

<sup>4</sup> Monroy Gálvez, Juan, *Introducción al Proceso Civil*. Bogotá, Colombia, 1996, edit. Temis, p. 63

<sup>5</sup> Carlos, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho procesal*. Buenos Aires, Argentina, 1959, edit. Ejea, p. 148 y sigs.

Afirma Carlos que:

“...La expresión proceso admite calificativos varios, denominados civil, penal, administrativo, etc.

Por lo pronto –y tradicionalmente en los estudios jurídicos procesales– se ha reconocido un proceso civil al lado o junto al proceso penal.

En el civil se ha involucrado el comercial, y no se hace cuestión a su respecto en razón, quizá, de la naturaleza privada de uno y otro derecho sustantivo.

Una tercera especie, en la que su sustancia ya es de carácter público, como es el derecho administrativo, configura especialmente a la rama instrumental que ha de hacerlo efectivo. Empero, las disputas surgen de la contraposición entre proceso civil y penal principalmente.

Los distintos intereses que se tutelan en uno u otro de los mencionados procesos, el carácter del derecho material cuya aplicación se procura, la indisponibilidad, en el proceso penal, de la acción que da vida a este proceso, lo que evidentemente no ocurre en el proceso civil, perfilan con rasgos inconfundibles la figura de cada uno de ellos.

Aún cuando las teorías científicas se originaron con motivo de los estudios realizados en la órbita del proceso civil, puesto que, las investigaciones llevadas a cabo originariamente en Alemania y luego continuadas en Italia, han dado construcciones elaboradas para aquel proceso, los resultados obtenidos han sido aplicados en el proceso penal.

Es decir, que la distinta naturaleza de las normas de derecho sustantivo (de derecho público unas, de derecho privado otras) caracterizan a uno u otro proceso, contribuyendo a poner de manifiesto sus diferencias de contenido.

La legislación positiva que regula a esos procesos se da también por separado y se recoge en cuerpos autónomos tales como los códigos de procedimientos en lo civil y en lo penal.

Existe, asimismo, legislación procesal autónoma en materia laboral y de lo contencioso administrativo.

El proceso civil, se diferencia necesariamente del proceso penal, por el objeto inmediato cuya realización procura. El primero no es siempre indispensable puesto que el derecho privado (civil, comercial, etc.), en la mayoría de los casos, se cumple espontáneamente, y cuando así no ocurre es menester acudir al órgano estatal para que preste la tutela jurídica.

El segundo es esencial e indispensable para actuar el derecho material preestablecido por el Estado, puesto que no se concibe su aplicación sin que lo preceda el juicio correspondiente, “*nulla pena sine iudicium*”. El derecho material que ha de aplicarse determina las diferencias de los principios en que se informan uno u otro proceso; principalmente *dispositivo el primero* y predominantemente *inquisitivo el segundo*.

Ello no obsta, sin embargo, a su consideración *unitaria* en cuanto a su estructura formal, determinada por el complejo de actividades humanas que en ellos se realizan.

En este aspecto, el maestro Carnelutti ha explicado cómo surge el delito y el contrato, origen de la materia regulada por el derecho respectivo y qué constituye el contenido de uno u otro proceso, con motivo de la posibilidad de elaborar una teoría general del proceso, sintetiza su propia labor en el campo del procedimiento civil. Primero, su “Sistema” no sólo abarca al proceso de conocimiento sino que incluye también al de ejecución, admitiendo que, para conocer debidamente el proceso penal, no le ha sido suficiente el estudio de algunos elementos o actos jurídicos de la dinámica procesal, por ejemplo, el relativo a la prueba civil, sino que desde el terreno del proceso penal ha debido efectuar el análisis de sus propias instituciones; de todo lo que se infiere, como lógico corolario, la necesidad de trabajar profundamente en cada uno de esos ámbitos jurídicos, sin preeminencia del uno sobre el otro, para elevarse por el igual conocimiento de ambos campos a la anhelada teoría general.

Pero debe insistirse no en las diferencias que, evidentemente, se dan entre el proceso civil y el penal, surgidas de la diversa naturaleza—pública o privada—del derecho sustantivo que forma el contenido de cada uno de ellos y que se concretan en los principios básicos que lo sustentan, sino en que, a pesar de las mismas, existe la posibilidad científica de *una concepción única y formal que involucra ambos procesos*.

Por lo pronto, hay que reconocer la existencia de presupuestos, comunes: jurisdicción y acción; actos procesales de iniciación, desenvolvimiento y extinción; independientemente de la relación jurídica de derecho material que hace a su contenido.

Ello no conspira contra su separación y, por lo contrario, contribuye al esclarecimiento de sus diferencias específicas, ni impide que uno pueda absorber al otro o que se dé el fenómeno de “pan-civilismo” de un lado o el de abolición del proceso civil del otro.

En este terreno de las posibilidades a que se alude, Prieto Castro ha realizado un examen comparativo de algunas instituciones que pueden considerarse comunes, expresando al efecto que, tanto el proceso civil como el penal, “no son material heterogéneas ni repelentes de mezcla presidida por un método”, teniendo en consideración:

a) La estructura externa, en cuanto a la acción que da nacimiento a uno u a otro proceso, ya la ejercite el individuo en caso de proceso civil, un órgano público o el propio juez en el proceso penal. En cuanto a los hechos que constituyen el objeto o materia de la decisión y la prueba que ha de mostrarlos para, en definitiva, efectuar la subsunción del hecho a la norma jurídica, actividad ésta que no difiere sustancialmente en cuanto al juez que ha de decidir el proceso;

b) Asimismo, “tampoco determinadas peculiaridades del proceso penal respecto del civil presentan un obstáculo de consideración al pensamiento unificador”, continuan-

do con las posibles dificultades que surgirían al tener en cuenta que el proceso penal está precedido de una instrucción fáctica, que no se da en el proceso civil, lo que examina en el apartado;

c) Concluye así: “No existe a este respecto otra diferencia entre el proceso penal—prescindiendo de lo que es exigencia histórica del principio acusatorio—y el civil, que la determinada por el tiempo en que se hace la reunión de los materiales de hecho y la calidad del órgano a quien se encomienda esa actividad —particular o juez instructor—...”.

En cuanto a la identidad conceptual de la acción procesal Carlos<sup>6</sup> se pronuncia en el siguiente sentido:

“... Acerca de la función práctica que corresponde a la acción como *presupuesto o condición* para que la *jurisdicción actúe* entendemos que esa función de provocar el ejercicio de la jurisdicción, no puede ser sino *común e idéntica a toda acción* y, desde luego, tanto a la civil como a la penal, aunque entre ambas, particularmente, existan notables diferencias, como se verá más adelante, pero sin que ellas constituyan un obstáculo insuperable para la formulación de una teoría única. En efecto, tanto la acción civil como la penal, en su ejercicio, persiguen idéntica finalidad cual es la de obtener la aplicación del derecho material o sustantivo (civil o penal); y al dar vida a la jurisdicción poniéndola en actividad ya que, sin su impulso inicial, ésta permanecerá inerte, generan, asimismo, el respectivo proceso sin cuya existencia la ley no podría ser actuada en el caso concreto de que se trata.

Insistimos en afirmar que el órgano jurisdiccional no procede por propia iniciativa, pues ésta queda *reservada a la actividad del particular o de un órgano público* que, al ejercitar la acción, provocan su necesaria intervención.

<sup>6</sup> Carlos, Eduardo, ob. cit., p. 275 y sigs.

Empero, tal afirmación, enunciada de un modo general y sin reparo alguno, es conveniente que sea desarrollada con mayor amplitud para que su sentido quede plenamente aclarado, ya que involúcrase en ella, también, la función penal o represiva del Estado.

Sabido es que, en ejercicio de la función normativa que le es propia el Estado establece en el Código penal los hechos que constituyen delito y las sanciones que corresponderá aplicar a quienes, sea por acción u omisión, violen sus preceptos.

Existen tres momentos en los que se desenvuelve aquella función del Estado para la prevención y represión de la criminalidad, los que, a nuestro juicio, se dan no sólo en ese campo sino en toda la actividad normativa estatal, dirigida como está a instituir un ordenamiento jurídico y a asegurar su necesaria vigencia.

1) Caracteriza al primero la descripción abstracta de los delitos y las penas, lo que el legislador realiza con el fin práctico de asegurar la defensa de la sociedad contra la delincuencia.

2) El segundo instante, producida ya la violación de la norma penal, consiste en determinar la existencia del delito y la persona que resulte ser autor del mismo; es decir que, frente a un caso concreto, la función penal del Estado se dirige a la actuación del derecho represivo por parte de los órganos jurisdiccionales preordenados.

3) Finalmente, una vez aplicada la ley penal, en un tercer momento el Estado provee a la ejecución de la condena.

Debemos recordar que la norma jurídica penal establece una relación de derecho material o sustantivo entre el Estado —en quien se reconoce incuestionablemente el derecho de castigar (*ius puniendi*)— y el autor del delito que deberá sufrir la pena correspondiente.

Ocurrido un hecho que reviste ese carácter, el Estado, en ejercicio de ese derecho subjetivo de punir, promueve,

por medio del *órgano público instituido al efecto*, la acción penal dirigida a obtener, una vez constatada la existencia de ese hecho punible, la aplicación de la ley penal al autor responsable de dicho delito.

Pero *acción penal y pretensión punitiva* no son figuras jurídicas *conceptualmente idénticas o equivalentes*. Si así lo fueran o se las considerara, el ejercicio de toda acción penal, tendría que resolverse forzosamente en la declaración de la existencia del hecho punible y consiguiente responsabilidad penal de su autor.

La realidad y la práctica jurídica diaria demuestran, en forma elocuente, cómo se dan sentencias absolutorias, por lo que, si bien se ha agotado el ejercicio de la acción, no se ha *satisfecho*, en cambio, aquella pretensión punitiva o derecho subjetivo de castigar que corresponde al Estado. La doctrina hoy dominante admite, en consecuencia, la autonomía de la acción penal; principio que ya con anterioridad, como se ha visto, ha sido reconocido por la moderna literatura procesal civil respecto a la acción de esta naturaleza.

Ahora bien, la acción penal que, como dijimos, se encamina a realizar esa pretensión punitiva del Estado, es pública por su esencia y por su fin. Al ejercitarla perséguese la aplicación de una norma de derecho público (Código Penal).

De ese carácter y por ser el Estado titular del *ius puniendi*, derivase la necesidad de que ella sea ejercida de oficio. Así lo dispone el Código penal estatuyendo que deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las que dependieren de instancia privada y las acciones privadas. Con el profesor Soler diremos que, al instituir la ley el ejercicio obligatorio y oficial de esa acción, implícitamente sanciona los principios de legalidad e indivisibilidad de la acción penal pública.

Con respecto a las acciones que dependen de instancia privada (violación, estupro, raptó y ultrajes al pudor), es

menester llenar previamente una condición de procedibilidad (que algunos autores, a nuestro juicio erróneamente, denominan condiciones de punibilidad, ya que inciden, principalmente, en la iniciación del proceso y no en la aplicación de la pena, *nulla poenae sine iudicium*), cual es la denuncia o querrela promovida por la persona agraviada, tutor, guardador o representante legal (C.P. art. 2).

Salvado tal inconveniente u obstáculo, o cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador, se procederá de oficio.

Es decir que la ley, atendiendo a razones que no creo del caso aquí consignar, supedita la iniciación del proceso penal a la denuncia o querrela del particular agraviado por el delito o de sus representantes legales; pero una vez promovida una u otra, el principio de oficialidad rige en toda su pureza, no mediando diferencia alguna entre estas acciones y la anteriormente examinada (penal pública). De ahí que el desistimiento o renuncia que se hiciera valer con posterioridad a la denuncia o querrela ya promovida, resultará inoperante, ya que tanto el órgano de la acción como el de la jurisdicción continuarán ejercitando sus respectivos poderes en ese proceso ya materialmente incoado.

En cuanto a las acciones privadas que surgen de los delitos enumerados en el artículo 73, ellas solo podrán intentarse por las personas que la ley indica (arts. 74 y 75) y por medio de la querrela, es decir, que los órganos de la jurisdicción penal no podrán proceder a la formación de la causa sin que medie la correspondiente acusación promovida por el particular agraviado.

Si bien es verdad que el precepto legal (art. 76) establece que en los demás casos del art. 73 se procederá únicamente por querrela o denuncia, como lo advierten algunos tratadistas con los que coincidimos, el legislador ha

incurrido en un error al incluir la denuncia, pues resulta evidente que el ejercicio de estas acciones privadas sólo pueden promoverse por aquel único medio (querrela), ya que, razonablemente, el interés que la incoación protege tiene un carácter tan señaladamente particular que podría decirse que cuando éste no se manifiesta lesionado, en realidad no existe lesión.

Es menester, entonces, no sólo deducir la querrela sino que, además, ha de proseguirse el ejercicio de esa acción por el agraviado. Como corolario de lo que hasta ahora llevamos expuesto resulta evidente que, salvadas las condiciones de procedibilidad, en los delitos pendientes de instancia privada y excluidos los de acción privada que habrán de promoverse únicamente por acusación del agraviado.

La acción penal pública debe ejercitarse de oficio. El Estado ha confiado el ejercicio de esta acción a un órgano especialmente instituido: ministerio público fiscal (Cód. proc. penal de Santa Fe, arts. 24 y 25), aunque se admita en la mayoría de las legislaciones procesales vigentes en nuestro país la existencia del acusador particular, además del oficial.

Fijado como queda el principio de que la acción penal debe ejercitarse de oficio, ello en modo alguno significa que *estén refundidas en un sólo órgano la acción y la jurisdicción*.

Por lo contrario, existe una clara y definida separación entre el órgano que ejerce la primera (ministerio público fiscal) y el que se pronuncia sobre la misma, o sean los jueces y tribunales del orden penal.

Lo que hasta este momento hemos expuesto acerca de la acción penal estimamos que basta para tener una noción general de la misma, sin necesidad de mayores consideraciones acerca de su naturaleza y fines.

Por contraste, asimismo, perfilase los caracteres de la acción civil. Esta se encamina a obtener, generalmente,

el reconocimiento o realización de un derecho subjetivo privado y, estando en manos del particular exclusivamente, intentarla o no, ella constituye una condición esencial para que la jurisdicción actúe (*nemo iudex sine actore*).

Empero, la acción civil fija el ámbito del conocimiento y decisión del órgano jurisdiccional en cuanto establece un límite a los poderes del juez, ya que éste no podrá pronunciarse en la sentencia sobre cuestión que no le haya sido propuesta o ir más allá de lo peticionado (*ne eat iudex ultra petita partium*).

Es evidente, además, que puede renunciarse o desistirse de la acción ya promovida (principio dispositivo), lo que no ocurre, como se ha visto, con la acción penal pública, en virtud del principio de oficialidad que le es consustancial.

Pero, como se dijo al comienzo de este párrafo, la función práctica de la acción, tanto en la civil como en la penal, es idéntica, ya que por virtud de ella y por su ejercicio, genérase la actividad de los órganos jurisdiccionales preinstituidos y se hace posible la constitución del proceso, instrumento técnico indispensable para la realización del ordenamiento jurídico.

Se ha venido afirmando hasta ahora, e insistimos particularmente sobre ello, que tanto la acción como la jurisdicción y el proceso —aunque la elaboración conceptual de cada uno de esos institutos esté lejos de considerársela definitiva— constituyen los conceptos fundamentales de la moderna ciencia del derecho procesal.

Tales ideas básicas, por lo tanto, han de aplicarse por igual a todas las disciplinas jurídicas procesales. Es decir, que no se circunscriben o limitan esas nociones a un determinado proceso, como así parecen entenderlo algunos procesalistas, sino que en ellas han de encontrar su fundamentación todas las ramas procesales, ya que éstas, indudablemente, forman parte de un tronco común que las sustenta y nutre.

Esta actitud, en modo alguno, autoriza a pensar que, en la concepción unitaria de la ciencia y del derecho procesal que decididamente abrazamos, pueden desconocerse las modalidades o caracteres propios que singularizan a cada uno de los procesos que lo integran. Muy por el contrario. Las diferencias que los diversos procesos acusan entre sí y que imponen su necesaria desmembración en ramas (civil, penal, etc.), están dadas principalmente por la distinta naturaleza de las normas de derecho material (públicas o privadas) que el órgano jurisdiccional aplica en la sentencia.

Pero la función judicial que se realiza por y sólo a través del proceso, consistente en la actuación del derecho objetivo, es siempre la misma e idéntica cualquiera sea la norma jurídica de cuya aplicación se trate.

En la línea de razonamiento seguida en la exposición esquemática que antecede, se ha puesto de manifiesto, como fue nuestro propósito, que tanto la acción civil como la penal tienen características o modalidades propias que las singularizan y diferencian entre sí; pero también se ha puntualizado que, por encima de ellas, ambas persiguen una finalidad práctica que les es común o coincidente, cual es la de provocar el ejercicio de la jurisdicción en la que va incita la facultad de dar “andamio” al proceso.

Que una la ejercite en forma exclusiva el particular y se dirija a obtener el reconocimiento o realización de un pretendido derecho subjetivo privado (acción civil) y que la otra esté preferentemente a cargo de un órgano oficial (ministerio público fiscal) y tienda a satisfacer una pretensión punitiva del Estado (acción penal), es indiscutible que tales circunstancias nos advierten las notables diferencias que existen entre ambas acciones y que inciden, evidentemente, en los respectivos procesos en que las mismas se ejercitan. Pero es forzoso reconocer también, que idéntico propósito, cual es la actuación del dere-

cho objetivo o, lo que es lo mismo, la obtención de una sentencia, anima o mueve a ambas acciones.

Alcalá Zamora y Castillo, decididamente partidario de la unidad conceptual que se postula, recordando a Carnelutti en su conocida distinción entre poder-deber y poder derecho, referida a la acción penal o civil, respectivamente, expresa que existe una unidad conceptual y teleológica al afirmar: "Así, pues, el deslinde efectuado por Carnelutti, al tener carácter subjetivo y no objetivo, y al ser dentro de cada campo procesal relativo y no absoluto, respeta la unidad teleológica de la acción y se limita a diferenciar dos modalidades de su ejercicio".

En segundo lugar, Alsina, en uno de sus trabajos mencionados, y también en su Tratado, historiando el desenvolvimiento de las ideas de los autores, en punto a unidad, concluye de este modo: "...esas diferencias no hacen a la esencia sino a la estructura del proceso, impuesta por la distinta naturaleza de la materia a decidir, y que es posible una teoría general que comprenda los principios fundamentales que los informan, lo que no importa, desde luego, una identificación ni respecto de la acción ni respecto del proceso...".

El movimiento científico que, con el correr de los años culminaría afirmando la autonomía del proceso y del derecho que lo regula, comenzó cabalmente con las investigaciones realizadas acerca de la acción.

Advertidos y señalados los errores de la tradicional concepción civilista que, como se sabe, concluía por identificar la acción con el derecho subjetivo, surgieron nuevas teorías de lo más dispares, como se vio anteriormente, en las que, por lo general, se configura la acción como un derecho a la tutela jurídica, destacándose su autonomía respecto del derecho material que, por la misma, generalmente se hace valer. Esas distintas teorías, elaboradas

originariamente para la acción civil, fueron luego transplantadas al proceso penal con las modificaciones que la índole del mismo impone, y a pesar del reparo fundamental que un prestigioso autor opone cuando, textualmente, afirma: "Para el estudio de la acción penal, hemos de guardarnos de seguir el esquema que se sigue en el estudio de la civil", estimamos que, más que por las diferencias existentes entre ambas acciones por sus evidentes afinidades, se llegará a la formulación de un concepto único de la acción.

Así como la concepción unitaria de la jurisdicción no ha tardado en imponerse en la doctrina moderna, y la del proceso parece correr la misma suerte, esperamos no esté lejano el momento en que, superándose los accidentes que hoy parecieran difícil salvar, pueda afirmarse idéntico destino para el instituto de la acción...".

## 2.2. *Mis conclusiones en este tramo*

Las ideas de Eduardo Carlos datan del año 1959. Sin embargo el tiempo transcurrido desde que formulara esas lúcidas concepciones parece que no ha sido un tiempo lo suficientemente fértil para cimentar la unidad en la teoría general del proceso.

El hecho resulta en cierta forma inexplicable si se tiene presente el cúmulo de argumentos racionales y serios a los que apeló Carlos para demostrar la identidad conceptual de la acción y del proceso son válidos y vigentes.

Quizás podría acordar que en aquellos tiempos donde se generaron las ideas de Carlos algunos temas (especialmente iusfilosóficos) presentaban problemas casi insolubles para ser despejados (no había penetrado la ideología *garantista* en toda su *intensidad*, o por lo menos no tenía la misma consistencia que manifiesta en el presente) y, por tanto costaba desprenderse de ciertas ideas demasia-

do publicistas en el proceso penal y civil (principio de legalidad, imposibilidad de mediar un conflicto penal, refutación de la idea de la verdad real, ponderación de la prueba de oficio, etc.). Y esas rémoras autoritarias –ya sabemos– constituyen serios obstáculos para edificar una ideología común para ambos procesos.

En otras palabras, creo que las ideas de Carlos hubieran rendido muchos más frutos en la *actualidad* ya que podría inscribirlas en un contexto ideológico más refinado que le hubiera otorgado más volumen científico.

Ratifica lo expuesto el hecho que Carlos centrara su análisis, muy preciso, por cierto, casi exclusivamente en el plano normológico de la ciencia del proceso. Resumiendo, sus exhortaciones no lograron atraer al grueso de la dogmática y tampoco se alcanzó en las facultades de derecho una unidad académica en el desarrollo del tema.

### 3. Informe de la “situación” respecto a la unidad de la teoría general del proceso en el ámbito civil y penal

#### 3.1. Teoría general del proceso civil. Crítica a su “encapsulamiento”

Ubicados en el presente se impone realizar un cotejo ideológico y dogmático para corroborar que pudo concretarse de aquellas antiguas aspiraciones unitarias.

En primer lugar, si el estudio se concentra en el ámbito específico del derecho procesal civil, se advierte que la evolución hacia tendencias “comunes” operada en sus diversas ramas (civil, comercial, laboral, administrativo, agrario, etc.) exhibe un panorama razonable, podría decirse casi alentador. En efecto: se ha consolidado en el área del proceso civil, en especial a partir de la segunda mitad del siglo XX, una teoría general del proceso que

encierra postulados *relativamente* homogéneos. Y el término *relativo* lo uso por cuanto, como luego se verá, si bien hay acuerdos en algunos puntos esenciales, no existe un consenso pleno sobre varias nociones estructurales del derecho procesal, por ejemplo, sobre los conceptos de *la acción, el proceso y la jurisdicción*.

Además, persiste todavía una tendencia en “fogonear” la autonomía de algunas de las ramas del derecho procesal civil que todavía no se acallaron. Pero aún con los reparos formulados, igual podría aceptarse que la teoría general del proceso civil ganó un desarrollo especulativo importante.

Sin embargo ese logro estuvo acompañado de lamentable *error*: mantuvo los avances científicos alcanzados en una suerte de “*encapsulamiento interno*” (es decir, dentro de sus propias fronteras de conocimiento).

Más aún: los mentores del trazado de algunas líneas *unitarias* dentro del proceso civil no se preocuparon mayormente en buscar la *compatibilidad* de sus enunciados con los que se venían sosteniendo (en paralelo) en el campo de la teoría general del derecho procesal penal.

Dicho en otros términos: la teoría general del proceso civil pretendió homogeneizar sus elementos estructurales (y más allá de no alcanzar totalmente ese logro) tampoco esa tendencia fue expuesta por la dogmática con una vocación “*expansiva*” hacia el campo de la teoría general del derecho procesal penal.

Y tengo para mí que si se hubiera asumido el desarrollo de una teoría general unitaria de “*todo*” el derecho procesal la comunidad de ideas hubiera sido un objetivo más cercano de alcanzar. Diversos factores, que luego analizaré, confluyeron para que esa división se mantuviera latente, pero este es, mal que nos pese, el panorama “*separatista*” instalado hoy entre el proceso civil y el proceso penal.



### 3.2. Teoría general del derecho procesal penal. Su aislamiento

En segundo lugar, los avances en la formulación de la teoría general de derecho procesal penal, no escapó a esa constante de “aislamiento” doctrinal. Nuevamente la elaboración de sus construcciones teóricas se efectuaron en los límites de *su propia área* de estudios.

Se repitió, por tanto, el *mismo error* que se le achaca a las tesis elaboradas en el ámbito del proceso civil: no observar al derecho procesal como una “unidad” conceptual, sino como una suma de compartimentos o estancos.

Así, el esfuerzo de los estudiosos del derecho procesal penal, cristalizados en una teoría general de notable refinamiento y preñada de ideas *garantistas*, al haber sido elaborada en forma “*centrípetas*” (limitando su aplicación dentro del campo específico del derecho procesal penal) no permitió que el derecho procesal civil se *enriqueciera* con esa experiencia doctrinal y normativa gestada.

Realmente, es un pecado científico, por ejemplo, que las ideas de Luigi Ferrajoli, (que consagran la “*quinta esencia*” de un derecho penal de “mínima y un derecho procesal penal “de garantías”) no hayan tenido la debida difusión y aplicación en el ámbito del proceso civil.

Esa omisión pretenderá ser salvada –en parte– con la difusión de su pensamiento.

#### 3.2.1. Ideas fuerza de Ferrajoli sobre el derecho penal sustancial

De hecho, no es posible, en el contexto de este trabajo, reflejar en extenso el nudo del pensamiento del filósofo italiano. Sin embargo, no resistí a la tentación de

brindar algunos trazos de centrales de quién es, en mi concepto el máximo exponente del derecho penal y procesal penal garantista.

Pero así como traje a colación –anteriormente– las ideas del procesalista penal Vázquez Rossi, la transcripción del nudo central del ideario de Ferrajoli no puede estar ausente en el marco de una teoría unitaria que en el plano ideológico le debe mucho –casi todo–, a las construcciones garantistas de los procesalistas penales. No sólo eso, las ideas sobre el derecho penal sustancial “de mínima” (luego se explicará la expresión) tienen también mucho que ver con la visión del derecho como freno al poder jurisdiccional. Y en este terreno, insisto, los procesalistas penales de cuño garantista tienen mucho para enseñarnos, como seguidamente lo demostraré.

En primer lugar, en el plano del derecho penal sustancial, sostiene Ferrajoli<sup>7</sup> uno de sus rasgos característicos que lo llevan a una visión menos mítica y absoluta del derecho: *la separación* entre *derecho* y *moral*.

Esta separación es uno de los puntos cruciales que separan al positivismo jurídico del iusnaturalismo, ya que para los adeptos a la última concepción existe una conexión conceptual necesaria entre derecho y moral.

Ferrajoli, afirma que si la ética es “sin verdad” (por ser los juicios éticos valorativos y no cognoscitivos), una justicia penal no arbitraria debe ser en alguna medida “con verdad”, es decir, basada en juicios penales predominantemente *cognoscitivos* (de hechos) y *recognoscitivos* (del derecho), sujetos como tales a *verificación empírica*.

Esta concepción *cognoscitivista* de la jurisdicción, junto a la convencionalista y empirista de la legislación, de la que es complementaria, se dirige a asegurar logros éticos políticos de la cultura penal ilustrada.

<sup>7</sup> Ferrajoli, Luigi, ver en ob. cit., p. 218 y sigs. y 253 y sigs.

El escepticismo moral es uno de los presupuestos de la teoría positivista crítica del derecho. El escepticismo moral no *equivale a nihilismo moral*, no impide ni considera carente de sentido a las valoraciones morales. El escepticismo moral es una posición meta-ética que analiza el status cognoscitivo de los juicios de valor. Rechaza que ellos describan alguna realidad *moral independiente* (hechos morales) y por ende que sean susceptibles de ser verdaderos o falsos.

A esto apunta Ferrajoli cuando se refiere a la ética sin verdad. Si no existen *verdades morales* (es decir, absolutas) la legislación penal es convencional y se traduce en el adagio latino: "*auctoritas, non veritas facit legem*".

La ley penal no se deriva de alguna configuración previa de raíz ontológica extra-legal que determine cuáles comportamientos son *pecaminosos* y deben ser *considerados delitos "per se"*. Lo que confiere a estos (a los delitos) el carácter de tales es lo que con la *autoridad* que dice la *ley*.

Es cierto que los derechos y garantías recogidos en la constitución no lo son ex-nihil, el principio de reserva legal como todos aquellos que garantizan las libertades básicas de los habitantes y ciudadanos de un país tienen en general una fundamentación filosófico-política. Pero todos ellos son principios de carácter normativo, son finalidades, valores, intereses, necesidades, extra-estatales y meta-jurídicos, *sólo su positivización en las constituciones los convierte en principios jurídicos*.

Los actuales estados de derecho, han *incorporado* en las *constituciones* los denominados derechos *humanos fundamentales*. Entre ellos el que Ferrajoli llama, con acierto, principio de estricta legalidad<sup>8</sup>. Este principio que puede sintetizarse como "*nullum crimen, nulla poena sine lege et sine culpa*", debe ser interpretado *estrictamente*.

<sup>8</sup> Ferrajoli, Luigi, ob. cit., p. 373 y sigs.

Esta es la única alternativa coherente con la concepción del derecho penal ilustrado y que se opone, como el jurista italiano afirma, al oscurantismo penal representado por las concepciones: positivista-antropológica del "delincuente natural", la doctrina nazi del "derecho penal de la voluntad" o del "tipo de autor" y la estalinista del "enemigo del pueblo". Este tipo de oscurantismo se visualiza en el modelo que se propone actualmente como de "tolerancia cero".

Este desvío de los principios constitucionales puede consumarse si el legislador, presionado por ciertos sectores de la sociedad que los ignoran deliberadamente, configura los delitos o infracciones recurriendo a variados presupuestos subjetivos tales como la mera "sospecha", "la peligrosidad social del sujeto", o ciertos "estatus" subjetivos como el de "vago", "merodeador", "proclive a delinquir", o de "tendencias delictivas", o sobre la base de lo que indica el "sentido común", etc<sup>9</sup>.

Esos grupos definidos ideológicamente y muy activos en la sociedad se resisten a *aceptar el significado* de las garantías constitucionales y le reclaman a los legisladores la penalización de aquellas acciones que afectan sus preferencias *morales*, e incluyen dentro de sus peticiones que se sancione toda acción que en su sentir pueda resultar intimidatoria, atribuyéndolo a sus agentes un cargo subjetivo como el de "estado de sospecha criminal".

La tesis de Ferrajoli es que estas técnicas que proponen la atenuación y disolución de la estricta legalidad penal, intentan la persecución y castigo no "*quia prohibitum*", sino "*quia peccatum*".

<sup>9</sup> Ferrajoli, Luigi, ob. cit., p. 267 y sigs.

### 3.2.2. *Derecho penal y procesal de mínima y de máxima (garantismo o autoritarismo) en el concepto de Ferrajoli.*

También nos ilustra Ferrajoli que los sistemas de derecho y de responsabilidad penal distinguidos en los oscilan entre dos extremos opuestos, identificables no sólo con las dicotomías saber/poder, hecho/valor o cognición/decisión, sino también con el carácter condicionado o incondicionado, o bien limitado o ilimitado, del poder punitivo.

El modelo garantista para Ferrajoli<sup>10</sup> presenta *límites o prohibiciones* que hemos identificado como garantías del ciudadano contra el *arbitrio o el error penal*: según este modelo, no se admite ninguna imposición de pena:

- sin que se produzcan la comisión de un delito;
- su previsión por la ley como delito;
- la necesidad de su prohibición y punición;
- sus efectos lesivos para terceros;
- el carácter exterior o material de la acción criminosa;
- la imputabilidad y la culpabilidad de su autor y, además;
- su prueba empírica llevada por una acusación;
- ante un juez imparcial en un proceso público y contradictorio;
- con la defensa y mediante procedimientos legalmente preestablecidos.

Por el contrario, los modelos autoritarios descritos en se caracterizan por la *debilidad o la ausencia* de alguno o algunos de estos *límites* a la intervención punitiva del estado, hasta los casos extremos en que puede ocurrir que se pene sin que se produzca ninguna condición judicialmente comprobable y/o legalmente predeterminada.

<sup>10</sup> Ferrajoli, Luigi, ob. cit., p. 103 y sigs.

Por esto el primer modelo puede ser identificado con el del estado de derecho: entendiendo por esta expresión un tipo de ordenamiento en que el *poder público*, y específicamente el penal, está *rígidamente limitado y vinculado a la ley en el plano sustancial* (o de los contenidos penalmente relevantes) y bajo el procesal (o de las formas procesales *vinculantes*).

Los modelos decisionistas, en cambio, sirven para configurar sistemas de control penal propios del estado absoluto o totalitario: entendiendo por tales expresiones cualquier ordenamiento donde los poderes públicos son *legibus soluti* o “totales”, es decir, *no disciplinados por la ley y, por tanto, carentes de límites y condiciones*.

Ferrajoli llama a estos dos extremos “derecho penal mínimo” y “derecho penal máximo”, refiriéndome con ello bien a los mayores o menores vínculos garantistas estructuralmente internos al sistema, bien a la cantidad y la calidad de las prohibiciones y las penas en él establecidas.

Entre los dos extremos, se ha visto, existen muy diversos sistemas intermedios, hasta el punto de que deberá hablarse más propiamente, a propósito de las instituciones y ordenamientos concretos, de tendencia al derecho penal mínimo o de tendencia al derecho penal máximo.

En los ordenamientos de los modernos estados de derecho, caracterizados por la diferenciación en varios niveles de normas, éstas dos tendencia opuestas conviven entre sí, caracterizando una a los niveles normativos *superiores* y la otra a los niveles normativos *inferiores*, y dando lugar, con su separación, a una ineffectividad tendencial de los primeros y a una ilegitimidad tendencial de los segundos.

Es claro que el derecho penal mínimo, es decir, condicionado y limitado al máximo, corresponde no sólo al máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, sino también a un ideal de racionalidad y de certeza.

Con ello resulta excluida de hecho la responsabilidad penal todas las veces que sean inciertos o indeterminados sus presupuestos.

Bajo este aspecto existe un nexo profundo entre garantismo y racionalismo. Un derecho penal es racional y cierto en la medida en que sus intervenciones son *previsibles*; y son previsibles sólo las motivadas por argumentos cognoscitivos de los que sea decidible procesalmente, incluso con los límites más arriba puestos de manifiesto, la “verdad formal”.

Y una norma de clausura del modelo de derecho penal mínimo informada por la certeza y la razón es el criterio del “*favor rei*”, que no sólo permite, sino que exige, intervenciones potestativas y valorativas de exclusión o de atenuación de la responsabilidad cada vez que subsiste incertidumbre en cuanto a los presupuestos cognoscitivos de la pena.

A este criterio son referibles instituciones como la presunción de inocencia del imputado hasta la sentencia definitiva, la carga de la prueba a cargo de la acusación, el principio “*in dubio pro reo*”, la absolución en caso de incertidumbre sobre la verdad fáctica y, por otro lado, la analogía *in bonam partem*, la interpretación restrictiva de los supuestos típicos penales y la extensiva de las circunstancias eximentes o atenuantes en caso de dudas sobre la verdad jurídica.

En todos estos casos tenemos, ciertamente, discrecionalidad. Pero se trata de una discrecionalidad dirigida no a extender, sino a excluir o reducir la intervención penal en cuanto no motivada por argumentos cognoscitivos seguros.

A la inversa, el modelo de derecho penal máximo, es decir, incondicionado e ilimitado, es el que se caracteriza, además de por su excesiva severidad, por la *incertidumbre y la imprevisibilidad de las condenas y de las penas*; y que, consiguientemente, se configura como un sistema de po-

der *no controlable racionalmente* por ausencia de parámetros ciertos y racionales de convalidación y de anulación.

Debido a estos reflejos, el sustancialismo penal y la *inquisición procesal* son las *vías más idóneas* para permitir la máxima expansión e incontrolabilidad de la intervención punitiva y, a la vez, su máxima incertidumbre e irracionalidad. Por un lado, en efecto, la equivalencia sustancialista entre delitos y “*mala in se*”, aun cuando en abstracto pueda parecer un criterio más objetivo y razonable que el nominalista de la identificación del delito con lo que es declarado tal por el legislador, concluye en la ausencia del límite más importante al arbitrio punitivo que, además, es la principal garantía de certeza: la rígida predeterminación respecto del proceso de lo que es calificable como delito.

Por otro lado, la *investigación inquisitiva* con cualquier medio de “*verdades sustanciales*” ilusorias, más allá de los limitados recursos ofrecidos por el respeto a las reglas procesales, conduce de hecho, y tanto más si se une al carácter indeterminado o valorativo de las hipótesis regales de desviación, al predominio de las *opiniones subjetivas* y hasta de los prejuicios irracionales e incontrolables de los juzgadores.

Condena y pena son en estos casos “incondicionadas”: en el sentido de que dependen únicamente de la supuesta sabiduría y equidad de los jueces.

La certeza de derecho penal mínimo *de que ningún inocente sea castigado* viene *garantizada por el principio “in dubio pro reo”*. Es el fin al que tienden los procesos regulares y sus garantías. Y expresa el sentido de la presunción de no-culpabilidad del imputado hasta prueba en contrario: es necesaria la prueba —es decir, la certidumbre, aunque sea subjetiva— no de la inocencia sino de la culpabilidad, sin tolerarse la condena sino exigiéndose la absolución en cave de incertidumbre.

La incertidumbre es en realidad resuelta por una presunción legal de inocencia en favor del imputado precisamente porque la única certidumbre que se pretende del proceso afecta a los presupuestos de las condenas y de las penas, y no a los de las absoluciones y de las no penas.

Por lo demás, es ésta la forma lógica de todos los principios garantistas más arriba formalizados: los cuales, como se ha observado, establecen las condiciones *necesarias* en ausencia de las cuales no es lícito castigar y no las suficientes en presencia de las cuales no es lícito no castigar. El mismo modelo de responsabilidad penal en un sistema que hemos propuesto como modelo *garantista*, ha sido concebido por nosotros como un sistema lógicamente abierto, es decir, susceptible de ser ulteriormente perfeccionado y reforzado en el plano teórico y normativo por la inclusión de otras garantías: y por eso no hemos querido establecer, como su clausura, el principio según el cual, al darse conjuntamente todas las condiciones o garantías del sistema, la pena debe tener lugar.

*La certeza de derecho penal máximo de que ningún culpable quede impune* se basa, en cambio, en el criterio opuesto pero, igualmente subjetivo, *in dubio contra reum*. Indica una aspiración *autoritaria*. Más en general, la idea recurrente de que el proceso penal debe conseguir golpear a todos los culpables es el fruto de una *ilusión totalitaria*. “Un extremado empeño de castigar a los reos, un excesivo rigor, un apresurado castigo”, advertía Francesco María Pagano, “arrastran consigo por fuerza funestos efectos”.

Allí donde una ley escrita con caracteres de sangre manda que el más ligero fallo no quede impune; que todo delito de las tinieblas, en las que la fatalidad lo envuelve a veces, sea necesariamente sacado al claro día de los juicios; que la pena no se separe del delito ni un momento.

Allí será de provecho que aquélla confíe en las manos del juez un arbitrario e inmoderado poder. La *prontitud*

*de la ejecución excluye las formalidades* y sustituye el proceso por la voluntad absoluta del ejecutor. La rigurosa investigación del oculto delito no se realiza más que por medio de un poder ilimitado y de necesarias violencias y atentados sobre la libertad del inocente.

Y semejante ilimitado poder de un *terrible inquisidor* no puede estar sujeto a los lazos de un proceso regular. En tal estado la libertad civil no puede en modo alguno “arraigar”.

Este modelo tiene, por lo demás, una estructura lógica opuesta a la del derecho penal mínimo: en el sentido de que se preocupa de establecer no las condiciones necesarias sino las suficientes para la condena; y no las condiciones suficientes sino las necesarias para la absolución.

Se comprende, conforme a esto, cómo el principio equitativo del *favor rei* —del que la máxima *in dubio pro reo* es un corolario— no sólo no contradice, sino que es incluso una condición necesaria para integrar el tipo de certeza racional perseguida por el garantismo penal.

Este principio no es el único criterio pragmático de solución de las incertidumbres jurisdiccionales. Pero es sin duda el criterio de decisión sobre la “verdad” que de manera más específica caracteriza la incertidumbre subjetiva de la cognición judicial penal respecto de la exigida por otros tipos de conocimiento empírico.

También en los estudios históricos, por ejemplo, se podría distinguir entre historia mínima e historia máxima: la primera constituida por tesis más ciertas y documentadas pero de alcance más limitado y la segunda por interpretaciones más ricas y más audaces pero también menos seguras. En los estudios históricos, sin embargo, no hay razones de principio para contentarse con una historia mínima con preferencia sobre una historia máxima. Las dos historias pueden incluso combinarse: la historia mínima como material histórico relativamente desconfiado, del que es posible inducir con distintos grados de cer-

tidumbre hipótesis de historia máxima también distintas y alternativas entre sí.

En el derecho penal, en cambio, está el deber de decidir. Y la opción por el derecho penal mínimo en relación con el máximo, expresada por la aceptación solamente de las *acusaciones probadas* con certidumbre como condición de las condenas, está justificada—y en los ordenamientos desarrollados impuesta jurídicamente—porque tal deber es también un poder grávido de consecuencias sobre las libertades de los ciudadanos .

Naturalmente, también esta certeza de derecho penal mínimo es siempre una certeza relativa, a causa de *los límites siempre intrínsecos al concepto de verdad procesal*. Respecto del modelo ideal de la “correspondencia” se deberá, pues, hablar, a propósito de los concretos ordenamientos penales descritos, de grados distintos y decrecientes de *certeza* según el número y la cantidad de las garantías penales y procesales de las que carecen.

### 3.3. Las enseñanzas de Luis Calle Calderón

La autorizada palabra de Ferrajoli logró que, a lo largo y a lo ancho de Latinoamérica su mensaje ganara día a día más adeptos.

En oportunidad de asistir en abril del 2000 a las primeras Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal realizadas en la Ciudad de Medellín, Colombia<sup>11</sup>, conté con la chance de acceder al texto de una conferencia, presentada por ante esas jornadas por el procesalista colombiano Armando Luis Calle Calderón. La ponencia compendia (inspirado en muchas de las enseñanzas de Ferrajoli) el ideario de un derecho procesal penal garantista.

<sup>11</sup> El Colegio de Jueces y Abogados de Antioquia tuvo para conmigo la deferencia de invitarme, conjuntamente con el Dr. Alvarado Velloso a disertar sobre la Teoría General Unitaria del Derecho Procesal.

Nuevamente debo insistir que el procesalismo civil garantista debe abreviar, una y otra vez, en las aguas del procesalismo penal del mismo signo y del derecho penal de “mínima”. Es que el procesalismo penal ha visualizado y resuelto mejor la tensión entre el justiciable y el poder jurisdiccional.

Para los garantistas penales el Poder (Judicial) es poder a secas. Y, para penar, se le exige que se den un cúmulo de condiciones necesarias y suficientes. No hay en el procesalismo penal garantista “medias tintas”. Nadie duda sobre la inexistencia de una verdad objetiva. Se habla de grados de certeza. Todos ven al derecho sustancial y procesal como un sistema de exclusas contra el decisionismo judicial. Nadie imaginaría un juez probando contra el imputado. Mucho menos investigando al presunto imputado para luego condenarlo.

Y conste que no digo que todas esas lacras no están presentes en los ordenamientos procesales penales de cuño autoritario. Lo que expreso es que el procesalismo penal garantista tiene muy en claro que debe derribarlas si quiere preservar la dignidad humana ¡sería fantástico que el procesalismo civil abrevara de esas límpidas aguas!

En esta línea de marcar lo racional, lo lógico, lo garantista, se inscribe el pensamiento del profesor Colombiano Calle Calderón<sup>12</sup>.

“El derecho procesal penal “ilustrado” no puede apartarse del respeto irrestricto de los siguientes ejes conductores:

1) Leyes preexistente al acto que se imputa (principio de legalidad procesal o prohibición de leyes *ex post facto*) que, correlativamente, implica el principio de la aplicación de la ley más favorable en toda sucesión de leyes, y de cualquier ley. La favorabilidad opera siempre, a condición de que entre dos o más normas aplicables a un mis-

<sup>12</sup> Calle Calderón, Luis, ponencia, *Bases para una fundamentación político constitucional del debido proceso*, Medellín, Colombia, abril de 2000.

mo caso o a una misma situación, frente a una de ellas se pueda elaborar el juicio de “más favorable”.

2) Juez o tribunal competente, que quiere decir también y más urgentemente, *juez independiente* (con independencia interna y externa en función de la realización de su condición de garante de los derechos fundamentales). Y con la irreductible posibilidad procesal de la recusación, precisamente para la ambientación de su independencia y en términos de su credibilidad frente a los ciudadanos. Que quizá sea así como se puede construir la legitimidad del juez y su dimensión política.

3) Plenitud de las *formas* propias de cada *juicio*, que en nuestra metodología quiere decir la definición de una estructura procesal siempre en favor de las garantías de la contradicción, de la publicidad y de la defensa, técnica y material y la prohibición de dilaciones injustificadas. Y, en consecuencia, la prohibición de los procesos *breves* y *sumarios* y de la *concentración en un mismo funcionario* de las funciones de *investigación y juzgamiento*.

4) Presunción de inocencia, que es la prescripción de la coerción hasta tanto no haya sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada. El principio encuentra su negación, en términos lógicos y políticos (como principio), en las medidas cautelares personales, especialmente en la prisión preventiva y provisional, lo que ha dado para hablar de la contradicción fundamental entre el “estado de inocencia” y la “detención preventiva”, sólo superable de modo definitivo con la abolición radical de la segunda, que no deja de ser una tesis rigurosa y plausible porque algunos, inclusive sus más cercanos partidarios, el mismo Ferrajoli, por ejemplo, estimen que en las condiciones actuales se trata de una quimera.

5) El derecho de defensa y la asistencia de un abogado, convencional o de oficio, en todos los momentos de la persecución.

6) Un proceso *público* y derecho de *contradicción*, que es oportunidad de conocer las imputaciones y los cargos, de pedir pruebas de cara a los mismos, de participar en la práctica de las pruebas, de alegar antes de la evaluación judicial de las mismas y de impugnar. Se trata, ni más ni menos, de que si es el imputado quien habrá de soportar la pena del proceso y de la pena misma, a él se le permita participar en la elaboración de su propio caso.

7) Principio de la prohibición de la múltiple persecución o del *non bis in idem*, que dice que la legitimación externa que se le entrega al Estado para que por medio de la Fiscalía General ejerza el *ius puniendi*, es por una sola vez, con prescindencia de cualquier otra consideración. La idea se complementa con la noción de la no *reformatio in pejus*. Se trata, en fin, de las consecuencias propias y necesarias de una comprensión *garantista* del discurso de los derechos fundamentales y del derecho penal, y del monopolio del “derecho de castigar” en manos del Estado.

8) La nulidad de pleno derecho de la *prueba* obtenida con *violación de las garantías del debido proceso*. Es decir, su inexistencia y, por lo tanto, la prohibición de su valoración. Que significa también la prohibición de derivar alguna consecuencia de la prueba obtenida ilegalmente. Supone despreciar como evidencia todo aquello que se deduzca de la prueba obtenida en forma ilegal es la única posibilidad legítima y coherente en un Estado social y democrático de derecho, en el que las garantías no pueden ser objeto de *matices* (a la mejor manera de Dworkin, “*derechos en serio*” o derechos, inclusive, anti - mayoría). Por supuesto, siendo el respeto por las garantías del debido proceso el problema mismo de la legitimidad del poder punitivo, esa es la única opción posible, opción que por lo demás y en el cuerpo de la polémica planteada, se adscribe a la teoría “*de los frutos del árbol venenoso*”. Una opción contraria, aquella que tendría por plausible la utili-

zación de “algo”, aún reconociéndose la inconstitucionalidad definitiva del medio, haría incurrir al Estado en una contradicción insalvable, cual sería la de abrogarse la capacidad para derivar de la ilicitud, consecuencias jurídico-probatorias, diferentes a la misma prohibición de la valoración.

9) El principio de libertad, que en articulación con el principio de presunción de inocencia, tendría que entenderse, en primer lugar, como la prohibición de cualquier coerción estatal mientras tanto no haya sentencia condenatoria debidamente *ejecutoriada*, lo que conduciría a la interdicción, por lo menos, de la detención preventiva o provisional; en segundo lugar, a la exigencia de que las medidas coercitivas siempre sean de la competencia del juez. Carlos Nino es quien en los últimos tiempos ha recordado que “el ideal de una democracia liberal es que entre el individuo y la coerción estatal se interponga siempre un juez”, y, en tercer lugar, a que toda limitación de la libertad esté condicionada a los supuestos estrictamente regulados por el pacto constituyente.

10) Principio de *congruencia*, que por virtud de la prohibición de cualquier indefensión, exige que el juez competente no dicte sentencia sino por los *cargos planteados por el titular de la pretensión* punitiva en la resolución de acusación.

Como tendría que significar que el juez tuviese que estar *vinculado* por el desistimiento que de la pretensión llegare a formular el fiscal, incluso por vía de la petición de sentencia absolutoria durante la diligencia de audiencia pública. Así resultan detestables por *inconstitucionales* tanto la variación de la resolución de acusación “por prueba sobreviniente”, como la nulidad de la resolución de acusación cuando al juez competente le parece que la pretensión está “mal elaborada”.

En el primer caso, porque se *desestabilizaría* cualquier principio de igualdad en función de un juicio de “partes”

y de cara a un juez independiente e imparcial, y, en el segundo caso, porque se derogaría el principio *acusatorio* y, de ese modo, *se involucionaría* hasta el viejo juez *inquisitivo*, que concentraba en él todas las razones del “proceso” y que, por ello mismo, es la más perfecta negación del Juez. Como lo dice Nino, “no basta que hayan funcionarios que se denominan “jueces”, sino que ellos satisfagan condiciones de independencia respecto de los demás poderes del Estado”.

### 3.3.1. Mis reflexiones

Sumando mis reflexiones a la de Calle Calderón, me queda claro que esos axiomas garantistas prescriptos para el derecho procesal penal cobran plena vigencia, con prescindencia de ciertas modificaciones, no sustanciales, que provienen de particularidades propias de ciertos procesos civiles: procesos ejecutivos, juicios en los cuales la imputación no es a título de culpa sino por la utilización de cosas riesgosas (en donde se invierte la carga de la prueba, etc.).

Ya lo he dicho más de una vez: el “estado de inocencia” rige para todo sujeto que está sometido a un proceso de conocimiento. Quién se auto-atribuye la existencia de un derecho a su favor en un proceso debe afirmarlo y probarlo. Debe convencer al juez, formar su certeza. Si no lo logra, no es la función del poder judicial probar en lugar del negligente. Si la actor, en la “pelea” procesal, se le suma el juez, para suministrar elementos de cargo contra el demandado, eso no es una “pelea” sino una “paliza”. Si el juez sale a probar contra el actor destruyendo sus pruebas, no es que se llegue a la verdad real (de suyo inasible) lo que se obtiene es un juzgador que litiga con las partes en lugar de fallar la causa, cosa que es bien distinta.

Frente a la hondura del pensamiento procesal ilustrado, se torna más inexplicable *desinterés* por parte del



procesalismo civil para verificar si los postulados esenciales sobre las que se estructuraba una teoría general del derecho penal (de mínima) y del derecho procesal penal “garantista” no debían adoptarse, para el proceso civil, cuanto antes.

Faltó el análisis sobre los logros del sistema de procesamiento acusatorio, diferenciación de los papeles de los sujetos procesales, prohibición de producir pruebas de oficio por parte del Tribunal, garantía absoluta de imparcialidad del juzgador, etc., es decir, de los axiomas que aparecen como de *inexcusable aplicación* a la teoría general del proceso civil, y que conformaban un presupuesto de base para edificar ideas unitarias y garantistas en ambos frentes.

De hecho que no estoy afirmando, como lo dije más arriba, que *todos* los postulados del derecho sustancial son aplicables derechamente a los litigios que se componen en la órbita civil. Un caso claro es la posibilidad en procesos civiles de aplicar la analogía para resolver el caso, extremo que está vedado en el derecho penal sustancial y procesal.

Pero lo que sí afirmó que todo el espíritu que se desprende del derecho penal de mínima y del derecho procesal acusatorio supone en esencia límites al poder discrecional del Estado (y en este caso concreto al poder jurisdiccional). También marca un claro marco de respeto hacia el estado de inocencia de las personas (válido también para el proceso civil en pleitos de conocimiento).

En fin, dejando de lado lo que no puede aplicarse el ideario garantista, en su conjunto, es una ideología que debe implantarse en el proceso civil. Así de simple.

Para concluir, no se advirtió, la real utilidad de hermanar los esfuerzos científicos e ideológicos que se realizaban por separado. El procesalismo civil manifestó una soberbia que le hizo mucho daño a nuestra ciencia. Y con esa ficticia división produjo un desmembramiento y dis-

persión de los esfuerzos doctrinarios de los que, ahora, costará mucho salir. La materia pendiente, como ya se señalara, es no haber asumido una labor de *integración y unidad entra ambas teorías*.

#### 4. Tendencias hacia la autonomía en alguna de las ramas del derecho procesal civil

Regresando a la esfera de la teoría general del proceso civil, para seguir los pasos dados hacia una evolución “comunitaria” de sus ideas, y sin *desdecirme* de la afirmación que en esta parcela del derecho procesal la dogmática ha elaborado una teoría general del proceso mucho más perfeccionada y aplicable a *todas* sus “ramas”, no es menos cierto, que las “aguas unitarias” por las que transita la doctrina (aún en estas fronteras internas) presentan, todavía, importantes turbulencias.

En la actualidad pueden computarse un número importante de procesalistas que pretenden, por ejemplo, rescatar una “autonomía” propia para alguna de las ramas del proceso civil. Han brindado argumentos de distinto calibre para justificar esa pretensión “separatista” que, de hecho, no *convencen*. Esa es, por ejemplo, una vieja aspiración perseguida por la mayoría de los autores dedicados al estudio del proceso *laboral*. En efecto: existe una fuerte corriente doctrinaria pretende escindir el proceso laboral de los criterios comunes que informan la teoría general del proceso “civil”. En otros términos, lo que plantean es el desarrollo de una suerte de “ciencia del proceso *laboral*” dentro de la “ciencia del proceso civil”.

Va de suyo que si aquí se está argumentando a favor de una teoría unitaria del derecho procesal –integrada con postulados compatibles para todo tipo de procesos– las tesis que aspiran a una autonomía teórica de alguna de las *ramas*, dentro del propio ámbito del derecho civil, merecen mis más *severas críticas*.

5. *Una ponencia que se oponía a la autonomía científica del derecho procesal laboral. Algunas de las bases sobre las que sustentó la Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*

Hace ya varios años, en el marco del XVII Congreso Argentino de Derecho Procesal<sup>13</sup>, trabajando en la comisión de derecho procesal laboral me convertí en testigo presencial<sup>14</sup> de la ardua discusión suscitada en torno a la conveniencia o inconveniencia científica de concederle “autonomía” a esa rama. También tuve oportunidad rebatir ideas “separatistas” o “autonómicas” que tenían un consenso muy importante.

Mis reparos se concentraron en una ponencia a la que denominé “*La Inconveniencia Científica de Postular la Autonomía del Derecho Procesal Laboral*”<sup>15</sup>. La tesis que sostenía en mi ponencia fue recogida –en *disidencia*– en las conclusiones del trabajo de comisión.

El dato *histórico* exterioriza, por un lado, lo antiguo de mis ideas “comunitarias” sobre la teoría general del proceso y, por el otro, (habida cuenta que la comisión primó como criterio de la mayoría que postulaba la necesidad de consagrar una cierta *autonomía* científica del derecho procesal laboral) lo difícil (más bien lo “tortuoso”) que ha sido el tránsito hacia la “unidad” en la teoría general del proceso, aún –insisto– en el marco de la teoría general del proceso civil.

<sup>13</sup> El XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal se realizó en Termas de Río Hondo, Santiago del Estero, Argentina, del 19 al 22 de mayo de 1993.

<sup>14</sup> Tuve el honor que se me designara vicepresidente de la Comisión de Derecho Procesal Laboral, que abordó el tema: *Reformulación del Proceso Laboral. Vigencia de la Oralidad*.

<sup>15</sup> Esa ponencia fue luego reproducida en la “Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal”, Volumen II, N° 25, Bogotá, Colombia, año 1999, bajo el título *Los cambios finales del siglo XX y la autonomía científica del derecho procesal laboral*, Ediciones Librería del Profesional.

Queda claro, entonces, que el recorrido del sinuoso sendero en pos de la *unidad* del derecho procesal no se redujo sólo a buscar la compatibilidad entre el derecho procesal civil y penal (que desde siempre se presentó las *diferencias* más importantes de sortear) sino, como se dijo, también supuso el desafío de superar los escollos “*separatistas*” que deben afrontarse en el andarivel propio de la teoría general del derecho procesal civil.

5.1. *El contenido de la ponencia y su vigencia actual*

Aquellas ideas contenidas en la ponencia a la que hice referencia, vinculadas con la *unidad procesal* (en todas las áreas del proceso civil), miradas desde la perspectiva *actual*, no han perdido su *vigencia*. Y esa validez, mantenida hasta el presente, es la que me persuade a la transcripción de algunos breves párrafos de aquel antiguo trabajo, adicionándole alguna que otra reflexión fruto de mis cavilaciones en el presente.

Es que el contenido de las argumentaciones siguientes ayudará para que el lector se empape de otros argumentos que respaldan las nociones “comunitarias” (que ya informaban, por entonces, a la todavía imberbe teoría general unitaria del derecho procesal).

5.1.1. *¿Autonomía del derecho procesal laboral?*

La ponencia comenzaba con un interrogante:

¿Será exacto que estaremos colaborando con el desarrollo científico del derecho procesal laboral si pretendemos para el mismo una formulación autónoma, propia, específica y singular, apartada de la discusión genérica (y más amplia) sobre el tipo de proceso ideal y común que queremos forjar en todas las ramas de nuestra disciplina?

Y esa pregunta encontraba la siguiente respuesta:

El interrogatorio es, desde ya, difícil de responder, pero me lleva a reflexionar que hoy, no ya en el derecho procesal laboral sino en el “genérico” *tronco* del derecho procesal, las nociones elementales sobre las que se anuda la plataforma científica del proceso se encuentran en pleno debate y, también, en una constante mutación. En efecto: los conceptos sobre la acción, jurisdicción y proceso, lejos de estar consolidados, siguen siendo profundamente re-elaborados. Y esas nuevas formulaciones sobre las nociones estructurales de la ciencia del proceso busca alcanzar un consenso, o si se quiere una uniformidad, que debería tener una incidencia operativa en la estructura y la unidad científica que se propone –sin exclusiones– para “todo” debate judicial.

Ahora bien, de ese estado de “evolución o crisis” de las ideas lo ideal sería pasar a un estado de consolidación o consenso dogmático que permita asentar las bases doctrinarias de una teoría que, en la búsqueda de su unidad, necesita de una amarre firme de donde partir.

Por tanto, no parecería *conveniente* que el derecho procesal laboral *se aparte* de la especulación doctrinaria, que compromete a toda la doctrina procesal (sin distingo alguno).

Si el tema convocante es la “*unidad*” del derecho procesal, se trata de *aproximar las ramas al tronco común*, y no al *revés*. Por una simple economía de esfuerzos, entre otras razones, se aprovecharía el formidable efecto de cambio que en el procesalismo científico ha provocado, por ejemplo, las brillantes ideas del maestro mexicano Humberto Briseño Sierra, continuadas y enriquecidas en la Argentina por Adolfo Alvarado Velloso. Las teorías de mis maestros han conmovido algunos pilares dogmáticos de la ciencia del proceso (que otrora aparecían como inamovibles).

Este nuevo modo de re-pensar el derecho procesal generó, primero, una gran convulsión y luego, al ir decantándose, motorizaron buena parte de las ideas *unitarias* que hoy pregono.

En efecto, el derecho procesal ha efectuado un cambio (–cuantitativo y cualitativo–) al recibir las nuevas nociones que ambos maestros proponen respecto de la acción, el proceso y la jurisdicción y, la aplicación directa al derecho procesal laboral de esas líneas doctrinarias, simplificarán sus trazos y le darán una unidad teórica que antes no había podido alcanzarse.

Como ya lo referí, Briseño Sierra y Alvarado Velloso explican al proceso (judicial o arbitral) como una *estructura unitaria y común* a todas las ramas del derecho procesal.

En las palabras de Alvarado Velloso<sup>16</sup>: “...Si se acepta que la ciencia del derecho procesal halla su exclusivo punto de partida en el concepto *inconfundible* de la *acción procesal*, caracterizada por la instancia de necesaria bilateralidad, será sencillo explicar también que el *proceso* no es otra cosa que una serie lógica y consecucional de instancias bilaterales conectadas entre sí por la autoridad (juez o árbitro).

Esta definición suelda la estructura íntima del método de debate (con prescindencia del conflicto de relevancia jurídica que se discuta en su interior). Además, no admite (“por ser una noción elemental”) su reducción, alteración, o descomposición en partes menores (con conceptos serán mejor aprehendidos luego de la lectura del capítulo séptimo).

Bajo esta óptica el proceso (*cualquier* proceso) puede describirse del modo igualitario que antes se expresó. Y esto supone una *gran contribución* a la visión *unitaria* del mismo.

Reitero, entonces, que entendido el proceso ( insisto, *todo* proceso) como una “*serie lógica, consecucional y dinámica de instancias proyectivas*”, la figura presenta una absoluta *identidad* en todas las ramas del derecho proce-

<sup>16</sup> Alvarado Velloso, Adolfo, ob. cit., p. 234.

sal. Sencillamente, no es posible concebir distintos tipos de procesos (es decir imaginar un modo diferente de discutir y heterocomponer un conflicto jurídico).

En todo caso, la *envoltura exterior* del mismo (su trámite) puede presentar *diferencias*. Pero el proceso ( mecanismo que posibilita la efectiva discusión jurídica en virtud del orden lógico en que estructura el diálogo jurídico - procesal ) no puede prescindir de ninguna de las etapas proyectivas que lo componen.

### 5.1.2. Conclusiones de mi ponencia y su vigencia para reforzar las ideas unitarias

A la luz de estas ideas *unitarias* (que también se extienden a la noción de la *jurisdicción*, tema del que me ocuparé más adelante al abordar el capítulo séptimo dedicado al “nivel normológico de la teoría unitaria del derecho procesal) surgía ( y surge) clara la *absoluta inconveniencia* de formular bases “*propias*” para una elaboración “*autónoma*” del derecho *procesal laboral*.

Por el contrario, científicamente sería muy beneficioso acercar esta rama del derecho procesal (en rigor a todas las ramas del derecho procesal civil) a esa raíz común : y, recién entonces, apoyados la identidad de los conceptos esenciales, intentar buscar las formulaciones que se estime necesarias para el proceso laboral que, por cierto, no deberían diferir de las propuestas de cambio sugeridas para optimizar el funcionamiento del proceso “en general”.

Como cierre de mis conclusiones de la ponencia, ratificaba la conveniencia –científica y práctica– de abonar la idea de la unidad del debate procesal en todas sus ramas (cualquiera fuera el conflicto que subyace en el proceso que pretende solucionarlo) dejando definitivamente de lado propuestas “autonómicas”. En definitiva: la acción, el proceso y la jurisdicción, miradas desde una perspectiva comunitaria, nos permiten subrayar que:

1) la noción *elemental y unitaria* del derecho de acción: instancia proyectiva necesariamente bilateral –nuevamente, en la terminología de Briseño Sierra– es única e idéntica, con prescindencia –insisto– del conflicto de relevancia jurídica que contiene la pretensión esgrimida.

2) El proceso, explicado por Alvarado Velloso<sup>17</sup> se presenta como un método de debate pacífico y dialéctico, que enfrenta a dos partes –en un pie de absoluta igualdad– discutiendo ante un tercero imparcial, imparcial e independiente. La serie (lógica) que posibilita el debate se sirve de una estructura conformada de seis etapas, a saber: 1) Afirmación de los hechos. 2) Posible negación. 3) Confirmación de los mismos. 4) Valoración de las pruebas. 5) Heterocomposición. 6) Control de lo decidido (recursos).

Y se advierte la *clara unidad conceptual* de este fenómeno. En efecto, este esquema es invariable. La serie no puede alterarse, ni suprimir ninguna de sus etapas. Si esto aconteciera el debate no podría encarrilarse o bien existiría una parodia de proceso.

De hecho, el proceso laboral *respet*a esta fórmula en todos sus tramos. Es que el proceso (insisto, cualquier proceso) supone una estructura que posibilite argumentar, contradecir, confirmar, resolver e impugnar.

El trámite que se otorgue a esa argumentación –como antes fuera expresado– es una *cuestión contingente*. Por ejemplo, puede regularse por los códigos de rito que la argumentación (demanda) sea acompañada de la confirmación (ofrecimiento de los medios de prueba) o bien separar ambas cargas procesales. Se puede también disponer que los sujetos procesales se comuniquen en una etapa de forma escrita y en otra en forma oral, etc.

En otros términos: mientras se respeta un orden lógico que permita la discusión en igualdad de condiciones fren-

<sup>17</sup> Alvarado Velloso, Adolfo, ob. cit., p. 26 y sigs.

te a un tercero que asuma auténticamente esa calidad “el debido proceso” estará garantizado. La naturaleza del conflicto (en este caso laboral) resulta indiferente a la hora de consagrar los principios procesales y las reglas técnicas que regulen el debate.

3) Finalmente, la *función jurisdiccional* es conceptualmente *idéntica*. La jurisdicción, esquemáticamente, consiste en una poder-deber de: a) sustanciar procesos (“conectar instancias” en la terminología briseñana; b) eventualmente heterocomponer el litigio (uso el término eventual por cuanto no todos los litigios terminan heterocompositivamente, recordar, por ejemplo, las formas autocompositivas que los disuelven: desistimiento, allanamiento y transacción); c) eventualmente cautelar derechos, bienes o personas mientras se sustancia el debate (nuevamente apelo a la palabra eventual ya que en algunos litigios no se plantea esta alternativa) y: d) eventualmente ejecutar lo decidido (muchas veces no es necesaria esta etapa de ejecución porque la parte cumple con el mandato jurisdiccional o porque éste queda “en suspenso”).

En definitiva, el derecho de acción, el método de debate y la función jurisdiccional exhiben *identidad conceptual*, (y esa identidad conceptual se mantiene ya sea que el litigio, reitero, se conecte con una pretensión laboral, civil, administrativa, o se persiga la punición del imputado).

Si esto es así, remataba en mi ponencia, no se advierte la utilidad dogmática y práctica de buscar una autonomía o “bases” científicas propias para el derecho procesal laboral, cuando en rigor la crisis a solucionar o las posibles formulaciones a proponer pueden (y deben) sugerirse en forma genérica para el “proceso” en “general” y no para el proceso en “particular” (laboral, civil, penal, administrativo, agrario, penal, etc.).

Antes bien, el asumir la búsqueda de esa esquivia y di-

fusa autonomía de una de las *ramas* en las que se *divide* el derecho procesal civil corremos el riesgo de apartarnos de los adelantos científicos y doctrinarios que marcan, por ejemplo, una inequívoca tendencia hacia la unidad de los trámites procesales y no a su diversificación.

Un ejemplo paradigmático de esta tendencia hacia la *unidad* de “trámites” lo constituye el *Proyecto de Código Modelo Único para Iberoamérica*, sostenido desde hace más de cuatro décadas por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal del que formo parte<sup>18</sup>. Básicamente se propone como trámite *común* (a toda suerte de procesos) el denominado “*proceso por audiencias*” (no abro juicio sobre la bondad de este trámite, lo que quiero demostrar es la tendencia marcada por el procesalismo Latinoamericano hacia la unidad del mismo, mas allá de compartir y no el contenido dogmático de la “receta”).

#### 6. *Agravamiento de las antinomias en el derecho procesal civil y penal*

La idea de traer al presente los argumentos vertidos hace años en la ponencia aludida demuestran que la “unidad” de la teoría general del proceso civil en el centro de un *debate doctrinario* que dista mucho de haberse acallado.

Parecería que el estudioso de una rama del derecho procesal entiende que gana “mayor prestigio jurídico” para “esa” parcela del derecho, si sostiene que la misma se rige por “principios dogmáticos y normativos propios” (que obligarían al desarrollo de una teoría general específica para esa rama).

La idea se refuta fácilmente. No se entiende cómo puede aspirarse a una autonomía procesal en alguna de las

<sup>18</sup> Se aceptó mi incorporación como Miembro Titular en el Congreso realizado en la Ciudad de Río de Janeiro, Brasil, en el año 1989.

ramas del derecho civil por el simple hecho que el derecho *sustancial* debatido contenga intereses “*sensibles*” (que trascienden a los de las propias partes del conflicto, como ocurre con el derecho laboral o el derecho de familia).

De admitir esta tesis se estaría retrocediendo a un derecho procesal “pre-científico”, influido de tal manera por el derecho sustancial que la propia autonomía científica (trabajosamente ganada por el derecho procesal) entraría en una crisis terminal.

En definitiva, cobraría fuerza la tesis (ya descartada por el procesalismo científico) que visualizaba a la “acción” como un derecho público pero concreto de obrar (Chiovenda).

Y no debe omitirse que la “abstracción” del derecho de acción ha sido la piedra angular sobre la que se apoyó el procesalismo moderno. Desandar el camino recorrido a esta altura de los tiempos no tiene sentido alguno.

Pues bien, las discusiones y antinomias que vengo denunciando (instaladas, como se ha visto, en las fronteras internas de la teoría general del proceso civil) *se agravan y profundizan* cuando la apuesta se eleva a pergeñar una teoría general unitaria del proceso “a secas” (que comprenda a “todo” el derecho procesal). Y el cuadro se torna especialmente crítico si se profundiza en la búsqueda de los *principios comunes* que informarían a las dos grandes ramas que tradicionalmente ha dividido las aguas del derecho procesal: el derecho procesal civil y penal.

En este campo, las *resistencias* hacia la unidad son mucho más serias, al punto que hay decididos partidarios, como se verá más adelante, que sostienen, no ya la imposibilidad, sino hasta la inconveniencia de buscar la unidad teórica de ambas ramas. De esas críticas (infundadas) me ocuparé en detalle en el capítulo siguiente.

Aquí me interesa subrayar las ventajas que en diversos planos (científicos, académicos, docentes, etc.) gene-

raría la entronización de la teoría general unitaria del derecho procesal.

### 7. Ventajas que encierra la formulación de una teoría general unitaria del derecho procesal

Pretendo demostrar que la *unidad* de la teoría general del derecho procesal, en especial la comunión del derecho procesal civil y penal (asumiendo que en el propio campo del derecho procesal civil la aceptación puede conseguirse con mayor facilidad) es una *necesidad* científica, académica y docente impostergable.

Conste que se pretende una unidad, por el momento científica. Alcanzar una comunidad normativa, en principio, no registra la misma conveniencia. Una cosa es que se abogue por ideas comunes en torno a la acción, la jurisdicción y el proceso y otra, muy distinta, es pretender unificar la normativa procesal. En otros términos, más allá de *mantener* códigos procesales civiles y penales *diferentes*, la utilidad de la teoría unitaria igual no sería enervada.

Estoy convencido que la consagración de ideas dogmáticas e ideológicas comunes para todos los procesos tesis significará un progreso significativo en el desarrollo científico de nuestra disciplina, que facilitará la comprensión de sus institutos fundamentales y definirá una posición iusfilosófica indivisible.

A continuación, a modo de una breve síntesis, enuncio las ventajas más trascendentes (sin que esta enumeración pretenda ser taxativa) que importaría la consagración de la teoría unitaria del derecho procesal.

#### 7.1. Consistencia científica

La teoría general del proceso ganaría en consistencia científica (que hoy no goza) en la medida que sus postulados esenciales pueden ser *aplicados* a todo los tipos de

procesos. La teoría general del proceso será mejor comprendida si logramos persuadir a la comunidad científica (y a los propios estudiantes de derecho) sobre las identidades conceptuales que pueden alcanzarse sobre:

a) El objeto de conocimiento del derecho procesal (plano sociológico);

b) La acción, la jurisdicción y el proceso (tramo normativo) y;

c) Los valores que se pretenden realizar mediante el proceso (nivel axiológico).

Demostrar que el contenido del “predicado”; lo que “predica” el derecho procesal, y de la finalidad buscada al procesar y sentenciar no registra diferencias esenciales, simplifica, en gran medida, todo el análisis teórico y otorga un volumen y consistencia a los axiomas. La idea se fortifica al insistir que la conducta en estado de conflicto, las normas que prescriban como encauzar y resolver el debate, y el “deber ser” impuesto no *varían* según sea el contenido del derecho sustancial que se debata o la parcela del derecho procesal que lo atienda.

### 7.1.1. *Identidad del objeto de conocimiento*

A modo de anticipo del desarrollo del tema que se realizará en los capítulos quinto y sexto de esta obra: si nos ubicamos en el plano “sociológico” del proceso, surge claro la identidad del objeto de conocimiento que el derecho procesal “menta” (me apresuro a ratificar que, en mi opinión, ese objeto de conocimiento consiste en *la interferencia de conductas en afirmado estado de conflicto de trascendencia jurídica*).

Y queda claro que el objeto de conocimiento mantiene su unidad con prescindencia de la naturaleza jurídica del ese conflicto que deba “procesarse” (sea éste civil, laboral, administrativo, comercial, agrario o penal, etc.).

### 7.1.2. *Identidad de las nociones de acción, jurisdicción y proceso*

En segundo lugar, instalados en el plano “normológico” las nociones de acción, proceso y jurisdicción son conceptualmente idénticas. Algo ya se anticipó más arriba y volveré sobre el tema más adelante, al abordar el capítulo séptimo, explicando —en detalle— cómo se consolida la unidad entre los distintos componentes del nivel normativo. El sentido de traer a colación el tema es ubicar que la posibilidad de consagrar la unidad en la teoría del proceso depende de lograr la comunidad en los tres planos que vengo comentando. Se trata de otro anticipo de ideas que se desarrollarán más adelante.

### 7.1.3. *Nivel axiológico*

Las anteriores reflexiones también valen para en nivel axiológico del derecho procesal. Estas líneas sirven de mera introducción al tema. La apuesta es demostrar que los fines axiológicos perseguidos en los procesos penales y civiles deben ser similares. Si no queremos condenar al fracaso a la teoría unitaria del derecho procesal tendrá que imponerse el concepto que las facultades, poderes y deberes de los jueces deberían ser esencialmente idénticos en el proceso civil y penal.

Y esta identidad en cuanto lo que “debe” o “no debe” hacer un juez sólo es posible concretarla, lo digo una vez más, desde una concepción “garantista” del derecho procesal.

Insisto que en el tramo de los *valores* que se pueden realizar un proceso judicial es donde se debe trabajar con *más firmeza* para limar esas supuestas diferencias que se darían en los fines que se persiguen en el proceso civil y el proceso penal.

Se trata de insistir cómo los principios rectores que informan al derecho procesal penal “de garantías” (que deberían implantarse derechamente en el derecho procesal civil) encierran un conjunto de prescripciones que amparan al individuo frente al poder del estado. También debe reiterarse que ese freno frente al poder estatal resulta igualmente valioso en una contienda civil.

Y esa es la “tensión” que debe resolverse en un proceso civil inspirado en una óptica garantista. Si debe pensarse (civilmente) es decir, si se trata de privar de un “bien de la vida” a un individuo en un litigio de conocimiento, la pena no puede llegar sin que esté precedida de garantías para aquél que va a perder en un proceso ese bien de la vida (en sentido amplio). Invito a que reflexionemos la gravedad de los intereses que se manejan en procesos civiles (que pueden superar a los comprometidos en los procesos penales). Para una persona, frente a la que se persigue el reconocimiento, por ejemplo, de un hijo extramatrimonial, lograr acoger o rechazar esa pretensión asume mayor importancia que la sanción que pudiera provenir, por caso, de un delito penal de ejecución condicional.

El reconocimiento jurisdiccional de un hijo nacido fuera del matrimonio puede destruir el núcleo familiar del afectado ¡así que no se diga que para penar civilmente no es necesario garantías similares a las que preceden a la sanción penal!

Lo antes expresado no empece a que, por ejemplo, en ciertos procesos civiles en donde el derecho ya viene predeclarado (juicios ejecutivos) la cuestión es bien distinta. Es que en este tipo de procesos ya no se trata de discutir la existencia misma de un derecho, sin de la ejecución de un derecho ya reconocido.

Pero insisto que, por regla, en los procesos civiles “de conocimiento” la afirmación de la existencia de un derecho no es más que eso. Se acreditará, en todo caso, que tal

afirmado derecho existe, en la medida que sea reconocido por una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

Hasta entonces solo se trata de un derecho en *expectativa*, que no *autoriza* a tenerlo como cierto (como no se autoriza a tener como cierta una pretensión punitiva por el sólo hecho incoada por el órgano de la acusación penal).

El dato que en cierto tipo de conflictos (por ejemplo los daños provocados a las víctimas con cosas “riesgosas o viciosas”) es aceptado por muchas legislaciones sustanciales civiles la “responsabilidad objetiva”, extremo en que el demandado ya no se libera demostrando que “no hubo culpa”, sino que debe acreditar la interrupción del nexo causal (que el daño se produjo, por ejemplo, “el hecho” de la víctima) igual la idea no se empaña.

Es que el núcleo de todo proceso de conocimiento se basa en una constante: el actor debe probar los presupuestos de hecho de su pretensión. A su vez el demandado debe acreditar los presupuestos de hecho de su defensa. En el caso de daños provocados con “cosas riesgosas o peligrosas”, para que opere la presunción legal que obra a favor de la víctima, es su carga afirmar y demostrar; 1) la calidad de riesgosa de la cosa y; 2) que la misma participó activamente en el siniestro.

Si acredita tales extremos se produce una agravación de la responsabilidad del victimario, que ya no responde a título de culpa, sino por el provecho de haberse servido de una cosa que, potencial y autónomamente, tiene una capacidad aumentada para provocar daños.

Pero debemos convenir que salvo casos muy puntuales que provienen de la captación normativa de hechos que se justifican, una suerte de “sospecha *a priori*”, por las especiales circunstancias en las cuales se puede haber provocado daños a terceros, todo el sistema procesal civil, en pleitos de conocimiento, se basa en la premisa constitucional del *estado de inocencia* de las personas.



Imaginar que por la simple afirmación de la existencia de un conflicto jurídico, llevado al plano litigioso por el actor, asumamos, sin más, la condición de “sospechados”, supone una grosera fractura del orden *constitucional*. No hay, no puede haberlo, un derecho que por el simple hecho de ser afirmado, se transforme en “cierto” o “fuertemente verosímil”, etc.

Puesto que el proceso es básicamente, duda (nunca “certeza” inicial), la certeza en la existencia del derecho, en todo caso, sólo puede formarse luego de un debate.

Son tan obvias estas ideas que muchas veces una siente la reticencia de verbalizarlas (para no caer en lugares comunes). Sólo la existencia de corrientes que pretenden destruir este límite de reserva y garantía que el derecho sustancial y el derecho procesal nos otorga (el ya tantas veces mentado caso de las “medidas autosatisfactivas”) justifican su invocación, sin caer en la puerilidad jurídica.

## 7.2. A modo de síntesis

Como una suerte de compendio de lo que llevo expuesto, sin perjuicio de ahondar sobre el tema más adelante, ratificaré, en mis propios términos, las principales garantías que, de respetarse, protegerían a los ciudadanos de cualquier intento de abuso del poder del Estado y, en este caso, del poder jurisdiccional. Pido que evalúe, después de su lectura, si el catálogo resulta de directa aplicación al proceso civil, en la medida que aspiremos a un proceso de corte “garantista”. Veamos:

a) El imputado y el demandado gozan, como se vio, de un “estado de inocencia”. Ese “estado de inocencia” proyecta la misma garantía para el proceso civil —especialmente en procesos “de conocimiento”— es decir, cuando el demandado debe enfrentarse a un afirmado derecho sustancial violado (que invoca el actor) y que hasta su efecti-

vo reconocimiento jurisdiccional no autoriza a presumir ese derecho ha sido agredido por el accionado.

Adviértase que cuando se trata de procesos de “ejecución” (el derecho ya viene pre-declarado) la situación, como antes la detallé, es bien distinta: frente la ejecución de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, o cuando la deuda proviene de un documento indubitable que habilita la ejecución de un derecho y no su discusión ya no puede hablarse del mantenimiento del estado de inocencia.

De allí que frente a títulos fehacientes, que acrediten obligaciones líquidas, exigibles, la idea *garantista* no choca contra la instauración de trámites rápidos (por caso la estructura del trámite monitorio, en donde es sabido que el debate, si se produce, se instala *después* que el juez despacha la sentencia frente a un título indubitable).

b) El imputado (y también el demandado) no puede ser condenado sin *juicio previo* fundado en ley anterior al hecho del proceso. Al imputado, como al demandado, se le debe garantizar “*su día ante el Tribunal*”, como poéticamente definiera Eduardo Couture<sup>19</sup>, la garantía de la defensa en juicio.

Y ese “día ante el Tribunal” supone otorgar *igualdad de armas*, es decir una situación de *equilibrio* con su contendiente. Para que se entienda bien: si el actor litiga afirmando la titularidad de un derecho subjetivo de suma importancia (familiar o patrimonial) esto suponen el ejercicio de una defensa de *cierta complejidad*.

Por tanto, no se cumple con el mandato constitucional del “debido proceso” si no se le otorga al demandado los plazos y formalidades que otorgan los códigos procesales para los juicios de conocimiento amplio (salvo las excepciones, o válvulas de escape reconocidas por el propio or-

<sup>19</sup> Couture, Eduardo, ob. cit., p. 151.

denamiento jurídico, por cierto que en casos “in extremis” como el juicio de “amparo” en la Argentina o la “Tutela” del Derecho Colombiano).

Es que las excepciones no pueden convertirse en reglas. Los sistemas de procesamiento previsionan que un litigio importante dará lugar a un proceso de conocimiento amplio. Que ese proceso, conforme la complejidad de la cuestión litigiosa debatida, deberá tener mayor o menor amplitud en los trámites en la medida que el caso sea cuantitativa y cualitativamente más importante.

Sólo en circunstancias excepcionales, cuando el trámite ordinario (de cualquier proceso de conocimiento) no sea apto para brindar la solución requerida por el justiciable, entonces se abre la “válvula de escape” a la que hacia referencia, que permite acceder a trámites de sumarisima cognición (en definitiva eso es, insisto, el “amparo” argentino, o la “tutela” colombiana).

c) El imputado y el demandado tienen derecho a ser juzgados por el juez que naturalmente es designado para entender en la acusación o en la demanda que se le promueve.

d) El imputado y el demandado tienen el derecho constitucional de contar con un juez que sea “imparcial”, “imparcial”, e independiente. Ya anticipaba que el procesalismo penal inscrito en la línea “garantista” mira al órgano jurisdiccional, como lo que es: un “poder” del estado y su preocupación se centra en el mantenimiento –a todo trance– de esa imparcialidad que se debe al justiciable. Por tanto, mira negativamente, (como no puede ser de otra forma), el uso de facultades o poderes de “oficio” para investigar y confirmar la “verdad real” de los hechos afirmados ( y esto vale para el proceso civil o penal).

En definitiva, adoptar la esencia del sistema de procesamiento penal acusatorio “humanizará” el proceso civil. Por el contrario, no lo “humanizará” –como lo quieren los autoritarios– dejando que el juez se transforme en un verdadero dictador del debate (o mejor dicho del litigio).

Lo humanizará con reglas de juego claras, con posiciones de mayor humildad, con una vuelta a los sistemas procesales-constitucionales que suprimen la visión (casi mística) que se le ha concedido a la judicatura de estos tiempos.

### 7.3. Ventajas docentes

Pasando a las ventajas *docentes* que la teoría general unitaria del derecho procesal (y su soporte garantista) proporcionaría el estudiante de derecho, tengo el convencimiento de que si se aborda el estudio del derecho procesal bajo una perspectiva *unitaria* esta visión representará para los alumnos un significativo auxilio en la *comprensión* de la teoría general.

Se debe inducir a los mismos para que conciban al derecho procesal civil y penal no como compartimentos o estancos, sino como *ramas* de una teoría general del proceso que los aglutina.

Hoy, es un dato de la realidad que el derecho procesal civil y el derecho procesal penal –en la mayoría de los planes de estudio de las facultades de derecho (por lo menos de la Argentina)–, son expuestas con una división conceptual, curricular y doctrinaria, que oscurece (para el educando y también para el docente) la posibilidad de comprender las instituciones básicas del derecho procesal y la ideología que informa a los sistemas procesales.

Adicionado a lo anterior: al consagrar la unidad de la teoría general del proceso el resultado natural supondría la inclusión en los planes de estudio de la carrera de abogacía de *tres materias* dedicadas a la comprensión del derecho procesal, a saber: Teoría General Unitaria del Derecho Procesal; Derecho Procesal Civil (en sentido amplio, es decir el estudio de los distintos trámites procesales, o bien la “parte especial” del derecho procesal civil) y Derecho Procesal Penal.

La inclusión de una materia que contenga la teoría general del proceso es un sentido anhelo de los docentes quienes asistimos consternados a la “compresión” (injustificada) de un torrente de conocimientos procesales que no pueden ser asumidos por los alumnos si no existe una base preparatoria. Si, en general, se aboga por la bondad de enseñar teoría del proceso, esa urgencia se vuelve mucho más sentida si el perfil que se quiere otorgar a la teoría general serviría como base introductoria para el derecho procesal civil y el derecho procesal penal. Queda claro que la comprensión de todo el fenómeno procesal sería mucho más sencillo.

### 8. Síntesis del capítulo

En el presente capítulo se brindó una visión de lo dificultoso que ha sido instalar *la idea* de una teoría general *unitaria* del derecho procesal. Se ha demostrado que la *comunidad* a la que se aspira en la ciencia del proceso debe superar ideas *separatistas*, no sólo en el ámbito del derecho procesal penal y del derecho procesal civil, sino también *dentro de esta esfera* (recordar la polémica sobre la posible autonomía del derecho procesal laboral).

Se brindaron las *razones* por las cuales se considera ficticia y falsa esa tendencia separatista.

También se enunció los postulados esenciales que sostienen al derecho penal “de mínima” y el derecho procesal penal “acusatorio” resulta de plena aplicación al derecho procesal civil, y cómo podría unificarse los criterios en torno a sistemas de procesamiento garantistas y controladores del poder.

Por último, y en forma sucinta, también se desarrolló las ventajas académicas y docentes que se derivarían de impregnar de una *idea unitaria* el estudio de la teoría general del proceso.

En el capítulo siguiente arremeteré, nuevamente, contra las *ideas separatistas* que se apoyan en varios argumentos que, desde ya adelante, resultan *insustanciales* y no logran conmover las razones dadas para abogar por una teoría general *unitaria* del derecho procesal.

### Bibliografía utilizada

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal*, Santa Fe, Argentina, 1989, edit. Rubinzal Culzoni.

CALLE CALDERÓN, Luis, ponencia, *Bases para una fundamentación político constitucional del debido proceso*, Medellín, Colombia, abril de 2000.

CARLOS, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho procesal*, Buenos Aires, Argentina, 1959, edit. Ejea.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Derecho Procesal I. Conceptos Fundamentales*, Buenos Aires, Argentina, 1982, edit. Depalma.

COUTURE, Eduardo, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Argentina, 1958, Tercera edición, edit. Depalma.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, España, 1998, tercera edición, edit. Trotta.

MONROY GÁLVEZ, Juan, *Introducción al Proceso Civil*. Bogotá, Colombia, 1996, edit. Temis.

## Capítulo 5

### ERRORES QUE RETRASARON LA UNIDAD CIENTÍFICA DEL DERECHO PROCESAL

1. Un falso consuelo científico. 2. Una labor que la dogmática no realizó. 3. Denunciando algunos de los errores cometidos. Omisiones en fijar la identidad del objeto de conocimiento del derecho procesal. 3.1. Excepciones que confirman la regla. 4. Dificultades para fijar el objeto de conocimiento del derecho procesal. 5. Ausencia del abordaje temático del objeto de conocimiento del derecho procesal desde distintos planos del conocimiento científico y filosófico. 5.1. Las reflexiones críticas de Alcalá Zamora y Castillo. 6. Otros ejemplos válidos: las antinomias generadas en el manejo de los conceptos de la acción, la jurisdicción y el proceso. 6.1. ¿Eliminación del concepto de acción? 6.2. La acción como el eje del sistema procesal que sustentan Humberto Briseño Sierra y Adolfo Alvarado Velloso. 6.3. La preponderancia de la jurisdicción. 6.4. Síntesis. 7. Otra amenaza que atenta contra la teoría general unitaria del derecho procesal: la vigencia de la teoría "dualista". 7.1. Principales argumentos esgrimidos por quienes descreen de la formulación de una teoría general del proceso. 7.1.1. La "diferencia" que encierran los conflictos jurídicos civiles y penales. 7.1.1.1. El conflicto civil. 7.1.1.2. El conflicto penal. 8. Refutación. 9. Más argumentos de la tesis separatista: las diferencias en la estructura del proceso civil y penal. 10. Refutación. 11. Auto y heterocomposición. Poderes, deberes y facultades de los jueces. 12. Refutación. Sobre la heterocomposición y la autocomposición en los procesos penales y civiles. 13. Poderes, deberes y facultades de los jueces penales y civiles. 14. Refutación. 15. A modo de conclusión en este tramo.

## Capítulo 5

### ERRORES QUE RETRASARON LA UNIDAD CIENTÍFICA DEL DERECHO PROCESAL

#### *1. Un falso consuelo científico*

En algunos tramos históricos de la búsqueda científica que me permitiera arribar a la construcción de una teoría unitaria del derecho procesal y atendiendo a la extrema dificultad que encierra el tema (ya anticipada en el capítulo anterior) me aferré a una suerte de *falso consuelo* con el que pretendía justificar por qué mi labor quedó inconclusa durante tanto tiempo. En efecto: quise ampararme en un dato cierto: los intentos doctrinarios realizados por los más prominentes autores del procesalismo científico contemporáneo encaminados a concretar la idea de la “unidad” en el derecho procesal tampoco rindieron los frutos esperados.

Pues bien, ante este panorama negativo me sentía autorizado a razonar que si los prohombres del derecho procesal, desde su altura intelectual, no arribaron a buen puerto, la esterilidad de mis esfuerzos no debía ser motivo de mis desvelos. Pero fui cayendo en la cuenta que más allá de ese dato cierto, no debía, ni debo, plegarme a esa suerte de “frustración doctrinaria colectiva”. El refranero popular argentino expresa, con acierto: *“mal de muchos, consuelo de tontos”*.

Es que en nada ayuda al desarrollo de la ciencia del proceso consolarse pensando que la incertidumbre insta-

lada en torno de la unidad del derecho procesal, no sólo resultaba un pesado equipaje personal, sino que constituía el lastre “común” de buena parte del procesalismo científico.

## 2. Una labor que la dogmática no realizó

Pues bien, si la labor dogmática intentada en el plano de la “unidad” teórica del derecho procesal no logró sus frutos, lo que se impone es dejar atrás esa *anomia intelectual* y comenzar con una indagación profunda sobre las causas de esta frustración. Se trata, en buen romance, de ubicar las principales fallas cometidas que impidieron que el “tronco del árbol común” (que simboliza la “unidad” de la teoría general del proceso, como poéticamente lo describiera Carnelutti y Eduardo Carlos)<sup>1</sup> no alcanzara la *robustez* que debió adquirir.

Comenzando con el análisis, creo que se defecionó (producto de una pobre visión de conjunto) en el armado del andamiaje teórico que aunara el *racimo* de las nociones *comunes* a todo el derecho procesal. Si la apuesta era buscar un *hilo conductor* que nos llevara a la unidad científica de nuestra disciplina queda claro que se necesitaba partir de una amplia plataforma de despegue para poder ascender —desde una base sólida— hacia el examen de las peculiaridades de sus ramas particulares.

Sin embargo, esa base no fue edificada y, a partir de esta falla estructural, las raíces fijadas resultaron *muy débiles* y no permitieron amarrar firmemente al suelo el “tronco” de nuestra disciplina.

Expresado el problema en “términos militares”, podría decirse que la meta primera era ganar la “cabeza de playa” (fijar las ideas comunes a todas las ramas del proceso). Recién cumplido ese objetivo se debía avanzar hacia

el “interior del terreno”, es decir, hacia las particularidades propias que informan los procesos civiles, comerciales, laborales, administrativos, penales, etc. La táctica indicaba, entonces, abroquelarse en torno de los conceptos comunes y a su vez, marcar las eventuales diferencias (producto de la propia “especialidad” de las ramas).

Por último, se debía hacer una evaluación para comprobar si las eventuales diferencias mellaban la uniformidad de los conceptos básicos.

A la luz de los pobres resultados obtenidos (medidos en términos de “unidad procesal”) queda al desnudo el grave error táctico en el que cayó el procesalismo: aquella “cabeza de playa” no fue ganada y, por lógica consecuencia, el avance hacia las particularidades procesales (y su eventual armonización) terminó siendo una travesía sumamente frágil e infecunda.

Por lo que llevo expresado, no mueve a la extrañeza, que ante tantos pasos dados en falso la “*unidad*” del derecho procesal esté ubicada, como ya se comentó, en un plano de anhelos, de deseos, pero no de una realidad concreta de la que pueda enorgullecerse el procesalismo científico.

## 3. Denunciando algunos de los errores cometidos.

### *Omisiones en fijar la identidad del objeto de conocimiento del derecho procesal*

Para fijar la plataforma común a la que antes aludía es imprescindible determinar identidades conceptuales muy firmes. Nada puede construirse si no logramos consenso y unidad, por ejemplo, en torno al objeto de conocimiento del derecho procesal, la estructura normativa y de los “valores” que se pretenden realizar por medio del proceso. Esto también lo llevo dicho más de una vez. Pero la importancia que asume la búsqueda y concreción de tales logros me lleva (a riesgo de fatigar al lector) a remarcarlo nuevamente.

<sup>1</sup> Carlos, Eduardo, ob. cit., p. 115.

Ahora bien, si se trata de ubicar un orden “cronológico” que marque un “principio” en la cadena de errores cometidos, la primera imputación que puede formularse a la dogmática procesal es la omisión (convertida casi en una constante) de tratar, en el plano sociológico, *el objeto de conocimiento del derecho procesal*.

Por mi parte, le asigno tal trascendencia al desarrollo del objeto de conocimiento del derecho procesal que el mismo será tratado no sólo en este capítulo (para marcar los errores de la dogmática que contribuyeron a la desunión en el derecho procesal) sino, también, y con mayor extensión, en el capítulo siguiente (en el que me abocaré a centrar la idea sobre el objeto “mentado” por la ciencia del proceso).

Pero mirando en derredor lo cierto es que el abordaje del tema ha sido muy escaso (y luce todavía más ausente desde una perspectiva “unitaria”). En efecto, en el mejor de los supuestos, cuando no se cayó en la *omisión* denunciada se *perdió* la visión de *conjunto* en desarrollo del tema.

Así, el objeto de conocimiento del derecho procesal fue visto de un modo fraccionado. Se adujo que esa partición estaba marcada por la diversa índole de los conflictos jurídicos que condicionaba la posibilidad de presentar un objeto de conocimiento único en las distintas ramas del derecho procesal.

Recopilando: en ciertos supuestos se registró, directamente, una *fuga* en el tratamiento del tema. En otros no se realizó el esfuerzo necesario por buscar las *similitudes* del objeto de conocimiento que “menta” el derecho procesal. Resultado: no se alcanzó la *unidad* de criterio respecto de la primera de las identidades (sociológica) sobre las que debe construirse la teoría unitaria del proceso. Y ese “mal arranque” desbarató la construcción del resto de las identidades que era preciso establecer (la uniformidad normológica y comunidad axiológica).

### 3.1. Excepciones que confirman la regla

Por cierto que existen excepciones doctrinales que escapan a esta extraña laguna epistemológica. La crítica no puede generalizarse al punto de sostener que no hubo doctrinarios y iusfilósofos que se ocuparon del tema del objeto de conocimiento del derecho procesal. Pero la preocupación por anudar un concepto común en torno del objeto del derecho procesal es patrimonio de una selecta minoría. En otros términos, luce casi como una flor exótica en el procesalismo científico.

Alcalá Zamora y Castillo es uno de los integrantes de esa minoría doctrinaria. Hace ya muchos años advirtió sobre la necesidad científica de hacer teoría “comenzando por los principios”. El maestro español se pronunció por la tesis que el objeto de conocimiento del derecho procesal (en general) es “...*el conflicto jurídicamente trascendente, que constituye el punto de partida o causa determinante de un proceso*”<sup>2</sup>...

Esta postura doctrinaria, desde ya adelante, la suscribo *como propia*.

¿La reticencia que la achaco a la generalidad de la doctrina a la hora abordar el tema del objeto de conocimiento del derecho procesal supone desconocer que Francesco Carnelutti edificó buena parte de su formidable “sistema procesal” sobre la noción del “litigio”, es decir a partir del objeto mentado por la ciencia del proceso?

Muy por el contrario, las ideas de Carnelutti suman una nueva excepción. El genio del maestro italiano le hizo percibir que, precisamente, el “litigio” es el objeto “mentado” por el derecho procesal. Por tanto, no se me escapa

<sup>2</sup> Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Ciudad de México, México, 1970. edit. Textos Universitarios, Universidad Autónoma de México, p. 18.

la importancia que para el derecho procesal científico supuso la noción carnелuttiana de litigio.

En su concepto el litigio es "...el conflicto de intereses cualificado por la pretensión de uno de los interesados y la resistencia del otro<sup>3</sup>...".

Para Carnelutti el litigio es el conflicto de intereses (sin hacer distingo alguno entre los planos sociológicos o jurídicos en donde puede insertarse). En la medida que exista una pretensión y una resistencia de índole jurídica merece para él tal denominación, aunque todavía no se hubiera judicializado el caso, (es decir trasladado del plano sociológico al plano jurídico).

En contraposición, que Alvarado Velloso *diferencia* (acertadamente) la idea de "conflicto jurídico" (que se da exclusivamente en el plano de la realidad social) de "litigio" (que es la afirmación del conflicto en el plano jurídico).

Sobre estas ideas volveré luego porque permitirán extraer valiosas conclusiones para cimentar la unidad del derecho procesal. Lo que me importa rescatar en este tramo es que Alvarado Velloso<sup>4</sup> (otra excepción) también advirtió que era necesario (en rigor, imprescindible) precisar la idea sobre *objeto de conocimiento* que refiere o "menta" el derecho procesal.

En su concepción estamos en presencia de un conflicto de relevancia jurídica "...cuando existe un choque intersubjetivo de intereses (coexistencia de una pretensión y de una resistencia) por desconocimiento o violación de un precepto que preordena una conducta que en los hechos no se cumple; por ejemplo, el comprador no paga el precio de la cosa adquirida, no obstante ser ésa la conducta que el precepto legal ordena expresamente; a raíz de ello, el

<sup>3</sup> Carnelutti, Francesco, sistema, número 14. Citado por Alcalá Zamora y Castillo en *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Ciudad de México, México, 1970. edit. Textos Universitarios, Universidad Autónoma de México, p. 17.

<sup>4</sup> Alvarado Velloso, Adolfo, ob. cit. p. 24.

vendedor pretende cobrar dicho precio y el comprador se resiste a pagarlo. Ya se sabe, continúa explicando Alvarado, que este conflicto puede tener diversas soluciones auto-compositivas; pero si éstas no pueden ser logradas, al vendedor-pretendiente no le queda otro camino que incoar un proceso mediante una demanda en la cual debe afirmar (es una regla de juego) la existencia de un conflicto en la realidad social...".

De modo tal que, en la idea de Alvarado, recién cuando *se afirma* (en el plano *procesal*) la *existencia* de un conflicto de trascendencia jurídica esa afirmación (auto-atribución de un derecho) es la que constituye el objeto del derecho procesal.

Por mi parte, y como ya lo adelanté, suscribiendo plenamente las ideas de Alcalá Zamora y Alvarado Velloso, considero que el objeto que "menta" el derecho procesal *no es el conflicto* (en tanto éste no haya sido *llevado o afirmado* en la instancia *judicial*).

Ocurre que sin ese tránsito de *afirmación*, la disputa queda radicada en el *puro plano sociológico* y, por tanto, *ajena* al derecho procesal. Recién el conflicto toma relevancia cuando *se afirma* (ante un juez o un árbitro) la existencia del mismo (con prescindencia que se hubiera o no producido en el "mundo real"). Allí *nace* el objeto de conocimiento de la ciencia procesal.

También Briseño Sierra constituye, como no podía ser de otra forma, *otra excepción* a la regla del "desinterés dogmático" que denuncié. En efecto, mi maestro le dedicó esfuerzos para fijar el objeto de nuestra disciplina. También identificó al *conflicto* como el objeto que regula la ciencia del proceso.

Sostiene Briseño<sup>5</sup> "...que si se busca una causa (lógica-jurídica) del proceso se encontrará en la pretensión (con-

<sup>5</sup> Briseño Sierra, Humberto, ob. cit., p. 333.



flictiva)...” y también reflexiona que *sin conflicto* no tiene sentido *el proceso*, y *sin pensar en éste* no es factible *la rama derecho procesal*. Si el legislador no parte de la *base del conflicto*, su construcción institucional carece de *utilidad*: un proceso para descubrir el significado de ciertas normas podría ser práctico, pero no vendría a resolver el problema social del conflicto jurídico. Tampoco cabe hablar de proceso como juego, como ensayo o como pieza literaria, pues estas manifestaciones no son las que regula el derecho positivo...”.

A modo de resumen, las excepciones doctrinarias apuntadas (Alcalá Zamora, Carnelutti, Alvarado Velloso, Briseño Sierra) por su carácter aislado no hacen más que confirmar la regla del “desinterés” dogmático sobre el tema que, paradójicamente, es la cimiento de la teoría general unitaria del derecho procesal.

Y conste que los problemas no se agotan con el mayor o menor grado de tratamiento del objeto de conocimiento de la ciencia del proceso. La cuestión a la “unidad” de ese objeto ha sido otra situación sumamente espinosa. En efecto, cuando se trató de expandir y unificar el objeto de conocimiento a *todo* el derecho procesal, se produjeron otros tropezones. Por ejemplo, al trasladar la noción de litigio al ámbito del proceso penal (como lo concibe Carnelutti) esa concepción evidenció un grave desajuste.

Esto ya fue advertido y criticado por Alcalá Zamora<sup>6</sup> que entendía que la noción carneluttiana de litigio dejaba *insatisfecha* la explicación de la *naturaleza* del litigio penal, reparando que “...resulta inexplicable que Carnelutti haya extendido (su noción de conflicto) al proceso penal mediante una fórmula iusprivatista a todas luces y, en consecuencia, inprovechable...”.

<sup>6</sup> Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, ob.cit. p. 17.

#### 4. Dificultades para fijar el objeto de conocimiento del Derecho Procesal

No se me escapa que la inquietud en torno al objeto de conocimiento del derecho (en general) forma parte de otro de los rompecabezas más grandes de la iusfilosofía y de la teoría general del derecho. Determinar cuál es el objeto de conocimiento del derecho enfrentó duramente a distintas corrientes de la filosofía jurídica. Todavía debaten sobre el tema las teorías “monistas”: (el objeto del derecho es sólo la norma o sólo la conducta); y las teorías “trilateralistas” (el objeto de conocimiento del derecho es triple: la conducta, la norma y los valores).

Queda claro que el *enigma* que encierra determinar el objeto de conocimiento de la ciencia jurídica es un compromiso que compromete a toda la dogmática jurídica y, más allá de sus fronteras, de la iusfilosofía.

Por tanto, no puede serle extraño al estudio científico del derecho procesal.

Más aun: pretender edificar una teoría general del derecho procesal sin ubicar, insisto, como *primer eslabón* de esa teoría una idea *común* sobre su objeto de conocimiento (y mucho más si la pretensión es proponer la unidad del derecho procesal) supone un grave error metodológico que, si no se despeja, asume entidad suficiente como para descalabrarla desde su inicio.

En definitiva, el incierto panorama del que doy cuenta es demostrativo de las dudas que se registran (aún para las *mejores mentes* de la ciencia del derecho y del proceso) cuando las *nociones* se manejan (en este caso la de conflicto de intereses de trascendencia jurídica) se pretende (aumentando la dificultad) registrarlas en el seno de una teoría general unitaria del derecho procesal.

### 5. Ausencia del abordaje temático del objeto de conocimiento del Derecho Procesal desde distintos planos del conocimiento científico y filosófico

Otro error significativo en el que cayó la doctrina procesal tiene que ver con la falta de encuadre y tratamiento del tema desde el plano de la filosofía y de la teoría general del derecho, es decir desde el terreno natural donde debe ser examinada la cuestión.

Y ese error gnoseológico ha provocado una notoria fragmentación y empobrecimiento en la especulación doctrinal que terminó, a la postre, por resentir la certeza y el rigor científico de toda la teoría general del proceso y, en especial, resultó un obstáculo importante para que florecieran las propuestas unitarias en el derecho procesal.

El tema de la determinación del objeto de conocimiento será tratado, como se dijo, en el capítulo siguiente. La intención de traerlo al ruedo en este capítulo es para marcar, insisto, el principio de la cadena de errores cometidos que nos llevaron a la desunión en la teoría general del proceso. Pero, además, su invocación es pertinente en el plano de las ideas separatistas que se pretenden desvirtuar. Uno de los planteos que se formulan desde estas filas es que la diferencia de los conflictos jurídicos impide la formación de una teoría unitaria. Resumiendo el tema del objeto de conocimiento del derecho procesal compromete a varios costados de la investigación abordada y de allí su inclusión en distintas partes de la obra.

#### 5.1. Las reflexiones críticas de Alcalá Zamora y Castillo

La pintura de este concierto de *equivocos* (en este caso ubicados en torno al objeto de conocimiento del derecho procesal pero, como luego se verá, se repiten en los niveles normológicos y axiológicos de la teoría general del pro-

ceso) otorga una carta de crédito a *las serias dudas* expuestas por Alcalá Zamora y Castillo referidas a la posibilidad de edificar una teoría general unitaria del proceso.

El ilustre procesalista español nos enseñaba hace ya muchos años que la teoría general del proceso debe ser concebida como la exposición de los conceptos, instituciones y principios *comunes* a las distintas ramas de enjuiciamiento. Alcalá también advertía que ésta debería lógicamente ser el cimiento de la dogmática procesal, pero cronológicamente surge *con enorme retraso* puesto que todavía, y pese a su implementación en algunos países, representa *más una aspiración* que una conquista definitiva. Las reflexiones de antaño que formulara Alcalá Zamora, por cierto que no han perdido su vigencia.

### 6. Otros ejemplos válidos: las antinomias generadas en el manejo de los conceptos de la acción, la jurisdicción y el proceso

Avanzando sobre otros problemas, además del que representa para la unidad de la teoría general del proceso la indiferencia o falta de profundidad dogmática en el tratamiento del objeto de conocimiento del derecho procesal, las "chances" de alcanzar la unidad teórica luce más remota si las nociones elementales de las que se nutre la teoría general del proceso, lejos de gozar de un aceptable grado de conformidad se encuentran, por el contrario, en el centro de ásperas polémicas doctrinarias.

Apelaré a algunos ejemplos que me auxiliarán a demostrar el grado de incertidumbre que denuncio.

#### 6.1. ¿Eliminación del concepto de acción?

En un artículo de mi autoría publicado por la Revista *El Derecho*<sup>7</sup> ya ponía sobre el tapete este tema.

<sup>7</sup> Benabentos, Omar, *Enfoque multidimensional para la enseñanza del Derecho*, Buenos Aires, Argentina, 1999, *El Derecho*, sección doctrina, 17 de diciembre.

Refería en esa nota doctrinal que “...un jurista de la talla de Lino Enrique Palacio sostiene como propuesta doctrinaria reemplazar —directamente— la noción de la acción procesal, por considerarla científicamente estéril.”

Palacio, entiende no haber dicho esto en su obra. Me explicó personalmente<sup>8</sup> (como réplica a mis afirmaciones) que en modo alguno es su idea dejar de lado la teoría de la acción. Por tanto, mis razonamientos sobre sus presuntos dichos no es compartida por el maestro argentino.

Sin descartar que puedo estar equivocado y quizás haya sido exagerado al sostener que Palacio busque *desplazar* la noción de acción, creo —como mínimo— que el procesalista argentino está convencido de la *infecundidad* de la idea de la acción procesal y de la excesiva *preponderancia* que se le otorga, en *desprecio* del concepto de la *pretensión procesal*.

Me atrevería a decir que Palacio niega la posibilidad que sobre la acción procesal deba pasar el *eje* de la teoría general del proceso (como sí lo creen Briseño Sierra y Alvarado Velloso).

Sin embargo, y sin que esto signifique continuar con una polémica que no quiero desatar, transcribiré las palabras de Palacio de un modo textual y sin recortes, para evitar distorsiones (las itálicas incluidas son mías, para destacar más la idea del maestro argentino). En definitiva, pido que el lector juzgue por sí mismo el acento que pone Palacio sobre la “infecundidad”, para del desarrollo de la teoría general del proceso, de la noción de la acción procesal.

“...Antes de entrar al estudio de la *pretensión procesal* es menester precisar el concepto de *acción*, pues el hecho de haber sido este considerado por la doctrina dominante

como uno de los pilares fundamentales de toda la sistemática del proceso, contribuyó a que no se percibiese la utilidad científica y práctica que reviste la idea de pretensión.

a) Las doctrinas elaboradas en torno a la naturaleza jurídica de la acción se dividen en dos grandes grupos: *el tradicional* y *el moderno*, que responden a puntos de vista fundamentalmente distintos. Dentro de la concepción tradicional, que predomina hasta mediados del siglo XX, se advierten a su vez dos posiciones: la que considera a la acción como el *mismo derecho subjetivo material* alegado ante los tribunales de justicia, y la que la concibe como un elemento o una función del derecho material. Ninguna de ellas, como se puede observar, reconoce la autonomía de la acción.

Para la concepción moderna, en cambio, que surge a mediados del siglo pasado, la acción y el derecho subjetivo material constituyen *dos entidades jurídicas independientes*, criterio que, para algunos autores, implica un punto de partida de la autonomía del derecho procesal como disciplina jurídica.

Dentro de esta última orientación, un grupo de teorías considera a la acción como un derecho concreto dirigido a la obtención de una sentencia favorable, y que sólo corresponde, por lo tanto, a quienes son los efectivos titulares de un derecho subjetivo substancial o de un interés jurídico tutelable. Esta línea conceptual se escinde, a su vez, en dos tendencias: la que define a la acción como un derecho público subjetivo a la tutela jurídica, deducido frente al Estado en la persona de sus órganos jurisdiccionales, sobre los cuales pesa el deber de impartir la tutela jurídica reclamada por el titular del derecho (Muther, Wach), y la que le atribuye el carácter de un derecho potestativo que se ejerce frente al adversario, encaminado a que este soporte “el efecto jurídico de la actuación de la ley” (Chiovenda).

<sup>8</sup> Así lo hizo saber personalmente en una conferencia que brindé sobre el Derecho Procesal Garantista en el mes de diciembre de 1999, invitado gentilmente por Roland Arazi.

El segundo grupo de teorías, dentro de la *concepción moderna*, concibe a la acción como un *derecho abstracto a la tutela jurídica*. Contrariamente a lo que sostiene el primer grupo, aquella constituiría un derecho público subjetivo que corresponde a todos los ciudadanos por el sólo hecho de serlo y cuyo objeto consistiría, simplemente, en la prestación de la actividad jurisdiccional, cualquiera sea el contenido (favorable o desfavorable) del fallo en que esa prestación se concrete.

b) Todas estas teorías han sido objeto de *críticas*. A las comprendidas dentro de la concepción tradicional se les observa la *identificación* que sostienen entre el *derecho subjetivo material y la acción*, pues tal identificación es *inconciliable* con la falta de coincidencia que separa a ambas entidades jurídicas en lo que atañe a sus respectivos sujetos y contenido; a lo que se suma la *existencia de derechos sin acción* (obligaciones naturales) y *de acciones sin derecho* (acciones declarativas y constitutivas, acciones cautelares, etc.).

A la concepción concreta se le critica que, de acuerdo con sus postulados, el derecho a la tutela jurídica o a una sentencia favorable, *sólo nacería al término del proceso*, pues con anterioridad sería imposible afirmar, con plena certeza, la efectiva existencia del derecho de acción, tanto más cuanto que el contenido de la sentencia depende, fundamentalmente, de la conducta que tanto el actor como el demandado hayan observado durante el desarrollo del proceso. Además, esta concepción no logra demostrar que la acción configure un verdadero derecho, pues el deber final del órgano jurisdiccional consiste, simplemente, en dictar una sentencia que dirima el conflicto suscitado entre las partes, la que puede o no ser favorable al pretendido titular de la acción.

Tampoco es *convinciente* la opinión de quienes sostienen que la acción es un *derecho potestativo dirigido contra*

*el adversario*, ya que carece de sentido práctico concebirla como un derecho que engendraría, en todo caso, *un deber genérico de abstención a cargo de toda la comunidad*.

La concepción abstracta supera estas objeciones, pero no logra, como lo pretenden sus sostenedores, *erigir al concepto de acción* en una de las *claves directrices* a cuyo derredor *giraría gran parte de la problemática procesal*.

Dentro de esta posición, difícilmente cabe la *posibilidad de vincular dicho concepto* con fenómenos *fundamentales en la ciencia del proceso*, como son, entre otros, los representados por la litispendencia, la congruencia y la cosa juzgada.

Por tal razón algunos de los autores embanderados en ella han *complementado* el concepto de *acción* con el de *demanda*, a la que se considera como el acto mediante el cual *se ejerce*, en un caso *concreto*, el poder meramente procesal en que el derecho de acción consiste, con lo cual el tema de las condiciones de la acción, por ejemplo, resulta absorbido por el de las condiciones de fundabilidad de la demanda.

Se observa, pues, que toda la elaboración doctrinaria encaminada a esclarecer la *esencia del derecho de acción resulta infecunda para resolver los concretos problemas que la experiencia del proceso plantea...*"

Como ya lo expresé, no me anima discutir ideológicamente con el Dr. Lino Palacio (sencillamente, no me encuentro a su altura intelectual para llevar adelante un debate en este plano). Además guardo para el maestro una sincera estima personal. Formulada esta salvedad, le pido al lector que juzgue si la interpretación que realizo de los dichos del procesalista tiene un viso de certeza. En todo caso la crítica de Palacio sobre la importancia y ubicación de la acción procesal, aun del contexto que quiera mirárselo, habla por sí misma de la ambigüedad doctrinaria sobre el papel que se le asigna a uno de los elementos estructurales de la teoría general del proceso.

### 6.2. *La acción como eje del sistema procesal que sustentan Humberto Briseño Sierra y Adolfo Alvarado Velloso*

Desde la vereda opuesta Humberto Briseño Sierra (en México) y Adolfo Alvarado Velloso (en la Argentina) a partir de la nueva formulación teórica que hacen *del derecho de acción*, colocan a este elemento como *el auténtico eje y el motor de la teoría general del proceso*<sup>9</sup>.

Refiriéndose a la acción procesal expresa Briseño<sup>10</sup>.

“...muestra materialmente una estructura irreplicable, que partiendo de su titular, va hacia la jurisdicción, para terminar en el ámbito jurídico de quien debe (aunque no lo haga) reaccionar...” “...el enlace relevantemente edictico entre tres sujetos permite advertir ese proyectarse, ese pasar los límites que jurisdice, para encaminarse al contendiente en el ámbito procesal...” “...resulta casi imposible no encontrar un nombre para la evidencia cuantificada cuando ella consiste en esa actividad de los tribunales que se inicia con la conducta provocativa de uno de ellos, la cual conduce a las manifestaciones de los otros dos...” “...luego esta proyectividad es meramente lógica porque sino no puede haber un debatir entre partes y ante el imparcial...”.

A su vez, en su Tratado de Derecho Procesal Briseño<sup>11</sup> ratifica la idea consignando:

“...La acción es el concepto elemental del derecho procesal, no sólo porque como instancia es estructuralmente individualizable, sino porque la institución procesal se integra de acciones. Su estudio es, por lo mismo, el más importante análisis de nuestra ciencia...”.

<sup>9</sup> Alvarado Velloso, Adolfo, ob. cit. p. 75 y sigs.

<sup>10</sup> Briseño Sierra, Humberto, ob. cit., p. 174 y 182.

<sup>11</sup> Briseño Sierra, Humberto, *Derecho Procesal, Volumen II*, Distrito Federal, México, 1969, Cárdenas Editor, p. 179.

Queda claro que sobre la noción de la acción procesal (“instancia proyectiva necesariamente bilateral”) Briseño construye la base de su teoría general del proceso.

También, para Alvarado Velloso, lo reitero, la acción es el centro de la teoría general del proceso.

### 6.3. *La preponderancia de la jurisdicción*

A su turno, el jurista español Juan Montero Aroca, considera que el centro del “derecho procesal ciencia” debe pasar por otorgar preeminencia a la noción de la “jurisdicción” ya que, a su juicio, es la presencia del órgano jurisdiccional y el ejercicio de esa función, el que otorga la nota distintiva a nuestra disciplina.

Esta teoría privilegia y pone el acento en la jurisdicción y entiende que el rasgo inconfundible que tiñe a todo el derecho procesal gira en torno de esta idea. Por tanto el dato a resaltar en la teoría general del proceso no proviene del ejercicio del derecho de acción, ni del método de debate, sino de la función heterocompositiva del Estado.

A tal punto está convencido el catedrático español sobre lo que postula que tituló a uno de sus obras sobre la teoría general del proceso como “*Derecho Jurisdiccional*”, sugiriendo que ese debería ser el nuevo “*nomen juris*” de la ciencia procesal.

Para ser fiel con las ideas de mi amigo Juan Montero Aroca, las transcribo en forma textual:

“... El sistema, para algunos, se centra en torno al proceso, que es el concepto base. El proceso se concibe normalmente como relación jurídica, estudiándose sus sujetos, los actos procesales, sus principios configuradores, sus fases: alegaciones, prueba, conclusión, y sus efectos.

Este es el esquema fundamental y de ahí que la idea de proceso sea la noción inicial, la que da unidad al sistema. Los demás conceptos quedan supeditados al de proceso.

La *jurisdicción* interesa considerada desde el punto de vista del proceso, y por eso se resuelve en un presupuesto procesal, el primero de todos. Hasta la acción se estudia tomando en consideración su valor sistemático para el estudio y manejo del proceso.

Los cambios de denominación experimentados por esta rama de la ciencia jurídica –práctica forense, procedimientos judiciales, derecho procesal– no se han reducido a cuestiones terminológicas, más o menos bizantinas, sino que han respondido a cambios sustanciales.

*De la misma manera cuando en la actualidad estamos propugnando que el Derecho procesal pase a denominarse Derecho jurisdiccional, no lo hacemos simplemente con el ánimo de cambiar de palabras, sino porque creemos que la nueva denominación servir para denotar un nuevo paso en la evolución.*

Este paso está implícito ya en algunos autores de uno y otro lado del Océano. Cuando Calamandrei emprendió el estudio del Derecho procesal civil desde el punto de vista del Estado que administra justicia, desde la potestad o función jurisdiccional, o cuando Allorio preveía que la teoría del mañana buscaría apoyo en los conceptos de potestad jurisdiccional o jurisdicción, cuando la doctrina española está diciendo que el concepto central del Derecho procesal es el de jurisdicción, o cuando Alsina inició su exposición por la función jurisdiccional del Estado y dijo que el Derecho procesal comprende la organización del Poder Judicial, la competencia y la actuación del juez y de las partes en el proceso, en todos estos casos, y en muchos otros que podrían citarse, estaba implícito el paso que pretende darse cuando se quiere que la denominación de la ciencia y de la materia universitaria sea la de Derecho jurisdiccional.

Lo que hemos dicho antes de la evolución tiene que haber servido para demostrar que ésta ha seguido un

movimiento *centrípeto*, de la *periferia al centro*, de la apariencia a la esencia, pero la médula de la esencia *no es el proceso sino la jurisdicción*; ésta es el concepto *principal*, mientras que aquél es sólo un concepto subordinado, en cuanto que es el instrumento utilizado por los tribunales para cumplir con la función que les está asignada constitucionalmente, y el instrumento utilizado por las partes para impetrar la tutela judicial...<sup>12</sup>.

#### 6.4. Síntesis

En síntesis, si con una frase se pudiera resumir el incierto panorama doctrinal descrito, y que hoy afecta a la colocación de los cimientos de la teoría general del proceso, no ya sólo a la teoría unitaria del proceso (que supone todavía un escalón de mayor complejidad) es suficientemente expresiva aquella que proviene –nuevamente– de la pluma de Alcalá Zamora y Castillo:

“...el drama de los procesalistas consiste en que las nociones básicas de la disciplina carecen aún de la estabilidad necesaria para alzar sobre ellas una construcción sino permanente, sólida cuanto menos...”<sup>13</sup> y evidenciando su desencanto por tantas frustraciones científicas, llegó a tildar a la acción, la jurisdicción y el proceso como “*el trípode desvencijado del derecho procesal*”. Quizás, esa adjetivación luce hoy un poco *exagerada*, pero convengamos que las contradicciones denunciadas validan, en cierta medida, ese diagnóstico lapidario.

Podría concluir mis reflexiones en este tramo de la siguiente forma: tanto la consolidación del derecho procesal científico, como la elaboración de una teoría unitaria

<sup>12</sup> Montero Aroca, Juan, Ponencia *El Derecho Procesal del Siglo XX*, presentada ante el XVII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal, Ciudad de Panamá, Panamá, 1999.

<sup>13</sup> Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, *Ensayos de derecho procesal*, Buenos Aires, Argentina, 1944, Ediciones de la Revista de JA, p. 656 y sigs.

del derecho procesal, se ha visto afectada, la primera en menor medida y la segunda aún con mucha mayor intensidad, por los *avatares, equívocos y cambio de rumbos* en los que ha caído buena parte de doctrina procesal (sobre el objeto de conocimiento, su omisión, su superficialidad en el tratamiento, la dispersión en torno a la trilogía estructural, etc.). Y conste que el tributo pagado no es *menor*.

La ciencia del proceso no ha alcanzado todavía el grado de estabilidad en sus nociones *básicas*, y la teoría general del proceso (en especial bajo una perspectiva *unitaria*) ha sufrido por esta circunstancia un enorme *retraso* en su concreción, como reiteradamente lo vengo denunciando.

#### 7. Otra amenaza que atenta contra la teoría general unitaria del derecho procesal: la vigencia de la teoría "dualista"

Si el camino recorrido por la doctrina procesal hubiera logrado, por un lado, fijar el objeto de conocimiento del derecho procesal y arribar la consolidación de las nociones de la acción, la jurisdicción y el proceso y, por el otro, asentar las bases que permitieran diseñar una teoría general unitaria del derecho procesal, hoy, ya debería estar definitivamente sepultada la tesis que sostiene la *imposibilidad* (o la *inconveniencia*) de formular una teoría *unitaria* del proceso.

Sin embargo, lejos de bajar a este cadalso de las ideas, la doctrina "dualista", que postula, básicamente, que es inviable generar una plataforma común aplicable al derecho procesal civil y penal goza, hasta la fecha, de una robusta salud científica.

En efecto, aún subsiste una fuerte y numerosa corriente doctrinaria que pregona la existencia de *obstáculos* (pre-suntamente insalvables) e *impeditivos* de la construcción

de una teoría general "unitaria" o "monista" del derecho procesal. Por un cúmulo de argumentos, que sucintamente trataré a continuación, se afirma la imposibilidad —y aún hasta la inconveniencia— de alcanzar este logro científico.

#### 7.1. Principales argumentos esgrimidos por quienes descreen de la formulación de una teoría general del proceso

Las objeciones han provenido históricamente del procesalismo penal, (aduciendo especialmente reacio a la aceptación de una teoría general del proceso común) sin descartar que el procesalismo civil tampoco que encuentra muy animado en ese punto.

Puede verse en Eugenio Florián, como bien lo explica Briseño Sierra<sup>14</sup> un adalid de la idea separatista. Florián fija así su postura:

- En primer lugar, el derecho penal es una relación de derecho público, porque en él se desenvuelve otra relación otra relación de derecho penal, en cambio en el proceso civil es siempre o casi siempre una relación de derecho privado civil o mercantil.
- Después, el proceso penal es un instrumento normalmente indispensable para la aplicación de la ley penal; el civil no es siempre necesario para actuar las relaciones de derecho privado, al punto de que un índice de civilización es la disminución de las causas.
- Tercero; el poder dispositivo de las partes es muy restringido en el proceso penal, mientras que es grande en el juez, inversamente, es grande en las partes y mínimo en el juez.

<sup>14</sup> Briseño Sierra, Humberto, *Derecho Procesal*, Volumen dos, Distrito Federal, México, 1969, Cárdenas Editor, p. 38.

- Cuarto; el civil está regido exclusivamente por criterios jurídicos puros, con abstracción siempre de la cualidad de las personas, y prescindiendo de criterios ético-sociales, por ello se ha de pensar en el margen entre lo máximo y lo mínimo de las penas.
- Pero hay más; el penal requiere valoraciones de carácter técnico, psicológico, antropológico, y sociológico, que tienden a desenvolverse cada vez más en torno a la personalidad del justiciable y de la peligrosidad.

En mi concepto, las objeciones de Florián son más efectistas que efectivas. Sin perjuicio de la refutación general de las ideas separatistas que formularé luego aquí puntualizo:

1) Que la relación procesal (civil o penal) es una relación de carácter público y que no debe confundirse el contenido del derecho sustancial que se invoca (que puede ser privado o público y a su vez disponible o no). Un conflicto penal puede ser disponible por la parte, en tanto que un conflicto civil puede ser indisponible (nulidad de matrimonio, por ejemplo).

2) El derecho procesal penal no es siempre indispensable para poner fin al conflicto penal. Hoy el mismo puede auto-componerse entre las partes (por ejemplo por el pago de los perjuicios del victimario a la víctima). Otro ejemplo: la suspensión del juicio, prometiendo el autor del ilícito penal la realización de ciertas tareas comunitarias.

3) En cuanto al poder de las partes en la actualidad es cada vez más amplio en el proceso penal (el fiscal en un sistema de procesamiento de tipo acusatorio e inspirado en el principio de oportunidad, puede desistir de la pretensión punitiva del Estado y este desistimiento impone al juez el deber de tener por extinguida la persecución penal).

4) Las "valoraciones" sobre la conducta de los sujetos también se hace en los procesos civiles (pensar en el análisis de la conducta procesal de la parte para agravar la

sanción indemnizatoria en caso de verificarse un accionar obstruccionista).

5) En cuanto a un derecho penal que se fije (excesivamente) en la personalidad del justiciable para imponer las penas, ingresa en el peligroso camino del subjetivismo o del delito de autor y no del hecho. Además en los procesos civiles también se mira la persona del justiciable y sus condiciones (por ejemplo para morigerar o aumentar montos indemnizatorios contra un deudor en función de su situación social).

En fin, se advierte que las objeciones de Florián son plenamente rebatibles.

A su vez, otras prevenciones que he podido registrar giran en torno a:

a) el *temor* de que de consagración de la unidad científica *fagocite* al derecho procesal penal;

b) la falta de *preparación* de algunos *procesalistas* penales para abordar temas que son *proprios* de la teoría general del proceso civil;

c) y también la situación inversa, es decir *procesalistas* civiles *desinteresados* por el *estudio* del derecho *procesal penal*;

d) la ausencia en las universidades de una *propuesta académica* orgánica y seria, que imponga el estudio de la teoría general del proceso bajo una *óptica unitaria*.

e) la *diferente naturaleza* de los *conflictos* penales y civiles, la *estructura disímil* del *método de debate* y los *distintos poderes, deberes y facultades* otorgados a los *jueces* (según la cuestión sea de índole penal y civil).

Algunos argumentos se *descalifican por sí mismos* (por caso, los que identifique con las cuatro primeras letras). Los razonamientos incluidos en las dos últimas objeciones requieren una *explicación* mayor y, también, una refutación *más puntal*. Parte de esta tarea ya se realizó al momento de contestar los argumentos de Florián. Seguidamente completaré la faena.



### 7.1.1. La “diferencia” que encierran los conflictos jurídicos civiles y penales

Se sostiene que los conflictos de trascendencia jurídicos civiles y penales son profundamente *distintos* y, por tanto, el método para procesarlos y la forma de heterocomponerlos nunca podrá tener identidades conceptuales básicas.

¿Será así?

¿Se tratará sólo de argumentos efectistas?

Seguidamente abordaré el tema.

#### 7.1.1.1. El conflicto civil

La *distinta naturaleza* de los conflictos penales y civiles ubica, para algunos, un valladar insalvable para la teoría unitaria del proceso. En esa inteligencia, de la diferente esencia de esos conflictos se desprende una serie de consecuencias que afectan (y dividen) el sistema de procesamiento civil y penal.

Se afirma que la “*tipología*” de los conflictos propios del derecho procesal civil condiciona y canaliza una estructura procesal diferente a la del proceso penal. Y ese modo distinto de “procesar” en el ámbito civil es connatural con el litigio que debe dirimirse.

Así la estructura del debate (civil) comienza con: a) la *afirmación* –frente a los órganos jurisdiccionales o arbitrales– de la *existencia de un derecho violado de esta índole*, (normalmente de contenido meramente patrimonial), no *satisfecho* por el *demandado* en el *plano de la realidad social*; b) Afirmado el litigio se le debe otorgar la *posibilidad* de audiencia al accionado para que tome alguna de las posturas procesales que puede asumir (abstención, sumisión, reacción, contradicción); c) Si existen hechos contradichos o de demostración necesaria se abrirá la cau-

sa a prueba; d) Se alegrará sobre su mérito; e) Finalmente el tercero (juez o árbitro) heterocompondrá la litis; c) su decisión quedará sujeta a los recursos pertinentes (ordinarios o extraordinarios) por ilegalidad o injusticia de lo resuelto.

En otras palabras, el conflicto civil nace con la deducción de una pretensión jurídica que no ha sido “auto-compuesta” en el plano de la realidad social por los propios interesados (por ausencia de interés o bien porque la naturaleza del conflicto, que excede al interés propio de las partes, impide esa forma de composición).

La permanencia del conflicto indica, entonces, que las partes no han querido, voluntariamente, ponerle fin de ese modo al entuerto. Por otro lado, son escasos los supuestos en los cuales (por la propia *naturaleza* del conflicto civil) sólo admite soluciones *heterocompositivas* (por ejemplo: procesos civiles donde está en juego un *interés público que trasciende al de las partes*).

En resumen, en un conflicto civil está en juego, de ordinario, un *interés privado de las partes*. Este implica que el litigio se inicia a impulso del pretendiente (no hay juez sin actor) y puede concluirse sin la necesidad de su heterocomposición (las partes pueden “disponer” de la propia suerte del litigio y de los derechos debatidos en él).

#### 7.1.1.2. El conflicto penal

En cambio, el conflicto típico que atiende el proceso penal se conecta con la afirmación de la comisión de un *delito* (imputación) cometido por una persona, achacándole una conducta *prohibida* por la norma *sustantiva penal*.

Así que, para los sostenedores de la tesis dualista, esta diferencia –esencial– instalada en la *distinta naturaleza* del conflicto civil y penal es *irreductible* e impide, en sus términos, y por sí sólo, la formulación de una teoría común o unitaria del derecho procesal.

## 8. Refutación

Me apresuro a rebatir esta idea puesto que no conviene dejarla en pie. Para descalificarla debo extenderme en el análisis sobre la naturaleza de los conflictos de relevancia jurídica, demostrando que, más allá de la índole concreta del bien tutelado que ha sido alcanzado por el conflicto, existe un *hilo conductor que los amalgama*.

Veamos:

Cuando el hombre comienza a coexistir, a vivir en sociedad, nace, como efecto connatural de esta coexistencia social, *distintos tipos de conflictos* originados en la colisión de intereses de la más variada índole ( que pueden involucrar cuestiones patrimoniales, familiares, penales, etc.).

Sociológicamente explica este hecho Desmond Morris en los siguientes términos "...naturalmente no hemos evolucionado para vivir en enormes conglomerados de miles de individuos. Nuestro comportamiento fue orientado para operar en pequeños grupos tribales"<sup>15</sup>.

De modo tal que el hombre ha debido adaptarse (como ha podido) a una situación de cohabitación en sociedades cuyas poblaciones son cada vez más numerosas, en las que fue alcanzando un grado de confort más elevado, pero en las que también se vio expuesto, paradójicamente a situaciones conflictivas cada vez más complejas (reflexionemos, por caso, sobre la multiplicidad de fuentes potenciales de riesgos –a la vida e integridad psicofísica de las personas– que amenazan a los habitantes de las grandes urbes: los accidentes de la circulación vial, del transporte, de la energía nuclear, de la contaminación, etc.).

En suma, en esta era de la pos-modernidad los *bienes de la vida* sobre los que podemos proyectar nuestras *ape-*

*tencias* (cada vez más crecientes y variadas, impulsadas entre otras causas por los estímulos del "consumismo") son *finitos* y, nuestras aspiraciones sobre ellos, en muchos casos desbordan –desde todo punto de vista– las posibilidades de ser satisfechas.

Además, aunque hubiera *coincidencia cuantitativa* entre los bienes y las pretensiones de los hombres (hecho manejado como una simple hipótesis de trabajo, ya que sabemos que no es así), la propia naturaleza humana hace que, muchas veces, entremos en conflicto por perseguir –simultáneamente– algo que también otra persona aspira.

Citando nuevamente a Desmond Morris, el autor nos ilustra: "...los animales luchan entre sí por una de dos razones: para establecer su *dominio* sobre una jerarquía social o para hacer valer sus *derechos territoriales* sobre un pedazo determinado de suelo...". Es decir, que los animales *luchan* cuando lo que se encuentra amenazada es *su propia existencia*. De hecho, el hombre fuerza –muchas veces– situaciones conflictivas no por un "estado de necesidad" sino que la disputa se origina en motivos, circunstanciales o ficticiamente generados.

En definitiva, el hombre entra en estado de conflicto, por intereses mucho más variados y complejos que aquellos que afectan a los animales, provocando situaciones en donde, en unos casos la pendencia es casi inevitable pero, en otros, la "pugna" se ha provocado casi "artificialmente", por causas que son difíciles de explicar desde un análisis racional.

Estadísticamente, es fácil comprobar el número cada vez más creciente de conflictos jurídicos de diverso origen. Es que el choque de intereses que provocan su judicialización tienen, como se dijo, distinta y cada vez más compleja naturaleza jurídica (por ejemplo: los intereses difusos, los reclamos derivados de las diversas formas que asume la responsabilidad civil por productos elaborados, la mala praxis profesional, etc.).

<sup>15</sup> Morris, Desmond, *El Mono Desuido*, Barcelona, España, 1968, edit. Plaza y Janes, p. 154.

Sin embargo, más allá de la *sustancia material* que empapa al conflicto, racionalmente es sencillo determinar las *variantes conflictivas* de relevancia jurídica que pueden presentarse en el plano de la realidad social, y que admiten su “judicialización” (estatal o privada) según la índole del tema que encierra la disputa. Estas variantes conflictivas, asumen, a mi juicio, las siguientes formas:

*Primero:* un tipo de conflicto se origina toda vez que se ejerce, en el plano de la realidad social, una *pretensión* por parte de un pretendiente –gente o ente– y la misma *no es satisfecha* (voluntariamente) por aquél contra quién va encaminada.

El “pretendido” lejos de someterse a la voluntad ajena, le opone al “pretendiente” una resistencia a su cumplimiento. Este primer tipo de conflicto supone, como vimos, la existencia de una “pretensión-resistencia”.

El conflicto puede desembocar (en el caso de quedar irresuelto, y decidir el presunto afectado llevar la cuestión al plano jurídico) en una “pretensión procesal” (ejercitada por medio del derecho de acción y documentada en una “demanda”) por la que se perseguirá el dictado de una sentencia “favorable” (previa formación del proceso judicial) que sea “declarativa de condena”, “constitutiva de estado” o “de ejecución”.

Ahora bien, que si el contenido jurídico de “lo pretendido” y “resistido” se remite a intereses “*transigibles*” podrá ser procesado y sentenciado por *jueces o árbitros* (no está en juego intereses distintos que los de las propias partes) y también *autocompuesto* por las propias partes.

Pero me interesa remarcar que ese tipo de pretensión (signada por la naturaleza de conflicto que le toca procesar) no es el *único conflicto* que *puede desatarse* y, por tanto, frente a otro tipo de conflictos tampoco será igual la conducta resolutoria que puede requerírsele al órgano judicial. En otros términos, el sistema procesal, como se-

guidamente lo detallare se “*interesa*” por *otro tipo de cuestiones conflictivas*.

*Segundo:* puede ocurrir, entonces, que la disputa se encarrile no para poner fin a un estado conflictivo signado por una “pretensión-resistencia”.

Nos ubicamos, entonces, en una segunda variante: el conflicto consiste en un “*estado de incertidumbre*”. En este supuesto la función jurisdiccional pasa por hacer cesar ese estado de duda que (“en sí”) constituye la situación conflictiva (por ejemplo: pretensiones “*mere declarativas*” y los llamados “*actos de jurisdicción voluntaria*”). Luego, el pronunciamiento del órgano jurisdiccional cumplirá con su cometido resolviendo sobre ese estado de duda.

Cierto es que una pretensión que encierre una incertidumbre inicial (por ejemplo la inscripción tardía de nacimiento que requiere la judicialización del caso para evitar dudas sobre la filiación de la persona) puede desembocar en un conflicto del tipo pretensión-resistencia (en la medida, precisamente que esa pretensión se contradicha).

En este caso el conflicto se reconvierte y lo que el Tribunal resolverá será una pretensión (que se inscriba tardíamente el hijo presuntamente matrimonial de quién así lo solicita) y una resistencia (que puede ser ejercida por el estado) aduciendo, por ejemplo, que la inscripción tardía esconde una intención de inscribir un hijo que no es propio.

Pero lo que debe remarcarse que la índole del conflicto, de inicio, es distinta. En otros términos: que los conflictos civiles no son de un solo “tipo”.

*Tercero:* Por fin, el conflicto puede asumir otro cariz: el mismo se produce al verificarse que una *conducta humana* entra en *colisión* con el “molde patrón” que el sistema jurídico “*previsionó*” para ese supuesto (caso típico de la conducta delictiva o generadora de hechos ilícitos penales).

Es decir, que el *conflicto* supone un *quiebre* entre la conducta del sujeto y el “molde patrón” previsto por el

ordenamiento legal. La índole de este conflicto explica el sentido, la razón de ser, y la intervención de los órganos jurisdiccionales estatales que desenvuelven su actuación aplicando el derecho penal sustantivo por medio del derecho procesal penal.

En principio, este tipo de conflictos (penales) sólo puede ser disuelto, insisto, por la *heterocomposición estatal*.

Pero debe advertirse, y esto es esencial para demostrar que la distinta naturaleza de los conflictos no afecta a la *unidad del derecho procesal*. En efecto hoy, en el ámbito del derecho procesal penal, son cada vez más numerosos los supuestos en donde el conflicto penal se disuelve, por ejemplo, sin aplicación de la pena por parte del Estado.

En otras palabras, la solución de un conflicto penal mismo asume formas directamente "*autocompositivas*". La mediación se está imponiendo como un modo de concluir las controversias penales. La reparación a la víctima en muchas legislaciones penales provoca la extinción del interés estatal para perseguir el delito. La mera posibilidad que el modo heterocompositivo no sea el único camino para redefinir los conflictos penales descalifica el dogma basado en que la heterocomposición pública de la pretensión punitiva del estado es la única salida para dirimir un conflicto penal (otros ejemplos: en el derecho penal Argentino: la "suspensión del juicio a prueba").

Además, si bien no debemos olvidar que hoy, en casi todos los sistemas penales de América latina rige el principio de "*legalidad*" (todo delito que *toma conocimiento* los órganos de la acusación estatal debe ser perseguido y castigado) pero ese principio empieza a ser *desplazado* por llamado principio "*de oportunidad*" (se persiguen sólo los delitos que se estiman de relevancia para la sociedad, se amplía el elenco de delitos que sólo pueden perseguirse a instancia de parte, se eliminan los delitos de bagatela, etc.).

Esta progresiva sustitución del sistema de legalidad

por el de oportunidad constituye otro fuerte indicio de la "*civilización*", en el sentido que el conflicto de índole penal se lo trata de un modo cada vez más similar el conflicto de índole civil.

Me auxiliaré con un ejemplo: en un accidente de tránsito provocado culposamente y que provoque heridas graves a víctima, el conflicto que se genera es producto de la violación del deber de no dañar y de la protección a la integridad física de las personas quebrada por la conducta del victimario. Los sistemas jurídicos (sustanciales y procesales) permiten que el victimario sea objeto de una doble responsabilidad jurídica: civil, a los fines de indemnizar el daño provocado y penal, para responder ante la sociedad (o el Estado) frente al reproche ético-jurídico que emana del tipo penal que castiga el delito de lesiones graves culposas.

Ahora bien: en la antigüedad ambos carriles se transitaban por vías separadas. Hoy se ubica como conflicto principal no el interés del Estado en castigar a quién por su imprudencia le provoca un daño a otro sino en la reparación concreta (indemnizatoria) de ese daño. Y si esa finalidad se consigue los sistemas penales modernos premian al victimario con la extinción de la pretensión punitiva.

Se advierte con toda claridad (con el ejemplo utilizado) que la diferente índole del conflicto no puede en modo alguno ser obstáculo para edificar una teoría unitaria del derecho procesal.

Wolfgang Schöne<sup>16</sup> nos habla "...de la satisfacción del interés de la persecución penal por otras vías. El autor evita la acusación y —esto es por lo menos en muchos casos su interés— condicionado por el cumplimiento de mandatos como reparar daños, fomentar la beneficencia pú-

<sup>16</sup> Schöne, Wolfgang, *Contribuciones al orden jurídico penal paraguayo*, Asunción, Paraguay, 2000, edit. Intercontinental, p. 199.

blica, por el trabajo personal o donación de dinero o cumplir con los deberes de sostenimiento...”.

Para compendiar mis ideas en este tramo: los distintos tipos de conflictos y su naturaleza diversa no impide en modo alguno mantener la *unidad* de la teoría general del proceso, si se tiene en cuenta que:

a) el objeto de conocimiento del derecho procesal sigue siendo *el conflicto* (de cualquier tipo);

b) la acción, la jurisdicción y el proceso atienden de igual modo a la resolución de los mismos, sea que éstos se instalen en el *ámbito penal o civil*. Ambos gozan de una misma herramienta para ser iniciados (el derecho de acción); en ambos se ejerce una pretensión; el modo de debatir es idéntico (la serie procesal) y, por último, la heterocomposición es similar (en definitiva para el que pierde sufre la privación de “un bien de la vida”, en el caso del derecho penal puede ser la libertad de la persona, en el caso del derecho civil la pérdida –de ordinario– es patrimonial, pero esto no cambia el concepto).

Además, hoy ni siquiera es correcto hablar de pena como el sinónimo del modo en que puede concluir un proceso penal. Nuevamente nos ilustra Schöne<sup>17</sup> “...el concepto de reacción penal es más amplio que la pena, cubre también una medida de mejoramiento o de seguridad que a pesar de ser introducida por una ley penal no es, stricto sensu, una pena. Emplear la palabra pena en vez de “reacción penal” reduciría, entonces, el alcance de la garantía...”.

### 9. Más argumentos de la tesis separatista:

#### *las diferencias en la estructura del proceso civil y penal*

Los embates de los separatistas no se detienen en el obstáculo que representaría la diferente índole de los con-

<sup>17</sup> Schöne, Wolfgang, ob. cit., p. 39.

flictos jurídicos. En un segundo plano aducen los “dualistas” que existen diferencias esenciales en la *estructura* del método de debate civil y penal. En otros términos, que el proceso civil y penal el debate no se *organiza* por carriles similares.

Aquél (el civil) se inicia mediante el ejercicio del derecho de acción, que contiene una *pretensión* por la que se afirma la existencia de un conflicto de esa índole.

En el proceso penal, en cambio, ante la noticia de un hecho punible, se inicia con una *investigación* previa, que no tiene siquiera la estructura *típica* del proceso.

La investigación (tendiente a determinar la existencia de un delito y su eventual autor) supone un simple “*procedimiento*”, en el sentido que existen actos pre-procesales o extra-procesales, que si bien son puestos en conocimiento de la autoridad jurisdiccional, materialmente hasta los pueden realizar sujetos *ajenos* al ámbito judicial (por ejemplo, la investigación de “prevención” efectuada por funcionarios policiales, autorizada frecuentemente en los Códigos Procesales Penales).

### 10. Refutación

Debo impugnar estas ideas puesto que denuncian aparentes *diferencias* en la estructura íntima de ambos procesos (civiles y penales) que, en rigor, *no son tales*.

La figura del proceso concebido como método de discusión (civil o penal) supone un debate dialéctico y civilizado, entre dos partes, actuando en un plano de igualdad, ante un tercero imparcial, imparcial e independiente. A riesgo de caer en la repetición no dejaré de remarcar la “*identidad*” conceptual de ésta fórmula.

A su vez, este método de debate está *programado*, como ya lo he mencionado en otras oportunidades, como una *serie lógica* compuesta por los siguientes eslabones: 1) afirma-

ción (pretensión civil, acusación penal); 2) posibilidad de negación (reacción del demandado civil, defensa del imputado penal); 3) confirmación (de la pretensión civil y de acusación penal); 4) alegación (sobre el mérito de la prueba colectada en la causa civil o en la causa penal); 5) sentencia (que heterocomponga el conflicto y 6) recursos (que permitan el control del error judicial).

La *logicidad* de la *serie* antes descripta permite discutir de un modo eficaz, mediante la adecuada conexión de instancias proyectivas, pretensiones (civiles o penales). Esas “instancias proyectivas” y su conexión van desde el inicio mismo del proceso hasta los planteos recursivos. Se trata de debatir permitiendo la constante la “bilateralización de la audiencia” en todo el curso del proceso.

Así presentada, la concepción del proceso –de cualquier proceso– (que es producto, como se vio, del genial intelecto de Humberto Briseño Sierra) se logra aislar y, especialmente, unificar el fenómeno del proceso, tornándolo un concepto *inconfundible e irrepetible* en el mundo jurídico.

Por su parte, Adolfo Alvarado Velloso<sup>18</sup> capta (con una extrema sencillez pero en toda su extensión) la estructura íntima que encierra el método de discusión.

Resumiendo sus ideas puedo decir que Alvarado concibe al proceso como una disputa que se inicia con la afirmada existencia de un conflicto de intereses jurídicos, conflicto que se arguye producido en el plano de la realidad social.

Para Alvarado, la intervención de la jurisdicción (“pública” o “privada”) se produce cuando ese conflicto de trascendencia jurídica es trasladado al plano procesal por medio del ejercicio del derecho de acción.

El conflicto, así “jurisdiccionalizado” se transforma en un “litigio” y, a partir de su judicialización, ubica a dos par-

<sup>18</sup> Alvarado Velloso, Adolfo, ob. cit., p. 233 y sigs.

tes enfrentadas en un pie de perfecta igualdad, discutiendo ante un tercero imparcial, imparcial e independiente.

En este tramo se advierte, como Alvarado se aparta, (para explicar con una mayor precisión docente), de la idea carnelluttiana que el ilustre procesalista italiano tiene sobre el “litigio”. Ya hice mención sobre esta diferencia doctrinal. El marcar esa diferencia tiene importancia para reafirmar los conceptos unificadores que estoy manejando, como seguidamente lo demostraré. Veamos:

Se explicó que para Carnelutti, el “litigio” es la propia existencia del conflicto, es decir del choque de intereses, (con prescindencia que sea judicializado o no).

Para Alvarado, por el contrario, el conflicto se ubica, como se dijo, *fuera* del “plano procesal” (concretamente en el plano de la realidad social), y sólo se convierte en “litigio” cuando el mismo es *afirmado* como existente ante los órganos jurisdiccionales.

Esto le permite a Alvarado<sup>19</sup> “jugar” con las esclarecedoras ideas de:

a) conflicto *sin* litigio (choque en el plano de la realidad que no se traslada al plano jurídico);

b) litigio *sin* conflicto (se afirma la existencia de un conflicto que, en realidad, no existió en el plano de la realidad social);

c) litigio *con* conflicto (el conflicto existió en el plano de la realidad social y se traslada, afirmado la existencia del mismo, en el plano jurídico).

Ahora bien, la afirmación del litigio (con *prescindencia* que el litigio esté no precedido *de un conflicto*, lo que explica precisamente el concepto *abstracto* de la acción) por ante ese tercero (imparcial, imparcial e independiente) desata un *debate dialéctico* entre las partes, quienes se ubican –como ya se dijo– en un pie de perfecta igualdad en la “base”.

<sup>19</sup> Alvarado Velloso, ob. cit., p. 25.

La figura es captada –gráficamente– por el dibujo del célebre *triángulo chiovendano*, cuyo vértice es ocupado por el juzgador, equidistante de los litigantes, que se encuentran en la base ese triángulo equilátero. El “tercero” será quien –finalmente– luego de llevar a cabo las conexiones de instancias de toda la serie procesal, asumirá la función de heterocomponer el litigio sometido a su conocimiento.

Por todo lo que llevo expuesto queda claro que el proceso, como método de debate, es idéntico, en su estructura, secuencia de la serie, principio y fin, en el campo civil y penal.

Y que no se diga que los actos de *“instrucción penal”* desnaturalizan esta idea. Es que hoy, bajo la óptica de *“sistema procesal penal acusatorio”* todo lo que precede al juicio, es decir a la *acusación formal* interpuesta por el *Ministerio Público*, queda reducido a una simple *preparación o investigación* del caso penal, pero el proceso penal recién se inicia con la pieza acusatoria del fiscal.

Luego, la idea que encierra la *“investigación fiscal preparatoria”* no *difiere*, esencialmente, de la investigación que realiza el abogado (previa a la deducción de una pretensión civil) para verificar la posibilidad de deducirla. En este sentido el abogado investiga (bien que privadamente) como ocurrieron los hechos y, si estima que el caso es justiciable, deducirá su pretensión civil. Además, en muchos casos se auxilia del órgano jurisdiccional para lograr su cometido (piénsese en las medidas preparatorias de juicio ordinario tendientes a determinar la calidad de posible demandado de una persona, la posición que ocupa con relación a la cosa objeto del eventual litigio, etc.).

También la labor de recopilar pruebas en el proceso penal en la etapa de *“preparación fiscal”* no es muy distinta a *“las medidas de aseguramiento de pruebas”* que se autorizan en los procesos civiles. Ambas tienen en común la de *“asegurar”* que cierta fuente de prueba no se pierda para el proceso o se torne de difícil producción en una

etapa posterior (sino se la introduce tempestivamente por los medios adecuados).

En fin; frente a estas similitudes, identidades conceptuales, igualdad en el modo de debatir (que se trasunta en formas comunes para preparar la demanda o la acusación, asegurar el material probatorio) que anuda a los procesos civiles y penales, queda claro que se *apuntala la idea unitaria del derecho procesal*.

#### 11. Auto y heterocomposición.

##### *Poderes, deberes y facultades de los jueces*

Los *“dualistas”* ponen también el decidido acento, por un lado, en los distintos *poderes y facultades* que *“tendrían”* las partes y el juez en ambos procesos, y por el otro, en los *diversos modos* en que puede *concluir la litis*.

Remarcan que en el proceso civil, en numerosas oportunidades, el conflicto se extingue mediante el empleo de formulas *“autocompositivas”* (desistimiento, allanamiento o transacción).

En cambio, en el proceso penal, aducen que el conflicto debe terminar, inexorablemente, mediante una respuesta *heterocompositiva del órgano jurisdiccional*. Se hacen fuertes en estos argumentos y entienden que las diferencias son realmente irreductibles.

#### 12. Refutación. Sobre la heterocomposición

##### *y la autocomposición en los procesos penales y civiles*

Ya he incursionado sobre el tema más arriba, aquí amplío mis fundamentos. Hoy es cada vez más firme la tendencia a concluir los procesos penales bajo formas *“autocompositivas”* (que restauran a la víctima como la figura central de la reparación penal y, no al Estado o a la sociedad como los principales y excluyentes damnificados por el delito).

Es que sin una *política criminal coherente* (que, lamentablemente, no *existe* en América latina), limitándose el Estado el simple expediente de aplicar penas privativas de la libertad (como el único castigo imaginado hacia al autor de un hecho punible), no sólo no “resocializa” al delincuente, sino que lo introduce de lleno en ese “master del delito” que constituyen las ominosas cárceles de Latinoamérica.

Conste que no afirmo que la pena estatal debe abolirse, su función, por lo menos “preventiva” –en cierto sentido– o para evitar que se desate una venganza salvaje y no reglamentada por parte del agraviado, todavía conserva valor.

Lo que sostengo (en rigor *coincido* con Zaffaroni) es que la pena (en especial la privativa de la libertad) no es la única forma de compensar el desequilibrio que genera un *ilícito penal*.

La víctima no debió ser dejada de lado (con la intensidad en que fue *desplazada* por el Estado) de “su conflicto” con el *victimario*. Y así, si el norte hubiera estado puesto en la satisfacción o reparación del bien lesionado por el delito, más allá de la pena que puede corresponderle al ofensor, o por lo menos contemplados ambos extremos, es previsible que el proceso civil (reparatorio) y penal (también *reparatorio*), en la medida que evidencien una *finalidad similar*, se aproximarán en la realización de valores comunes.

Si se trata, por caso, de *resarcir* las consecuencias de un *ilícito* (y no tan sólo de punir al delincuente, es obvio se está hablando en un *mismo idioma jurídico*. Si la víctima retoma el papel central en el proceso penal (de la que fue desplazada sin razones valederas) el sentido y el norte de ambos procesos se torna mucho más *homogéneo*.

Por último, y como ya se dijo, se advierte que muchos procesos civiles “penalizados” sólo admiten su *conclusión heterocompositiva* (por caso, por ejemplo, nulidades matrimoniales, divorcio, filiación, etc.) y nadie afirma que

porque en esos procesos la decisión del tercero no pueda ser sustituida, melle la teoría *general* del proceso civil.

Así que el argumento ortodoxo de la heterocomposición o autocomposición (para oponerse a la formación de una teoría unitaria del derecho procesal pierde, a mi juicio, toda *virtualidad*).

### 13. Poderes, deberes y facultades de los jueces penales y civiles

En cuanto a los distintos poderes y deberes del órgano jurisdiccional los separatistas también denuncian que el juez penal no puede (ni *debe*) contentarse con la *verdad “formal”* (como, en alguna medida, le “*alcanzaría*” al juez civil para *dirimir la contienda*).

Otros creen (equivocadamente, por cierto) que el *juez penal*, como ya se vio, tiene el deber funcional de indagar la “*verdad real*” de la ocurrencia de los hechos sobre los que se basa la acusación, pero, además, también están convencidos que el *juez civil debe salir en la búsqueda de esa “verdad real”* (paradójicamente, con bajo este modo de razonar se consagrará una “*identidad*” en la búsqueda de los “valores” que tendrían que realizarse en ambos procesos).

### 14. Refutación

Pero esta *falsa identidad axiológica* no ayuda a la construcción de una teoría unitaria. Sencillamente parte de ideas *erradas*. En rigor, todos estos argumentos son sofismas. La unidad del derecho procesal no se conseguirá “*penalizando*” al derecho procesal civil, sino “*civilizando*” al derecho procesal penal, cosa que es bien distinta.

El postulado es, en esencia, que *ambos procesos* respeten las garantías constitucionales del juez imparcial, de la igualdad de los parciales y de la bilateralidad de la



audiencia. Se debería dejar de lado la *esquiva idea de la verdad "formal" y "real"* que tanto *daño* le provocó al derecho procesal.

La óptica "garantista" del derecho procesal, *no cree más en idea de las "dos verdades"*. Por ser esta noción un verdadero sofisma.

El lúcido procesalista penal argentino y de mi ciudad –Rosario– Héctor Superti, explica el fenómeno de los valores y la justificación de los sistemas de procesamiento inquisitivos (que tanta desunión han traído a la ciencia del proceso) de la siguiente forma: "...En materia de enjuiciamiento, *con la bandera de "la verdad"* se ha justificado entre otras cosas, la intervención *oficiosa de los jueces en la producción de la prueba*, aún a costa de romper el equilibrio procesal, la garantía de juicio previo, la igualdad de las partes, y la neutralidad del Tribunal.

A partir de los principios inquisitivos la corriente tradicional argentina, entendió que era deber de los jueces investigar y llegar a "*la verdad real*", estando facultados, sino *obligados*, a procurar las pruebas necesarias más allá de las que aportaran las partes" "...El sistema inquisitivo no vacila en priorizar la investigación aún a costa de la garantía del juez imparcial." "...Normalmente los sistemas totalitarios siempre *levantan banderas* para justificar sus excesos que son en sí mismo indiscutibles (la verdad, el castigo del delito, el orden, etc.)<sup>20</sup>.

"...El desafío, cuando no la tarea ineludible, es constitucionalizar el proceso, el que debe responder a un modelo acusatorio; y es en esa dirección hacia donde deberían soplar los vientos de cambio" "...Ello implica reivindicar la imparcialidad del Tribunal y la igualdad de las partes, respetando el juicio previo como garantía, de suerte tal

<sup>20</sup> Superti, Héctor, *Derecho Procesal Penal. Temas Conflictivos*, Rosario, Argentina, 1998, edit. Juris, p. 61 y sigs.

que cuando se llegue el momento de decidir se opte por jueces y no por *inquisidores...*".

Frente a la claridad de las ideas de Superti quedo eximido de mayores comentarios.

Conclusiones en este tramo: *ideológicamente*, hoy, los poderes, deberes y facultades de los jueces, civiles y penales, bajo la óptica procesal garantista ostentan *tal similitud* que creo se ha derrumbado, definitivamente, el *muro ficticio* que dividía al procesalismo civil y penal. Frente a estos nuevos paradigmas que proscriben al juez (penal y civil) la búsqueda de la "verdad" (a cualquier precio), que le vedan investigar y probar oficiosamente, (porque, sencillamente, pierde su imparcialidad) la unidad procesal parece una meta factible de alcanzar.

#### 15. A modo de conclusión en este tramo

La tarea de refrescar las *antinomias* que todavía están presentes entre los maestros más preclaros del derecho procesal, denunciar los *embates* que provienen de la tesis "*dualista*" (que enfrenta la "unidad del derecho procesal") y generar la *impugnación puntual* de las tesis que niegan esta posible unidad constituyeron las tareas realizadas en este capítulo.

Sin embargo, debo reconocer que –todavía– deben removerse obstáculos de gran porte y que sólo con importantes esfuerzos podrán ser superados. La continuación de esta labor en ese sentido explica el contenido de los capítulos siguientes. En definitiva: nadie aspira a que la tarea de consolidar la teoría general del proceso sea de tono menor, esto ya lo he dicho. Me asiste, eso sí, una cierta tranquilidad doctrinal y ella proviene de un grado de conformidad con la faena realizada hasta ahora, especialmente al advertir que existen múltiples argumentos, dogmáticos y iusfilosóficos, que ayudan al apuntalamiento de las ideas comunitarias.

### *Bibliografía utilizada*

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Ciudad de México, México, 1970. edit. Textos Universitarios, Universidad Autónoma de México.

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Ensayos de derecho procesal*, Buenos Aires, Argentina, 1944, Ediciones de la Revista de J.A.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal, primera parte*, Santa Fe, Argentina, 1989, edit. Rubinzal Culzoni.

BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho Procesal, Volumen II*, Distrito Federal, México, 1969, edit. Cárdenas Editor.

BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Compendio de derecho procesal*, Ciudad de México, México, 1989, edit. Humanitas.

CARLOS, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho procesal*, Buenos Aires, Argentina, 1959, edit. Ejea.

CARNELUTTI, Francesco, sistema, número 14. Citado por Alcalá Zamora y Castillo en *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Ciudad de México, México, 1970, edit. Textos Universitarios, Universidad Autónoma de México.

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

MORRIS Desmond, *El Mono Desundo*, Barcelona, España, 1968, edit. Plaza y Janes.

SUPERTI, Héctor, *Derecho Procesal Penal. Temas Conflictivos*, Rosario, Argentina, 1998, edit. Juris.

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

## Capítulo 6

### EL OBJETO DE CONOCIMIENTO DEL DERECHO PROCESAL

1. La necesidad de abordar los presupuestos que integran la teoría general del proceso desde una óptica científica "multidimensional". 2. Desarrollo de los conceptos básicos sobre los que asienta la formulación de la teoría unitaria del derecho procesal. 2.1. El objeto de conocimiento del derecho procesal civil y penal. 2.2. Conflictos diferentes. Intrascendencia de la cuestión. 3. La mención de algunas de las expresiones del pensamiento iusfilosófico que se ocuparon de definir el objeto de conocimiento del derecho (en general). 3.1. Las prevenciones de Álvarez Gardiol. 3.2. Una simple nómina de iusfilósofos y procesalistas interesados por ubicar el objeto de conocimiento. 3.2.1. Breve síntesis sobre el "trialismo jurídico". 3.3. Volviendo a mis reflexiones. 4. La opinión de León Duguit. 5. Mi opinión y crítica del pensamiento de Duguit. 6. Carlos Cossio. 6.1. Mi opinión. 7. Las enseñanzas de Alvarado Velloso. 7.1. Mi opinión. 8. Abel Naranjo Villegas. 9. Rodrigo Noguera Laborde. 10. Mi opinión. 11. Conclusiones sobre el objeto de conocimiento del derecho procesal.

## Capítulo 6

### EL OBJETO DE CONOCIMIENTO DEL DERECHO PROCESAL

#### *1. La necesidad de abordar los presupuestos que integran la teoría general del proceso desde una óptica científica “multidimensional”*

Una adecuada sistematización de los elementos de la teoría general del proceso como así también de las fórmulas que posibilitarían la ansiada unidad del derecho procesal debería ser tratada desde una perspectiva epistemológica “*multidimensional*”<sup>1</sup>. Estoy proponiendo con este enfoque ensanchar y superar la visión “tradicional” con la que se aborda el tema estableciendo una diferencia con el *método* que, de ordinario, propone la dogmática procesal.

El proyecto de ampliar la perspectiva de estudio proviene del convencimiento que, para poder entender explicar de un modo coherente los *pilares esenciales* sobre los que se asienta la teoría general del proceso, (especialmente en la búsqueda de consolidar bases científicas que son *comunes* a todas las ramas del derecho procesal) contaremos con más chances si esas cuestiones se analizan desde

<sup>1</sup> El término es tomado del procesalista argentino Manuel Gonzalez Castro que sugiere que el derecho procesal civil debe ser estudiado desde las siguientes perspectivas: Dimensión Histórica, Antropológica, Social, Política, Económica, Ética y Jurídica (ver su libro *Derecho Procesal Civil, Perspectiva Multidimensional*, edit. Francisco Ferreyra, Córdoba, República Argentina, 1998).

distintos vértices cognoscitivos. En otros términos: los estudios sobre la teoría general en el derecho (en general) para poder desarrollarlos en plenitud conlleva un notorio esfuerzo intelectual: elevarse a un “tercer nivel de abstracción mental” (más cercano al plano *filosófico* que al científico). Este planteo ya fue realizado en el capítulo anterior cuando daba cuenta de la exigencia de abordar el objeto de conocimiento del derecho procesal desde los planos de la filosofía jurídica y la teoría general del derecho.

Ahora bien, para alcanzar este plano de abstracción y especulación crítica en el razonamiento, se debe superar –insisto– las elaboraciones puramente doctrinarias (que se ubican en el andarivel propio del conocimiento las “ciencias”, es decir en un *segundo grado* de complejidad teórica) y analizar el fenómeno de la juridicidad en toda su extensión. Por carácter transitivo, la construcción de la teoría general del proceso no puede *rehuir* de ese compromiso epistemológico (todavía más acentuado al pretender cimentar una fórmula *unitaria* que contenga postulados esenciales *compatibles* entre el derecho procesal civil y penal).

Y así, caemos rápidamente en la cuenta que muchas de las nociones que deben otorgar ese soporte cognoscitivo “adicional” al específico andamiaje procesal están ubicadas, en otras esferas del derecho (y aún fuera del mismo). Se trata de conceptos tomados, como se dijo, de la filosofía, de la sociología, de la lógica, de la psicología, de la historia, de la ética, de la moral, etc.). Entonces, si esas nociones resultan necesarias a la hora de teorizar en torno al derecho procesal, la consigna científica y pedagógica no puede ser otra que “importarlas” desde sus respectivos campos hacia “lo jurídico” (para nutrir a la teoría general del derecho procesal con un aporte gnoseológico “expandido” que le confiera mayor rigor a las especulaciones teóricas realizadas).

En definitiva, y en este contexto de exigencia impuestas (por razones de buena metodología), mi investigación me llevará, a navegar en las inquietantes aguas del pensamiento filosófico-jurídico y de ciertos estudios propios de otras ciencias sociales, tarea en la que los juristas, en general, no nos sentimos muy a gusto por las dificultades propias que plantea la armonización de conceptos interdisciplinarios.

Asumo que al adoptar esta postura investigativa “expandida” se corre con un *riesgo* epistemológico: “*dispersarse*” en las ideas que se quieren compaginar agigantando el problema de no encontrar un hilo conductor que las enhebre. Pero ese riesgo tiene, como contrapartida, una ventaja muy notoria: calar más hondo en la *raíz* de los problemas centrales (mucho de ellos irresueltos) de la teoría general del derecho procesal que todavía se encuentran en “zona de conflicto”. Un ejemplo de lo inconcluso de los esfuerzos dogmáticos lo constituye, precisamente, la frustrada *unidad* teórica del derecho procesal.

## 2. Desarrollo de los conceptos básicos sobre los que asiento la formulación de la teoría unitaria del derecho procesal

### 2.1. El objeto de conocimiento del derecho procesal civil y penal

El enfoque de estudio propuesto desde una óptica *mutidimensional* me llevará a desarrollar la teoría unitaria del derecho procesal, como ya lo anticipé, desde *tres planos distintos*:

a) En primer lugar, me abocaré a un análisis exhaustivo (que ya comencé en el capítulo precedente) sobre el *objeto de conocimiento* que regula el derecho procesal, es decir, indagar en el nivel sociológico que es “mentado” por las normas procesales (como se expresó, las interferencias de conductas en afirmado “estado de conflicto”);

b) En segundo lugar, las teorizaciones abarcarán el plano *normológico* del derecho procesal, o sea, la *“respuesta legal”* que el derecho procesal brinda para resolver, pacífica y racionalmente, el conflicto intersubjetivo de intereses planteado.

c) En tercer lugar, el abordaje se conecta con la realidad *axiológica*, con los “valores” que un ordenamiento jurídico pretenden *“realizar”* por medio de la acción, el proceso y la jurisdicción. En otras palabras cuál es el deber ser que persigue el ordenamiento jurídico-procesal al resolver los conflictos jurídicos (la paz, el orden, la justicia, etc).

Ahora bien, por una cuestión de estricta *lógica* la correcta encardinación de los planos normológicos y axiológicos del proceso deben estar precedidos –cronológicamente– del análisis de ese “objeto” que “mentan” las normas y los “valores” que pretenden “realizarse”.

Por tanto, si se trata de “empezar por el principio” se impone profundizar los conceptos el objeto *“mentado”* por las normas y los valores jurídicos: el conflicto de trascendencia jurídica.

Suscribo la idea, como ya lo llevo dicho, de que el objeto de conocimiento del derecho procesal consiste en la *afirmación de la existencia de un conflicto intersubjetivo de trascendencia jurídica ante un órgano jurisdiccional* (juez o árbitro). En efecto: esa interferencia de conductas (en afirmado estado de conflicto de trascendencia jurídica) constituye la “materia” sobre la que “predica” el derecho procesal civil y penal (es decir el tramo “normativo” de la ciencia del derecho).

Además, la solución *heterocompositiva* del conflicto, precedida de un método de debate dialéctico y pacífico que culmina con una resolución de los órganos jurisdiccionales públicos o privados, exterioriza la voluntad del Estado de derecho de realizar, insisto, ciertos valores (la justicia, la certeza, el restablecimiento de la paz social etc.).

La consecución de estos “valores” supone el “fin querido” por el ordenamiento procesal, constituyendo un valor en si el hacer cesar el estado de conflicto que es nocivo para la convivencia pacífica.

## 2.2. Conflictos diferentes. Intrascendencia de la cuestión

Como ya se anticipó, una propuesta que científica, que lógica y cronológicamente fije las bases “primeras” y comience –desde allí– a *subir* hacia la construcción de una teoría general del proceso debe ubicar al objeto de conocimiento del derecho procesal como *el primero* de los elementos de estudio.

Constituyendo el conflicto de trascendencia jurídica el objeto “mentado” por el derecho procesal ya se demostró en el capítulo anterior (al rebatir las “tendencias separatistas”) que la *“diferencia”* de los conflictos de trascendencia jurídica que se atienden por vía de los procesos civiles (en todas su ramas) y penales no constituyen, en modo alguno, un obstáculo para consagrar esa “unidad” teórica. El tema, en ese tramo, ya quedó agotado.

## 3. La mención de algunas de las expresiones del pensamiento iusfilosófico que se ocuparon de definir el objeto de conocimiento del derecho (en general)

Pero más allá de los distintos modos que asumen los conflictos de trascendencia jurídica y la *“indiferencia”* de este dato (que no afecta, insisto, la *unidad* del derecho procesal), aquí debo extender mis argumentos para explicar (y tratar de convencer) porque es el conflicto de trascendencia jurídica el objeto de conocimiento del derecho procesal.

Por lo pronto, el derecho procesal constituye una parcela de la ciencia jurídica y, por esa sencilla razón, (por lo menos en un tramo común) no podría contar con un obje-

to de conocimiento distinto al que le asigne al derecho (“a secas”). Luego, lo que se acuerde sobre el “objeto de conocimiento del derecho” será esencial para trasladar el núcleo de esa idea, (con los matices propios, al “objeto de conocimiento del derecho procesal”).

### 3.1. Las prevenciones de Álvarez Gardiol

Concuerdo con la afirmación que formula Álvarez Gardiol quien nos advierte que quizás no exista en la iusfilosofía un tema que encienda más polémicas como aquel que se vincula con la determinación del objeto de conocimiento del derecho. Para decirlo en sus propios términos “...pocas disciplinas científicas debe haber, tal vez en ninguna, en las cuales el *objeto propio de ellas* haya sido motivo de *tanta opinión divergente*. Casi podría afirmarse que todas las distintas regiones que cabe recortar el mundo de los objetos, han sido consideradas, en algún momento, albergue adecuado para el objeto propio de la juridicidad.

Así, Kelsen ha postulado que el objeto propio de la ciencia del derecho *son las normas jurídicas*, actitud ésta que, como consideración del derecho en su deber ser, de alguna manera ha sido compartida por Grocio y por Kant en su sistema de derecho natural.

La egología ha enseñado, por el contrario, que la circunstancia de que el derecho sea mentado por las normas, no debe alterar el punto de inserción de lo jurídico, que es *la conducta humana en su interferencia intersubjetiva*, o la libertad metafísica fenomenalizada de la experiencia...<sup>2</sup>.

Álvarez Gardiol desnuda con estas referencias el alto grado de divergencia que impera sobre el tema y que estamos ante uno de los enigmas más inquietantes que debe despejar la filosofía jurídica.

<sup>2</sup> Álvarez Gardiol, Ariel, *Manual de Filosofía del Derecho*, Rosario, Argentina, 1998, edit. Juris, p. 305

### 3.2. Una simple nómina de iusfilósofos y procesalistas interesados por ubicar el objeto de conocimiento del derecho procesal

A simple título enunciativo, (limitándome tan sólo a indicar a los iusfilósofos que quizás comprometieron más intensamente su pensamiento en develar la incógnita en torno al objeto de la ciencia jurídica remarco los valiosos aportes realizados, entre otros, por Duguit, Kant, Stammler, Raubrich, Ross, Olivecrona, Del Vecchio, Kelsen, Husreel, Eideger, Cossio, Bobbio, Aftalión, Naranjo Villegas, Noguera Laborde, Goldschmidt, García Mainez, Ninno, Ciuro Caldani.

De hecho, la lista es enunciativa y contiene, por tanto, una buena dosis de arbitrariedad. Seguramente, registrará “olvidos” significativos si se tiene presente que casi ningún iusfilósofo y dogmático ha resistido la tentación de ocuparse del tema. Pido, entonces, que se me dispense desde ya por esas injustificadas omisiones.

A su turno –y ya en el campo del derecho procesal– la *inquietud* sobre la determinación de su objeto de conocimiento se instaló (quizás con menor intensidad, como explicó en el capítulo anterior) pero de igual modo “acompañó”, en su medida, al debate instalado en el seno la filosofía jurídica.

Ya se hizo mención a la escuela italiana de derecho procesal, en especial a Carnelutti. Pero también en España, y en toda América latina, la cuestión ha removido las aguas del pensamiento doctrinario de este siglo. Evoco las contribuciones realizadas por Alcalá Zamora y Castillo, Couture, Carlos, Clemente Díaz, Briseño Sierra, Alvarado Velloso, Palacio, Alsina, entre tantos otros ilustres procesalistas, cuyo pensamiento no fue ajeno al tema.

Ahora bien ¿Puede decirse que al término de tantas opiniones y desvelos se ha llegado a una convención razonable sobre el tema?

Me temo que se impone una respuesta negativa.

Hoy, como ayer, la lucha sigue instalada en los términos que nos proponen distintas corrientes iusfilosóficas (“monistas”, “dualistas” y “trialistas”). Y esta adjetivación tiene que ver, precisamente, con la posición que respectivamente asumen frente el problema del objeto de la ciencia del derecho.

La primera (corriente monistas) entiende que el objeto de conocimiento del derecho comprende sólo la conducta (Cossio) o sólo la norma (Kelsen).

Las segundas (dualistas) que alcanza a ambos: la conducta y la norma.

La última (trialista) considera que involucra a la conducta, la norma y los valores (Goldschmidt).

Queda claro que los límites de mi investigación me colocan en la imposibilidad de explicar los fundamentos de cada una de estas líneas de la filosofía jurídica. Tampoco puedo –materialmente y por la misma razón– formular una crítica exhaustiva de las mismas. Brevemente me atrevo a decir que las teorías antes enunciadas encierran aciertos y errores. Lo que sí debe rescatarse que han sido extremadamente útiles para desarrollar un pensamiento evolutivo sobre el objeto de conocimiento del derecho.

### 3.2.1. Breve síntesis sobre el “trialismo jurídico”

Precisamente, por el aporte que para la elaboración de la teoría general del proceso significó las especulaciones de la filosofía jurídica no puede dejar de lado las inferencias que pueden darse entre ambas. Por ejemplo, el trialismo jurídico tiene un valor inegable: la determinación de los tres planos que necesariamente integran la ciencia del derecho. En efecto; se le debe al “trialismo” de determinación precisa de los tres niveles en torno de los cuales se “arma” el andamiaje jurídico.

Acierta el “trialismo” cuando expresa que el derecho regula la interferencia de conductas a las que le asignó relevancia jurídica. Esto es innegable. La explicación de las distintas conductas (repartos) que son captadas por las normas es un logro de esta postura iusfilosofica. Finalmente, es exacto que todo ordenamiento jurídico al imponer un “deber ser” toma partido por los valores que integran esa “idealidad”.

Donde puede discreparse con el “trialismo” es en la posibilidad de alcanzar –por medio del derecho– valores absolutos, por ejemplo, la “verdad” total o la justicia “pantónoma”.

Pero más allá de que esos valores puedan o no ser alcanzados por el orden legal, debe acordarse con el “trialismo” que el derecho no es un sistema normativo *neutro de valores*. En ese debemos estar contestes. Al derecho no puede sólo interesarle la teoría de la norma jurídica (aislada, pura, con total relativismo de valores) como lo quería el positivismo más rancio. Y tampoco puede atravesar la otra orilla y postular que el derecho si no se ajusta plenamente a la consagración de ciertos valores (por ejemplo, la justicia) no puede ser considerado como una expresión válida (posición iusnaturalista).

Pero, reitero que para la teoría general del proceso y, en especial, para la concepción unitaria del derecho procesal la teoría trialista del derecho cobra especial importancia. Si la idea unitaria se basa en conceptos comunes de los planos sociológicos, normológicos y axiológicos, resulta clara la relación que une a ambas teorías.

Además, existen procesalistas de nota que inscriben su teoría general del proceso en esta línea. Por ejemplo, el catedrático español Pedro Aragoneses Alonso es un “trialista procesal”. Tomo, como ejemplo, alguna de sus concepciones trialistas para demostrar su total adscripción a esa filosofía jurídica. Por caso, la definición que hace del proceso es harto ilustrativa:

“...proceso es aquella estructura de obtención del reparto justo por medio de la institución estatal, imparcial y autónoma, que específicamente destinada al efecto decide sobre las pretensiones actuadas en forma de controversia....<sup>3</sup>”.

De modo tal que el trialismo no sólo es una expresión filosófica general sino que también se ha internalizado en el seno del derecho procesal.

Para cerrar este tramo y presentar un breve resumen sobre las ideas directrices del trialismo jurídico apelo al lúcido análisis que formula el filósofo colombiano Monroy Cabra<sup>4</sup>:

“...Goldschmidt explica su teoría (trialista) en su obra *Introducción al derecho*. En vista de que, para algunos (como la escuela de Kelsen), la voz derecho designa a las normas, y, para otros, la conducta humana en interferencia intersubjetiva (Cossio), Goldschmidt utiliza en su reemplazo la locución “*mundo jurídico*”, con la que denomina al fenómeno jurídico en sus tres elementos: *conductas, normas y valor, que componen la tridimensionalidad*.

Las conductas son comportamientos humanos; las normas son descripciones y captaciones lógicas de las conductas; y el valor-justicia se realiza a través de los hombres en el mundo jurídico y nos permite valorar las conductas y las normas.

La palabra derecho hay que reservarla para significar los criterios de justicia descubiertos en un momento pasado determinado. Así, se habla de regímenes de derecho, si realizaron los criterios de justicia; y regímenes presentes se denominan regímenes de derecho y justicia, si realizan los criterios de justicia que conocemos actualmente.

Las conductas que observan los hombres, según Goldschmidt, son repartos. Todo reparto es promovido por

hombres, y consiste en adjudicar potencia e impotencia. La potencia significa un beneficio para quien la recibe; la impotencia significa un perjuicio o una carga.

El reparto es la *realidad fundamental del fenómeno jurídico*. Las conductas de reparto forman un orden de repartos. El reparto es llevado por hombres, a quienes se les denomina repartidores. En cambio, los beneficiarios, que reciben potencia o impotencia en el reparto, pueden ser también animales o cosas, pero fundamentalmente hombres. Lo que se reparte (objeto del reparto) es siempre potencia o impotencia, que no se debe confundir con los objetos materiales sobre los cuales se ejerce la potencia o la impotencia.

El reparto es de dos clases: *autoritario*, cuando su autor lo lleva a cabo sin preocuparse del consentimiento de los beneficiarios; *autónomo*, cuando se realiza mediante el acuerdo de sus protagonistas. Como expresa Bidart Campos, «ninguno de ambos repartos es de *por sí injusto*; la injusticia o la justicia dependen del reparto en sí mismo, sea ese reparto autoritario o autónomo; lo que ocurre es que en el reparto autónomo los repartidores *están justificados*, porque precisamente el acuerdo entre ellos hacen que actúen –justamente– como *repartidores*, en tanto que en el reparto autoritario es menester *justificar* al *repartidor*, con prescindencia del contenido del reparto.

El orden de repartos pertenece a la realidad social y tiene naturaleza temporal. El orden de repartos ha sido (pasado), es (presente), o será (futuro).

Todo reparto autoritario (ordenanza-obediencia) ordenancista, contiene *un deber ser real*. En cambio, en el reparto autoritario directo (que se ejecuta por la fuerza; ejemplo: ladrón) y en el reparto autónomo, no existe un deber ser real.

En cuanto a la norma, Goldschmidt afirma que es la *captación lógica de un reparto por parte de un tercero neu-*

<sup>3</sup> Aragonés Alonso, Pedro, *Proceso y derecho procesal (introducción)*, Madrid, España, 1997, Editoriales de Derecho Reunidas, p. 125.

<sup>4</sup> Monroy Cabra, Juan, *Introducción al derecho*, Bogotá, Colombia, 1998, edit. Temis, p.79.



*tral*. La norma describe el reparto, esto es, la voluntad del autor del reparto, por lo cual se dice que posee una función descriptiva. La función descriptiva que cumplen las normas se dividen, a su vez: a) en una descripción del contenido de la voluntad del autor de la norma, es decir, una descripción del pasado; b) en una descripción del cumplimiento de esa voluntad, o sea, una descripción anticipada a modo de pronóstico.

Además de la captación lógica de un reparto que en forma normativa hacen los terceros, hay otra captación lógica efectuada, no por terceros ajenos, sino por los protagonistas del reparto. Esta captación lógica es el imperativo que solo se encuentra en el reparto autoritario ordenancista.

La justicia, como todo valor, posee, intrínsecamente un *deber ser ideal*, propio de su validez. El valor vale, y vale aunque no esté realizado. El valor justicia es *absoluto* y tiene una función *pantónoma*: abarca todos los repartos habidos y por haber. Pero como esto no es posible, los hombres realizan la justicia de modo fraccionado.

A los tres despliegues del valor-justicia se añade la validez, la valorización y la orientación. El valor vale, el valor valora y el valor orienta. Goldschmidt elabora una axiología dikelógica, que contempla la estructura formal de la justicia, y una axiología dikelógica, que capta su contenido.

Una síntesis de esta teoría fue hecha por Bidart Campos en la siguiente forma: "a) que el orden de conductas de reparto muestra la realidad de una adjudicación humana de potencia e impotencia; b) que el reparto autoritario ordenancista contiene un deber ser real que definimos como un deber ser que es, que establece algo como debido; c) el reparto es captado lógicamente como norma por terceros neutrales; d) el reparto autoritario ordenancista es captado lógicamente como imperativo por los protagonistas del reparto (repartidores y beneficiarios); e) el deber ser lógico es propio del imperativo y no de la norma;

f) la norma describe todo tipo de repartos, en tanto que el imperativo es la forma lógica de captación del reparto autoritario ordenancista por sus protagonistas; g) el deber ser dikelógico es propio del valor-justicia. El deber ser ideal de la justicia genera el deber ser actual de suprimir la injusticia y el deber de actuar, si es hacedero y posible, el cese de esa injusticia; h) el deber ser ideal puro del valor-justicia no padece por la falta de realización del mismo valor; i) el valor-justicia nos permite valorar el material estimativo, y nos orienta con los criterios de valor que inducimos gnoseológicamente de las valoraciones efectuadas...".

### 3.3. Volviendo a mis reflexiones

Del "trialismo jurídico", para fijar postura sobre el objeto de conocimiento del derecho (en general), me sirvo del nivel sociológico o de las conductas que esta filosofía incluye en el "mundo jurídico". Ya se dijo que, en mi concepto, el objeto de conocimiento del derecho es la interferencia de conductas de trascendencia jurídica.

También he fijado mi posición respecto al objeto que menta el derecho procesal: la conducta humana en estado de *conflicto* de trascendencia jurídica.

En las palabras de Alcalá Zamora, citando a Carnelutti, la cuestión queda centrada en debida forma "...es evidente, so pena de encerrarnos en un *círculo vicioso* que el *proceso no surge del proceso*, sino de una situación extra y meta procesal que él está llamado a canalizar y resolver. Esta situación de *conflicto*, originadora del proceso puede ser denominada *litigio*, entendida en la misma dirección de Carnelutti, pero en términos más amplios —o sea como *conflicto jurídicamente trascendente y susceptible de solución*...".<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*; México, 1970, segunda edición, Textos Universitarios de la UNAM, p. 12.

#### 4. La opinión de León Duguit

Volviendo al objeto de conocimiento del derecho (en general) al suscribir plenamente el concepto de quienes ven en la “*interferencia de conducta de relevancia jurídica el objeto de conocimiento del derecho*”, me ha parecido oportuno reflejar como se fue enhebrando esta idea en las distintas épocas del pensamiento jurídico y como, desde esta corriente y con sus diferentes matices, permitió ir “*afinando*” cada vez más esa noción, hasta consolidar plenamente esta postura filosófica.

Esta suerte de *cronología* sobre “la interferencia de conductas de trascendencia jurídica” (como el objeto mentado por el derecho) ubico, como referente obligado y en primer lugar, a la concepción “sociologista” del derecho. Esta corriente es la que comienza a *centrar* el problema en sus justos límites.

El precursor de esta línea de pensamiento fue León Duguit. Lo extenso de su pensamiento me impide su *cita textual*. De modo tal que me he tomado la licencia de contextualizar con palabras propias las ideas de Duguit, tratando de no desnaturalizar su mensaje<sup>6</sup>.

Se parte del concepto que la conducta humana es el referente del derecho y el presupuesto de su creación. En este sentido, las normas penales no preceden a los delitos que sancionan. En rigor, son las figuras o conductas antisociales las que dan origen a las normas que las castigan. El delito es anterior al derecho penal. Ha sido el robo y el hurto, que las sociedades han considerado como contrarios a su existencia y armonía, los que han dado origen a las normas penales que los castigan y a las que

<sup>6</sup> Duguit, León. se pueden consultar sus ideas en *Derecho Constitucional*, 2ed, sin datos, p. 91 y sigs.

consagran el derecho de propiedad privada, y no a la inversa. Igualmente, han sido las lesiones personales y el homicidio, los que han producido como reacción normas penales que castigan tales hechos.

En síntesis, según su modo de ver, la vida en sociedad, el Derecho, no es más que un *producto social*. Las comunidades políticas, el Estado, crean el derecho a medida que los hechos o fenómenos sociales así lo van exigiendo.

El punto de partida es el hecho incontestable de que el hombre vive en sociedad, ha vivido siempre en sociedad y no puede vivir más que en sociedad con sus semejantes, y que la sociedad humana es un hecho primario y natural y, en manera alguna, producto o resultado de la voluntad humana. De aquí, agrega, que todo hombre tenga conciencia de su sociabilidad, de su dependencia de la convivencia.

Pero, simultáneamente, el hombre tiene también conciencia de su individualidad y de los lazos que lo unen a los demás, lazos que dan lugar a lo que se llama solidaridad e interdependencia social. Esta interdependencia resulta de dos hechos: 1) De las *necesidades comunes* que todos experimentan y que no pueden atender sino por la vida en común; y 2) De las *aptitudes diversas* de los seres humanos que, “viéndose obligados a asegurar la satisfacción de sus necesidades” optan por el intercambio de servicios recíprocos, logrados con el desenvolvimiento y el empleo de sus aptitudes diferentes”. La primera es la solidaridad por similitud; la segunda, por división del trabajo.

Pues bien, esta solidaridad o interdependencia social es el verdadero fundamento del derecho. Si el hombre vive en sociedad, y no puede sino vivir en sociedad, y si ésta descansa en la solidaridad que une a los individuos que la integran, se impone entonces como necesaria una regla de conducta que puede formularse así: no hacer nada que cause *perjuicio* a la solidaridad social bajo cualquiera de sus dos aspectos, y hacer todo lo que, por su naturale-

za, es preciso para *realizar y desarrollar* la solidaridad social mecánica y orgánica.

Queda claro que la conducta del hombre *debe ser regulada* para que la convivencia sea posible y se garantice la propia preservación de la especie humana. Esa conducta es encauzada mediante normas morales, éticas, religiosas, sociales y, claro está, por *el derecho*. Y es pertinente plantearse el siguiente interrogante ¿cuándo una regla económica o moral, contenida de modo general por la norma social, se *convierte en norma jurídica*? La respuesta sería la siguiente: una regla social, sea económica o moral, adquiere el carácter de *norma jurídica* en el momento en que, por razones que *pueden ser diversas*, la masa de los espíritus, en una sociedad determinada, adquiere la conciencia de *que la sanción de esta regla debe ser asegurada de una manera permanente por una reacción social más o menos desarrollada*.

Es, pues, en ese momento cuando nace el derecho por obra de la misma sociedad, *sin intervención del Estado*, y tal es el motivo o la razón por la cual la *norma jurídica se impone con la misma fuerza tanto a los individuos que forman el conglomerado social como al Estado mismo*.

### 5. Mi opinión y crítica del pensamiento de Duguit

Se ve, pues, muy claro el pensamiento sociológico de Duguit: todas las normas, sean cuales fueren, son la obra de la sociedad, el producto de la interdependencia y solidaridad social que lo lleva a definir al derecho como una regla de conducta que se impone a los individuos que viven en sociedad, regla cuyo respeto se considera, en un momento dado, por una sociedad, como la garantía del interés común y cuya violación ocasiona una reacción colectiva contra el autor de dicha violación.

A modo de síntesis, y también de *crítica* del pensamiento de Duguit, podría decir que tiene el *mérito* de ubicar a la *conducta* como la “materia”, es decir el “objeto”, el “contenido” del derecho. El reparo que puede formularse es el excesivo tono sociológico que le impone a sus ideas. Está ausente en Duguit el estudio de las estructuras normativas que regulan la interferencia de conductas, dato que no puede omitirse si quiere profundizarse en el fenómeno de la juridicidad.

De otro lado, tampoco existió en Duguit una preocupación especial por desentrañar los *valores* que el derecho pretende realizar como factor de *control social*. En definitiva, de los tres tramos que abarcan el estudio de la ciencia jurídica el pensador francés se concentró en uno sólo (el nivel *sociológico* del derecho), con olvido que la conducta, la estructura normativa que la regula y el “deber ser” que persigue el derecho, que es *un todo indisoluble* e integra el fenómeno jurídico.

### 6. Carlos Cossio

Considero al genial filósofo Argentino Carlos Cossio como un “tributario” –parcial y contemporáneo– de las ideas de Duguit nacidas, como se vio, en el siglo XIX. Cossio, creador de la teoría egológica, logró dejar en claro que lo que se interpreta por el jurista no es la ley, sino *la conducta humana normada a través de la ley*<sup>7</sup>.

El derecho, para Cossio, es *conducta en interferencia intersubjetiva*. A su turno la norma es un *pensamiento exteriorizado* que se refiere a esa conducta. El intérprete, sea que se encuentre frente a un caso concreto (como en el ejemplo del juez que debe resolver mediante la creación

<sup>7</sup> Cossio, Carlos, *Radiografía de la Teoría Ecológica*, Buenos Aires, Argentina, 1987, edit. Depalma, p. 106 y sigs.

de una norma individual el conflicto jurídico envuelto en el litigio), o bien, examine la norma con fines de mero estudio, siempre estará interpretando el objeto “mentado” por la norma, es decir, la *conducta humana en su interferencia intersubjetiva, regulada por el derecho*. Si bien, en el primer caso, será una conducta concreta y particular, mientras que en el segundo, será una conducta abstracta y genérica, esquematizada en la norma, el concepto general es el mismo y válido para ambos ejemplos.

En suma, para Cossio el derecho es *conducta*, o más exactamente, *conducta en su interferencia intersubjetiva*. Las normas, por su parte, constituyen los pensamientos con que “mentamos” la conducta, o dicho en otras palabras: los *conceptos o representaciones intelectuales de esa conducta*. Por tanto, sigue razonando Cossio, puede afirmarse que la relación entre norma y conducta es la de “concepto” a “objeto”. Si la norma es un concepto —el concepto del *deber ser*— entonces, entre norma y conducta existe sencillamente la relación de *conocimiento*, es decir la relación de concepto a objeto. Se trata de una relación significativa analizada por Husserl; *la norma mienta la conducta*; eso es todo. Y con mayor precisión y riqueza diremos: la norma es el *único modo* de mentar conceptualmente una conducta como conducta, porque la mienta en su libertad, que es la conducta de verdad es<sup>8</sup>. Luego, las normas serán los esquemas lógicos o conceptos en los cuales el jurista subsumirá la conducta.

Pero remarca Cossio, que el objeto de conocimiento del derecho está en *la conducta y no en la norma*.

Por tanto, en su pensamiento, la tarea del científico del derecho, no es el estudio de las normas (como lo quería Kelsen en su “teoría pura del derecho”), sino de la con-

<sup>8</sup> Cossio, Carlos, ob. cit., p. 107.

ducta o vida humana, desde un enfoque particular: el *de la interferencia intersubjetiva normada por el derecho*.

Para resumir el pensamiento de Cossio sobre este punto: las normas, según ya he aclarado, son los conceptos con que el científico piensa y expresa esa conducta.

Esta relación entre la conducta y norma descrita por Cossio es un importante hito para la filosofía jurídica. Expresa Herrendorf (discípulo de Cossio) “... resulta un episodio altamente curioso que hasta el advenimiento de la Teoría Ecológica no se hubiera visto con claridad que no hay derecho, ni ciencia política posibles *sin conducta*, y que es ella, entonces, el punto central de las investigaciones que estos científicos realizaren si quieren destinar su tiempo a la ciencia de la verdad...”<sup>9</sup>.

### 6.1. Mi opinión

Coincido que la norma jurídica capta a esa conducta humana en su *interferencia intersubjetiva*. Pero esa captación se realiza de un modo *diferente a* cualquier otra ciencia social. En efecto: el derecho toma a la conducta y la regula *de un modo imperativo*, es decir, le impone un “*deber ser*” (que de no cumplirse termina en coacción externa). Esta posibilidad de coacción externa, es decir, la posibilidad de sanción heterónoma que amenaza al sujeto, en el supuesto de no cumplir con el “*deber ser*” querido por la “norma”, (fuerza legítima impuesta por el Estado de Derecho) no está presente en ninguna de las otras de las expresiones que se ocupan de regular la conducta humana (por caso en la moral, la ética, la religión y los convencionalismos sociales).

Queda claro, entonces, que desde esta posición filosófica (que comparto) la “*materia*” sobre la que *opera el dere-*

<sup>9</sup> Herrendorf, Daniel Esteban, ob. cit., p. 54.

cho, es decir, la “sustancia” que regulará “imperativamente” el “nivel normológico” del derecho es la “interferencia de conductas de relevancia jurídica”.

Pero es obvio que la ciencia del derecho no se agota con el objeto que regula, es decir no se satisface sólo con ese tramo cognoscible. Y que no puede ni debe *omitirse* el estudio de las estructuras normativas (o de los mandatos imperativos en términos amplios) que integran el sistema jurídico. Tampoco corresponde reducir el mundo de lo jurídico a las normas, como lo quiere Kelsen. Y, por último, todo ordenamiento jurídico impone valores que le son inherentes. Para algunos justicia, para otros certeza, paz social, etc. Pero el derecho, por imponer un “deber ser” en la conducta de los hombres ya está priorizando los valores que encarnan “como bueno” ese “deber ser”. Luego volveré sobre el tema, pero quiero destacar que para comprender y explicar el mundo de la juridicidad debe escaparse de los reduccionismos.

Y quizás, lo que es más importante: no deben ubicarse en un plano de superioridad o de exclusividad ninguno de los tres niveles de la juridicidad. Me explico: comprender que el derecho tiene como objeto de conocimiento la interferencia de conductas no supone que las conductas ocupen un plano estelar en la ciencia jurídica. Es el problema del cual se parte (regular ese objeto de conocimiento para obtener paz en las relaciones humanas), pero la conducta, en cuanto problema para la ciencia del derecho no es más importante que la regulación (mundo normativo) que se haga de esas conductas. Y tampoco la normatividad gana en jerarquía frente a los valores a realizar por un ordenamiento legal. Esto debe quedar en claro por cuanto, en el derecho procesal, como ya se vio, por no tener afinada esta idea se ha dado prevalencia, no ya a uno de los planos sobre el otro, sino a elementos normativos den-

tro del plano de la juridicidad (recordar la polémica en torno a la importancia de la acción, o del proceso o la jurisdicción) que, desde el punto de vista que estoy analizando, devienen en concepciones completamente estériles para el avance de la ciencia del proceso.

### 7. Las enseñanzas de Alvarado Velloso

Como ya lo anticipé en el capítulo introductorio la construcción de la Teoría General Unitaria del Derecho Procesal le debe mucho a las enseñanzas que he recibido de Adolfo Alvarado Velloso. Mi maestro demuestra, con esa especial capacidad docente que le asiste, las razones que lo llevan a considerar a la interacción humana de relevancia jurídica como el objeto de conocimiento del derecho (y, cuando esa conducta entra en estado de conflicto se transforma en el objeto de conocimiento del derecho procesal). Su línea doctrinal es tributaria de las ideas de Carlos Cossio, como se desprende de la similitud que exhibe con el pensamiento del filósofo argentino, sintetizada en los párrafos anteriores.

Pero, para no desnaturalizar el pensamiento de Alvarado Velloso, me he tomado la licencia de transcribir sus valiosas ideas de un modo textual. Lo que sigue a partir de aquí es la cita íntegra del tramo de su obra referido al objeto de conocimiento de la ciencia jurídica.

Luego de su lectura se comprenderá la importancia de no mutilar el núcleo de sus argumentos haciéndoles perder el sentido exacto que Alvarado Velloso quiso imprimirle.

Comienzo con la transcripción (textual) que queda “individualizada” con comillas iniciales y finales. A su vez, me he permitido remarcar con letra cursiva lo que consideraba imperioso resaltar para dar más fuerza a las ideas de mi maestro.

“... lo primero es ponerse de acuerdo en cuál es la materia propia del conocimiento jurídico<sup>10</sup>. Para mí resulta claro que es la *interacción humana*: es decir la acción que se ejerce recíprocamente entre dos agentes que, por ello, se convierten en los extremos de la relación respectiva. Así concebida, puede advertirse que la interacción es una figura reversible pues se presenta necesariamente tanto de un lado como del otro, manteniendo su vigencia y significación por la referencia recíproca. Así es como en la mayoría de las interacciones no hay pretensión a la que no corresponda una prestación; y porque ésta es exigible es que aquella existe (por ejemplo: si Juan es vendedor es porque Pedro es comprador. Y viceversa).

Si lo que cabe regular jurídicamente es la interacción, parece claro que resulta factible determinar *a priori* y en un nivel absolutamente racional, cuáles son las *totales posibles interacciones humanas*:

a) la primera y más elemental es la que se presenta entre el hombre, aisladamente considerado, y el resto de los hombres; en otras palabras, *la de un hombre con la sociedad en la cual convive*, donde requiere ser individualizado, identificado, capacitado, etcétera. Y es que el *estado* de una persona es el conjunto de cualidades que la ley tiene en cuenta para atribuirle efectos jurídicos.

Todas las normas que regulan esta interacción pueden unirse en lo que podría llamarse *estatuto de la persona o personal*, en el cual ingresan todas las reglas referidas al nombre, capacidad, estado civil, nacionalidad, domicilio, profesión, etcétera;

b) la segunda interacción posible es la que se da entre *un hombre y una mujer para y por afecto de procrear*. Obviamente diferente de la anterior. Esta interacción tiene como consecuencia lógica la formación de una *familia*, por

<sup>10</sup> Alvarado Velloso, Adolfo, ob. cit. p. 32 y sigs.

lo que las normas que la regulan bien pueden constituir lo que podría llamarse *estatuto familia*; en el cual ingresan todas las reglas referidas al matrimonio, filiación, alimentos, sucesiones, etc.;

c) la tercera posible interacción es consecuencia natural de la existencia del grupo: alguien debe *dirigirlo* y el resto debe ser *dirigido*. También diferente de las anteriores, se presenta aquí una interacción de carácter vertical entre *gobernantes y gobernados*, por lo que las normas que la regulan bien podrían conocerse como *estatuto gubernativo o del poder*, en el cual ingresan todas las reglas que hoy integran el derecho constitucional, el administrativo, el registral, el penal, el real, etcétera;

d) la cuarta interacción que es posible imaginar es la del *hombre pactando con otro hombre*, que podría llamarse *estatuto de los pactos o convencional* y en el cual ingresan todas las reglas referidas a las obligaciones y sus diversas fuentes contractuales.

Como se ve, son *cuatro interacciones absolutamente diferentes entre sí* y que, conforme con la lógica racional, constituyen todas las que son factibles de imaginar. En otras palabras: *no existe otra interacción similar que permita ampliar el número de las cuatro ya descritas*.

Corresponde acotar ahora que de una misma interacción pueden emerger diversas *relaciones* (que, en principio, no admiten un número que las limite). Un ejemplo permitirá comprender la afirmación: *dentro de la interacción hombre pactando con hombre*, se puede imaginar que Juan entrega una cosa a Pedro; a su turno, Pedro puede entregar a cambio: a) dinero; b) otra cosa; c) nada; d) el compromiso de devolverla después de haberla usado; e) el compromiso de devolverla sin usarla; etc.

Las diferentes hipótesis configura un fenómeno distinto de los demás y, por ello, recibe una designación propia y precisa: *compraventa* cuando la relación se presenta

como cosa a cambio de dinero; *permuta*, cuando es cosa a cambio de cosa; *donación* cuando es cosa a cambio de nada; *comodato*, cuando es cosa para usar y devolver; *depósito* cuando es cosa para guardar y devolver en las mismas condiciones, etc.

Cada uno de los fenómenos enunciados es inconfundible e irrepetible en el mundo jurídico: por ejemplo, siempre que Juan entregue en propiedad una cosa a Pedro y este le dé a cambio un precio cierto en dinero, habrá *compraventa* y no otra figura jurídica...".

### 7.1. Mi opinión

El pensamiento de Alvarado Velloso es *impactante*: demuestra que es la interferencia de conductas de relevancia jurídica la materia mentada por el derecho.

Pero, además, *cuantifica y clasifica* las posibles interacciones humanas que asumen "relevancia" para el derecho y que no pueden dejar de ser reguladas por los sistemas legales.

Si se *careciera* de regulación de la interacción de a) hombre frente a la sociedad, b) del hombre y la mujer a los fines de la procreación, c) del hombre al lado del hombre obligándose y d) del hombre frente al Estado, en la mutua relación de gobernante y gobernado, *no sería posible la organización jurídica de una sociedad*. Así de simple. De allí la enorme trascendencia que tiene el haber cuantificado y clasificado las interacciones humanas del modo que lo hace Alvarado Velloso.

### 8. Abel Naranjo Villegas

En la misma línea de pensamiento, (aquella que sostiene que el objeto de conocimiento del derecho es la conducta humana en interferencia subjetiva de trascenden-

cia jurídica), afirma Abel Naranjo Villegas<sup>11</sup> que "...objeto es todo lo que puede ser *sujeto de un juicio*, esto es, todo lo que podemos *predicar de algo*, sería lógicamente hablando, todo aquello sobre lo cual podríamos añadir un predicado...".

Nos enseña Naranjo Villegas "... existe un círculo vicioso en lo que es habitualmente la consideración especializada del objeto del derecho. Porque si preguntamos a un *civilista* cuál es el *objeto* de su disciplina dirá que es el conocimiento de las *normas* que dirigen las relaciones de *derecho privado*. Pero como se trata de saber cuál es el objeto de las normas, seguiremos ahondando hasta encontrar que el objeto de lo que ellas contienen es *conducta*<sup>12</sup>...". Su objeto, pues, es lo social. Si bien es cierto que el hecho sin el derecho queda privado de sentido, por otra parte, el derecho no surge si el hecho no se cumple...".

Las conclusiones de Naranjo Villegas son de una gran hondura filosófica. Acertadamente nos advierte que ese objeto (la conducta en su interferencia) que es campo propio de "lo social" y que se presenta como un objeto tan esquivo de captar es el centro material de muchas ciencias —psicología, sociología, ética, etc.

Pero queda claro que cada una de ellas la toma desde *una determinada perspectiva*. En definitiva, lo que *distingue* una ciencia de otra es su *objeto formal*, es decir, la forma en que el entendimiento lo aprehende.

Si partimos de la base que el objeto último del derecho es conducta humana y que, por lo tanto, *la ciencia del derecho constituye un sistema de conducta humana normativamente determinado*, pero no se pretende que todo el universo de la conducta pueda absorberse en lo jurídico<sup>13</sup>...".

<sup>11</sup> Naranjo Villegas, Abel; *Filosofía del Derecho*, Bogotá, Colombia, 1992, edit. Temis, p. 19.

<sup>12</sup> Naranjo Villegas, Abel, ob. cit., p. 24.

<sup>13</sup> Naranjo Villegas, Abel, ob. cit., p. 30.

### 9. Rodrigo Noguera Laborde

Las ideas precedentes son reafirmadas por Rodrigo Noguera Laborde. El filósofo colombiano nos enseña que “las normas pueden referirse a nuestro obrar *individual* o al obrar *social*. Dentro de las *primeras* están las normas *religiosas y morales*. Pertenecen a las *segundas* las *normas jurídicas*. La norma jurídica es, entonces, una *regla de conducta social en forma imperativa...*”<sup>14</sup>.

### 10. Mi opinión

Tengo para mí, que una explicación *ontológica* sobre la ciencia del derecho no podría *limitar*, como ya lo expresé, a un examen reducido a la interrelación de conductas que nos ubica sólo en el estudio del componente “*sociológico*” del mundo jurídico.

En rigor, ninguna ciencia alcanzaría el nivel de tal, si se limitara a solamente a determinar cuál es su *objeto cognoscible*. Por tanto, el precisar el «objeto de conocimiento» de la ciencia jurídica, más allá de la trascendencia que supone lograr una univocidad doctrinaria en ese punto, no alcanza para explicar la totalidad del “*contenido*” que gnoseológicamente involucra la idea “*del derecho*”.

En otros términos: para presentar una idea inteligible sobre qué es “el derecho” se torna imprescindible interrelacionar *la conducta* ( como objeto mentado por el sistema jurídico) con el estudio de las *estructuras normativas* que lo regulan, es decir con las prescripciones que lo “*mentan*”.

Si ponemos nuestra vista en la interrelación que en otras ciencias se da entre el objeto mentado y la materia

científica que menta al mismo, creo que se entenderá mejor lo que quiero expresar. Por ejemplo: la “*ciencia médica*” tiene como objeto de conocimiento el *cuerpo humano*.

Pero está claro que la medicina observa el cuerpo humano ligado de un modo indisoluble con la propia finalidad que encarnan los conocimientos médico-científicos sobre ese objeto. La medicina, como ciencia, provoca sistematización crítica y reflexiva de los conocimientos, que permitirán la curación, prevención o diagnóstico de las enfermedades que acechan al hombre.

Similar reflexión cabe para la psicología: siendo su objeto de conocimiento la psiquis de las personas, ese *objeto “mentado”* se integra con el estudio sistemático de los conocimientos científicos que pueden lograr el diagnóstico, la prevención o la cura de las enfermedades del aparato psíquico.

Volviendo a lo jurídico, ya expresé mi convencimiento que es elemental para la construcción de una teoría general del derecho fijar con toda precisión, el objeto de conocimiento de nuestra ciencia. Pero insisto que también es imprescindible determinar, con igual exactitud, en qué consiste la totalidad del “*contenido*” de la ciencia jurídica.

Mirado el problema desde las posturas filosóficas que ubican a la conducta, la norma o los valores como el objeto de conocimiento del derecho, lo que aquí se postula es una *superación* de estas tesis antagónicas que pecan por un reduccionismo injustificado, impidiendo la explicación completa del fenómeno de la juridicidad.

Así como Cossio se hizo fuerte en la idea que el derecho es un “*predicado*” que “*predica*” de un *objeto; la conducta*; Kelsen, como ningún otro iusfilósofo, dedicó todos sus esfuerzos intelectuales a desentrañar la esencia y forma del “*predicado*” (la norma) es decir a explicar cómo funciona y se interconecta todo el sistema jurídico en su estricta *dimensión normativa*.

<sup>14</sup> Noguera Laborde, Rodrigo. *Introducción General al Derecho*, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996, edit. Institución Universitaria Arboleda, p. 70.



Es más, puede decirse, paradójicamente, que esa visión epistemológica, reducida exclusivamente al tramo normativo de la ciencia jurídica, es lo que terminó por desacreditar —en parte— su “teoría pura del derecho”.

Un tramo del pensamiento de Kelsen entiendo será representativo para ejemplificar del *reduccionismo* filosófico que se denunció: “...La teoría pura del derecho, afirma Kelsen, constituye una teoría sobre el derecho positivo; se trata de una teoría sobre el derecho positivo en general, y no de una teoría sobre un orden jurídico específico. Es una doctrina general sobre el derecho, y no la interpretación de normas judiciales particulares, nacionales o internacionales. Ofrece, sin embargo, también una teoría de la interpretación.

En cuanto teoría pretende, exclusiva y únicamente, *distinguir su objeto*. Intenta dar respuesta a la pregunta de que sea el derecho, y como sea; pero no, en cambio, a la pregunta de como el derecho deba ser o deba ser hecho. Es ciencia jurídica; no, en cambio, política jurídica.

Al caracterizarse como una doctrina “pura” con respecto del derecho, lo hace porque quiere obtener solamente *un conocimiento orientado hacia el derecho*, y porque desearía *excluir* de ese conocimiento lo que no pertenece al objeto precisamente *determinado como jurídico*. Vale decir: quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos *que le son extraños*: este es su principio fundamental en cuanto al método. Pareciera tratarse de algo comprensible de suyo. Sin embargo, la consideración de la ciencia jurídica tradicional, tal como se ha desarrollado en el curso de los siglos XIX y XX, muestra claramente que lejos esa ciencia ha estado de satisfacer *la exigencia de pureza*. En manera enteramente acritica, la jurisprudencia se ha confundido con la *psicología y la sociología, con la ética y la teoría política*. Esa confusión puede explicarse por referirse esas ciencias a *objetos* que, indudablemente, *se encuentran en estrecha relación con el derecho*.

Cuando la Teoría pura del derecho emprende la tarea de delimitar el conocimiento del derecho frente a esas disciplinas, no lo hace, por cierto, por ignorancia o rechazo de la relación, sino porque busca evitar un sincretismo metódico que oscurece la esencia de la ciencia jurídica y borra los límites que le traza la naturaleza de su objeto...”.

Reitero el concepto: Kelsen reduce el fenómeno jurídico a un fenómeno de normas. Sin embargo, más allá de ese recorte arbitrario, los aportes de Kelsen al progreso de la ciencia jurídica son innegables.

Por lo pronto, es correcta su idea de que todo sistema legal ostenta una estructura lógica y *piramidal*. Se parte de normas fundamentales que constituyen el estadio supremo de la legalidad, descendiendo conforme un orden jerárquico preestablecido.

También es exacto su postulado que las normas inferiores deben guardar coherencia intrínseca con las normas superiores<sup>15</sup>.

El pensamiento de Kelsen es expuesto con toda lucidez, paradójicamente, por quién ha sido uno de sus principales contendientes: Carlos Cossio<sup>16</sup>.

“...la teoría del ordenamiento jurídico de Kelsen, ha

<sup>15</sup> Siguiendo al jurista chileno Máximo Pacheco concuerdo con el resumen que él mismo hace de la teoría pura del derecho creada por Kelsen. En apretada síntesis puede decirse que el iusfilósofo vienés sostiene que el derecho. 1) Es una ciencia normativa cuyo único objeto es el Derecho. 2) Es una ciencia del Derecho Positivo lo que excluye de su ámbito todo tipo de problemas que se refiera a órdenes ideales, los cuales nada tiene de jurídico. 3) Como consecuencia de las características mismas del derecho, la ciencia jurídica es una ciencia formal, cuya preocupación fundamental es el estudio de las formas posibles del derecho y las conexiones esenciales de ellas. En este sentido su misión puede ser comparada con la que corresponde a la geometría respecto de los cuerpos. Ello no excluye en absoluto el estudio del contenido del derecho, pero tal estudio ha de ser el contenido presentado dogmáticamente por el derecho positivo. A lo sumo puede ser objeto de la ciencia jurídica el contenido posible del Derecho, pero ello, en todo caso, como resultado del análisis y comparación de los ordenamientos positivos. 4) En tanto estudio de las formas esenciales del derecho la ciencia jurídica es, finalmente, una ciencia lógica, y como tal persigue estructurar su objeto en un sistema unitario y sin contradicciones.

<sup>16</sup> Cossio, Carlos, ob. cit., p. 104.

alcanzado universal difusión con la feliz imagen de la *pirámide jurídica*. Las normas de un sistema positivo no están yuxtapuestas en un montón, por el contrario, se escalonan en gradas jerárquicas de tal modo que la validez de una norma inferior consiste en ser dictada de acuerdo con la norma superior. Los ligámenes entre las normas son pues, también ligámenes lógicos de deber ser y ordenamiento conjunto de deber ser...”.

No es este el momento de profundizar las críticas que merece la teoría pura del derecho que, pese al esfuerzo desplegado por el propio Kelsen y sus seguidores, en especial después de la impugnación de esa tesis realizada en forma magistral por Carlos Cossio no pudo mantener su empuje originario. Queda claro que la visión exclusivamente normativa de la juridicidad se encuentra irremediablemente superada.

Lo que me interesa aquí, en todo caso, es concentrar nuestros esfuerzos para arribar a una conclusión que ayude a esclarecer cómo debe conectarse, y qué importancia tiene para la teoría general del proceso, la conducta regulada con el sistema legal que impera sobre esa conducta.

En otras palabras: para explicar la totalidad del “contenido de la ciencia jurídica” y de suyo, la ciencia procesal, queda claro que no podemos desentendernos de la *dimensión normológica* desde la que —ahora— estamos mirando al Derecho. El enfoque deberá dirigirse al estudio y la interrelación de esas “normas” reguladoras de conductas: la constitución, los pactos internacionales, los tratados, las leyes, los decretos, etc. como así también de toda otra fuente jurídica que regule en —forma imperativa— las interacciones humanas de relevancia jurídica (por ejemplo la costumbre, la jurisprudencia obligatoria, etc.).

Pero, a riesgo de caer en la tautología que denunciaba Naranjo Villegas, no puede sostenerse que el objeto de conocimiento del derecho procesal son las normas que re-

gulan el inicio del debate, el debate, y la composición del órgano que lo decide y el modo en que lo resuelve. Si afirmamos esto dejamos afuera el litigio (como objeto mentado) y caeríamos, rápidamente, en grandes contradicciones.

Es que toda la ciencia procesal se relaciona con su objeto. Si la acción existe es para permitir la afirmación del conflicto. El proceso ha sido concebido para discutir acerca del litigio afirmado. Cuando la jurisdicción heterocompone la contienda, en rigor, soluciona el conflicto. Los medios autocompositivos (anormales de extinción del proceso) se podrán hacer operativos teniendo en cuenta la naturaleza del litigio. En fin: el derecho procesal es un mundo de normas, pero es un mundo de normas predispuerto para regular el objeto que le da sentido: el conflicto de trascendencia jurídica afirmado en el plano jurídico.

Por último, no quiero cerrar este tramo relacionado con el objeto de conocimiento del derecho, sin dejar de tratar el polémico tema de “los valores” en la ciencia jurídica, tema sobre el que también volveré luego.

El derecho, como ciencia social, como ciencia de la cultura, es *portador de “valores”*. Desde este punto de vista el derecho, como mínimo supone un pacto de convivencia, que en sí ya es un valor. La regulación jurídica de las conductas de los hombres permite la seguridad y la paz en la convivencia comunitaria.

A su vez, el derecho procesal tiene como finalidad esencial erradicar la violencia ilegítima de la sociedad, impedir la autotutela de los derechos y otorgar certeza y, por tanto, paz social (algunos aspiran que, además todos los conflictos se resuelvan con justicia).

Muy a mi pesar, para la finalidad y los límites que encierra el presente trabajo, no puedo detenerme, en demasía, en un análisis profundo *del nivel “axiológico”* del derecho procesal. Esa faena demandaría una extensión que excedería los fines que me he propuesto en mi obra. Pero

me permito insistir en el hecho de que si una norma jurídica establece una determinada conducta es obvio que su creador, el legislador de turno, o bien, los usos, las costumbres admitidas jurídicamente, la jurisprudencia obligatoria, en suma, los mandatos legales, han privilegiado un cierto “valor” para imponer, a la postre, “esa” conducta y no cualquier otra, ese “deber ser” y no otro diferente.

En resumen: podría coincidir que el derecho, en cuanto manda a realizar ciertas conductas o impone ciertas abstenciones, se asienta sobre valores previos que provienen de las fuentes del derecho positivo (la ley, la costumbre, la jurisprudencia obligatoria) que optan entre alguna de varias alternativas posibles en orden a los valores que —precisamente— quieren entronizar.

Al decir de Norberto Bobbio imponiendo el derecho un sentido *en la conducta* de las personas, apuntala, a su vez, ciertos *valores* en los que apoya ese “deber ser” buscado. En otros términos, al determinar una cierta dirección en la conducta jurídica que deben asumir los destinatarios se está priorizando una escala de valores como meta querida por el ordenamiento jurídico.

En las palabras de Bobbio:<sup>17</sup>

“...el positivismo ético afirma que el derecho posee un valor *en cuanto tal*, independientemente de su contenido; pero ello (a diferencia de la versión extremista) no es porque el Derecho *siempre sea justo de por sí* (o incluso porque sea el supremo valor ético) por el mero hecho de ser válido, sino porque es el medio *necesario* para realizar un *valor*, el valor *orden* (y la ley es la forma más perfecta de derecho, aquella que mejor realiza en *orden*) ...”.

Que si esos valores que el derecho pretende realizar se ajustan *al ideal* de *justicia absoluta* ese es quizás el punto que ha sido más difícil de despejar para la iusfilosofía.

Kelsen sostiene sobre el particular:

“...Si hay algo que podemos aprender de la historia del conocimiento humano es lo estéril que resultan los esfuerzos por encontrar a través de medios racionales una norma de conducta justa que tenga *validez absoluta*, vale decir, una norma que excluya la posibilidad de la *conducta opuesta*. La experiencia espiritual del pasado es que la razón humana puede concebir *sólo valores relativos*, en otras palabras, que el juicio con que juzgamos *algo justo* no puede osar jamás de excluir la posibilidad de un juicio de valor *opuesto*. *La justicia absoluta* configura una perfección suprema *irracional*. Desde la perspectiva del conocimiento racional sólo existen intereses humanos y, por consiguiente, conflicto de intereses. Zanjar los mismos supone dos soluciones posibles: o satisfacer a uno de los términos a costa del otro o restablecer el equilibrio entre ambos. Resulta imposible demostrar cual es la *solución justa*. Dado por supuesto que la paz social es el valor supremo, el equilibrio representa la solución justa. De todos modos, también la justicia de la paz es meramente una justicia relativa que, en ningún caso, puede erigirse en absoluta...”<sup>18</sup>.

## 11. Conclusiones sobre el objeto de conocimiento del derecho procesal

Confío en que los argumentos deslizados han servido para consolidar el objetivo inicial que me he propuesto: persuadir al lector de la importancia de determinar para la “teoría general del derecho” y, especialmente, para “la teoría general del derecho procesal”, la determinación inicial del objeto de conocimiento de la ciencia jurídica.

<sup>17</sup> Bobbio, Norberto, *El positivismo jurídico*, Madrid, España, 1993, edit. Debate, p. 233.

<sup>18</sup> Kelsen, Hans, *¿Qué es la Justicia?*, Buenos Aires, Argentina, 1981, edit. Leviatán, p.109.

Pues bien, sentada la tesis que ese objeto es la interferencia de conductas de relevancia jurídica, creo haber demostrado como el *“objeto mentado”* no agota el contenido de la *ciencia jurídica* sino, por el contrario, que es necesario integrar ese “objeto mentado” con el predicado que “lo menta” para captar así –y plenamente– el mundo de la juridicidad.

El paso siguiente de la labor, que ya llevo desarrollada, consiste en conectar estas nociones en el específico campo de la ciencia procesal.

Si acordamos con Duguit, Cossio, Naranjo Villegas, Herrendorf, Alvarado Velloso, Noguera Laborde, entre otros, que el *objeto de conocimiento del derecho es la conducta humana en su interferencia subjetiva* se puede deducir –directamente– que el “objeto de conocimiento del derecho procesal”, teniendo presente que se trata, en definitiva, y como lo anticipé al inicio de este trabajo, de una de las parcelas en que se divide el “derecho” *no puede ser distinto* –por lo menos en un tramo– del objeto de conocimiento del “derecho” del cual, obviamente, forma parte.

Para expresarlo en términos propios de la *lógica formal*: constituyendo ambos –el derecho y el derecho procesal– una típica relación de *“género a especie”*, el objeto de conocimiento del derecho procesal debe coincidir, por lo menos en un segmento, con el mismo *objeto de conocimiento del “género” (derecho)* del cual forma parte.

Entonces, si el objeto de conocimiento del derecho (tomado como “género”) es, como ya se dijo –y permítaseme la licencia de la reiteración–, *la interferencia de conductas de relevancia jurídica*, a su vez, para configurar el objeto de conocimiento del derecho procesal, (lo reitero: una “especie” del género “derecho”) se deberá agregar un elemento adicional que *lo diferenciará* de ese “género” del cual ese desprende.

Y ese elemento diferenciador del “género” –que coloreará y dará distinción científica al derecho procesal– será, nuevamente, la interferencia de conductas humanas, pero ahora impregnada *con un matiz propio*: el afirmar –en el plano jurídico– por ante la jurisdicción, la existencia *de un conflicto de “relevancia jurídica”*.

De modo tal que el derecho se ocupa de un segmento de la conducta del hombre (la interferencia de conductas de relevancia jurídica). A su vez, el derecho procesal reduce aún más su campo por cuanto parte, como objeto de conocimiento, como ya se vio, *de un afirmado choque de intereses de sustancia jurídica* que, cuando le es otorgada connotación por un ordenamiento jurídico positivo, adquiere “relevancia legal”.

Se impone, por último, una aclaración respecto a la *“relevancia legal”* de los conflictos por los que se interesa el derecho procesal, y es que la misma *es contingente*, por ejemplo: en determinado Estado de derecho puede *despenalizarse el aborto* (perdiendo ese conflicto, que compromete la vida de la persona por nacer, su sustancia jurídica y pasando a otra esfera moral o ética), mientras que, para otro país puede decidirse mantener la *penalización de tal práctica* y, así, se mantendrá *la relevancia legal* de esta conducta.

En definitiva, lo que quiero expresar es que “la relevancia jurídica” de los conflictos, más allá de su *contingencia*, de su variabilidad, de su distinta composición, no invalida la idea que configuren la materia o sustancia sobre la que opera el derecho procesal.

También, sin perder nunca el norte que anima esta tesis en torno a la teoría general *unitaria* del derecho procesal, al sentar la idea de un objeto de conocimiento “común” a todo el derecho procesal, de suyo se fortifica la concepción uniforme que vengo sosteniendo.

### *Bibliografía utilizada*

- ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*; México, 1970, segunda edición, Textos Universitarios de la UNAM.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal*, Santa Fe, Argentina, 1989, edit. Rubinzal Culzoni.
- ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel, *Manual de filosofía del derecho*, Rosario, Argentina, 1998, edit. Juris.
- ARAGONESES ALONSO, Pedro, *Proceso y derecho procesal (introducción)*, Madrid, España, 1997, Editoriales de Derecho Reunidas.
- BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico*, Madrid, España, 1993, edit. Debate.
- COSSIO, Carlos, *Radiografía de la Teoría Ecológica*, Buenos Aires, Argentina, 1987, edit. Depalma.
- DUGUIT, León, *Derecho constitucional*, segunda edición, sin datos.
- GONZALEZ CASTRO, Manuel, *Derecho Procesal Civil, Perspectiva Multidimensional*, Córdoba, República Argentina, 1998, edit. Francisco Ferreyra.
- HERRENDORF, Daniel, *Las Corrientes Actuales de la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Argentina, 1990, edit. Ediar.
- KELSEN, Hans, *¿Qué es la Justicia?*, Buenos Aires, Argentina, 1981, edit. Leviatan.
- MONROY CABRA, Juan, *Introducción al derecho*, Bogotá, Colombia, 1998, edit. Temis.
- NARANJO VILLEGAS, Abel, *Filosofía del Derecho*, Bogotá, Colombia, 1992, edit. Temis.
- NOGUERA LABORDE, Rodrigo, *Introducción General al Derecho*, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996, edit. Institución Universitaria Arboleda.

## Capítulo 7

### EL CONTENIDO NORMATIVO DE LA CIENCIA JURÍDICA Y PROCESAL

1. Recopilación. 2. Análisis esquemático del nivel normativo del derecho (en general) y del derecho procesal (en particular). 2.1. La materia que comprende el derecho procesal y la igualdad en orden de importancia de sus elementos estructurales. 2.2. Sobre la axiología del sistema procesal. 2.2.1. La ideas de Carlos Nino sobre los fines del derecho. 2.2.2. Resumen de este tramo. 3. Necesidad de analizar las normas que regulan las interacciones humanas. 3.1. Los sistemas jurídicos basados en el modelo "civil law". 4. ¿El ordenamiento jurídico se sirve de normas que asumen una determinada "estructura" que lo hacen inteligible?. 4.1. Introducción al tema. 4.2. Cuantificación y clasificación normativa. 5. El análisis de las "estructuras moleculares" de las normas jurídicas y un breve anticipo de las mismas. 5.1. Profundizando los conceptos. La primera estructura molecular: las normas programáticas. 5.2. La segunda estructura molecular: normas conceptuales. 5.3. La tercera estructura "molecular" de la norma jurídica: la que regula el cumplimiento "espontáneo del mandato jurídico" y la de la norma "sancionatoria" ante el incumplimiento de lo regulado. 5.3.1. La norma disyuntiva en la concepción de Carlos Cossio. 5.3.1.1. Mi conclusión. 5.4. La "cuarta estructura molecular": las normas dinámico-procedimentales. 5.5. La quinta y última creación de la estructura molecular normativa: la acción procesal como una instancia proyectiva necesariamente bilateral. 6. Recapitulando.

## Capítulo 7

### EL CONTENIDO NORMATIVO DE LA CIENCIA JURÍDICA Y PROCESAL

#### *1. Recopilación*

En el capítulo sexto de esta obra precisé cuál es, a mi juicio, el objeto de conocimiento de la ciencia jurídica, y aquí lo reitero: la interferencia de conductas de trascendencia jurídica. La conducta en su interferencia jurídica es, entonces, la “materia” o “sustancia” que “*menta*” el derecho positivo.

Adelanté, también, que la ciencia del derecho no sólo se integra con el objeto sobre el cual “predica”. Se dejó aclarado que el fenómeno de la juridicidad no quedaría debidamente captado si no se analiza los “*mandatos imperativos*” (en sentido amplio) que *regulan* a ese objeto a los fines de dar la respuesta jurídica más adecuada al problema que la convivencia humana le plantea al derecho.

En otros términos: el ordenamiento jurídico se “dirige” hacia la interferencia de conductas que le “interesa” regular y les impone un “*deber ser*”. A ese “deber ser” los destinatarios de las normas deben adecuar su comportamiento (si es que no quieren exponerse a las sanciones que el orden legal “previsiona” para el supuesto de que produzca un desacople entre la conducta realizada (el “ser”) y la conducta querida por la norma (“el deber ser”).

Por eso se dice, y bien, que el derecho es una herramienta de control social (en cuanto les impone un orden

coactivo heterónimo que las personas “deben respetar”) ya que sus prescripciones, de no ser acatadas voluntariamente por sus destinatarios, los expone a sufrir las sanciones previstas para el supuesto de desoír el mandato legal (genérico) y, en su caso, de persistir la resistencia, padecer los efectos del mandato jurisdiccional coactivo (concreto), restableciendo de ese modo el Estado, mediante el uso de la fuerza legítima, la paz social quebrada por el conflicto.

Es que si el incumplimiento del “deber ser” operado en el plano sociológico (en rigor, el *afirmado* incumplimiento) persiste –y el caso se judicializa– nace un litigio que podrá extinguirse de dos formas:

a) auto-compositivamente (por desistimiento, allanamiento o transacción, cuando la índole de la cuestión lo permita) o;

b) de continuar la resistencia, se impondrá, finalmente, la heterocomposición (pública o privada –según la elección hecha por las partes– o la índole de conflicto que debe ventilarse).

El hecho es que el litigio (“cáncer del derecho”) debe necesariamente disolverse porque, valiéndome del parangón con esa enfermedad, su continuidad compromete la propia vida del tejido social.

Si el litigio lo “autocomponen” las propias partes va de suyo que esa salida conciliada será más beneficiosa, ya que la contienda cesa por voluntad de los propios interesados involucrados en la misma, es decir, no viene impuesta por un tercero y la “pacificación” se produce por la mutua conveniencia de poner fin a la disputa.

En cambio, si las formulas autocompositivas no se dan, la lucha procesal instalada en un determinado momento también terminará. Pero no se me escapa que el grado de “insatisfacción” generado por una fórmula hetero-impuesta será mucho mayor para el “perdidoso” del pleito (el que pierde en un litigio de ordinario le cuesta asumir esa “de-

rrota” ya que se produce en el marco del paradigma vencedor/perdedor).

Ahora bien: para captar todas estas hipótesis de prevención, autocomposición y heterocomposición de los conflictos de trascendencia jurídica un sistema normativo debe “previsionar” todo el arco de posibilidades para, primero, evitar esos conflictos y, en segundo término, si esto no ha podido impedirse, restablecer el orden social roto por el conflicto jurídico del modo menos traumático posible. Sencillamente, en la coherencia, sistematización, correspondencia, eficacia, vigencia y validez del orden jurídico, reposa la posibilidad subsistencia pacífica de las comunidades organizadas.

## 2. *Análisis esquemático del nivel normativo del derecho (en general) y del derecho procesal (en particular)*

Mi análisis, en este tramo, apuntará a desentrañar la *estructura* que asume el *ordenamiento jurídico* para cumplir los *finés* antes vistos y, en especial, determinar la formas que adoptan las *prescripciones procesales* para realizar el cometido para el que fueron creadas (disolver el conflicto intersubjetivo de intereses de un modo pacífico y heterónimo, respetando las garantías del debido proceso).

Tengo para mí, que el análisis del funcionamiento del ordenamiento jurídico –en general– es el paso previo (y necesario) para poder explicar, luego, cómo *opera* el *sistema procesal* en la consecución de sus metas. Este orden de prioridades se asemeja a la necesidad que tuve de explicar, primero, cuál era el objeto de conocimiento del derecho (en general) para poder desarrollar, luego, el objeto de conocimiento *específico* del derecho procesal. Se trata, en última instancia, de demostrar “la razón de ser” de las respuestas que desde este plano normativo– se aplican al “objeto de conocimiento” regulado por las prescripciones procesales.

Como ya lo llevo dicho una visión *abarcadora* de la ciencia del derecho (para explicar en toda su *amplitud* el fenómeno de la juridicidad) descalifica toda postura reduccionista. En efecto, un compromiso epistemológico más profundo impone análisis sistemático y entrelazado de los *tres planos* que integran la “experiencia jurídica” (sociológico, normológico y axiológico).

El conocimiento científico, como lo afirma Popper<sup>1</sup>, no pasa, ni por *parcializar* cuestiones (que requieren un abordaje de conjunto) y, mucho menos, por la simple observación (acrítica) de los fenómenos que le “interesan” a la ciencia. La *esencia* del conocimiento científico supone, por el contrario, la observación, sí, pero a los fines del planteamiento de los problemas (y la solución) que se deriva de los *fenómenos observables*.

Entonces, si la interferencia de conductas de trascendencia jurídica es observada por el derecho como un *problema* científico (prohijar la cooperación de los individuos para evitar conflictos o buscar la forma más racional, garantista y efectiva para solucionarlos) la *respuesta* a ese problema atañe a la organización de los “medios” conductentes para garantizar que los sujetos ajusten su comportamiento a las prescripciones legales (mediante normas vigentes, válidas y eficaces) o bien disponer un orden eficiente de sanciones (genéricas o concretas) en el supuesto de producirse un quiebre del “deber ser” prescripto por el sistema legal.

Y debe quedar claro que la estructura normativa de un Estado de Derecho, en la medida que *no provea* la respuesta sistemática y metódica para ordenar la *cooperación* de los hombres o garantizar la *coacción*, estará fracasando en su método y en sus fines.

## 2.1. La materia que comprende el derecho procesal y la igualdad en orden de importancia de sus elementos estructurales

Por lo que llevo expresado, la *materia propia* de la ciencia jurídica y, en especial, de la ciencia procesal viene condicionada por el problema que debe resolver: el restablecimiento de la paz social rota por el conflicto.

Por tanto, el “contenido” del derecho procesal no puede omitir todo lo atinente:

- al derecho de *acción* (y su continente el acto *pretensional*);
- la sistematización del método de *discusión* (organizando el “proceso” de un modo lógico: afirmación; posibilidad de negación; confirmación; alegación; sentencia e instancias recursivas);
- las formas de auto-composición y heterocomposición del litigio;
- los remedios y los recursos procesales;
- lo concerniente a *los sujetos* que intervienen en el proceso y su actividad: las partes, los terceros, los auxiliares de la justicia y, por cierto la composición del órgano jurisdiccional y a su específica labor (deberes, derechos y facultades);
- los actos procesales (de cualquier índole) que se realicen, su validez y eventual ineficacia (que se conecta con los remedios procesales imaginados para purgar los vicios de injusticia e ilegitimidad).

Todos estos elementos exigen de la ciencia del derecho procesal no sólo su inomitible tratamiento, sino el mayor grado de coherencia posible por parte del entramado normativo, para dar una respuesta sistemática y metódica a las situaciones conflictivas puestas en conocimiento de los órganos jurisdiccionales.

<sup>1</sup> Popper, Karl, ob. cit. p. 21.



Desde esta perspectiva se debe proveer a los justiciables (a quienes se les ha expropiado la posibilidad de resolver la disputa por el ejercicio de la fuerza) de:

a) una *norma dinámica* que permita el “*instar*” del particular *ante el órgano jurisdiccional* (la acción procesal), sin necesidad de que acredite la legitimación del derecho material que se afirma violado (abstracción del derecho de acción);

b) pero también tiene la *misma importancia* brindar el *método de discusión* (proceso) que facilite un tránsito adecuado hacia la sentencia (meta final hacia adonde se dirige).

c) Por último, igual jerarquía asume garantizar la existencia de una estructura: *el poder jurisdiccional*, predispuesto para procesar toda suerte de litigios y, eventualmente, poner fin a esas contiendas

Ese es el “todo” armamento del derecho procesal que debe actuar en una adecuada correlación para actuar sus fines. Luego, científicamente, queda claro que no se debería “escindir” u “otorgar prevalencia” a ninguno de los elementos que integran su trilogía estructural: el derecho de acción, el proceso y la jurisdicción. No se encontraría el justificativo (dogmático y práctico) de hacer prevalecer uno de ellos sobre los otros dos, si se tiene presente que la acción, el proceso y la jurisdicción conforman las partes de un “todo” (el sistema procesal) ideado para hacer cesar (pacíficamente) las conductas en estado de conflictos de trascendencia jurídica. Y es ese “todo” el que puede realizar los fines procesales, no sus componentes aislados. Es que si se “fracciona” (artificialmente) este continente se provocarían los siguiente efectos negativos:

a) una de las nociones fundamentales del derecho procesal ciencia: la *acción procesal*, quedaría conceptualmente *trunca* si no se la conecta con el método de debate (*el proceso*) que, precisamente, el ejercicio de la acción pone en movimiento;

b) También se amputaría dogmáticamente la cuestión si al tratamiento la *acción* y el *proceso* no se la *enlaza* con la *función jurisdiccional*.

Si privilegiásemos el concepto de la acción procesal quedaremos “anclados” sólo en análisis de “qué es” y cómo se “inicia” la judicialización del conflicto, ya que, en definitiva, a esta idea responde la noción científica de la “acción”.

En el mismo sentido, reducir el interés de la ciencia del proceso *al método de debate* (el proceso) dejaría inconclusa la explicación de cómo se inicia el mismo o cómo termina la heterocomposición del litigio.

No se me escapa que sin la figura del *órgano jurisdiccional* (predispuesto para “procesar y eventualmente sentenciar, cautelar y ejecutar” el litigio sometido a su tratamiento), tanto la acción como el proceso, no se sostendrían así mismas. Necesitan del auxilio de esta “tercera pata”, que conforma el trípode que estamos mentando, para justificar su razón de ser. Pero debe quedar en claro que sin el uso del derecho de acción, y sin la puesta en marcha del mecanismo del proceso, la *función jurisdiccional* pierde su legitimidad. Sería, en todo caso un acto de pura autoridad sin el ejercicio de los pasos previos que le den validez. En definitiva: es la *suma* de estos tres elementos, insisto, (y no la prevalencia de uno de ellos) la que fortificará la categoría de científica del derecho procesal.

A su vez, la llave dogmática y normativa que de credibilidad al sistema dependerá del acierto con que se implemente el ejercicio de la acción, la idoneidad del método de discusión y la respuesta de los órganos jurisdiccionales.

A modo de resumen de lo expresado: el tramo normativo del derecho procesal requiere la construcción de un esquema en el que se garantice la funcionalidad del mismo. Que se pueda accionar y pretender, que el proceso sea un método idóneo para discutir y que la jurisdicción cumpla con la finalidad para la que fue creada.

Se trata de suministrar a las partes en contienda la herramienta (la acción) el método (el proceso) y los órganos (la jurisdicción) que debidamente armonizados garanticen la solución pacífica del litigio.

## 2.2. Sobre la axiología del sistema procesal

En cuanto la axiología que pretende instaurar un sistema legal (y dentro del mismo la axiología propia del derecho procesal) la cuestión implica un problema dogmático y iusfilosófico de tono mayor en el que ya he comprometido mi opinión una y otra vez. Aquí, nuevamente, vuelvo sobre esta resbaladiza cuestión, por cuanto una pérdida en la elección de los valores pueden ajustar o desajustar la llave dogmática del modelo. Acertar o equivocarse en la elección del valor (o los valores) que mejor coadyuven al fin que persigue el derecho procesal posibilitará potenciar la validez del mismo o provocar su deslegitimación.

En mi concepto, el derecho procesal cumple con su fin si concreta metas sencillas de alcanzar (si se las compara con finalidades más trascendentes que algunos entienden como el norte de los sistemas de procesamiento: la resolución de los conflictos “con justicia absoluta o verdad jurídica objetiva”). Y esas metas simples o realistas igual suponen alcanzar un delicado equilibrio: restablecer el orden y generar la paz social resolviendo la “tensión” con eficacia y sin apelar a justificaciones “externas” al propio sistema legal (la moral, la justicia, la verdad, son valores meta-legales, en el sentido que están fuera del sistema jurídico). Y ya hemos visto cómo su manipulación genera una permanente subjetivización del sistema procesal que lo vuelve altamente inestable.

Si el derecho procesal puede reinstalar el orden jurídico quebrado por el conflicto y, además, hacerlo de un modo “justo”, es, quizás el interrogante axiológico más polémico

co (y pretensioso) de la filosofía jurídica y de la teoría general del derecho. Va de suyo que, más allá de asomarme a este tema el asunto *excede* en un todo el contenido este trabajo. Por tanto, sólo dejo planteados algunos esbozos sobre la cuestión. Veamos:

El derecho (en general) frente al problema que desata la convivencia social nos pone de cara a los siguientes interrogantes científicos:

¿Cómo regular del modo más eficaz posible esa interferencia de conductas que asumen relevancia jurídica a los fines de garantizar la convivencia pacífica de los hombres?

En su caso ¿cómo restituir la paz social quebrada por el conflicto que genera las violaciones del deber ser jurídico?

¿A qué tipo de amenazas (abstractas y concretas) de apelar un sistema jurídico para solucionar los conflictos de ésta índole?

Los interrogantes plantean cuestiones muy complejas. Los hacedores de un ordenamiento jurídico que pretenda que sus prescripciones gocen, en primer lugar, del mayor grado de “eficacia” posible (es decir, que sean aceptadas como “válidas” por el mayor número de sus destinatarios y, por tanto, se logre un alto grado de cumplimiento espontáneo de los mandatos), deben asumir que cuanto más masiva sea la aceptación (espontánea) de los imperativos jurídicos, mayor pacificación social ganará el entramado social y será menor el número de conflictos que se desaten.

Pero ya sabemos que lo máximo que puede aspirar un sistema legal es que haya pocos conflictos, pero no que estos no se produzcan (sería una meta idílica que choca con la naturaleza humana y con los roces naturales que provoca la convivencia). Tampoco debe aguardarse que los conflictos una vez producidos se auto-compongan (ya vimos que la permanencia del conflicto se produce porque no se “quiere” hacerlo cesar o por que el propio orden legal impide esa fórmula).

Ahora bien, frente los conflictos jurídicos desatados que por los motivos antes apuntados se instalan una y otra vez en el seno de las comunidades organizadas el derecho debe reaccionar. Lo hace imponiendo conductas en forma heterónoma (*“deber ser” externo*). Para lograrlo se pondrán en juego los mecanismos procesales buscando que el conflicto desatado (y no resuelto) sea heterocompuesto (previo debido proceso) por los órganos jurisdiccionales predispuestos para ese fin.

El derecho, razona Alvarado Velloso, es, en definitiva, un acto de fuerza. Fuerza legítima, pero fuerza al fin.

Ejemplificando todo lo que llevo expuesto hasta aquí creo que cerraré mejor la idea: las normas del derecho sustantivo que se ocupan de “los daños a las personas”, a base del modelo instaurado por el derecho romano, que aquél que por su culpa o negligencia provoque un daño a otro deberá resarcirlo.

Luego, frente al genérico “deber ser legal de no dañar” la conducta de un sujeto (victimario) no se adecua a esa prescripción: daña por su imprudencia, negligencia o impericia a la integridad física de una persona (víctima), por caso en un accidente de la circulación vehicular.

Puede ocurrir que ese victimario, luego de haber quebrantado el deber jurídico de no dañar y frente la *amenaza abstracta* de tener que indemnizar los daños y perjuicios cometidos, acuerde (voluntariamente) con la víctima una indemnización que la satisfaga. Si esto ocurre, la amenaza abstracta de la norma cumplió su fin *preventivo*. El conflicto nació y se extinguió de un modo autocompositivo recomponiendo los bienes jurídicos afectados mediante el pago de una indemnización que las partes consideraron reparatoria de los perjuicios provocados y sufridos.

Pero también es posible que el victimario no atienda (espontáneamente) a la reparación patrimonial que le debe a la víctima.

En este caso la amenaza genérica de la norma no está surtiendo el efecto querido.

El victimario (o quien tiene a su cargo reparar los daños, por ejemplo, una aseguradora que asumió el riesgo de responsabilidad civil hacia terceros) no quiere o no puede, disolver auto-compositivamente la cuestión (también puede ocurrir que sea la víctima la que se niega a ser reparada por considerar, por caso, insuficiente el monto resarcitorio ofrecido).

Por los motivos que fuera, si la damnificada lleva ese conflicto al plano jurídico se iniciará un proceso y, si al término del debate, el pretendiente acredita todos y cada uno de los presupuestos del daño resarcible, entonces, la amenaza del sistema jurídico se concretará en un mandato jurisdiccional de condena que, una vez firme, impondrá al victimario la obligación de satisfacer la pretensión resarcitoria (a riesgo de sufrir la ejecución coactiva sobre su patrimonio).

Con el ejemplo dado queda claro que los mandatos genéricos (y la amenaza en “abstracto”) deben tratar de surtir el mayor efecto disuasivo posible (sería ideal que todas las víctimas de los accidentes de la circulación vehicular conciliaran sus intereses con los dañadores disolviendo rápidamente el conflicto).

Y un estímulo adecuado para incentivar el “cumplimiento” espontáneo del “débito de responsabilidad” supondría, por ejemplo, acentuar las sanciones (pecuniarias) para aquellos deudores que claramente se han desentendido de su “deber de cooperación”. En California, Estados Unidos de Norte América, los jueces además de la reparación que conceden a la víctima (en correspondencia con los corporales daños provocados) cuando se demuestra que la aseguradora —que amparaba al conductor del vehículo que provocó el daño— no formuló ninguna propuesta seria y documentada para evitar que el conflicto llegue a las “cor-

tes”, se aplican sanciones muy duras bajo la fórmula de “daños punitivos”.

Y conste que no pretendo la exportación automática de esa idea, pero creo que debemos tomar conciencia que muchos “deudores profesionales” (las aseguradoras asumen éste carácter) toman mucho más en cuenta el valor de los precedentes jurisprudenciales para evitar, en el futuro, repetir una conducta que redunde en su propio perjuicio.

En Latinoamérica, paradójicamente, muchas veces se usa la dureza normativa y la severidad judicial en donde no corresponde. Se apela a este rigor para (supuestamente) disuadir de la comisión de ilícitos penales) frente a quienes la amenaza de las penas no produce el efecto esperado. El delincuente marginal que sale dispuesto a jugar su vida en un robo a mano armada, no piensa en los montos mínimos o máximos de una pena para entrar o no en el camino de delito. Ni aún la pena de muerte ha demostrado, estadísticamente, que tenga esos efectos disuasivos.

En definitiva, y para no perderme en mis reflexiones, lo que quiero expresar es que un sistema jurídico (con pretensiones de mayor acatamiento espontáneo y, por ende, menor nivel de conflictos), debe tratar de estructurar del modo *más racional posible* el entramado de sus normas ( y de los “premios y “castigos”) ya que el cumplimiento de las mismas refuerza la *validez* del sistema y su desobediencia (en especial cuando los destinatarios las consideran *inválidas*) perjudica su eficacia.

Y la falta de consenso o legitimidad de un sistema legal afecta seriamente a sus “rindes” impidiendo (y hasta algunas veces potenciando) a la generación de conflictos que atentan contra la *convivencia pacífica* que el derecho pretende *imponer*. Un ejemplo paradigmático de un derecho que “victimizó” a sus destinatarios fue el creado en la Alemania nazi o en la Italia fascista. Sus ominosas prescripciones, violatorias de la dignidad humana, detentaba

sólo la máscara de un ordenamiento jurídico, pero, de hecho, nunca asumió la condición de tal. No sólo no previno los conflictos sino que los generó y, cuando debió resolverlos los criterios jurisdiccionales se apoyaban en valores meta-jurídicos (como la obediencia ciega al “conductor”, el culto a la Patria, la superioridad étnica, etc.). Idéntica crítica merece el sistema jurídico comunista y más aún: todo sistema legal que no establezca como base de sustentación la preservación de todos los derechos inalienables de la persona: el derecho a la vida, a la libertad, a la integridad personal, al honor, a la intimidad, al estado de inocencia, a no ser privado de un “bien de la “vida” sin un debido proceso que justifique esa condena.

### 2.2.1. *La ideas de Carlos Nino sobre los fines del derecho*

Mis razonamientos sobre los “fines del derecho” encuentran una fuerte base de sustentación en la lúcida concepción que tiene Carlos Nino<sup>2</sup> quien entiende que las metas que debería perseguir un ordenamiento jurídico pasan por:

“...evitar o resolver algunos conflictos entre los individuos y de proveer de ciertos medios para hacer posible la cooperación social...” “...Pero decir que el derecho contribuye a superar algunos conflictos y lograr cierto grado de cooperación social no es decir mucho, puesto que como se verá, también se alega que la moral cumple con la función de contrarrestar las circunstancias que llevan a los hombres a enfrentarse entre si y no colaborar mutuamente en el grado necesario.

Lo importante es determinar de qué forma el derecho satisface esta función...”, “...hay a primera vista dos ele-

<sup>2</sup> Nino, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Argentina, 1998, edit. Astrea, ps. 3 y 4.

mentos que parecen ser característicos de la forma en que el derecho consigue persuadir a los hombres que adopten comportamientos no conflictivos y cooperativos y generar un sistema de expectativas que faciliten esos comportamientos: la autoridad y la coacción...” “esto hace necesario buscar la forma que la obediencia a las prescripciones jurídicas sea en interés de quienes las observan...”.

“...Para que esto ocurra, aún en los casos que la conducta prescripta sea contraria al auto-interés del agente, debe prometerse o bien una recompensa para el caso de la obediencia o bien un castigo para la desobediencia (por supuesto que la promesa debe ser cumplida para ser creíble) que compensen el interés por abstenerse de la acción indicada.

Por razones prácticas, en la mayoría de los casos, aunque no en todos, se suele preferir, en la búsqueda de la conformidad con las directivas jurídicas, la técnica de la motivación a través del castigo más de la que envuelve la promesa de premios. Esto implica recurrir a la coacción...”.

### 2.2.2. Resumen de este tramo

Se advierte claramente, en la idea de Nino, como la ciencia jurídica parte de un problema que debe resolver: garantizar la convivencia pacífica de los hombres. Y ese problema, para el derecho, supone un reto: brindar las soluciones idóneas para lograr la *cooperación* de las personas (el cumplimiento voluntario de los mandatos) es decir, prevenir los conflictos, bajo el estímulo de un sistema adecuado de “premios y castigos”.

De ordinario, como lo enseña Nino una solución es la coacción (abstracta o concreta) y, algunas veces la “recompensa” (premio) por ajustar la conducta al “deber ser” previsto por la norma (no es el caso aquí de profundizar si la respuesta inclinada más hacia la coacción es la más apropiada, pero, de hecho el derecho satisface más su fin so-

cial, insisto, si logra el cumplimiento espontáneo de sus mandatos, es decir, la cooperación entre los hombres).

Al derecho procesal le toca quizás el costado más sensible de la repuesta de un sistema legal por cuanto actúa cuando el derecho no alcanzó su finalidad primaria: la prevención de los conflictos.

Si es exacto que la ciencia (toda ciencia) “predica” sobre un objeto problemático (y esto supone, en el caso de la ciencia jurídica problemas a solucionar en la interferencia de conductas) la disolución de los problemas debe ser la constante del derecho, es más, la “razón de ser” del mismo no es otra que buscar “soluciones” a los “problemas” que genera la interferencia de conductas de relevancia legal.

Finalmente, como ya se dijo, esta solución de los problemas legales estará orientada por criterios, pautas, ponderaciones, etc. que condicionaran al legislador a resolverlos privilegiando, para ello, una cierta escala de valores.

Esa alternatividad jurídica, se presenta como una constante inevitable a la que se enfrenta cotidianamente el derecho. Frente a ella el sistema legal debe optar (o privilegiar) una solución entre varias posibilidades. También, como ya se expresó, la elección acertada de esas “alternatividades” infundirá más pautas legitimantes a todo el sistema.

### 3. Necesidad de analizar las normas que regulan las interacciones humanas

Para “aprehender” de un modo global el contenido de la ciencia jurídica (en su tramo normológico, que es el que aquí nos interesa) será necesario individualizar y estudiar las diferentes estructuras de las “normas” que imponen a los destinatarios de las mismas la conducta jurídica a seguir (tomado el término “norma” en sentido am-

plio; la Constitución, los pactos supranacionales, la ley, los decretos, etc.).

De hecho, no se me escapa que existen otras *fuentes jurídicas* que también *regulan* —en forma imperativa— las interacciones humanas de relevancia jurídica (por ejemplo, la costumbre, la jurisprudencia, etc.) Sin embargo, para la teoría general unitaria del derecho procesal, esas fuentes no asumen el mismo interés científico. Esta afirmación se entenderá mejor al avanzar en el desarrollo del tema en el curso del presente capítulo.

Antes de entrar de lleno en el núcleo de mi análisis se impone una aclaración preliminar: los estudios de teoría de la norma jurídica supusieron un desarrollo científico sumamente complejo que llevó siglos de decantación y que encontró su punto más alto en la corriente del “positivismo jurídico” (ayer de la mano de Kelsen y su positivismo clásico, hoy, entre otros, bajo la conducción de Bobbio y su positivismo crítico). Pensar en la hondura del pensamiento filosófico de estos dos juristas y en la extensión de sus obras dedicadas al análisis del derecho positivo (más allá de las disidencias que se pueden plantear sobre la visión exclusivamente normológica del fenómeno jurídico, en especial por parte del positivismo jurídico “clásico”) sirve para dar cuenta de la absoluta imposibilidad de agotar el tema y mucho más, si la aproximación al mismo se realiza en el contexto de una tesis cuya finalidad no es *penetrar en la teoría de la norma*, sino realizar una labor descriptiva y esquemática de los tres niveles del ordenamiento jurídico orientada a la finalidad que aquí se busca: enlazar los elementos *unificadores* (en este caso *normativos*) que permitan afianzar la construcción de la teoría general unitaria del derecho procesal.

Por tanto, toda pretensión que exceda los modestos límites en los que enmarqué mi labor, supondría, de mi parte, una irresponsabilidad intelectual. En definitiva, el senti-

do que quiero darle a mi tesis me condiciona (mejor dicho me impide) profundizar, con la hondura que quisiera, en las inquietantes y tentadoras aguas que la teoría de la norma representa para la iusfilosofía y la dogmática jurídica.

Pero, con las prevenciones del caso, la idea, igualmente, es brindar algunas mínimas nociones sobre el tramo normativo de la ciencia jurídica, especialmente justificadas por la *utilidad* que ellas prestan, insisto, a la teoría general unitaria del derecho procesal.

### 3.1. *Los sistemas jurídicos basados en el modelo “civil law”*

Ciñéndome al sistema jurídico del “civil law”<sup>3</sup>, en su formulación contemporánea, se advierte que está compuesto por una cadena piramidal de “prescripciones imperativas” que asumen la forma de “normas”. En efecto: gran parte de esos “mandatos imperativos” provienen de normas escritas contenidas en las Constituciones, Tratados Internacionales, Códigos, leyes, decretos, etc.

A estos mandatos legales (en sentido amplio) y que contienen prescripciones normativas) se le suman otros *imperativos vinculantes* (cuando el propio ordenamiento jurídico así lo admite). Los usos y costumbres, los fallos jurisprudenciales “obligatorios”, son también *fuentes positivas* del derecho vigente de un Estado. Ya se expresó que más allá de la importancia intrínseca de estas fuentes, al no aportar datos de interés para la construcción de la teoría unitaria he decidido prescindir de su tratamiento y centrar mi análisis en las estructuras normativas, que sí son relevantes para mi investigación .

<sup>3</sup> Eduardo Couture enuncia que una ordenación de los sistemas jurídicos vigentes ha detectado hasta diecisiete tipos distintos, aunque en la actualidad algunos sostienen que sólo quedan dos: el sistema del *civil law* y el del *common law*. Couture sugiere no ubicarse ni “tan alto ni tan bajo”. Couture, Eduardo, ob. cit. p. 13.

Me interesa, entonces, profundizar el estudio sobre la estructura y sistematización de las prescripciones jurídicas (bajo formas de normas) que integran el ordenamiento jurídico. Me limitaré, en consecuencia, y por lo que llevo expresado, a desmenuzar la conformación íntima de esas "normas" (en el sentido "amplio" antes señalado) tratando de desentrañar como se *ensamblan* las mismas (para dotar de eficacia al sistema legal).

#### 4. ¿El ordenamiento jurídico se sirve de normas que asumen una determinada "estructura" que lo hacen inteligible?

Comienzo, entonces, con el examen de los *distintos tipos* normativos que contribuyen a la construcción de un sistema jurídico racional e inteligible.

Para iniciar el desarrollo del tema, me ayudaré con la formulación de las sigs preguntas:

¿Es necesario para asegurar los fines del derecho que el legislador se *sirva* de diferentes "tipos" de normas?

En su caso: ¿La diferente "estructura molecular" (si se me permite la expresión) resulta lógica y jurídicamente imprescindible para lograr una efectiva regulación de las interacciones que "al derecho" le interesa captar?

Si la respuesta es *afirmativa* (como lo es), es decir, si se acuerda que con un solo tipo de normas no se puede regular lógicamente la interferencia de conductas, esa conclusión derivará en la formulación de nuevas preguntas:

¿Cuántos *tipos de normas* se necesitan para construir un sistema jurídico?

¿Qué *prelación* deben tener unas con otras?

¿Cómo se *coordinan*?

¿Cuál es la *razón de ser* de su creación?

¿Se puede llegar a estipulaciones lingüísticas que permitan diferenciar normas "*programáticas*," "*conceptuales*," "*estáticas-diyuntivas*" y "*dinámicas*"?

¿Cuál sería la *utilidad* de esta estipulación?

En última instancia: ¿cuál es la correlación que se genera entre ese *esquema normativo general*, con el andamiaje jurídico *propio del derecho procesal*?

Veamos si puedo ir despejando una a una las incógnitas propuestas.

#### 4.1. Introducción al tema

Alvarado Velloso demostró que es posible cuantificar y definir el objeto de conocimiento de nuestra ciencia jurídica (recordar las cuatro interacciones humanas deben necesariamente ser reguladas por el sistema jurídico: el hombre frente al resto de los hombres; el hombre al lado de la mujer a los fines de la procreación; los individuos obligándose; y el hombre frente al estado en su mutua relación de gobernante y gobernado), también es posible (en rigor imprescindible) clasificar y cuantificar la estructura normativa (para desentrañar la "lógica" de los sistemas legales).

Es que existe una *lógica interna* en los ordenamientos jurídicos inspirados en modelos piramidales-constitucionales que imponen una línea racional en la regulación de las interacciones de relevancia jurídica y que los hace inteligibles. La contribución fundamental del positivismo jurídico al progreso de la ciencia del derecho fue, precisamente, la elaboración sistematizada de la estructura de los sistemas normativos demostrando su relativo grado de plenitud.

#### 4.2. Cuantificación y clasificación normativa

Partiendo de la premisa que es posible cuantificar y clasificar el "objeto de conocimiento de la ciencia jurídica", como lo expresé en el párrafo anterior (y habiendo demostrado la importancia científica que conlleva tal pro-

pósito en orden el objeto de conocimiento del derecho) asume la igual transcendencia (para explicar acabadamente el fenómeno de la “juridicidad”), realizar la misma tarea de cuantificación y clasificación del “ordenamiento jurídico”.

Se trata, en definitiva, de desentrañar las diferentes *estructuras internas* de las normas jurídicas de un sistema legal y ubicar su correlación racional dentro del mismo.

Este análisis no es ocioso. Resulta un paso previo y necesario para poder explicar, luego, el carácter “dinámico” de las normas procesales, bien la que regula a la “acción” (“instancia proyectiva necesariamente bilateral”) o la que capta al proceso, (serie “consecuencial de instancias proyectivas”).

En otros términos: no podría entenderse la estructura “molecular” de la norma dinámica procesal si no se la contrasta con otro tipo de normas (que tienen otro formato distinto y una finalidad diferente) pero que “todas” coadyuvan a dar eficacia al sistema legal. De allí que deviene necesaria explicación todo el fenómeno normativo (y no sólo de aquél tipo de normas puramente procesales).

Aunque luego volveré sobre el tema, recalco que fue la inspiración científica de Briseño Sierra la que distinguió, por primera vez, el carácter *dinámico* de las *normas procesales*. A partir de haber detectado ese “dinamismo” (que es único de las normas puramente procesales) su teoría general del proceso ganó un sello único y, en especial, marcó la diferencia con el resto de la dogmática al tipificar la acción procesal en un contexto radicalmente diferente.

Parafraseando a Eduardo Couture, el descubrimiento de Briseño Sierra (al detectar la estructura *dinámica* de la norma procesal) vino a tener la misma significancia científica que, para la física moderna, asumió la división del átomo.

De allí, insisto, la trascendental importancia de analizar “todas” las “estructuras moleculares” de las normas jurídicas, teniendo como norte final la identificación y

explicación de las “*normas dinámicas*” (o puramente procesales) que serán mejor comprendidas si se las pone “en contraste” con las otras estructuras normativas.

Es que el “dinamismo” de las normas procesales *ilumina* íntegramente el fenómeno de la acción y del proceso, permitiendo su plena comprensión. No sólo eso, la *identidad* que otorga el dinamismo normativo al derecho de acción y al proceso es el *principal sustento teórico* (en el plano normológico) para terminar de construir el esquema de la teoría general unitaria del derecho procesal. Esta afirmación será mejor comprendida cuando el lector agote la lectura del presente capítulo.

##### 5. *El análisis de las “estructuras moleculares” de las normas jurídicas y un breve anticipo de las mismas*

Propongo que sometamos a una atenta observación los distintos tipos de normas que integran un sistema jurídico. En este tramo sigo, como ya lo dije, las enseñanzas de Briseño Sierra<sup>4</sup> y Alvarado Velloso<sup>5</sup> a cuya lectura remito. Por tanto, la explicación que se brinda de ahora en más se basa en las ideas de mis maestros. La propuesta es examinar la diferencia estructural que existe entre ellas y la lógica en la correlación del sistema.

Veamos: cuando se hizo *necesaria* la construcción racional de los sistemas jurídicos (a los fines de controlar o regular la conducta de los hombres conviviendo en “sociedad”), cuando esa convivencia humana tornó imperioso lograr la pacificación social, bien previniendo o disolviendo

<sup>4</sup> Briseño Sierra, Humberto, ob. cit. *Tratado*, volumen II, p. 165 y sigs.

<sup>5</sup> Alvarado Velloso, Adolfo, ob. cit., primera parte, p. 34. y sigs.



do los conflictos jurídicos que las interferencias de conductas necesariamente desataron, el pensamiento humano lo llevó a *diseñar* sistemas legales *inteligibles* para cumplir esos fines y lograr su captación y aceptación de los *destinatarios*.

En definitiva, la idea de los “hacedores del derecho” es que quienes resultarían afectados por el “deber ser” que se les impone desde un sistema normativo, comprendan los términos y la extensión del sistema legal, en primer lugar, para poder acatarlo, o tener bien claro cuando, con su comportamiento, están vulnerando la conducta prescripta por la norma.

La inteligencia del hombre detectó también que las prescripciones jurídicas para alcanzar esos fines *no* podían ostentar una estructura única, sino que era necesario una “diversidad estructural” de las normas y, a su vez, una correlación armónica y jerárquica, para generar un orden que pudiera ser “respetado” (o mejor aún, comprendido) por quienes deben someterse al mismo. Aclararé seguidamente estos conceptos:

1) Desde la *pura lógica*, un ordenamiento legal –para ser inteligible– debe observar una fuerte coherencia interna.

Para lograr la misma, lo primero que debe hacerse es dotar al sistema de normas que “*programen*” (de un modo muy general) los lineamientos de la “juridicidad” que quiere imponerse a los coasociados.

2) Ahora bien, sentado ese “*plan general*” nace la “necesidad” (racional) de *integrar* esos “mandatos abiertos” con un una gran cantidad de normas “*conceptuales*” que contribuyan a perfeccionar el entendimiento del “deber ser general” impuesto por la norma fundamental “*programática*”.

Ejemplificando: si la norma fundamental “*programática*” *reconoce* “la propiedad privada” (genéricamente), la norma “*conceptual*” debe explicar (en concreto) cuándo hay

compraventa, es decir, cuándo se considera –para el derecho– que se produce ese fenómeno que “*exterioriza*” y “*tipifica*” una de las formas que asume el intercambio de “*propiedades privadas*” (entrega la cosa contra pago del precio), distinguiéndola así de otras otras expresiones también representan variables de ese intercambio de “*propiedades*” (por ejemplo, la permuta, que supone la entrega mutua de cosas).

3) Pero aquí no puede detenerse la cadena de mandatos imperativos. También es esencial para los destinatarios de las normas jurídicas conocer exactamente cuándo se perfecciona (o mejor aún cuando se cumple jurídicamente, con las mutuas obligaciones que la compraventa genera). Es decir, qué pasos son necesarios para cumplir y dar por agotado ese negocio jurídico. Por caso ¿cuándo debe entregarse la cosa, y pagarse el precio, en qué lugar debe hacerse el pago, qué ocurre si no hay ningún lugar estipulado en contrato?, etc.

Y vinculado con lo antes expuesto, el “organizador y conceptualizador” del “programa jurídico” debe fijar (en defecto del cumplimiento) cuáles son las *sanciones* (genéricas) si las partes no ajustan su conducta a las previsiones normativas indican.

Ahora bien, si la conducta no se ajusta a ese “deber ser normativo” la estructura de la norma debe contener una *sanción genérica* (amenaza) para el incumplidor. Sin esta amenaza del uso jurídico (y por tanto legítimo) de la fuerza, para obligar al incumplidor, el derecho no superaría el nivel coactivo de las normas morales.

De modo tal que la norma jurídica observa la siguiente estructura lógica: dado A (compraventa) es B (cumplimiento), si no es B (cumplimiento) será C (sanción). La estructura de esta norma, como lo enseña Alvarado Velloso, es “*estática-disyuntiva*”.

4) También es posible que los individuos deban realizar (para actuar el derecho) “conductas *en serie*” (no una sola conducta) debidamente concatenadas entre sí, para lograr, sólo de este modo “dinámico” “el deber ser” que quiso el legislador. Ejemplificando: quien decide habilitar un negocio comercial se le “impone” debe acudir a quien tiene la potestad de conceder o denegar esa habilitación. Y se le impone una serie de conductas encaminadas a que esa finalidad pueda conseguirse (en la medida que se cumplan con los requisitos exigidos para esa habilitación pero además, que se agote el “procedimiento” regulado por una norma dinámica, al final del cual se decidirá la suerte del peticionario). Así, el peticionario (además de la integración de los elementos materiales y humanos que por supuesto no es motivo de análisis jurídico, sino económico o de gestión empresarial) deberá seguir, insisto, “un trámite” (en rigor *un procedimiento regulado por normas dinámicas*).

Este particular dinamismo normativo enlazara, secuencialmente, las conductas del particular y, en este caso, la autoridad Municipal (quien en el ejemplo es la “autoridad” que debe resolver). En otros términos el “cumplimiento” de las prescripciones legales ya no dependerá de *una conducta* sino de *una serie de conductas* que a, su vez, están programadas dinámicamente por la norma.

Y también el *incumplimiento* (en este caso Municipal de su deber de responder al requerimiento del particular, suponiendo que se produzca el *silencio o la denegatoria* ante el pedido de habilitación), implica que ese procedimiento –en su final– puede concluir con esa actitud reticente o negativa de la “autoridad”. En todo caso, se tratará de un “presupuesto procedimental” para dejar expedita la vía judicial (por ejemplo, reclamo administrativo previo, pronto despacho, recursos jerárquicos, etc.), pero remarco la idea que sin “procedimiento” el derecho no puede cumplirse o dejar preparado la vía para que se cumpla.

Entonces, para “actuar el derecho”, en esta particular situación, queda claro que el particular debe valerse en esta oportunidad, de normas dinámicas (petición) que desarrollan esta secuencia lógica: dado “A” (petición de habilitación); es “B” (recepción del pedido); continuando con “C” traslado a las oficinas técnicas, jurídicas, etc. para que se pronuncien. Luego, es “D” (dictamen, por caso, favorable de la Municipalidad).

Podría ocurrir que el dictamen (“D”) fuera negativo. Entonces el dinamismo normativo llevaría a una reconsideración en instancias administrativas (es decir la continuación del procedimiento) que, en los términos de Briseño Sierra lo denomina “reacertamiento”.

También puede ser que “D”, sea el silencio municipal, es decir, que debiendo expedirse “la autoridad” nada dice. Pues bien, la “queja” será el modo dinámico de continuar la serie para que el funcionario se expida. Se advierte, entonces, que “el deber ser” impuesto por el derecho supone, muchas veces, conductas continuas y normas dinámicas que –con su propia estructura– posibiliten la “actuación” de las normas jurídicas.

Si la “petición”, “el reacertamiento” o la “queja” llega a buen puerto, entonces el derecho se habrá actuado “sin conflicto”, pero esta actuación espontánea, se habrá logrado apelando (y no habría otro recurso) al uso de “normas dinámicas” que, insisto, tienen una especial estructura: a partir de alguien que pide, previo procedimiento (serie dinámica entre dos sujetos) se llega a la satisfacción, de lo pedido.

Por eso las normas que regulan el “procedimiento” sirven a dos fines: actuar sin conflictos el derecho o bien, “preparar” la vía judicial en el supuesto de insatisfacción (por delegación u omisión) de la pretensión.

5) Por último, si la amenaza genérica contenida en las normas “estática-disyuntiva” *no surte efecto*:

- Si el conflicto estalla (pretensión/resistencia no satisfecha).
- O bien, si la petición que generaba el procedimiento antes descrito termina en un rechazo del poder administrador (nuevo caso de pretensión/resistencia insatisfecha, pero previo procedimiento)
- O si la voluntad de un individuo se alza contra el deber ser de la norma (típico caso de los ilícitos penales)
- O si el conflicto es un estado de incertidumbre jurídica (pretensiones “mere declarativas”, actos de “jurisdicción voluntaria”).

Entonces el sistema jurídico debe proveer a los usuarios de una norma similar a la que genera el procedimiento antes visto (en el sentido que es dinámica) pero con una característica fundamental que la *diferencia*: esa norma es dinámica, pero “proyectiva” (en el sentido de que la conducta prestacional que es requerida debe ser satisfecha por un sujeto distinto de la autoridad (juez) que recibe esa “instancia”: (el demandado en el proceso civil, el reo en el proceso penal).

De allí, es fácil comprender que esta última estructura normativa asume una configuración propia, insisto: es “dinámica-proyectiva” o “necesariamente bilateral”.

### 5.1. Profundizando los conceptos.

#### *La primera estructura molecular: las normas programáticas*

Para captar “a vuelo de pájaro” toda la estructura piramidal, lógica y diferenciada de un sistema legal, estructurado bajo la fórmulas normativas y partiendo de la Constitución con norma fundamental, realicé en el párrafo anterior un análisis (sucinto y global) de la cuestión.

En este tramo (ya presentado al sistema legal bajo óptica global) debo profundizar algunos aspectos antes se-

ñalados, aún a riesgo de caer en alguna repetición, defecto que, en todo caso y de producirse, por la importancia que significa comprender como funciona el nivel normológico del derecho procesal, igual deseo asumirlo. Vayamos al detalle.

Ya se dijo que las normas “programáticas” suponen la construcción legal de un plan jurídico general que permite la organización legal de una comunidad organizada.

Ese “programa general” (que es una constante en todos los estados que se estructuran bajo un sistema jerárquico de normas) es el que le permitió a Kelsen la *sistematización* de la idea, apelando a la creación de la teoría de la “*pirámide jurídica*” apoyada sobre la “norma jurídica fundamental”. En efecto: la necesidad de plasmar en un cuerpo “orgánico” ese “plan general de organización jurídica” es la razón de la *existencia de las cartas magnas o constituciones* que, precisamente, programan (“*globalmente*”) el funcionamiento de las interacciones jurídicas de los hombres.

La planificación general es connatural con la propia *inteligibilidad y congruencia* de un sistema legal y permite que el mismo avance de lo “general a lo particular” pero, llegando a lo “particular” previa creación de las normas programáticas (que otorgan a los hombres el “*marco referencial*” al que deben ajustar sus conductas en una sociedad).

Me ha parecido gráfico denominar las normas que otorgan ese marco jurídico “referencial” “*normas programáticas*”. Mi maestro, Alvarado Velloso, prefiere tipificarlas como “*normas determinativas*”<sup>6</sup>. Kelsen la identificó como “*norma fundamental*”. En definitiva, el cambio de términos no es significativo, lo trascendente es remarcar la idea que “*sin normas*” (*programáticas, determinativas o fundamentales*) no es posible edificar la base de un sistema jurídico.

<sup>6</sup> Alvarado Velloso, Adolfo, ob. cit., p. 34

Como bien lo expresa Schöne<sup>7</sup>: "...La Constitución es la ley fundamental para la convivencia de todos. Sirve a todos y afecta a todos..." "...entre el orden constitucional y el orden jurídico-penal (y yo agrego el derecho procesal civil y penal) existe una interrelación muy peculiar y casi paradójica. El orden constitucional requiere protección por el derecho penal (y procesal) y, al mismo tiempo, debe prestar protección frente al derecho penal..." "...construir las pautas de convivencia de los hombres significa reconocer valores fundamentales y ordenar su relación. Los valores fundamentales se caracterizan por su vigencia general y por reclamar respeto general, no sólo por parte de cada ciudadano como individuo, sino también y sobre todo por los hombres, que forman, en nombre de todos los órganos del Estado..."

La idea del jurista alemán deja bien en claro la interrelación entre el "programa" y las normas de jerarquía inferior, y la correlación que se da entre las mismas.

### 5.2. La segunda estructura molecular: normas conceptuales

Ahora bien, ya vimos que los hombres por el mero hecho de convivir en sociedad, generan cierto tipo de interacciones humanas que por la necesaria *trascendencia jurídica* que asumen para el mundo del derecho no puede omitirse su tratamiento legal (dato que es objetivo, o mejor aún universal ya que no existe sistema jurídico que se desentienda del hombre, del hombre al lado de la mujer en su relación familiar, del hombre al lado del hombre "obligándose" y del hombre ante y frente la autoridad) . Si esta es la "materia" sobre la que opera el derecho, también se expresó que se impone, en primer lugar

definir las directrices centrales sobre las que se apoyará la regulación de estas interacciones.

Por ejemplo, desde el "programa constitucional" se deben establecer las líneas rectoras que amparan a los derechos fundamentales de las personas: el derecho a la vida, a la intimidad, a la integridad personal, a la inviolabilidad del domicilio, la propiedad privada, la igualdad ante la ley, que nadie puede ser penado sin un debido proceso, etc.

Pero queda claro que los hombres no pueden ajustar todas sus conductas jurídicas ciñéndose a las pautas generales que emergen del "*plan programático*" que proviene de las normas fundamentales, necesitan otras certezas o, por así decirlo, o más señales concretas emitidas por el propio ordenamiento jurídico que precisen *cuál es el "deber ser"* del derecho exigido en los casos concretos.

Es que para preservar, por ejemplo, el ámbito de libertad de las personas (dentro de el cual el derecho quedaría ajeno) se deben fijar límites muy precisos (de allí la exigencia de la tipicidad de los delitos penales, para poder tener por lícita toda conducta que no se establezca expresamente su punibilidad).

En este contexto los destinatarios de los mandatos legales *necesitan*, insisto, de otro tipo de "normas" (además de las programáticas) que le permitan comprender exactamente cual es "toda" la "cadena del deber ser"; cuáles son sus derechos subjetivos y cuales sus obligaciones. Y como esa necesidad existencial no puede soslayarse le compete al ordenamiento jurídico dar la respuesta adecuada para establecer un "deber ser" que, al prescribir conductas, primero de una manera general, luego más particular (conceptualizando), después explicando como se cumple el mandato (o como se lo incumple) y, por último, estableciendo la coerción para imponer el cumplimiento, encierra una respuesta legal inteligible y racional.

<sup>7</sup> Schöne, Wolfgang, *Contribuciones al orden jurídico penal paraguayo*, Asunción, Paraguay, 2000, Intercontinental Editora, p. 15.

¿Y cómo se consigue ese objetivo?

En el párrafo anterior escogí un ejemplo: el de la propiedad privada y de la compraventa. Aquí me serviré de otro ejemplo, éste de naturaleza estrictamente procesal. Veamos:

Cuando se establece, por ejemplo, la inviolabilidad del derecho de defensa en juicio bajo las prescripciones (generales) el enunciado se resume en esta idea “madre”: nadie podrá ser penado sin ser oído, sin un previo y debido proceso, fundado en una ley anterior al hecho que se imputa y por jueces naturales.

Pero esta directiva general, necesita primero de una conceptualización que integre la idea de:

Derecho de audiencia

Debido proceso;

Pena:

Ley anterior al hecho;

Juez natural;

Y cada una de estas particularidades no puede estar contenida en un texto constitucional general y programático.

Tendrá que ser complementado por otras normas que afinen todos y cada uno de los conceptos de la norma general que ampara el derecho de defensa en juicio.

Por eso no resulta extraño que algunos códigos procesales, animados en esa finalidad, ya contengan definiciones conceptuales. Por ejemplo, el nuevo código procesal civil de Perú, que entró en vigencia en el año 1993, se dedica a esa función de conceptualizar los mandatos constitucionales. Así en su artículo 1° expresa “...Toda persona tiene derecho a una tutela judicial efectiva...”; el artículo 3° “...El juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver el conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas de trascendencia jurídica...”; artículo 4° “...el proceso se promueve solo a iniciativa de parte...”; artículo 7° “...el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por

las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes...”.

Otro ejemplo: el diseño del trámite del proceso ordinario (o plenario) supone que si los intereses debatidos son complejos los justiciables tendrán a su disposición un trámite con una amplitud de plazos *mayor* para afirmar, confirmar, alegar y recurrir. Es decir, se pretende que mediante el concepto del juicio más amplio la pena (civil o punitiva del Estado) se aplique previo un debido proceso que, en este contexto sólo se considera como tal en la medida que la amplitud del plazo y su diseño haga operativa la idea.

Un ejemplo más: la promesa constitucional del juez natural se hace concreta con la fijación en los códigos procesales de las pautas de competencia “objetiva” (material, territorial, personal, funcional, cuantitativa, de grado y por turno) y subjetiva (causales de recusación o excusación). Luego, es la suma de esas competencias (objetivas y subjetivas) del juez la que integra el concepto constitucional del juez natural.

Creo que con estos ejemplos se entiende mejor como opera la “integración” los mandados programáticos con los mandatos conceptuales, y como hace inteligible y racional la cadena y fortificación de las normas fundamentales mediante otro tipo de mandatos imperativos.

### 5.3. La tercera estructura “molecular” de la norma jurídica: la que regula el cumplimiento “espontáneo del mandato jurídico” y la de la norma “sancionatoria” ante el incumplimiento de lo regulado

Ubicándome primero desde el “programa” que diseñan las normas fundamentales, y apelando nuevamente a la ejemplificación, se advierte que los mandatos constitu-

cionales garantizan, genéricamente, la prestación del servicio de justicia como un deber del Estado, correlativo con el monopolio de la fuerza (legítima) que ostenta.

Ahora bien, para garantizarlo (de modo concreto), es decir, para que la administración de justicia se brinde, el ordenamiento jurídico impone deberes funcionales a los órganos jurisdiccionales para que la función sea cumplida en tiempo y forma. Además, el derecho procesal no se contenta con ello: en el supuesto de ser incumplidos esos deberes funcionales, la omisión puede ser denunciada por los justiciables y por el propio Estado y sancionada por éste.

Aparecen así en la cadena procesal las prescripciones propias de las normas estáticas-disyuntivas que ordenan por ejemplo una secuencia de plazos para los órganos de la jurisdicción (deberes) que el juez tiene que acatar, por caso, dictar sentencia en un determinado plazo.

Si el juez cumple con el mandato procesal la norma se agota en el tramo del cumplimiento. La amenaza de sanción genérica tuvo eficacia ya que el órgano jurisdiccional cumplió su labor en los términos impuestos y no se instaló conflicto alguno.

Ahora bien, si ese juez no pronuncia la sentencia en los tiempos previstos las normas procesales que en este caso revisten la estructura “estática/disyuntiva” (como en toda norma que asume la estructura de cumplimiento o sanción) amenaza con la pérdida de la competencia para fallar la causa y, además, expone al juez a perder su cargo por mal desempeño en sus funciones.

Y si pese la amenaza genérica, agotados los mecanismos legales para que la dicte, no lo hace, entonces, quedará expuesto a la sanción concreta que puede haberle: el apartamiento como juez de la causa y, eventualmente, previo proceso, la remoción del poder judicial por mal desempeño de su función.

La norma procesal (que hace operativa la garantía del servicio de justicia prometido a los justiciables) “fotografía”, entonces, uno de los dos posibles (y antagónicos supuestos). En el ejemplo: a partir del deber de fallar (impuesto procesalmente al juez) regula el comportamiento que debe asumirse para cumplirlo. Si lo hace, insisto, la norma se agotó y el derecho se satisfizo en este tramo.

Pero también la norma, al visualizar el otro tramo: incumplimiento, prevé mecanismos sancionatorios (abstractos) complementados con otros supuestos legales que permiten culminar con la sanción (concreta).

Otro ejemplo se presenta en toda sentencia de “condena” que imponga al perdidoso el cumplimiento de una prestación. Si el obligado acata el mandato judicial concreto y cumple la prestación la norma (que sigue siendo de naturaleza estática-disyuntiva) se agotó en el primer tramo de la fórmula (cumplimiento). Pero si el condenado por sentencia firme se resiste a obedecer la orden judicial se hará efectiva la sanción (desapoderamiento y remate de sus bienes, etc.).

Entonces, si reiteramos la pregunta sobre la “necesariedad” (lógica-jurídica) de la presencia de normas (en el ámbito procesal) con la diferente estructura “molecular” la respuesta será necesariamente afirmativa: sin normas estáticas-disyuntivas la estructura legal y, de suyo la procesal, no tendría ni eficacia ni eficiencia.

En resumen: sirviéndose el sistema jurídico de normas “programáticas” y “conceptualizadoras”, “las estáticas/disyuntivas” (que tienen la finalidad hacer inteligible el sistema legal y coordinar mediante programas, conceptos, tramos de cumplimiento o sanciones ante el incumplimiento) la lógica del sistema jurídico se comprende y se encarna en estas distintas prescripciones normativas: “programar” y establecer un “patrón o modelo” general,

“conceptualizarlo” en sus detalles y establecer las reglas para “cumplirlo” o determinar las “sanciones” frente al incumplimiento.

### 5.3.1. *La norma disyuntiva en la concepción de Carlos Cossio*

No podría culminar mi análisis sobre la estructura de la norma estática/disyuntiva sin hacer mención a su genial descubridor: Carlos Cossio, quién visualizó a la norma jurídica en todos sus tramos (de cumplimiento o de sanción).

Monroy Cabra<sup>8</sup> explica –docentemente– la concepción de Cossio sobre la estructura de este tipo de normas:

“...Para Cossio las normas jurídicas no son órdenes, ni tampoco juicios hipotéticos, sino “juicios disyuntivos”. Y sostiene la formulación con el siguiente esquema: dado A, debe ser P (cumplimiento); o dado no P (incumplimiento) debe ser S (sanción).

Mientras la norma jurídica de Kelsen solo consistía en la conceptualización de la sanción (dado no P –incumplimiento– debe ser S –sanción–), la formulación disyuntiva de Cossio muestra cómo los dos términos del juicio no son separables y distintos, ya que la cópula o que los vincula hace ver que no son más que tramos de una sola unidad significativa.

Conforme a Kelsen, la norma jurídica expresa “un acto coactivo condicionado”, y según Cossio, lo fundamental es la norma secundaria o “endonorma”. La norma es un juicio disyuntivo cuyos términos se encuentran unidos por la conjunción *o*/y en que la endonorma se refiere a la conducta *lícita* y la perinorma, al acto *ilícito* o entuerto.

Para Cossio, la norma se enuncia de la manera siguiente: “Dado un hecho con su determinación temporal, debe

<sup>8</sup> Monroy Cabra, Marco, ob. cit., p. 73 y sigs.

ser la *prestación*, por un sujeto obligado, frente a un sujeto pretensor; o dada la *no prestación* (es decir, la transgresión), debe ser la *sanción*, por un funcionario obligado, ante la comunidad pretensora”.

Es importante advertir como la norma es juicio y concepto: En tanto que pensamiento estructurado (lógica formal), la norma es un juicio; en tanto que conocimiento o mención intelectual de algo (gnoseología), es un concepto o significación...”.

#### 5.3.1.1. *Mi conclusión*

Asume real importancia para la teoría de la norma y su aplicación directa al derecho procesal, ratificar la idea que las normas captan el tramo de cumplimiento de la conducta y, si este no se produce, dispara la sanción ya prevista por el propio orden legal.

La concepción de Cossio sobre la norma jurídica vino a ser más inteligible todo el sistema legal. Por el contrario, la visión reducida de Kelsen (remitida sólo el binomio “incumplimiento-sanción”) no sólo mutilaba el concepto completo de la norma sino que no consideraba uno de los fines que persigue el derecho según lo explicara Carlos Nino: la cooperación jurídica entre los hombres.

### 5.4. *La “cuarta estructura molecular”: las normas dinámicas-procedimentales*

Si fuera posible consagrar el funcionamiento pleno del ordenamiento jurídico sólo con crear y aplicar normas “programáticas”, “conceptuales” y “estáticas-disyuntivas” se agotaría aquí el tramo de mi análisis. Entonces, no tendría *sentido* indagar sobre una cuarta estructura “molecular normativa” adjetivada como “dinámica-procedimental”.

Demstraré cómo esta nueva modalidad (en rigor, forma prescriptiva que adopta la norma) es tan útil y necesaria como las tres anteriores para lograr los fines que se propone el ordenamiento jurídico. Veamos:

a) Es una “necesidad verificable” que se produce en el “mundo de la realidad social” que para que los individuos puedan realizar el “cumplimiento espontáneo” de lo prescripto por el sistema legal requieren servirse de otro tipo de normas (a la par de las ya estudiadas) que le posibiliten concretar tal finalidad.

Estas normas tienen, entonces, una función y una estructura propia y distinta a las antes estudiadas y que se caracterizan por asumir la forma de “*dinámicas/procedimentales*”

¿En qué consisten?

¿Cuál es la razón de ser de su creación?

Despejaré estos interrogantes que en alguna medida ya tuvieron su respuesta. En este capítulo ya se brindó una visión esquemática de cómo operan estas normas y, también, se ejemplificó el funcionamiento de una norma dinámica (en un imaginado trámite de habilitación de un comercio petitionado por un particular ante la autoridad Municipalidad o Comunal).

Aquí me interesa, para hacer comprender mejor la idea, dar otro ejemplo, distinto de neto corte procesal o preprocesal. El caso supone que una persona, en un accidente de la circulación, ha sido dañada en su integridad física por un vehículo del Estado Nacional.

Casi todas las legislaciones procesales de Latinoamérica, como una suerte de “prebenda” a favor del Estado, exigen que, previa a la deducción de la pretensión resarcitoria en vía judicial, se deduzca un reclamo administrativo “previo” (como requisito de procedibilidad de la pretensión procesal).

Para obtener el fin requerido por el ordenamiento jurídico (que el Estado Nacional, Provincial o Municipal frente a este requerimiento, en vía extrajudicial, responda a la petición del particular) se precisa poner en marcha un “procedimiento”. Y para ello, precisamente, es necesario valerse de “normas dinámicas procedimentales” que lo posibiliten.

En efecto, para que el Estado Nacional responda al reclamo extrajudicial resarcitorio (en sentido positivo o negativo) es necesario que dicha respuesta se genere luego de haber transitado una serie de instancias –según un orden preestablecido– es decir recorrer un *procedimiento* predeterminado por las normas. En este supuesto el derecho sólo puede “actuar” (en el sentido de permitir la solución “cooperativa” entre las partes o dejar preparada la vía litigiosa) en la medida que desarrollemos, necesariamente, ese procedimiento.

Y este trámite procedimental, que permitirá –insisto– la actuación espontánea del derecho se origina a partir de una conducta dinámica de dos sujetos: a) el peticionario (particular) y ; b) el destinatario de la petición (la autoridad).

Esta nueva estructura molecular (que permite enlazar a quien pide frente a quién se realiza el pedido para que luego de un procedimiento le responda, en sentido positivo o negativo, o bien calle que también es un modo de posibilitar para el peticionario seguir adelante) se encuentra captada por una norma dinámica.

Frente a una “petición” la norma dinámica enlazará, entonces, conductas de un modo consecucional siendo unas antecedentes y –a su vez– consecuentes de las siguientes. El dinamismo se encuentra previsto en la norma, pero reitero, “capta” la actividad de los sujetos (que también es dinámica. Y dicho dinamismo tiene su razón de ser en posibilitar, insisto, la actuación del derecho (cuando éste no puede materializarse con el cumplimiento, de una sola



conducta, sino por una serie de conductas entrelazadas y secuenciales entre sí que nos lleven al fin buscado).

La norma dinámica regula un tránsito continuo de conductas bajo una estructura propia que puede enunciarse de la siguiente forma: dado A, es B1 o B2; dado B1, es C1 o C2 ... y así sucesivamente...

Aplicada la fórmula sobre el ejemplo de la preparación de la vía judicial contra el Estado, se verá lo que se quiere expresar: presentado el reclamo extrajudicial indemnizatorio por la víctima contra el Estado (A), es la recepción del reclamo por parte de la mesa de entrada de la repartición estatal correspondiente (B1) o su rechazo por razones formales (B2). De admitirse, provoca la derivación a las oficinas competentes para que se expidan (C1) generando el dictamen pertinente (D1), y si se encuentran cumplidos los pasos previos para el dictado de la resolución, que debe emitirse –estimatoria o no del pedido– se dictará la misma (E1). Si la resolución fuera estimatoria y la indemnización que el Estado ofrece a la víctima es aceptada por la misma concluye el tema.

Pero, si es desestimatoria, o el monto ofrecido es insuficiente en el criterio del damnificado, o, por fin, nada responde frente al requerimiento del peticionario se prevé la apelación de dicha resolución (F1), en cuyo caso deberá expedirse el superior jerárquico (G1) ...o bien un pronto despacho (H1) ...y así sucesivamente...

De modo tal que toda norma de estructura dinámica prevé la iniciación y prosecución de un procedimiento (instancia) imprescindible para obtener la actuación del derecho objetivo.

En otros términos, además de: 1) el programa legal; 2) la conceptualización jurídica; 3) las normas estáticas-disyuntiva; existen normas dinámicas-procedimentales que complementan la eficiencia del sistema legal.

Así, podemos imaginar la existencia de normas dinámicas en los siguientes supuestos<sup>9</sup>:

- La *petición* ante la autoridad, cuando se requiera de esta una respuesta, previo procedimiento.
- También cuando se pone en conocimiento de la misma un hecho que para su determinación e investigación requiere también de un previo procedimiento, que debe necesariamente ser transitado para poder obtener una respuesta adecuada del órgano; (*denuncia*).
- Es también imaginable la existencia de normas dinámicas *cuando* acudimos *al superior jerárquico* de la *autoridad* que *no respondió* en la culminación de un procedimiento, con el dictado de la correspondiente resolución y que es el fundamento de nuestra petición para que se rompa el silencio y se nos responda (*queja*).
- Finalmente puede concebirse el auxilio de normas dinámicas cuando la autoridad nos responde, pero de un modo *no satisfactorio* a nuestras pretensiones y, por ello, buscamos el re-examen de su decisión por ante su superior jerárquico (*reacertamiento*).

El *común denominador* de todas estas normas dinámicas es que son pensadas o bien para la actuación “voluntaria o espontánea” del derecho o como preparatorias de la vía para posibilitar la intervención de los órganos jurisdiccionales.

##### 5.5. *La quinta y última creación de la estructura molecular normativa: la acción procesal como una instancia proyectiva necesariamente bilateral*

El tránsito realizado, desmenuzando la estructura normativa de los sistemas legales me coloca casi en el final del camino. Me toca ahora abordar el análisis de la es-

<sup>9</sup> Conforme Briseño Sierra, Humberto, ob. cit., p. 168 y sigs.

estructura normativa que se inserta en el puro plano procesal: la acción procesal.

Ya advertí más arriba que la eventualidad del incumplimiento por parte del destinatario de la norma (que no adecua su conducta al “deber ser legal”) está previsto en los mandatos jurídicos generales, bajo la estructura de normas estáticas/disyuntivas.

Pero si el incumplimiento es mantenido por el sujeto, pese a la abstracta sanción o amenaza de la norma, la alternativa a desarrollar (erradicada la opción en los Estados de Derecho de apelar al uso la fuerza o auto-tutela de los derechos que pueden ejercer los particulares) es lograr la efectivización de la sanción genérica. Esto se alcanzará trasladando el conflicto al plano jurídico por medio del derecho de acción. Se trata de discutir civilizadamente o mejor expresado en los términos de Alvarado Velloso: sustituir la razón de la fuerza por la fuerza de la razón.

El conflicto judicializado (litigio) previo proceso, concluirá en una heterocomposición del mismo, en suma, un acto de fuerza “legítima” ejercida por el Estado, y por intermedio de sus órganos jurisdiccionales, restituyendo la paz social rota por el conflicto.

Esa hipótesis, la de solución pacífica de los conflictos mediante el debate procesal, es la que genera la “razón de ser” de la creación del último “tipo” estructural de las normas que integran el sistema jurídico —como ya se dijo—, es diferente a las anteriores. La “acción procesal” con estructura “dinámica-bilateral” permite la iniciación y desarrollo del proceso judicial.

Si como ya lo llevo expresado un sólo tipo de norma (o las cuatro anteriormente vistas) fuera/n autosuficiente/s para lograr la eficacia del ordenamiento jurídico, la razón de ser de la creación de la quinta estructura normativa que anima a la acción procesal (dinámica —y necesariamente— bilateral) perdería su sentido científico.

Pero, lo cierto es que sin una creación de una normativa apta (que permita el enlace continuo de tres sujetos el actor, el juez y el demandado) la misma eficacia del sistema legal (cuando el mismo entra en una etapa de conflicto judicializado) sería imposible de estructurar.

La acción procesal tiene —entonces— una estructura normativa: dinámica-bilateral.

Y la norma es dinámica bilateral porque capta la conducta de tres sujetos involucrados también en una relación dinámica (el pretendiente o acusador, el órgano jurisdiccional y el demandado o reo).

Ejemplifico la relación dinámica que venimos señalando: dada la presentación de la demanda (documento que contiene la pretensión y que es la exteriorización del derecho de acción), —etapa que convencionalmente nombraremos con la letra “A”—, surge el deber de proveer por el Tribunal, emplazando al demandado a comparecer (“A1”); si éste comparece se le correrá traslado de la demanda (“A2”).

A su vez, si no comparece puede declararse su rebeldía (B) y corrersele traslado de la demanda en ese estado (B1).

Se advierte en consecuencia que la acción, como norma dinámica bilateral permite (su estructura intrínseca ideada a esos fines así lo posibilita) el desarrollo de un proceso en el que se enlazarán dinámica y secuencialmente a los tres sujetos principales del mismo. Sin esta estructura de la norma, que capta simétricamente el dinamismo de la conducta de los tres sujetos que intervienen en todo juicio (actor-acusador-juez-demandado o reo) la realización del proceso, y por ende del derecho en estado de conflicto, no podría materializarse.

La acción procesal —reitero— es una norma procesal dinámica bilateral, *necesaria para integrar la eficacia jurídica del sistema.*

Entonces, en el supuesto de la afirmación de la existencia de un conflicto en el plano de la realidad social que

no ha sido autocompuesto por las partes, la interacción que se observa es la de un incumplimiento que deja insatisfecho al pretendiente. El modo pacífico de restablecer el equilibrio (roto por la existencia de un conflicto en el plano de la realidad social) es elevarlo al plano jurídico. Esta finalidad se logra sirviéndose de la acción como norma jurídica proyectiva, necesariamente bilateral, para que el órgano jurisdiccional proyecte –precisamente– la pretensión esgrimida por el actor sobre el demandado. A partir de este acto inicial y dinámico se generará la formación de un proceso (serie, lógica y consecencial de “instancias proyectivas”).

## 6. *Recapitulando*

La acción procesal es, en primer término, una norma dinámica, que capta la conducta, también dinámica, de tres sujetos (actor/acusador-juez-demandado/reo) y genera la actuación jurisdiccional (pública o privada) a través del proceso.

Sin esta estructura normativa (dinámica-bilateral) el propio sistema jurídico, y de suyo el sistema procesal, no podría desarrollarse en forma eficaz.

Adviértase que en el derecho procesal pueden coexistir “programáticas” “conceptuales” y “estáticas disyuntivas”.

Pero lo que marca la esencia y distinción de las normas procesales “puras” de las otras estructuras normativas, es la sustancia que anima a las normas “dinámicas-proyectivas” necesarias para desarrollar el curso del proceso.

La exactitud de esta afirmación explica la idea de la “necesariedad” “complemento” y “coexistencia” de los distintos tipos de normas que aseguran el correcto funcionamiento del sistema legal, y en especial, del sistema procesal.

En resumen: cuando Briseño Sierra nos dice que la acción es “...una instancia proyectiva necesariamente bi-

lateral” interpreto que ha querido expresar que se trata de una norma de estructura molecular dinámica (prevé la formación de un proceso), con una peculiaridad que la distingue de las restantes normas dinámicas: tiene en su génesis estructural la posibilidad de regular la actividad –también dinámica– de tres sujetos (el actor, el juez y el demandado), mientras que las restantes normas dinámicas sólo prevén (porque con ello les basta para ser eficaces) una relación de dos personas (el peticionante y por ante quien se peticona).

Sostengo, a modo de reflexión final, en este tramo, que a sólo a partir de la construcción de una correcta teoría sobre las diferentes estructuras normativas puede edificarse –a mi juicio– el estudio científico de nuestra ciencia.

Si se obtuviera el esperado consenso doctrinario acerca de “qué es” la acción procesal (su estructura molecular) creo que la sistematización de las nociones sobre el proceso (serie consecencial que se compone de esas “estructuras moleculares”) se vuelve más sencilla.

En definitiva: las reflexiones respecto de la teoría de la acción y del proceso, bajo la óptica impuesta por Humberto Briseño Sierra y Adolfo Alvarado Velloso allanan el camino –desde el plano normológico– para la consolidación de una teoría general unitaria del derecho procesal. A modo de síntesis concluyo este capítulo con las siguientes reflexiones:

1) El derecho de acción, con sus notas tipificantes (autonomía, abstracción y dinamismo bilateralidad), con prescindencia de la materia sustancial que encierra la pretensión jurídica que lleva en su seno, es idéntico para iniciar la serie procesal civil o penal.

2) La estructura del debate (proceso) es similar en ambos campos, puesto que, en esencia, se trata de un método de discusión dialéctico, mantenido entre dos partes en un pie de igualdad (actor/acusador/demandado/reo), ante un tercero imparcial, imparcial e independiente, utilizando

el mecanismo de la afirmación; posibilidad de negación, confirmación, alegación, sentencia e instancias recursivas.

3) Finalmente, que la función y atribuciones de los órganos jurisdiccionales expresa una actividad básicamente igual. La función jurisdiccional (civil o penal). Esa actividad se compone de la “conexión de instancias” (durante todo el curso del proceso para permitir la “bilateralidad de la audiencia”) y tres tareas “contingentes” a saber: 1) heterocomposición del litigio. 2) cautela de derechos 3) y ejecución de lo decidido.

En el capítulo siguiente desarrollaré en extenso el concepto de la función jurisdiccional, siempre desde la óptica unitaria que marca su identidad conceptual cualquiera fuera el litigio o la materia sustancial que le toque procesar y resolver a los órganos judiciales.

### *Bibliografía utilizada*

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal*, Santa Fe, Argentina, 1989, edit. Rubinzal Culzoni.
- BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico*, Madrid, España, 1993, edit. Debate.
- COUTURE, Eduardo, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Argentina, 1981, edit. Depalma
- MONROY CABRA, Marco, *Introducción al derecho*, Bogotá, Colombia, 1998, edit. Temis.
- NINO, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Argentina, 1998, edit. Astrea.
- SCHÖNE, Wolfgang, *Contribuciones al orden jurídico penal paraguayo*, Asunción, Paraguay, 2000, Intercontinental Editora.

## Capítulo 8

### LA ESTRUCTURA E IDENTIDAD DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

1. Razón de ser de la función jurisdiccional. 2. La labor jurisdiccional. 2.1. Conexión de instancias. 2.1.2. La tarea de conexión de instancia es común al juez y al árbitro. 2.2. Proceso y procedimiento. 2.2.1 Concepto de proceso. 2.2.2. Concepto de procedimiento. 2.2.3. Preguntas y respuestas. 2.2.4. A modo de resumen. 2.2.5. El trámite. 2.2.6. Resumen de los conceptos. 2.3. Reflexiones de Adolfo Rocha Campos. 2.4. Síntesis. 2.5. La conexión de instancias es un deber funcional connatural con el debido proceso. La instancia en todo el curso de la serie procesal. 2.6. Funciones jurisdiccionales “aleatorias”. 3. Definición de la función jurisdiccional. 3.1. Sobre la jurisdicción voluntaria. 4. Cerrando los conceptos sobre la naturaleza y estructura de la jurisdicción pública y privada. 4.1. Algunos conceptos sobre la mediación. 4.2. Puntos comunes y diferencias entre la función jurisdiccional y la arbitral. 5. La jurisdicción civil y penal. Identidad conceptual. 5.1. La actividad cognoscitiva al momento de sentenciar. 6. Conclusiones sobre la actividad de sentenciar. 7. Síntesis.

## Capítulo 8

### LA ESTRUCTURA E IDENTIDAD DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

#### *1. Razón de ser de la función jurisdiccional*

A partir de la idea del conflicto de trascendencia jurídica (judicializado) y que debe estar resuelto para mantener la convivencia pacífica en las comunidades organizadas, se encadenan los conceptos de proceso (ya desarrollado) y de función jurisdiccional (que se analizará en el presente capítulo).

En efecto: si las partes no pueden disolver el conflicto por medios directos autocompositivos, o si tampoco logran este objetivo (pese a la amigable conciliación o mediación confiada a un tercero, que actúa como “*medio*” para intentar la autocomposición *directa* por los interesados) el caso requerirá la intervención forzosa del órgano jurisdiccional (bien por la frustración de la etapa auto-compositiva o porque la índole del conflicto impone su necesaria heterocomposición).

Luego, la cuestión litigiosa afirmada ante los estrados judiciales o arbitrales sólo podrá desatarse por la intervención de un *tercero* (juez público o árbitro privado) quien, previo tránsito que se recorrerá por las etapas procesales (afirmación; posibilidad de contradicción; confirmación y alegatos) resolverá la cuestión *heterocompositivamente*.

Ya se ha dicho que la actividad de judicializar el conflicto se concreta por medio del derecho de acción, que contiene una pretensión (civil o penal) y se documenta (exter-

namente) en un escrito de demanda (o de acusación) provocando, de ese modo, la necesaria intervención del órgano judicial (estatal o privado).

En el caso de la jurisdicción pública el deber del Estado viene impuesto por el mandato constitucional de suministrar justicia cuando los justiciables así lo requieran. En la jurisdicción privada los tribunales arbitrales son convocados por voluntad de las partes.

Pero, como es sabido, la jurisdicción (pública o privada) necesita para poder intervenir del ejercicio del derecho de acción. Sin el ejercicio de este derecho no podrá ponerse en movimiento “oficiosamente”. Sin el instar inicial, sin esa norma dinámica (acción procesal) que contiene la afirmación (pretensión) de la existencia de alguno de los *tres tipos* de conflictos de relevancia jurídica (*pretensión-resistencia, incertidumbre y conducta que viola el molde-patrón preestablecido*) la actividad jurisdiccional no puede tener nacimiento en el mundo procesal. El impulso de *oficio*, a cargo del propio órgano judicial es una figura que destruye la idea del debido proceso, por cuanto quién inicia o instruye el proceso, recolecta la prueba, es decir actúa “como parte”, luego abandona este papel y pasa a fallar el litigio, anula dos principios procesales: imparcialidad e imparcialidad. En otros términos, un debate judicial supone dos partes y un tercero ocupando siempre la posición de tal. Y toda vez que ese “tercero”, en algún tramo del litigio, deja de serlo (por investigar o probar de oficio) el esquema queda definitivamente roto.

De suyo, actor o acusador y juzgador, son figuras incompatibles para ser reunidas en un mismo sujeto procesal. Si las normas procesales positivas permiten el *inicio* o la *prueba* en un litigio por impulso de quién *después* lo heterocompondrá (como lamentablemente acontece en muchos códigos procesales civiles —en cuanto la prueba— y penales —en la investigación y prueba—) ese “debate” no

se compadece con la figura lógica del *proceso* sino con un remedo de tal.

La perversa posibilidad de llevar adelante la acción penal por parte del Estado y juzgar los delitos cometidos por el mismo órgano de la jurisdicción que investiga y prueba dio pie a una de las lacras jurídicas más ominosas en la historia de la juridicidad: el sistema procesal inquisitivo.

Sobre el ideario en que se sustenta el sistema de procesamiento inquisitivo afirma Superti<sup>1</sup>.

“...El resultado fue un procedimiento donde el actor y el juez, la acusación y la sentencia, quedaron en cabeza de un mismo funcionario o de funcionarios dependientes” “...La legislación procesal penal (Argentina), recibió esta ideología, preponderantemente inquisitiva, motivo por el cual nuestro primer código en materia de procedimiento penal nacional, modeló el resto del sistema, organizó la preparación del juicio encomendando la misma a un funcionario investido con el carácter de juez instructor o juez de instrucción...” “...El juez actúa en definitiva al servicio de quién va a realizar la acusación (el actor) pues justamente la base de este acto será la investigación llevada a cabo por dicho magistrado mal puede ser imparcial si trabaja para la parte...”.

## 2. La labor jurisdiccional

Ubicados en el plano del proceso, y mejor aún en un debido proceso, la “serie” tiene su razón de ser en la medida que garantice, precisamente, la bilateralidad en el método de debate. Se insta para lograr (generar el deber) que esa instancia provoque la conexión jurisdiccional. En la terminología de Briseño Sierra lo que se busca es “la proyección o bilateralización de la instancia”. Así, con el

<sup>1</sup> Superti, Héctor, ob. cit., p. 68

inicio de esta actividad, se pone en funcionamiento el fenómeno jurisdiccional que ahora me toca analizar.

### 2.1. Conexión de instancias

Una observación directa y empírica de la tarea que realizan los jueces y los árbitros (computada desde el inicio mismo de la serie procesal hasta su conclusión, bien sea que el mismo se extinga por los modos “normales” –sentencia– o “anormales” –desistimiento, allanamiento y transacción–), autoriza a concluir que jueces y árbitros ejercen una actividad *común*: la de *conectar* las “instancias”, proyectando *bilateralmente* los pedimentos de las partes. Explicaré a continuación en que consiste esta actividad.

El contenido proyectivo de la acción genera, por el dinamismo propio que encierra su “estructura molecular”, el “deber” que todo pedimento efectuado por una parte, por caso, el *inicial* (de contenido pretensional incluido en una demanda civil o en la acusación penal) sea trasladado a quién debe satisfacer esa pretensión o sufrir los efectos de la persecución penal.

No importa si esa auto-atribución de un derecho sustancial violado que realiza el actor (o la imputación de un delito, que constituye el sustento de la acusación del Ministerio Público) coincide con la *efectiva* violación del derecho o la real comisión de un ilícito. La exactitud del contenido pretensional recién será dilucidado en la sentencia. Aquí lo que se busca es posibilitar que opere la “condición” inicial (acción) y de las posteriores “instancias” (de reacción, contradicción y alegación) para poder llegar al dictado de la sentencia de mérito. Y esa “condición” no puede ser otra que permitir el instar continuo (garantizado por el deber funcional por parte del órgano jurisdiccional) de efectivizar las sucesivas “conexiones”. En efecto: el Tribunal permite (tiene el deber) mediante esta conexión

inicial y las posteriores, de hacer efectiva la tutela judicial, o más concretamente: bilateraliza la audiencia a lo largo de toda la serie procesal.

Con algunos ejemplos la idea que quiero exponer quedará más clara: cuando el pretendiente solicita: “...se cite y emplace al demandado para que comparezca a estar a derecho y, con base en esa petición, el tribunal provee...” cítese y emplácese al demandado para que comparezca a estar a derecho por el término y bajo los apercibimientos de ley”, la labor jurisdiccional realizada, constituye un típico *acto de conexión procesal*.

Pero esa labor de conexión, no se limita a la fase *inicial* del litigio, insisto, sino que debe estar siempre presente en el resto de las etapas el debate. Es que la “serie consecucional de conexiones” es lo que otorga efectividad al método de discusión y concreta, como se dijo, el axioma constitucional de la “audiencia debida”.

La efectividad de la serie (avance sistemático hacia la meta a la que se encamina el proceso: la sentencia) se logra por ese juego de conexiones. Así, cuando ya ha comparecido el demandado al proceso, se solicita por el actor: ...se corra traslado de la demanda... y el Tribunal conecta el pedimento con un decreto con un ...córrase traslado de la demanda por el término y los apercibimientos de ley... se está cumpliendo con el axioma de la conexión inicial y sucesiva de las “instancias”.

En el ámbito penal cuando el Ministerio Fiscal formula su acusación el Tribunal conectará la misma decretando... traslado a la defensa de la acusación formulada... (por el plazo que marque el trámite respectivo).

Y persiste la labor de conexión si lo que se “proyecta” es, por ejemplo, el traslado para ofrecer prueba; para alegar sobre el mérito de la misma, sustanciar un recurso de revocatoria, para expresar o contestar agravios, etc.

En función de lo expuesto, puede concluirse que los actos de conexión de instancia integran una tarea jurisdiccio-

nal que está siempre *presente* en todas las etapas del proceso, ya que su “razón de ser” está indisolublemente unida, insisto, con la garantía constitucional que se le otorga a las partes de ser oídas en un plano de igualdad procesal.

### 2.1.1. *La tarea de conexión de instancia es común al juez y al árbitro*

Esta tarea de conexión del instar de las partes es “común” al juez estatal y al árbitro privado. No podría ser de otra forma ya que esa es la herramienta elemental que posibilita el desarrollo del debido proceso (judicial o arbitral). Además, tiene una particularidad que me interesa resaltar: esa labor jurisdiccional es la única actividad que (necesaria e invariablemente) se dará en todo tipo de procesos.

En efecto, si no existiera el deber de conexión jurisdiccional la acción procesal quedaría frustrada. Es obvio que el proceso no podría formarse en tanto la “instancia” no llega a bilateralizarse. Un proceso en el que no se verifica que la conexión inicial, en el que “no se proyecte” el contenido pretensional esgrimido por el actor (si es que se dan los requisitos de admisibilidad para que esa “acción” sea procesada) no asumirá el rango de tal, constituyendo sólo un simple “procedimiento” (relación dinámica que queda reducida a dos personas: quien insta y quien recibe la instancia, pero no la proyecta).

Precisamente la existencia de relaciones dinámicas de dos sujetos (como contingencia posible dentro de un proceso que, por esencia, supone la relación dinámica de tres sujetos) me lleva a realizar el deslinde de ambos conceptos.

## 2.2. *Proceso y procedimiento*

Quiero detenerme en explicar el sentido que le otorgo a los términos proceso y procedimiento. Asumo que quizás

sea éste otro de los capítulos harto polémicos de la ciencia procesal. En rigor no sólo es polémico, sino que presenta un número tan amplio de interpretaciones, conceptos y definiciones, que no creo que exista un estudioso del derecho procesal que, al incursionar en el mismo, no se hubiera tentado de brindar su propia óptica en la cuestión. Y también la disputa comprende, además de las disidencias dogmáticas, una “batalla por los nombres”, por la estipulación lingüística, en definitiva por los significados convencionales atribuidos a cada concepto. De modo tal que mi opinión se agrega al torrente dogmático al que hice mención. Si me animé a incursionar en este espinoso asunto es porque creo puedo realizar un aporte doctrinario diferente. Veamos.

### 2.2.1. *Concepto de proceso*

En mi concepto, existe proceso, siempre que mediante el ejercicio del derecho de acción (en sentido amplio) o de reacción (también mirado con la misma amplitud) quien “insta”, quien recibe la “instancia” y quien la “conecta” queden enlazados en esa relación dinámica que presenta a *tres sujetos* indisolublemente entrelazados en una secuencia continua que va desde el inicio de la serie hasta su extinción.

La presencia de *tres sujetos* que mediante peticiones y conexiones de instancias desarrollan la serie lógica de debate genera un objeto de conocimiento único e irrepetible en el mundo jurídico. La idea no es mía sino de Briseño Sierra<sup>2</sup> y Alvarado Velloso<sup>3</sup>. En todo caso mi aporte se limita a reproducir el concepto, con una ligera variación sobre la concepción original, como seguidamente se verá:

<sup>2</sup> Briseño Sierra, Humberto, ob. cit., *Tratado*, Volumen II, p. 243 y sigs.

<sup>3</sup> Alvarado Velloso, Adolfo, ob. cit., primera parte, p. 233 y sigs.



### 2.2.2. Concepto de procedimiento

Existirá procedimiento cuando la relación dinámica involucra sólo a dos sujetos: quién “insta” y quien reciba la “instancia”. Es decir, que proceso y procedimiento *no son sinónimos*.

En el capítulo anterior se explicó como en el mundo jurídico se desarrollan relaciones procedimentales dinámicas (no procesales) de dos sujetos (que no necesariamente están vinculada siquiera con la existencia de un proceso, recordar, por ejemplo, el caso del pedido de habilitación Municipal o la preparación de la vía judicial contra el Estado por medio del reclamo en sede administrativa). También, ya veremos más adelante, como puede haber procedimiento en el curso de un proceso (siempre que se presente la constante de relacionarse dinámicamente dos sujetos: ejemplos: embargos trabados sin sustanciación, revocatorias resueltas sin traslados, etc.).

Luego, por imperio del principio lógico de identidad, el proceso sólo puede ser igual a sí mismo. Por tanto, la relación dinámica de *dos sujetos no es proceso*, sino otra figura. Se tratará de un objeto de conocimiento distinto que merece (para no caer en el error de utilizar un mismo término lingüístico para denotar dos objetos de conocimientos diferentes) otra denominación que lo diferencie: en mi propuesta, *procedimiento*.

Bajo la convención que la relación dinámica de *dos sujetos* debería denominársela “procedimiento” (en definitiva el uso de la palabra no es lo importante), lo trascendente es marcar que existen relaciones jurídicas dinámica de tres sujetos y de dos sujetos, y que a ambas figuras no se las puede definir con una misma palabra.

### 2.2.3. Preguntas y respuestas

Un juego de preguntas y respuestas me auxiliará a graficar la idea:

¿Cuándo existe procedimiento?

Ya lo dije: siempre que la relación dinámica enlace de dos personas.

¿Qué ejemplos pueden darse?

Los ejemplos, ya referidos en el capítulo anterior:

a) procedimiento ante una Municipalidad (para obtener una habilitación de un negocio: en el ejemplo, insta el peticionario, recibe la instancia la Municipalidad, genera un procedimiento interno y devuelve ese instar, denegando o no la habilitación, pero sin proyectar el instar hacia un tercero);

b) el reclamo administrativo previo ante el Estado Nacional para habilitar la vía judicial (requerido por muchas legislaciones). Se recibe la instancia, se pone en marca un procedimiento y luego de agotado el mismo, es el propio Estado el que admitirá o rechazará la reclamación.

Ahora bien:

¿Puede haber procedimiento en el seno de un proceso judicial?

Por cierto que sí. Por ejemplo, cuando se solicita una medida cautelar la relación que se visualiza es de dos sujetos: quién insta, solicitando una cautela de bienes (embargo) y el Tribunal que la despacha (si es que se dan las condiciones para proveer la cautela) y, por el momento, sin bilateralizar el pedido. En el ejemplo: antes de notificar al demandado la existencia del embargo ya trabado hay puro procedimiento (si se respeta la convención de una relación dinámica entre el embargante y del juez que despacha la cautela). Es que el “derecho de audiencia” —con el cual se pasará de procedimiento a proceso— se otorgará

con posterioridad, obviamente, para no afectar la eficacia de la medida (si se le avisa al futuro “embargado” de la existencia de la medida a trabarse la misma puede transformarse en ilusoria).

Luego, siempre que en un proceso (y hasta tanto no se proyecte la instancia) queden enlazados dos sujetos en relación dinámica, a esta figura, insisto, propongo que se la denomina procedimiento.

Finalmente:

¿Qué importancia tiene (para el derecho procesal y la teoría general unitaria) hacer este distingo entre proceso y procedimiento?

Si se lo mira con pretensión de construir ideas jurídicas unívocas, y no equívocas, la importancia es de tono mayor. Asumo que el término procedimiento (utilizado como sinónimo de proceso) tiene una “carta de ciudadanía jurídica” muy fuerte. Cuando se lo invoca, en la mente de muchos juristas, se genera una asimilación casi automática con la idea de proceso. Es más, gran cantidad de códigos procesales se denominan (indistintamente) código procesal o código de procedimientos (civiles, penales, administrativos, etc).

De suyo, deberían denominarse *siempre* código *procesal* (civil, penal, administrativo, etc.) para no dejar dudas que se legisla, esencialmente, sobre *procesos* (relaciones dinámicas de tres sujetos) y no sobre procedimientos (relaciones dinámicas de dos sujetos) y, cuando esto ocurre, siempre será un mero tránsito hacia el proceso.

#### 2.2.4. A modo de resumen

Sí el derecho capta relaciones dinámicas dos personas (algunas veces procesales y otras hasta extra-procesales) y también de tres personas (en este caso siempre procesales), sencillamente porque ambas existen en el mundo de la

juridicidad, se impone, y ruego se me dispensa mi insistencia, que a unas y otras las denominemos de distinta forma.

De aceptarse mi idea, siempre que se hable de proceso mentalmente estaremos ubicando —exclusiva y excluyentemente— la relación dinámica y bilateral que une a tres sujetos en una serie lógica y consecucional de instancias proyectivas.

Por el contrario, cuando el término mentado sea “procedimiento” el dinamismo quedará establecido sólo entre dos personas: quien insta y quien recibe la instancia (sin que este instar se vincule siempre o necesariamente con el proceso).

En definitiva: En el permanente afán de buscar conceptos comunes que anuden (en este caso desde el plano normativo) la teoría general unitaria del derecho procesal la estipulación en torno a las nociones proceso y procedimiento no es de tono menor. Y bajo esta premisa de unidad cuando se hable de proceso (sea este civil o penal) quedará fijado el instar de tres sujetos (actor, acusador, juez, demandado o imputado).

Y así como ejemplifiqué que un tramo del proceso civil puede existir procedimiento a condición que luego se bilateralice ese “instar” de a “dos”, también en un proceso penal puede haber (excepcionalmente) un simple procedimiento. El ejemplo sería una solicitud de detención y prisión preventiva solicitada contra una persona por parte del Ministerio Fiscal y admitida por el Tribunal (nuevamente se visualiza un instar entre dos sujetos el órgano de la acusación y el juez).

Claro que ese momento (transitorio) de puro procedimiento deberá convertirse en un necesario proceso (en el sentido de incorporar a la relación dinámica al imputado) so capa de violar el principio constitucional de defensa en juicio. En efecto: detenido el imputado y privado su libertad, debe permitírsele que comience su propio instar pro-

cesal (pedido de excarcelación, por ejemplo). Entonces, el simple procedimiento inicial se convertirá en un pleno proceso al incorporarse ese tercer sujeto a la relación dinámica y quedar consolidado la triología dinámica que supone el proceso judicial penal.

### 2.2.5. *El trámite*

Por último, reservaría la palabra “trámite” sólo para identificar las *formas externas* que puede asumir un proceso. Por ejemplo, en el fuero civil trámite ordinario o plenario, sumario, plenario reducido, etc.. En el fuero penal el trámite estaría diferenciado por el que asume el proceso correccional, de instrucción, de crimen, etc.

### 2.2.6. *Resumen de los conceptos*

Resumiendo: la labor jurisdiccional, esencialmente, es la de procesar (en el sentido de bilateralizar la instancia). Este procesar puede incluir, en algunas ocasiones (excepcionales) el desarrollo (transitorio) de un procedimiento, a condición que transite (luego de cumplida la estricta finalidad por la que se admitió que se generen relaciones dinámicas de dos sujetos) hacia el proceso, que al bilaterizar la relación dinámica hace operativo el mandato constitucional de impedir toda condena (penal o civil) sin previo proceso (no procedimiento), en suma, sin haber sido oído en igualdad de armas y contradicción.

De otro lado, volviendo a la idea del trámite, éste no es más que la piel (la forma epidérmica) que adopta el proceso (según la opción que el legislador maneja por cuestiones de política procesal, por ejemplo, en asuntos de menor cuantía: trámite “sumarísimo”; cuestiones eminentemente fácticas: trámite oral o por audiencias, etc.).

Pero debe quedar en claro que el trámite seleccione legislador de turno no puede destruir la esencia del proceso (del cual es sólo su envoltura). Si un trámite prescribiera, por caso, la supresión de la etapa de prueba estaría desbaratando la idea de proceso, puesto que eliminaría un paso lógico del debate. Por eso el trámite que quiere imprimirse a las medidas autosatisfactivas desnaturaliza la idea de proceso ( en el sentido que previo al dictado de la sentencia en un litigio de conocimiento no hay relación dinámica de tres sujetos). Queda claro que, en todo caso, entroniza un simple procedimiento (la pretensión del actor, sin la debida bilateralidad, es atendida directamente por el Tribunal, luego, lo que se da es un simple instar entre dos sujetos).

Y que no se diga que la “bilateralidad” o la “audiencia” se logra porque se otorga al accionado la posibilidad de una simple “audiencia”, en el sentido que se le concede al un breve plazo para ejercitar su defensa o, peor aún, se lo cita a una audiencia para un día y hora determinado, para que formule su “descargo”, o finalmente, porque el demandado puede recurrir de lo decidido y, con esa actividad de “impugnación”, se estaría salvando la “contradicción procesal”.

Sencillamente ese no es el ideario Constitucional de la audiencia debida. La conexión de instancias debe permitir una auténtica audiencia posibilite oído en procesos “de conocimiento” en donde no hay derechos ya declarados, sino meras expectativas de esos derechos. Audiencia significa, más urgentemente, igualdad de armas cuando se “habla”, si no se da, podemos hablar de otra figura pero no de aquella que es garante del derecho de defensa en juicio.

Ya se dijo que la Constitución y los Códigos Procesales que hacen operativa la garantía del debido proceso aseguran (o mejor dicho deberían siempre asegurar) la conexión inicial y continua de las instancias entre tres sujetos (en definitiva el proceso) y no que entre las afirmacio-

nes “fuertemente verosímiles” de pretendiente y un juez se encarguen (uno por pedir y el otro por otorgar) de generar un simple procedimiento y que, sin embargo, y esto es lo grave, tenga la misma virtualidad para *privar* de un “bien de la vida” a una persona que un proceso (en el sentido que es un trámite de a “dos”) pero de él deriva una sentencia que afecta procesalmente al demandado al ser alcanzado por sus efectos cuando no estuvo precedida de un debate “en serio” entre las partes.

En algunos casos, (excepcionales) se admite la generación de un procedimiento en sede jurisdiccional que afecte (vincule) legítimamente a quién no fue oído puede ser justificada. El caso del embargo o la detención de personas ya fue analizado. Pero también se dan otras hipótesis: en los procesos “monitorios” esta alternativa viene dada porque el derecho ya es cierto. Se lo escucha al ejecutado luego (después) de despachada la sentencia. En los procesos de “alimentos” la “alternatividad jurídica” está dada por el carácter asistencial de lo que se solicita y condiciona para que se haga lugar, sin más, a la pretensión del alimentado, sin perjuicio de escuchar luego al alimentante.

Pero conste que son situaciones extremas (que no permiten generalizaciones o analógicas) salvo que, nuevamente, el omnipresente autoritarismo entre en escena y pretenda convertir la excepción en regla (de simples procedimientos, normalmente, no deben emanar mandatos jurisdiccionales que otorguen a quién lo solicite, sin la debida audiencia, el “bien de la vida” que se disputa en un proceso.

Esa no puede ser la regla bajo un Estado Constitucional de Derecho es, sin embargo, lo que hoy muchos proponen (basta un simple procedimiento, sin audiencia, sin conexión, para que un juez condene cuando existe un derecho “fuertemente verosímil”).

Si esta idea tuviera un mínimo de seriedad ¿por qué pretende aplicarla derechamente a los procesos penales?

Es que cuando lo que está en juego son intereses demasiados serios (“enjaular” a una persona, si se me permite la expresión, por un acto de puro autoritarismo, sin permitirle el derecho constitucional de ser oído, de plena defensa y de igualdad de armas) no sería más que una recreación patética de un juicio inquisitivo, propio de la caza de brujas de la edad media y no de este tercer milenio, en donde el norte debe pasar por el respeto de la dignidad humana de las personas sometidas a los procesos penales.

Para penar, para castigar, especialmente si el tema se mira desde el ángulo de quien recibe la pena, no de aquél que se le autosatisface –“artificialmente”– un derecho que está en simple grado de expectativa, se requieren brindar al imputado la audiencia y las razones que si no lo convencen, por lo menos le den un marco de tranquilidad jurídica frente al mandato jurisdiccional adverso.

### 2.3. Reflexiones de Adolfo Rocha Campos

Constreñido a resumir mis ideas con palabras propias, considero que no lo haría mejor que el preciso compendio realizado por Adolfo Rocha Campos. En una nota de doctrina que denominó “La posmodernidad Jurídica” el jurista estigmatiza las ideologías decisionistas que nos conducen por el peligroso sendero de un derecho “sin sistemas” en donde anclar las ideas. Compartamos su pensamiento:

“...En el proceso judicial las partes afirman y prueban.

Quien prueba tiene fuertes probabilidades de ganar (hay razones de azar procesal que obligan a hacer esta salvedad) pero así como que he dicho que el que prueba puede ganar, también afirmo que la parte que nada probó nunca puede ganar.

Y esto de la fundamentación de la sentencia es claro mirando la actividad de que perdió.

Quien perdió no aceptará nunca que la sentencia sea un acto de prepotencia del juez. Ni de su intuición extrasensorial. Ni el acatamiento de una orden divina. Ni de su especial percepción de los hechos. Ni de su instinto especial para percibir esencias verdaderas y desechar las falsas. Ni que para convencerlo de la validez de la sentencia el juez baile la danza del convencimiento. Ni que lo amenace con un palo. Ni que ore para que los dioses lo convenzan.

El señor B, al cual se le ha tocado el bolsillo, querrá razones. Esas razones que usamos todos los días y que se sustentan en los principios de identidad, no contradicción, tercero excluido, razón suficiente, analogía, etc.

Cuando el señor B siente afectados sus intereses se refugia en el último bastión del ser humano para debatir civilizadamente. La razón, el instinto de supervivencia y la necesidad de aceptar las pautas sociales, hacen renacer la razón de su presunto colapso para que el ciudadano común la use en defensa de su bolsillo.

El señor B reacciona así porque ha sido tocado en su bolsillo.

Y hemos dado este largo camino para tratar de demostrar como el derecho, la más menesterosa de las ciencias sociales (si es que lo es), la víctima mas inerme para la peste “posmoderna”, es en realidad un refugio de racionalidad.

No de racionalidad refinada o lujosa. La racionalidad donde un caballo es un caballo.

Y si en algún momento se duda que si un caballo es una vaca, alguien dará una resolución (caballo o vaca) y deberá dar buenas razones para esta resolución.

Porque el derecho está en contacto con la realidad.

Porque la realidad cuando se tocan intereses concretos (sobre todo económicos) no acepta divagaciones ininteligibles.

Porque la racionalidad es el último refugio y baluarte del hombre civilizado.

Porque el derecho encara y resuelve problemas concretos.

Porque el derecho exige artesanos laboriosos y no universitarios prestidigitadores de ideas para embohar incautos.

Y, sobre todo y para terminar, porque me gustaría ver cuál es la actitud de un “postmoderno” que pierde un juicio.

#### 2.4. *Síntesis*

Las lúcidas reflexiones transcriptas (de no existir un panorama tan confuso) podrían ser consideradas hasta obvias. Sin embargo, la existencia de normas positivas que borronean todas las garantías constitucionales transforman lo recto y hasta lo obvio en situaciones anárquicas en lo que parece que todo el mundo procesal podría ponerse en tela de discusión. De allí mi permanente mensaje para alertar la enorme distancia que existe entre un modelo lógico y sistemático de enjuiciamiento y ciertos criterios del posmodernismo y el eficientismo jurídico que se transforman en una concreta amenaza para la racionalidad jurídica.

#### 2.5. *La conexión de instancias es un deber funcional connatural con el debido proceso.*

##### *La instancia en todo el curso de la serie procesal*

La estructura que asume la serie lógica-procesal siempre exhibirá, como ya lo llevo dicho, (no podría ser de otro modo si se quiere armar un debate racional) la forma de una serie consecucional de instancias proyectivas-bilaterales.

En todo proceso existirá siempre, insisto, para que este asuma el rango de tal, actos de conexión jurisdiccional, que debe realizar (continuadamente) la autoridad judicial, y que se proyectan “bilateralmente” sobre las partes.

De allí que sea acertada la posición de Briseño Sierra cuando afirma, que la esencia de la actividad jurisdiccio-

nal, la que la distingue de cualquier otra figura del mundo jurídico, la que la torna irrepetible, se caracteriza y define por el deber (siempre presente) de “conexión de instancias bilaterales” generadas durante todo el curso del proceso. El permitir la audiencia es un claro deber constitucional que le viene impuesto al órgano jurisdiccional desde esa altura de la norma fundamental y que la normativa procesal debe refrendar.

También es correcto el sostener que la “acción” (como derecho dinámico que supone un instar bilateral) se ejercita, no sólo por medio de las pretensiones sostenidas inicialmente por las partes, sino, como se dijo en forma continua durante todo el curso del proceso (se “insta” cuando se demanda, se prueba, se alega, se recurre, etc.).

Si “instar” es excitar al órgano judicial, generándole el deber funcional, para que este conecte (proyecte) a la contraparte la pretensión ejercida este derecho dinámico, asume, a su vez, el carácter abstracto y, por tanto, totalmente *independiente e indiferente* del contenido pretensional y, también de la etapa procesal que conecta.

La indiferencia de la instancia con relación a su contenido pretensional consolida la idea de la “unidad” conceptual de la acción (instancia bilateral) y del proceso (serie consecucional de instancias proyectivas) y, por último, de la actividad jurisdiccional (necesaria conexión de instancias).

Sin “conexiones de instancias” no hay posibilidad que el demandado tome conocimiento de la pretensión del actor. Esto en el inicio mismo del debate. Pero *sin el mantenimiento de esa conexión*, en los siguientes tramos del proceso, y ante los sucesivos pedimentos de las partes, se privaría del derecho de audiencia al no permitirse a las partes que se impongan, por ejemplo, de los medios de confirmación que su contrario utilizará, o de la impugnación que se hizo de ellos, o de los fundamentos de los agravios deducidos contra la sentencia dictada en la causa.

Si es exacto que la función de conexión de instancias es, por un lado la que siempre está presente en todo proceso y, por el otro, la que tipifica de un modo inconfundible la labor jurisdiccional, la siempre esquiva definición de esa función, o dicho en otros términos, cuál “es” la tarea que realiza el órgano judicial, ya puede empezar a ser afinada con mayor precisión.

## 2.6. Funciones jurisdiccionales “aleatorias”

La posibilidad que el proceso (que ha podido desarrollarse a base de pura actividad de conexión de instancias) termine, a la postre, con el dictado de una sentencia, es una alternativa aleatoria. En efecto: El proceso puede concluir, por ejemplo, por desistimiento del actor, por allanamiento del demandado, o por transacción concertada por las propias partes y aún por caducidad de la instancia. Todos estos supuestos impiden el dictado de una sentencia que heterocomponga el litigio.

También en los sistemas procesales penales de corte acusatorio el desistimiento de la pretensión punitiva del Ministerio Fiscal impide al Tribunal continuar con el proceso en contra del imputado.

Queda demostrado, entonces, cómo se arriba a la conclusión de muchos pleitos sin que recaiga en ellos una decisión que heterocomponga el conflicto. La pregunta que se impone es la siguiente: ¿Existió o no actividad jurisdiccional, a pesar de no haber concluido la discusión por decisión del tercero imparcial? La respuesta es obvia: claro que existió plena actividad jurisdiccional. Lo que no se produjo en todo caso, es la concreta actividad de sentenciar, no obstante, hubo actividad jurisdiccional de conexión.

La idea de la inexistencia de actos de ejecución o cautela jurisdiccional no empañan la existencia de la actividad jurisdiccional (en la medida que descompongamos esa

actividad en las variables a que da lugar: conexión de instancias y eventual heterocomposición, cautela y ejecución de lo decidido). Si sólo hubo conexión de instancias la actividad jurisdiccional se ejerció en una de sus variantes. Así de sencillo. De hecho, tal labor existió, aunque no se llegue a heterocomponer el litigio o se ejecute lo decidido por un tribunal civil (porque el demandado, por ejemplo, cumplió espontáneamente el mandato judicial pagando lo condenado) o bien porque la pena de prisión quedó sustituida por otra medida (suspensión del juicio a prueba), o las condena impuesta lo fue de un modo “condicional” que impidió la efectiva “ejecución” de lo decidido (por ejemplo: la condena de prisión en suspenso que recae, de ordinario, en los delitos culposos).

En conclusión, la ejecución (cumplimiento forzado) de lo resuelto no es el corolario natural de un gran número de litigios. Tampoco lo es la cautela de los derechos litigiosos. Luego, por lo que llevo expresado, ni la resolución heterocompositiva, ni la ejecución de lo resuelto, ni la cautela de bienes, personas o derechos, son tareas que estarán siempre presentes en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Pueden decirse que son aleatorias, contingentes, pero integrativas (por lo menos eventualmente) de esa función jurisdiccional.

Por último, como ya lo expresé, la cautela de los bienes, los derechos o las personas, también son alternativas aleatorias dentro de un proceso. Puede existir un debate sin cautela de bienes.

Es más, en los procesos penales bajo códigos inspirados bajo una filosofía garantista se desecha, como regla, la prisión preventiva mientras se tramita el proceso penal (mal llamada “cautela de personas”) simplemente porque la pérdida de la libertad provocada “cauteladamente” es, lisa y llanamente, una “pena” sin previo proceso. Sólo se justificaría la prisión preventiva (y en términos relativos) cuando el procesado podría fugarse, sustrayéndose a

los efectos del proceso penal. Aún así el procesalismo penal garantista mira con profundo desprecio la pérdida de libertad de una persona sobre la que no se ha comprobado, hasta que no se dicte sentencia condenatoria en su contra, que es culpable del delito que se le imputa.

Para concluir en este tramo: desde la óptica unitaria de la teoría general del proceso creo haber demostrado la unidad conceptual de la labor jurisdiccional. Los jueces civiles y penales conectan instancias, procesan, algunas veces (excepcionalmente) generan procedimiento (en tránsito obligado hacia un posterior proceso). Pueden heterocomponer, cautelar y ejecutar. Pero esa actividad ya es contingente, en el sentido que puede no registrarse en un proceso determinado, sin mengua de la existencia de una plena labor jurisdiccional.

### 3. Definición de la función jurisdiccional

Con estos elementos ya puedo arriesgarme a formular una definición de la función jurisdiccional. Comenzaré, en primer término por ensayar una definición de la función jurisdiccional pública, ya que la jurisdicción privada, como luego veremos, no ostenta todos estos elementos.

Puede decirse que la función jurisdiccional consiste en:

- la actividad *de conectar instancias (o procesar)*
- y, eventualmente:
  - *forzar* la comparecencia de las partes y terceros
  - *resolver* el litigio
  - *ejecutar* con auxilio de la fuerza pública la resolución
  - *garantizar* con cautelas el ejercicio de los derechos

#### 3.1. Sobre la jurisdicción voluntaria

No puedo agotar este tramo de mi análisis sin hacer algunas reflexiones a los actos de jurisdicción voluntaria. No olvidemos que algunos entienden que si la actividad

jurisdiccional es distinta este dato atentaría contra la unidad procesal. De hecho el comportamiento de los órganos jurisdiccionales es diferente en los actos de jurisdicción voluntaria que en los procesos que, de inicio, presentan contienda. Pero el punto es saber si esta diferencia es igual a desunión en la ciencia del proceso. En mi concepto no existe tal fractura.

En principio entiendo que en los actos de jurisdicción voluntaria existe actividad jurisdiccional. Motivaré mis dichos: el tema se vincula con diferenciar los tipos de conflictos que interesan a la jurisdicción. Me explico: en la medida que entendamos que no existe un solo tipo de conflictos (pretensión-resistencia) y que otro conflicto de trascendencia jurídica (en sí) es la falta de fehaciencia, deberíamos admitir que la función jurisdiccional —cuando interviene en este tipo de conflictos— mantienen todas las características esenciales solo que condicionadas a la índole de la pretensión que se hace valer.

Por lo pronto, el pretendiente en actos de “jurisdicción voluntaria” o pretensiones “mere declarativas”, ejerce el derecho de acción. Lleva en su seno, eso sí, una pretensión distinta: que se despeje una incertidumbre jurídica. Pero el juez no genera frente a este pretensión un procedimiento (en el sentido de una relación dinámica de dos personas) sino un pleno proceso, ya que la pretensión inicial y el derecho de acción es proyectado frente a quién puede ser un legítimo contradictor (El Ministerio Público, la parte que celebró el negocio que da origen a un pedido de “mere declaración”).

Luego, el Tribunal, conecta instancias. Ahora bien, de la actitud que asuma la parte (eventual contradictor) frente a quién se proyecta la instancia dependerá que el contenido del conflicto de trascendencia jurídica se mantenga como originariamente se planteó (como incertidumbre) o bien derive en el conflicto típico de pretensión-resistencia).

Por caso, si el Ministerio Público se opone a una ins-

cripción tardía de nacimiento, el juez deberá heterocomponer este especial tipo de conflicto fallando sobre la cuestión generada que, a esa altura, ya se transformó en un choque de intereses.

Si, como se sostuvo antes, la labor jurisdiccional que siempre está presente es la de conexión de instancias para generar un proceso, aquí hay un proceso. Que el conflicto sea de distinta naturaleza no empaña la idea de la identidad de la labor jurisdiccional. Que el juez resuelva (o disuelva) estados de incertidumbre, también es irrelevante. Por último, que lo resuelto no tenga autoridad de cosa juzgada material tampoco hace a la cosa. En juicios ejecutivos la sentencia reviste el carácter de cosa juzgada formal y, no por ello, se aduce que no reviste los caracteres de un acto jurisdiccional.

En suma; tomando nota que el tema es harto polémico, pero para ser congruente con mis ideas que, además, vuelven a vincularse con conceptos unitarios de la teoría general del proceso (hace a la unidad no marcar diferencias conceptuales por la distinta naturaleza jurídica del conflicto, recordar las ideas sobre el conflicto penal y civil) ratifico que los actos de jurisdicción voluntaria tienen tal carácter. Si es verdad que no existe ese rasgo de voluntariedad (ya que debe acudir necesariamente al servicio jurisdiccional) este dato, lejos de alejar estos actos de la jurisdicción sirven como un argumento más para avalar la idea de su existencia, en el sentido que necesariamente debe intervenir el órgano jurisdiccional para realizar la tarea que le es propia: conectar instancias y heterocomponer los conflictos.

#### *4. Cerrando los conceptos sobre la naturaleza y estructura de la jurisdicción pública y privada*

Desentrañar la estructura de la función jurisdiccional y explicar en que consiste la labor que desarrollan los jue-



ces no significa que esa tarea se realice pronto y bien. La cada vez más ineficiente jurisdicción pública ha caído en tal descrédito de los pueblos de Latinoamérica que no confían en la respuesta que brinda para heterocomponer, con rapidez y eficacia, los litigios sometidos a su decisión.

Esa es una de las razones por la que cada vez se extiende con mayor vigor la justicia arbitral (privada) a la cual las partes acuden huyendo de la mora, la desidia, la burocracia, y lo que es más grave, en los últimos tiempos, la sospecha de corrupción que cubre amplios estratos de la justicia oficial.

También avala la existencia creciente del fenómeno de la mediación (extra o intra-procesal). Como luego se verá, la mediación irrumpió no sólo en el campo del proceso civil sino también en el ámbito del proceso penal y esa circunstancia es la que justifica incursionar desde la teoría unitaria en el estudio de la misma.

#### 4.1. Algunos conceptos sobre la mediación

Las partes, frente al panorama descrito se ven instadas (o por lo menos deberían verse compelidas por su propio interés) a la utilización de mecanismos auto-compositivos, auxiliándose algunas veces con la figuras de terceros que actúan como medios para resolver el conflicto entre las partes. En ejemplo de esta tesis es el relativamente novedoso mecanismo de la mediación (extra o intra-procesal) que opera, efectivamente, como un “excluyente” del proceso judicial o arbitral.

Ya afirmé que la mediación actúa como un excluyente de la heterocomposición pública o privada (y en esto sigo a Alvarado Velloso) por cuanto —de prosperar— el conflicto se abortará por voluntad propia y directa afectados, es decir, autocompositivamente. Interesa remarcar que la mediación si bien supone la intervención de un tercero —el

mediador— su implementación tiene como finalidad la de posibilitar, precisamente, la “autocomposición” del conflicto en forma directa por las partes<sup>4</sup>.

El mediador sugiere fórmulas, propuestas, ideas, cuya finalidad es poner fin a la situación conflictiva que le toca conocer. Pero es de la esencia de este instituto privarle al mediador de “autoridad” para imponer —coactivamente— la solución que pudiera indicar y que las partes terminaron no aceptando.

En otras palabras: son los propios involucrados en la cuestión quienes deciden, *utilizando* en todo caso las *sugerencias* del mediador, poner fin al diferendo que los afectaba. Siendo la autocomposición directa la finalidad de la mediación ésta debe asentarse sobre presupuestos teóricos que posibiliten la concreción de este propósito (y que no siempre son respetados a la hora de su regulación en los derechos positivos de los países de Latinoamérica). Pero, se debería evitar la desnaturalización de las notas esenciales del instituto, preservando, por ejemplo, el carácter voluntario, no forzado, de las partes para acudir consensuadamente ante el mediador.

En la Argentina, contradiciendo lo que llevo expuesto, se ha incorporado al Código Procesal Civil de la Nación una fórmula que impone una mediación “pre-procesal”, llevada a cabo por mediadores ajenos al poder judicial, previa a la “instancia judicial” y de carácter obligatorio<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Alvarado Velloso, Adolfo, ob. cit., p. 17.

<sup>5</sup> Ley 24573 - Mediación y Conciliación (Sancionada: Octubre 4 de 1995 - Promulgada: Octubre 25 de 1995. "...Art. 1 - Institúyese con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes la solución extrajudicial de la controversia. Las partes quedarán exentas del cumplimiento de este trámite si acreditaren que antes del inicio de la causa, existió mediación ante mediadores registrados por el Ministerio de Justicia. Art. 2 - El procedimiento de la mediación obligatoria no será de aplicación en los sigs. supuestos: 1 - Causas penales. 2 - Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación y patria potestad, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al

De hecho, si es que estamos concibiendo un método de naturaleza autocompositiva de solución de conflictos, *la idea se desdibuja totalmente* si esa propuesta se impone *coactivamente*, es decir, si se compele a las partes para que arriben a la autocomposición de sus intereses en conflicto. De todas formas, aunque la mediación obligatoria sea contradictoria, tomo razón que en algunos supuestos, ha logrado la finalidad que se proponía: lograr la autocomposición de los intereses litigiosos.

También me queda claro que para generar el “incentivo” de que las partes acudan a la mediación voluntaria el mismo no puede ser otro que un costo jurisdiccional más elevado ( en el supuesto que su falta de voluntad conciliatoria provoque que una de las partes deba acudir a la instancia judicial). Ya lo llevo dicho: si litigar sale barato y no hay un régimen adecuado de “premios y castigos” que condicionen a las partes a no fatigar a los tribunales innecesariamente no estarán dados los presupuestos para acudir de un modo voluntario a mediar el conflicto de intereses.

En los Estados Unidos de Norte América, sin poner a ese país como modelo de perfección, lo cierto es que nadie concebiría una mediación obligatoria (hay aproximadamente seiscientos centros de mediación en todo su territorio, así que no puede hablarse que el sistema, aún voluntario, no tiene aceptación). Allí se acude a la mediación porque se quiere (¿o por qué se tema el costo del proceso judi-

---

mediador. 3 - Procesos de declaración de incapacidad y de rehabilitación. 4 - Causas en que el Estado Nacional o sus entidades descentralizadas sean parte. 5 - Amparo, hábeas corpus e interdictos. 6 - Medidas cautelares hasta que se decidan las mismas, agotándose respecto de ellas las instancias recursivas ordinarias, continuando luego el trámite de la mediación. 7 - Diligencias preliminares y prueba anticipada. 8 - Juicios sucesorios y voluntarios. 9 - Concursos preventivos y quiebras. 10 - Causas que tramiten ante la Justicia Nacional del trabajo. Art. 3 - En el caso de los procesos de ejecución y juicios de desalojo, el presente régimen de mediación será optativo para el reclamante, debiendo en dicho supuesto el requerido ocurrir a tal instancia...”.

cial?). En Latinoamérica nadie teme el costo del litigio. Resultado: se forjan híbridos como la mediación obligatoria.

Otra variante de la mediación, que se propugna en algunos anteproyectos de códigos procesales y, en algunos casos ya es norma positiva, es la mediación “intraprocesal”. Este tipo de mediación se le encomienda *al mismo juez* que tramita la causa y luego, si fracasa en esta instancia, será el competente para fallarla .

Así concebida esta idea representa otra *contradicción* flagrante con la esencia del instituto, toda vez que las partes apelarán a la mediación, entre otros factores, si confían en el clima distendido e informal que puede generar el mediador.

Y esa confianza se genera, básicamente, en la medida 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 intra-procesal (bajo la óptica que crítico) el mediador es el mismo sujeto (juez) que luego tiene, insisto, 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.

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 por y 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 *de admitir* frente al órgano jurisdiccional, que hace las veces de mediador y heterocomponedor, hechos que luego *podrían perjudicarlas*.

También es lógico que se abstengan, por las mismas razones, de elevar propuestas que supongan el reconocimiento de la justicia de la pretensión de su adversario.

Las dificultades apuntadas podrían subsanarse adjudicando a un juez distinto del que deba resolver la causa la actividad de mediar. En fin, buscar fórmulas que hagan ganar confianza a las partes y no su recelo.

Pero también he traído el fenómeno de la mediación al ruedo por el hecho que los modernos códigos procesales penales autorizan la figura de la mediación (o conciliación) para extinguir (si es que las partes deciden la auto-composición del daño provocado por un ilícito penal, cuando la índole del hecho así lo permite extinguiendo la pretensión punitiva estatal).

Cito, por ejemplo, el artículo 424 del Código Procesal Paraguayo que admite la conciliación en delitos de instancia privada (un elemento más que apoya las ideas unitarias en torno a la función de instar a la composición de los intereses en pugna que debe asumir la jurisdicción en cuestiones penales o civiles).

En definitiva, se advierte que cuando estalla un conflicto (civil o penal) la idea es ponerle punto final del modo más expedito posible. Algunas veces la índole del conflicto admite su mediación. En otras oportunidades la misma deviene imposible (por caso, nulidad de matrimonio en el fuero civil, delito de homicidio doloso en el fuero penal). Pero más allá de su inviabilidad en ciertos casos lo que interesa remarcar es que la idea de la mediación ya está instalada. Solucionar conflictos (civiles y penales) de un modo consensuado es una fórmula muy superior que ponerle fin por un acto de autoridad. De esto ha tomado nota el procesalismo civil y penal.

#### 4.2. Puntos comunes y diferencias entre la función jurisdiccional y la arbitral

Analizada la estructura de la función jurisdiccional, como lo llevo hecho, queda claro que en dos tramos de la actividad en que la descompusimos tanto la jurisdicción

pública (estatal) como la privada (arbitral) tienen una *identidad de funciones* (conexión de instancias y heterocomposición). Ambos órganos, en definitiva, conectan instancias (siempre) y heterocomponen el conflicto sometido a su conocimiento (si es que el proceso no concluyó por otra vía).

Pero la jurisdicción pública, por el simple hecho de haber monopolizado el uso de la fuerza a los particulares para dirimir sus conflictos jurídicos, conserva para sí, los atributos de una fuerza *legítima* que sólo puede ostentar el estado jurídicamente organizado. Es esa fuerza legítima la que autoriza la posibilidad de ejecutar lo resuelto, cautelar derechos e imponer la autoridad sobre la que reposa durante el curso del proceso (por ejemplo convocando coactivamente a las partes y a terceros, imponiendo sanciones procesales, etc.).

De suyo, la jurisdicción privada, en cuanto es ejercida por un particular, no lleva el atributo del "*imperium*" de la que goza la jurisdicción pública. Es que caeríamos en una contradicción *in terminis* si, por un lado, le *negamos* al particular el uso de la fuerza, para luego, por el otro, concederle a otro particular (arbitro) su pleno ejercicio.

Pero salvo esta explicación (que tiene que ver con decisiones políticas destinadas a preservar la convivencia pacífica de los hombres) existe identidad absoluta en el tramo de la función jurisdiccional que hace, insisto, a la esencia de la misma: conectar instancias y eventualmente sentenciar sobre la materia sustancial en debate.

Para ir concluyendo en este tramo.

La función jurisdiccional (pública) es una sumatoria (eventual) de cuatro tareas:

- Una que está siempre presente (el acto de conexión de instancias)

- Tres que pueden ser *contingentes* (la heterocomposición, la ejecución y la cautela).

La jurisdicción privada (arbitral) ostenta sólo la identidad en dos funciones:

La de conectar instancias.

Y, eventualmente heterocomponer el litigio.

Todo acto de “imperium” no es *connatural* con la jurisdicción que ejerce el particular. Por tanto, no son elementos que integran la jurisdicción privada ninguno de aquellos que supongan el uso de la fuerza para poder concretarlos. Salvo esta diferencia, de conexión de instancia y la resolución heterocompositiva del conflicto asume plena identidad.

### 5. La jurisdicción civil y penal.

#### *Identidad conceptual*

De lo antes expresado se desprende que la jurisdicción es una función dotada de una identidad conceptual. La tiene, más allá de sus matices, cuando es ejercida en forma pública y en forma privada.

Esa identidad no se pierde porque la función jurisdiccional atiende distintos tipos de conflictos civiles (estados de incertidumbre o de pretensión y resistencia).

Pero también conserva esa identidad cuando la función jurisdiccional se mira desde la óptica de lo que “hacen” los jueces en el ámbito civil o en el ámbito penal al momento de sentenciar la causa.

#### 5.1. La actividad cognoscitiva al momento de sentenciar

Precisamente, todavía resta analizar la actividad cognoscitiva y los grados de “verdad” que se pueden consagrar al momento emitir su pronunciamiento los jueces civiles y penales.

El tema de la verdad y los límites cognoscitivos de la

actividad jurisdiccional están magistralmente desarrollados por Ferrajoli<sup>6</sup> quien plantea la cuestión en los siguientes términos:

“...La imposibilidad de formular un criterio seguro de verdad de las tesis judiciales depende del hecho de que la verdad “cierta”, “objetiva” o “absoluta” representa siempre la “expresión de un ideal” inalcanzable.

La idea contraria de que se puede conseguir y aseverar una verdad objetiva o absolutamente cierta es en realidad una ingenuidad epistemológica que las doctrinas jurídicas ilustradas del juicio como aplicación mecánica de la ley comparten con el realismo gnoseológico vulgar.

Tampoco las teorías científicas, aun cuando generalmente compartidas y corroboradas por repetidos controles, son calificables nunca como “verdaderas” en el sentido de que se pueda excluir con certidumbre que contengan o impliquen proposiciones falsas. Al contrario, sabemos por experiencia que toda teoría científica está destinada a ser superada antes o después por otra teoría en contradicción con alguna de sus tesis que, por ello, serán abandonadas un día como falsas. Como máximo, podemos –y debemos– pretender que en cuanto descubramos la falsedad de una o varias tesis de una teoría, ésta debe ser rechazada o reformada .

La “verdad” de una teoría científica y, más en general, de cualquier argumentación o proposición empírica es siempre, en suma, una verdad no definitiva sino contingente, no absoluta sino relativa al estado de los conocimientos y experiencias llevadas a cabo en orden a las cosas de que se habla: de modo que, siempre, cuando se afirma la “verdad” de una o varias proposiciones, lo único que se dice es que éstas son (plausiblemente) verdaderas

<sup>6</sup> Ferrajoli, Luigi, ob. cit., p., 50 y sigs.

por lo que sabemos, o sea, respecto del conjunto de los conocimientos confirmados que poseemos.

Para expresar esta relatividad de la verdad alcanzada en cada ocasión se puede muy bien usar la noción sugerida por Popper de “aproximación” o “acercamiento” a la verdad objetiva, entendida ésta como un “modelo” o una “idea regulativa” que “somos incapaces de igualar” pero a la que nos podemos acercar: a condición, no obstante, de que no se asocien a tal noción connotaciones desorientadoras de tipo ontológico o especial, sino sólo el papel de un principio regulativo que nos permite aseverar que una tesis o una teoría son más plausibles o más aproximativamente verdaderas y, por tanto, preferibles a otras por causa de su mayor “poder de explicación” y de los controles más numerosos favorablemente superados por ellas.

Todo esto vale con mayor razón para la verdad procesal, que también puede ser concebida como una verdad aproximativa respecto del ideal ilustrado de la perfecta correspondencia. Este ideal permanece nada más que como un ideal. Pero éste es precisamente su valor: es un principio regulativo (o un modelo límite) en la jurisdicción, así como la idea de verdad objetiva es un principio objetivo (o un modelo límite) en la ciencia.

En el plano semántico, en efecto, la verdad de las tesis judiciales no difiere en principio de la verdad de las teorías científicas. Las diferencias pueden registrarse, acaso, en orden a dos cuestiones: algunos límites específicos de este tipo de verdad que, como se verá se aparta del modelo ideal de la correspondencia también por causa de factores intrínsecos a los universos empíricos sobre los que versan las proposiciones jurisdiccionales; y, por otro lado, las condiciones semánticas y pragmáticas, también específicas, de la verificabilidad y de la verificación procesal.

Nunca se insistirá bastante en esta segunda diferencia. Ni las condiciones de uso del término “verdadero”, ni

las condiciones para aseverar que una tesis judicial es verdadera son independientes del modo como está formado el sistema legal con referencia al cual la verdad procesal es predicable, sino que están estrechamente ligadas a las técnicas legislativas y jurisdiccionales normativamente admitidas y practicadas por él. Estas técnicas, son las garantías penales y procesales, en ausencia de las cuales no se puede hablar de verdad en el proceso ni siquiera en sentido aproximativo.

De ello se sigue una específica responsabilidad civil y política de la ciencia y la teoría del derecho: las cuales, a diferencia de las ciencias naturales, tienen la particular característica, por la influencia que ejercen sobre la legislación y la jurisdicción, de contribuir a construir, y no sólo de representar o reconstruir, su objeto de indagación.

Se deberá, pues, hablar en vez de alternativa entre garantismo y autoritarismo, como por simplicidad se ha hecho hasta ahora, de grado de garantismo de los sistemas procesales concretos según el grado de decidibilidad de la verdad procesal que permitan normativamente y satisfagan efectivamente.

En realidad, puesto que las condiciones de decidibilidad, no menos que los criterios de decisión de la verdad procesal, son también condiciones y criterios jurídico-normativos, depende de la estructura legal del ordenamiento penal y procesal el que el poder judicial sea predominantemente poder de cognición o predominantemente poder de disposición.

Esta es una diferencia de fondo —que también puede jugar a favor de la cognición judicial— entre la decidibilidad de la verdad procesal y la decidibilidad de la verdad científica.

El derecho es una construcción humana y puede elaborar él mismo condiciones y criterios de justificación de las decisiones por él admitidas como válidas. Precisamente, el derecho es un universo lingüístico artificial que puede permitir, gracias a la estipulación y a la observancia de

técnicas apropiadas de formulación y de aplicación de las leyes a los hechos juzgados, la fundamentación de los juicios en decisiones sobre la verdad convalidables o invalidables como tales mediante controles lógicos y empíricos y, por tanto, sustraídas lo más posible al error y al arbitrio. El problema del garantismo penal es elaborar tales técnicas en el plano teórico, hacerlas vinculantes en el plano normativo y asegurar su efectividad en el plano práctico...”.

### 6. Conclusiones sobre la actividad de sentenciar

Las reflexiones de Ferrajoli sobre los grados de certeza y la misión de los jueces a la hora de sentencia son impecables. Derrumban el mito de la “verdad procesal”, reduciéndolo a sus justos límites. Para la teoría unitaria del derecho procesal el establecer un sólo criterio de verdad procesal (en todos los fueros) es un dato de la mayor importancia ya que consagra una idea comunitaria que anuda conceptos que desde antaño han traído división a la ciencia del proceso. La rémora de la verdad formal y la verdad real queda diluida ante los argumentos antes expresados. Verdad procesal será, en todo caso, correspondencia entre el juicio del juzgador y los elementos de la causa. Una verdad que se encuentre más allá de esos límites será una verdad meta-jurídica o meta-procesal, ajena a un sistema garantista.

### 7. Síntesis

En este capítulo he transitado por el desarrollo de la actividad jurisdiccional pública y privada. Mi intención ha sido demostrar la identidad que refleja esta función, en especial en el tramo de conexión de instancias y más allá del tipo de conflictos que se deban procesar.

Busqué también las similitudes que hoy se presentan en la labor de los jueces civiles y penales. Y, desde ese

punto de vista, traje a colación modos auto-compositivos de solución de conflictos (mediación) que hoy son aplicables en ambos campos.

Finalmente, me detuve en las metas que pueden alcanzarse al momento de sentenciar por los jueces de ambos fueros. Bajo una filosofía garantista queda claro que las mismas son básicamente comunes. Ya no hay más “dos verdades procesales” y este axioma me ayudó, en mucho, a mirar la labor de decidir de los jueces civiles y penales bajo una misma óptica.

Postulados unitarios, ya lo dije, no significan absoluta identidad, sino similitudes conceptuales. Por los argumentos brindados estoy persuadido que esas similitudes están presentes y que la comunidad de ideas en torno a la labor jurisdiccional en los fueros penales y civiles es un paso adelante para considerar la teoría general unitaria del derecho procesal.

### Bibliografía utilizada

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal*, Santa Fe, Argentina, 1989, edit. Rubinzal Culzoni.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Madrid, España, 1998, tercera edición, edit. Librería Jurídica Valerio Abeledo.
- MONTERO AROCA, Juan, *La nueva Ley de enjuiciamiento civil española y la oralidad*. Ponencia presentada ante el XVII Congreso Iberoamericano de Derecho Procesal, realizado en San José de Costa Rica, Costa Rica, en el mes de octubre de 2000. Libro de Relatorías y Ponencias, Tomo II, pág. 285 y sigs. Departamento de publicaciones e Impresiones del Poder Judicial de San José de Costa Rica, Costa Rica, 2000.
- SERRANO, José Luis, *Validez y vigencia, la aportación a la teoría garantista de la norma jurídica*, Madrid, España, 1999, edit. Trotta.
- SUPERTI, Héctor, *Derecho Procesal penal. Temas Conflictivos*, Rosario, Argentina, 1998, edit. Juris.

## Capítulo 9

### CONCLUSIONES

1. Conclusiones generales de la tesis "Teoría General Unitaria del Derecho Procesal". 1.1. Conclusiones de los conceptos unitarios alcanzados en el plano dogmático. 1.2. Conclusiones en el plano ideológico o iusfilosófico. 1.2.1 Sobre el Estado de Derecho y su influencia en los sistemas de procesamiento. 2. Aportes de la filosofía jurídica para la legitimación de los sistemas de procesamiento. 2.1. Ejemplos que demuestran la utilidad que presta la filosofía jurídica al derecho procesal. 3. Refutando anomías doctrinarias. 4. Mis reflexiones sobre los modelos inquisitivos en el proceso penal. 5. Apuntes sobre los sistemas procesales civiles "predominantemente dispositivos". 5.1. Ejemplos hacia donde nos conduce la aceptación de doctrinas como la de las cargas probatorias dinámicas. 6. Últimas reflexiones sobre la ideología que inspira a la teoría general unitaria. 7. Una pos-trer mención sobre el nuevo pensamiento ideológico de Juan Montero Aroca. 8. Homenaje y conclusiones.

## Capítulo 9

### CONCLUSIONES

#### *1. Conclusiones generales de la tesis “Teoría General Unitaria del Derecho Procesal”*

Al llegar a la etapa final de mi labor es el momento de formular las conclusiones generales y particulares sobre la teoría general unitaria del derecho procesal. La idea es brindar una síntesis, un balance y, a su vez, realizar una prospectiva sobre las chances que me asisten para lograr un grado de consenso doctrinario que posibilite la adopción de sus postulados esenciales.

A modo de síntesis general –sin perjuicio de los resúmenes particulares que luego se propondrán– creo que el objetivo tendiente a demostrar que es posible arribar a una “unidad” en el derecho procesal científico, se ha cumplido.

En este sentido un primer jalón en el afianzamiento de esta concepción “comunitaria” partió de la siguiente premisa: la unidad dogmática que inspira la teoría general unitaria del proceso, por un lado, y el soporte ideológico garantista que la anima, por el otro, conforman un binomio doctrinario y iusfilosófico inseparable que se potencian mutuamente para alcanzar las metas perseguidas. Puse de manifiesto, una y otra vez, como la filosofía procesal garantista opera como un sostén permanente e indispensable de las concepciones puramente doctrinarias que informan la teoría general unitaria del derecho procesal. Dicho en otras palabras: partiendo del supuesto que las nociones dogmáticas de la ciencia procesal no resultaban auto-suficientes para afianzar los conceptos unitarios fun-



damentales, la superación de este escollo se logró estableciendo los “vasos comunicantes” entre ambos polos de esa ecuación.

Esto explica el énfasis puesto en remarcar como elaboraciones teóricas de la acción, del proceso y de la jurisdicción, en tanto representan simples herramientas técnicas predispuestas para solucionar los conflictos de trascendencia jurídica, no pueden ser incorporadas por la teoría general unitaria del proceso “insularmente”, es decir, sólo en el marco “aséptico” que puede darnos la dogmática. Una hermenéutica “ultra-positivista” o cientificista sobre la “trilogía estructural del derecho procesal” se limitaría a entregarnos una visión superficial, acritica, poco comprometida y carente de una visión de conjunto de esos fenómenos. Los pilares dogmáticos de la ciencia procesal, en especial si se los mira desde la construcción de una teoría unitaria, precisarían indefectiblemente de un aporte “externo” que permita fijar un hilo conductor que anude los extremos propios de la ciencia procesal, sus implicancias constitucionales, las inferencias con la teoría general del derecho y la filosofía jurídica.

La teoría unitaria del derecho procesal tiene como norte sentar premisas válidas para “todo” el derecho procesal. Y esa “globalización” epistemológica es la que justifica la incursión en terrenos ajenos a la estricta dogmática y normativa procesal (recordar que esa fue la línea impuesta, por caso, abordar el objeto de conocimiento de la ciencia procesal, el método de debate, la función de la jurisdicción, la teoría de las normas jurídicas, el desarrollo de los distintos preceptos legales, etc.).

Para resumir: buscar la unidad en el derecho procesal supone encontrar los amarres comunes a “toda” la ciencia del proceso. Por eso aquí, a la hora de la síntesis, la intención es rematar algunas ideas esparcidas en los distintos capítulos de la obra, tratando de resumir los anclajes del ideario unitario.

### *1.1. Conclusiones de los conceptos unitarios alcanzados en el plano dogmático*

El tendido de las líneas unitarias en torno al concepto del derecho de acción, el proceso y la función jurisdiccional, (es decir, en el nivel normativo de la ciencia del proceso) –desde un punto puramente dogmático– podría decirse que colmaron las expectativas que me animaban al emprender mi labor. Si la idea era demostrar un panorama “comunitario” que anudara a estos elementos, estoy persuadido que los argumentos vertidos han tenido la entidad suficiente para convencerme (y convencer) que la tesis unitaria tiene en este tramo anclajes firmes.

Esto no significa pasar por alto que en la tarea de internalizar una visión unitaria de la teoría general del proceso y, en especial, al tocar los temas vinculados con la trilogía estructural de la disciplina (la acción, el proceso y la jurisdicción) tuve que sortear obstáculos de todo tipo. No es este el momento de volver a denunciar los errores, omisiones, ambivalencias y opiniones contradictorias que aportaron su cuota de desunión a la teoría general del proceso, en primer lugar, porque ya fueron largamente expuestas y, en segundo lugar porque las considero suficientemente rebatidas.

Pero sí me interesa remarcar que esos efectos “divisionistas” provienen de causas que no son genuinas o, si se quiere, tienen mucho de “artificial”. Por lo tanto, al ser argumentos insustanciales, exhibe costados muy endeblés. Su refutación, si bien presenta los naturales obstáculos de todo debate científico, permite afianzarse en una crítica sólida.

Sin embargo, evitando caer en inmodestia, soy consciente que la amplitud de los temas doctrinarios que tuve que abordar (para enhebrar el abanico que exige el desarrollo de la unidad procesal) me impidió, por esa misma

razón, agotar exhaustivamente el tratamiento (y el cuestionamiento) de cada uno de ellos. Asumo frente al lector mi cuota de responsabilidad al no haber disipado todas las dudas que nacen al tomar posición a favor de una visión unitaria del derecho procesal.

Bien mirada la cuestión, ante la superficialidad de algunas de mis respuestas, mi tesis debió haber sido rotulada de un modo menos pretencioso, por ejemplo: "Introducción a la Teoría General Unitaria del Derecho Procesal". Es que una "introducción" a la idea de la unidad procesal estaría más a tono con la tarea de síntesis y simplificación que llevé a cabo. Dicho en otros términos: el agotamiento de todos y cada uno de los temas que componen la teoría general del proceso, por su natural extensión, compromete un esfuerzo muy superior al realizado, más compatible con un "tratado" de derecho procesal. Y queda claro este nivel de profundización no puede lograrse en los estrechos marcos de una tesis doctrinal.

En fin, esta reflexión ya parece un poco tardía, pero igual viene a cuento porque si hubiera escapado el pomposo término de "teoría", una más modesta "introducción" sería más compatible con la meta que me propuse desde el inicio en mi tesis: arribar algunas nociones elementales anudadas en la dirección unitaria del derecho procesal.

Con los reparos antes formulados, igual creo que los esbozos dogmáticos alcanzaron un cierto grado de "lógica interna" aunque, insisto, no estuvieran abordados con la profundidad que hubiera querido dispensarle.

Y la misma reflexión cabe (en sentido de ser consciente que he quedado lejos de agotar el tema) respecto al estudio dedicado al "objeto de conocimiento" del derecho procesal. Es más, pido desde ya que se me excuse si el lector advierte también nuevas "superficialidades" doctrinarias. Es que resulta difícil eludir esta crítica si tenemos presente que el objeto de conocimiento que "menta" el dere-

cho (en general) y el derecho procesal (en particular), como ya lo sostuve en el capítulo dedicado a su tratamiento, ha consumido las energías de prestigiosos filósofos, sociólogos, psicólogos y juristas, en extensas obras que abordaron la cuestión de un modo exhaustivo y sistemático. Frente a ellas mi labor no pasa de ser otra "introducción" al tema.

De cualquier manera, aún aceptando que mi trabajo es imperfecto o incompleto, mi consuelo proviene de una creencia (quizás infundada, y que el lector juzgará en todo caso): suponer que el aporte realizado en el campo de la unidad procesal, tema que como se vio adolece de propuesta doctrinarias encaminadas en esa dirección, puede, por lo inexplorado del terreno, tener sus costados positivos. Desde este punto de vista podría justificarse mi relativa conformidad con la labor emprendida.

### *1.2. Conclusiones en el plano ideológico o iusfilosófico*

En este capítulo final de síntesis y las evaluaciones, de tener que elegir entre las múltiples cuestiones referidas al tema de la unidad procesal aquellas que tienen un mayor nivel conflictividad para la formulación de teoría general unitaria del derecho procesal, mi preocupación no deja de estar centrada *en el nivel ideológico o iusfilosófico de la misma*. Y para ser consecuente con esta prioridad no debe extrañarle al lector que concluya el último tramo de mi obra instalando –nuevamente– mis principales reflexiones en ese andarivel. Es mi intención compendiar alguno de los argumentos ya brindados y aportar otros nuevos, insistiendo desde ya, que no es posible arribar a la unidad del derecho procesal sin un soporte "garantista" que la sostenga, y que ese soporte provendrá de la postura iusfilosófica que se asuma sobre los "medios" y los "fines" que debería encarnar el derecho procesal del tercer milenio.

### 1.2.1. *Sobre el Estado de Derecho y su influencia en los sistemas de procesamiento*

Tengo para mí que un modo de afianzar (desde la iusfilosofía garantista) los conceptos unitarios de la teoría general del proceso exige establecer con toda precisión las relaciones que deben darse entre los postulados de un *Estado de Derecho* y el papel que el derecho procesal debe jugar para consolidar ese “estatus”. Veamos, entonces, cuánto hay de recorrido hasta hoy en esa dirección.

El derecho procesal “público” de los Estados contemporáneos, como es bien conocido, representa la última y la principal salida civilizada para disolver los conflictos de trascendencia jurídica (más allá de ser coadyuvado cada vez más por otros medios que están logrando una finalidad equivalente: la conciliación, la mediación, el arbitraje).

Ahora bien, la construcción de los sistemas de procesamiento “estatales” ideados para poner fin a los conflictos jurídicos que se abaten sobre comunidades de Latinoamérica, supone para el doctrinario y el legislador la difícil tarea para elaborar las recetas dogmáticas y normativas más apropiadas para disolverlos. Y esas recetas deben ostentar varios atributos (ser coherentes, sistemáticas, no antinómicas, revestidas del mayor grado de legitimidad y validez que sea posible alcanzar). A su vez, esas “recetas”, bajo una perspectiva unitaria, deben pasar otra prueba de fuego: demostrar la posibilidad de ser aplicadas a todas las ramas del derecho procesal.

En esa inteligencia, el norte a seguir es de dotar de coherencia e identidad a los sistemas procesales. Esas serían las metas que debe impulsar, primero a la dogmática, para luego poder “iluminar” a los legisladores de turno en su tarea de producir un conjunto homogéneo de prescripciones procesales “positivas” en plena consonancia con las ideas doctrinarias “madres” de las cuales se parte.

En este entorno “macro-procesal” queda claro que el “manejo” y “finalidad” (ideológica y normativa) que se le otorgue, por ejemplo, a la acción, el proceso y la jurisdicción comprometerá mucho más que un problema de técnica jurídica, pondrá sobre el tapete la dramática tensión de proyectar opresión o libertad hacia los justiciables, o más urgentemente, generará el compromiso de modelar un esquema jurídico procesal autoritario (que se descalfica así mismo) o libertario de juzgamiento (el único que un Estado de Derecho puede sostenerse como modelo válido de discusión).

Pues bien, la necesidad de “correspondencia” que se señala justifica (o mejor aún, impone) el constante chequeo sobre la validez de las construcciones procesales –dogmáticas y normativas– con los principios rectores del Estado de Derecho para evitar cualquier desviación de este esquema impuesto por el pensamiento jurídico ilustrado.

Lamentablemente, como ya lo llevo dicho, el siglo XX marcó una clara tendencia autoritaria (en todos los planos) que empujó erróneamente a la regulación y el uso de las herramientas construidas para dirimir los conflictos jurídicos bajo el peso de una constante visión sobredimensionada del “poder”. Hubo una grave disociación entre la batería técnica edificada por el procesalismo científico y la equivocada línea ideológica en donde vino a enquistarse el desarrollo de esas elaboraciones doctrinarias. En efecto: las mejores mentes del derecho procesal del siglo pasado han forjado construcciones casi perfectas sobre el derecho de acción, el método de debate y la jurisdicción. Por eso la crisis, no debidamente resuelta, estalló en el nivel de “correspondencia” entre las construcciones procesales y el ideario del Estado de Derecho.

Entonces, el defasaje denunciado vino a empañar en buena medida los logros conseguidos por el procesalismo científico por no emplear o poner los “medios técnicos” en

concordancia con los “fines” constitucionales que los Estados de Derecho le “reservaban” (o le exigían) al derecho procesal. El descarrilamiento provocó que el derecho procesal civil y penal, lejos de estar puesto al servicio de la “libertad” de los justiciables (como lo quieren todas las constituciones garantistas de América latina) se transformaran en instrumentos de una desmedida y exorbitada ingerencia del poder Estatal en los conflictos llevados a los estrados tribunales, tanto a la hora de iniciarlos, procesarlos, como de ponerles fin. El proceso y la jurisdicción fueron utilizados –intencionalmente en algunos casos– (recordar la clara voluntad de los regímenes totalitarios en ese sentido) y en otros supuestos de un modo involuntario (pero no menos peligroso) como claras herramientas de un mal concebido papel (excesivamente publicista) de la relación procesal y de la misión del poder jurisdiccional (cuyos funestos efectos ya he dado cuenta en varios capítulos de esta obra).

Pero lo cierto es que hasta el *advenimiento de la filosofía procesal garantista* (en todos los fueros) no cundió la “alarma doctrinal” entre los juristas y legisladores forjadores de regímenes procesales autoritarios (“intencionales” o “desprevenidos”), incompatibles, lo digo una vez más, con los ejes sobre los que reposa el Estado de Derecho. Resultado: el grueso de la doctrina le facilitó “en bandeja” la ideología absolutista a los legisladores procesales para que durante todo el Siglo XX instauraran en América latina sistemas de procesamiento que empujaron al inquisitismo procesal a un nivel que jamás debió alcanzar.

Todavía creo que no se ha medido en toda su magnitud el perjuicio de hacer dogmática y elaborar normas positivas impregnadas de ideologías publicistas-inquisitistas-autoritarias-decisionistas, en definitiva, a prohiar la dictadura de un poder del Estado, (en este caso encarando en la omnipotencia jurisdiccional) que es totalmente ex-

traño al esquema de fines contrapesos que exige un Estado de Derecho que se precie de tal.

Y debemos tomar nota que la efectiva vigencia de un Estado de Derecho (y no la parodia de tal) debe respetar, inexcusablemente, los siguientes postulados:

- La propiedad privada.
- La libertad.
- La igualdad.
- La separación de los poderes del Estado.
- La independencia del poder judicial.
- El respeto irrestricto a los mandatos constitucionales.
- La posibilidad de un control constitucional de los actos del poder.
- La vigencia de la legalidad en todos los ámbitos, y, en lo que nos interesa especialmente, en el ámbito del desmadrado poder jurisdiccional.

Teniendo en cuenta que sobre estas premisas se debe dibujar el derecho procesal del Siglo XXI, concuerdo en un todo con la procesalista colombiana Julia Victoria Montaña de Cardona<sup>1</sup> en los siguientes conceptos que a continuación transcribo:

“...la nueva teoría procesal lo será desde la teoría constitucional, a partir de la cual, todas las instituciones que componen el derecho procesal deben ser no sólo fundamentadas o soportadas por la Constitución, sino además estructuradas desde el marco Constitucional”.

En un Estado de Derecho todo el poder deviene del pueblo, poder que al mismo tiempo es regulado y controlado por la ley, para evitar arbitrariedades, asimismo todo

<sup>1</sup> Montaña de Cardona, Julia, *Derecho Procesal Constitucional*, Medellín, Colombia, 2000, edit. Leyer, p., 27, 28, y sigs.

poder debe estar separado y delimitado como garantía propia del constitucionalismo. No en vano el principio de legalidad, así entendido, constituye un “contenido mínimo” del Estado de Derecho, es decir, de un Estado enemigo de los excesos del poder, ideología jurídica que traduce un modelo de legitimidad del mundo moderno, legitimidad por vía de la legalidad.

Estos paradigmas determinaran la política procesal del Estado que se etiquete como de derecho, tanto en cuanto, los sujetos de la relación jurídica procesal, juez y partes o justiciables, estarán en el despliegue de sus actos procesales dentro del proceso, sometidos sin excepción alguna a la Constitución y a la ley, que les señalará cuando actúan, que actos pueden emitir, en que tiempo, y que requisitos deben reunir para que no devengan en inexistentes, nulos o ineficaces.

Si el modelo político imperante es el del Estado de Derecho del cual se desprende el principio de legalidad, se construirán para ese Estado una serie de principios procesales, tales como el acceso a la justicia, la imparcialidad, la independencia de los jueces...”.

Y estas exigencias vienen a cuento si tenemos presente la cantidad de estudiosos del derecho constitucional y procesal que han pregonando que en Latinoamérica gozamos de la “existencia” de “ESTADOS DE DERECHO” (así, con mayúsculas). Tan paladina afirmación, mientras reine un derecho procesal autoritario, no pasa de ser una pura retórica, o un régimen idealizado que estará en “papeles”, pero no en los hechos. Debemos escapar de la puerilidad de creer que un “Estado de Derecho” existe por el sólo hecho que se ordene –desde la Constitución– su creación o se proclame por los operadores jurídicos que ese es el modelo que rige para Latinoamérica. El auténtico desafío es, por un lado, fijar las bases imprescindibles para que un Estado de Derecho gane legítimamente esa califi-

cación, es decir, se convierta en “operativo”, real, tangible para la “gente”, en todos los ámbitos de la juridicidad y, en especial, en el campo procesal.

Y ante esta ineludible toma de conciencia que permite detectar el rumbo desviado de los extravagantes sistemas de procesamiento que asolan la región, no luce extraño que el “constitucionalismo” se interese (cada vez más) por verificar, por un lado, que hay de cierto en “eso” de la efectiva vigencia de los Estados de Derecho y, por el otro, si las prescripciones procesales se adecuan o no a los mandatos fundamentales que ese “modelo” impone.

En Colombia, por ejemplo, su constitución ya no se contenta con afirmar que el paradigma es, simplemente, la vigencia de un “Estado de Derecho”, sino que la exigencia es todavía superior: ha prescrito un “Estado Social de Derecho”, en definitiva, un “plus” extra de garantías para los ciudadanos de esa Nación (art. 1° Constitución Política de Colombia).

Para quién esto escribe, que he tenido la fortuna de visitar los foros procesales colombianos durante los últimos años, le duele que Colombia, a la que considero parte de mis más caros sentimientos, navegue en la dicotomía de plantear un modelo ideal y avanzado de juridicidad, cuando en la doliente realidad de todos los días el país se desangra, por un lado, bajo el ominoso peso de las armas, y, por otro lado, “su” derecho procesal positivo (civil y penal) *desvirtúa* (con su inquisitismo normativo) la idea libertaria de juzgamiento que su moderna Constitución impone.

Sin embargo, debe quedar en claro que no es en vano sentar los *modelos “ideales”* (garantistas) en el mundo jurídico (aunque estos sean desconocidos en la realidad). Sin modelos ideales los peligros pueden ser mucho mayores. Por ejemplo, si muchos entienden (equivocadamente) que el derecho procesal, en un Estado Constitucional de Derecho, se preserva de igual forma aunque esté sembrado de autoritarismo, nada bueno (para las garantías

constitucionales de los justiciables que el Estado debe resguardar) puede aguardarse en el futuro.

Entonces, hay que plantear continuamente la batalla doctrinaria y filosófica, porque mucho más grave sería que se parta de modelos procesales falsos y que estos que pudieran quedar establecidos tenebrosamente *desde la cima de las “normas fundamentales”* (hipótesis que por cierto todavía no se ha producido pero que de persistir socavando desde el procesalismo autoritario las bases garantistas de las normas fundamentales bien pudiera ocurrir).

Por fortuna la “lógica” de construir de una buena vez sistemas procesales (conforme los mandatos constitucionales) ha marcado una saludable tendencia de los procesalistas para incursionar, (a la par de los constitucionalistas “puros”, si se me permite la expresión) en el campo constitucional, no delegando en “otros” esa faena de “conciliación procesal” con la pirámide de la juridicidad.

Por citar un ejemplo, en la Argentina, menciono, entre otros, a Gozaíni, Sagüés, Serra. Y esa línea se extiende a lo largo de Latinoamérica. La excelente obra, referida más arriba, de la profesora Colombiana Montaña de Cardona, es otro ejemplo válido de esa clara tendencia.

En definitiva, muchos procesalistas ha caído en la cuenta que abroquelados en su reducto científico, sin abrir sus mentes a la totalidad del universo jurídico, legitimaron de un modo totalmente acrítico sistemas de procesamiento que eran claramente inconstitucionales. Afortunadamente, demorados, pero todavía a tiempo, están tratando de remediar ese error.

Me permito insistir que en el derecho procesal, quizás como ninguna otra rama del derecho, requiere examinar una y otra vez que sus mandatos no contradigan la letra y el espíritu de las Constituciones locales y los pactos supranacionales que otorgan el marco referencial a los modelos de juzgamiento. En un proceso se juega la vida,

la libertad, la honra y el patrimonio de las personas, y ese método de debate no puede ser iniciado sino bajo claras reglas de “postulación”, ni construido sin respetar el molde constitucional de la “audiencia debida” y la “imparcialidad del juzgador” y, mucho menos, puede ser “confiado” a un juez dictador que resuelva con el “poder” en sus manos y no con el “saber” que le impone su cargo. Si para mantener el orden en una comunidad jurídicamente organizada deben necesariamente heterocomponerse los conflictos jurídico, la apuesta jurídica es hacerlo, precisamente, en los marcos que fija un “Estado de Derecho” demostrando cabalmente que el sistema procesal de ese Estado ha ganado efectivamente ese “status” o, mejor aun, que no lo contradice.

## *2. Aportes de la filosofía jurídica para la legitimación de los sistemas de procesamiento*

Para construir un sistema procesal que un Estado Constitucional de Derecho pueda ser exhibido como una de sus caras garantistas, más allá del esfuerzo que se tiene que desplegar en las fronteras “internas” de la ciencia jurídica para fijar los conceptos de un proceso conforme constitución, el ejercicio intelectual de crítica y reflexión no puede ni debe agotarse —exclusivamente— en esta instancia. La filosofía jurídica y, más precisamente la filosofía procesal (constantemente relegada a un segundo plano por la dogmática procesal) tiene mucho para aportar en este campo. Por lo pronto puede cuestionarse (porque esa es su razón de ser) la validez de todo lo que le viene dado por la ciencia procesal como dogmas o verdades “de puño”.

Ese camino de la reflexión filosófica, lamentablemente, ha sido muy poco transitado hasta el presente. En las especulaciones emprendidas por los iusfilósofos en este plano, no se registran, significativamente, el aporte de

procesalistas enfrascados en cuestionamientos de esta índole (¿desinterés? ¿ausencia de un compromiso más profundo? ¿aislamiento? ¿pensamiento acrítico?). En fin, la situación ha sido detectada en su real dimensión por el procesalista colombiano Martín Agudelo Ramírez<sup>2</sup> quien afirma en su obra “Filosofía del Derecho Procesal” que la perspectiva de un estudio filosófico del derecho procesal es tan innovadora que no encontró, en la tarea de recopilación del material con el que pretendía nutrir su obra, estudios anteriores que desarrollaran una filosofía del derecho procesal desde la perspectiva central del ser, el conocimiento y el valor.

Luego, esta tarea de integrar el pensamiento filosófico a la dogmática procesal representa una asignatura pendiente del procesalismo científico (que debe saldarse cuanto antes si caemos en la cuenta que muchos postulados dogmáticos, como antes lo expresé, se enarbolan sin corresponderse con un pensamiento más profundo que pudiera demostrar su “falsación”) Y va de suyo que toda ciencia con pretensiones de tal impone ajustar las ideas con las “razones últimas” que la filosofía jurídica les puede aportar.

### *2.1. Ejemplos que demuestran la utilidad que presta la filosofía jurídica al derecho procesal*

La utilización de algunos ejemplos creo que esclarecerá más gráficamente los beneficios que le pude aportar el conocimiento filosófico a la ciencia del proceso: la dogmática, desde los albores del procesalismo científico, se ha preocupado en detalle por explicar, por caso, como ha sido la evolución del concepto de la acción procesal. En efecto: toda obra clásica de doctrina del Siglo XX nos ilustrará

<sup>2</sup> Agudelo Ramírez, Martín, *Filosofía del Derecho Procesal*, Medellín, Colombia, 2000, edit. Leyer, p.16.

ampliamente sobre la mutación que experimentó la teoría de la acción. Contaremos con una información precisa de su pasado remoto (en la que se la identificaba con el derecho material violado), hasta el presente, (en la que es concebida como un derecho público, de rango constitucional, autónomo, abstracto, que genera el deber, en los órganos jurisdiccionales, de conectar esa norma dinámica dando inicio al proceso).

Sin ir más lejos, yo también me plegué en alguna medida a esa faena y, en los capítulos cuarto y quinto de esta obra, me he servido de las esclarecedoras ideas que sobre el tema de la acción han desgranado Carlos, Palacio, Briseño Sierra y Alvarado Velloso insertadas, insisto, en este contexto ortodoxo de la dogmática.

Pero si la cuestión doctrinaria se la contrasta con la perspectiva iusfilosófica, si la apuesta es mirar ese instituto desde otro plano, la exigencia de un planteo más “totalizador” nos llevará a interrogarnos no sólo sobre “qué es la acción procesal” (tarea como se vio propia de la ciencia procesal) sino cuál es su finalidad (para qué sirve) y, fundamentalmente, quién debe ejercer su titularidad (más allá de lo que prescriba el derecho positivo) y, fundamentalmente, a quién le está vedado la utilización de ese derecho. Estos dos últimos interrogantes son cuestiones propias de la inquietud iusfilosófica, antes que dogmática. Estoy persuadido que el “centro de interés” de muchos conceptos elementales de la ciencia del proceso no transita, por ejemplo, por una explicación académica y aséptica. La mira más profunda debería concentrarse en el “uso” a conferir a tal herramienta, sencillamente porque de la postura que se tome con relación al modo y titularidad de la misma, se estará asumiendo una posición ideológica sobre el tema que pasará –nuevamente– por los ejes del autoritarismo o el garantismo.

Para la filosofía garantista, por caso, sin que esto suponga desprestigiar el desarrollo hermeneúutico de la teoría de la acción (que corre por un camino “paralelo”) lo esencial es remarcar que el ejercicio de la misma debe corresponderle siempre a un sujeto distinto de aquel que le tocará, luego, heterocomponer el conflicto. El conocido adagio: no hay juez sin actor, hace gráfica esta idea. El garantismo, de suyo, toma esta noción, pero no se contenta con la seducción de la proclama dándola “por supuesta”. Indaga (tiene motivos para hacerlo) si ese axioma constituye una frase “hecha” o una expresión de deseos más que una realidad tangible en el mundo procesal. ¿Pero es que alguien discute que la jurisdicción no puede ni debe actuar de oficio? ¿No resulta esto algo obvio?

Adelanto que luego largos años de pesado autoritarismo ideológico en el derecho procesal imperante en estos lares debemos cuidarnos mucho de las obviedades (que no son tales) y las respuestas distan mucho de ser tan lineales. El simple hecho que la normativa procesal penal positiva de América latina prohija la posibilidad que un “juez de instrucción” (al tomar conocimiento de un hecho presuntamente punible) lleve adelante la investigación, es decir en términos amplios “accione” (más allá que sin la noticia criminal no pueda *inicialmente* hacerlo) y luego, además de esta tarea de investigar, (es decir de formar su propia hipótesis sobre la comisión del hecho punible) deba definir la situación procesal del imputado a quién está “investigando” (dictándole por ejemplo un “auto de procesamiento) justifica el “pasar en limpio” o “confirmar” —desde un plano crítico— si el empleo de las herramientas que la dogmática esforzadamente forjó no ha sido desnaturalizado por ideologías autoritarias.

En otros términos: frente a las ominosas de fórmulas del derecho positivo que colocan al órgano jurisdiccional en la posibilidad de instar y heterocomponer el conflicto

(téngase presente la inconstitucional figura del juez “correccional” que a lo largo y ancho de Latinoamérica es todavía más peligrosa que la del “juez de instrucción” ya que no sólo “instruye” sino que “falla” la causa penal), queda claro que ya no alcanza dibujar la acción (en su construcción puramente doctrinal) sino de indagarse, crítica y reflexivamente, a quien se ha conferido el “poder” de usarla (inicialmente o para continuar impulsando un proceso).

Pues bien, la idea tantas veces expresada que el sistema de procesamiento acusatorio (en materia penal) que pone de un modo definitivo (y excluyente) en cabeza del Ministerio Fiscal la labor de investigar (y, de hecho, de accionar en todo el curso de la “etapa preparatoria”) sustrayendo de un modo definitivo esa tarea del órgano jurisdiccional, da una clara respuesta filosófica-procesal el interrogante sobre quién debe ser (siempre) el único titular de la “acción procesal penal” en un Estado que se jacte de respetar la dignidad humana. Es que un sistema de procesamiento se justifica o legitima si se pueden validar, insisto, sus “razones últimas”. El acusatorio, que, precisamente, adquiere esa “carta de validez” por ser el único que conjuga los principios constitucionales del debido proceso o, más sencillamente, que mantiene el respeto a que las personas sean penadas por un juez auténticamente imparcial, no contaminado con una tarea de investigación espúrea que, de suyo, le es impropia.

Entonces, la reflexión filosófica nos ilumina para comprender que un individuo (o mejor dicho que cualquiera de nosotros) sometidos a un proceso penal debe (debemos) tener en claro que quién lo investiga y puede acusarlo (o nos investiga) es una parte (en todo caso objetiva, pero parte al fin) que lo ataca (o nos ataca) y, frente esa parte, exclusivamente, es contra quien debe/(debemos) defenderse/ (defendernos). La parte acusadora buscará (en la medida que existan elementos de cargo) responsabilizarlo



(responsabilizarnos) de un ilícito penal. Esa es su misión, la que le ha conferido el Estado y frente a la cual no pueden existir agravios jurídicos (“alguien debe cumplir con esa delicada tarea, lo importante es que ésta no sea conferida al juzgador). Es que siendo el proceso un sustitutivo civilizado del combate armado, no por eso deja de ser una batalla jurídica (aunque la misma esté instalada en el “campo de Marte del derecho”) En esa lucha, el imputado debe saber quién es su “enemigo jurídico”. Está elemental exigencia no puede ser vulnerada por el Estado (agregando otro contradictor) a santo de la búsqueda de la “verdad procesal”. Este engendro es un grotesco jurídico que, en pos de metas inasibles desata una cruzada inquisitorial en la que al órgano de la acusación (el Ministerio Público Fiscal) se le “suma” el órgano jurisdiccional. Una lucha de dos contra uno (en búsqueda de aplicar una pena o indagar como ocurrieron los hechos) no es ni puede ser el debido proceso concebido por el constitucionalismo liberal de los siglos XIX y XX.

Además, la persona sometida a un proceso también debe tener la confianza en la “asepsia” del órgano jurisdiccional. Esto supone que quién vaya a “penar” debe ser “convencido” (no convencerse *por sí*) que pesa una razonable sospecha de la comisión del hecho punible. Es decir que “alguien” (el fiscal) debe encargarse de afirmar y probar, ante el órgano jurisdiccional, contra el imputado. El juez no debería desde el inicio mismo del proceso, ser más que una “tabla en blanco” (como lo querían los “empiristas”) en donde se deben ir “grabando” las tesis del ataque y defensa y los argumentos en pro y en contra del sujeto sometido a proceso. ¡Nadie (solo un inquisidor) puede querer un juez que se convenza “por derecho y medios propios” de la culpabilidad de una persona! ¡Al juez hay que convencerlo, y muy bien, (con elementos de cargo y prueba) por cuanto él no puede apartarse del “estado de ino-

encia y del “beneficio de la duda” que le corresponde (que nos corresponde) a todos los habitantes de las comunidades jurídicamente organizadas sometidos a un proceso penal y civil y del cual es su celoso custodio!

Y para sostener mi idea me apoyo en la figura constitucional del juicio por jurados (que para cierto tipo de delitos es letra escrita en la Constitución Argentina de 1856 y no fue eliminada en la reforma de 1994, ver art. 24 C.N.). Esta composición del órgano jurisdiccional marca claramente que el modelo de juzgamiento que el legislador constitucional quiso imponer era de un jurado que debía ser convencido por los sujetos procesales de la culpabilidad o de la inocencia del imputado, jamás convencerse por sí mismos (es inconcebible la idea de un jurado que interrogue al imputado en búsqueda de fijar la verdad real de lo acontecido).

Cuando sostenía que el derecho procesal durante mucho tiempo dio la espalda a los paradigmas constitucionales, tenía en mente esta clara señal emitida desde la norma fundamental que los legisladores de turno desoyeron una y otra vez (no se trata aquí de alabar o denostar el juicio por jurados, sino de demostrar que el sistema de procesamiento imaginado para los casos más graves que debe fallar una comunidad jurídica ponen bien lejos a la idea del juez buscador de verdades, que averigua y prueba de oficio).

### 3. Refutando anomias doctrinarias

Los sistemas de procesamiento penales “mixtos” o “inquisitivos reformados”, al autorizar de alguna manera el accionar “oficioso” de jurisdicción, (¿o de que otra forma puede entenderse la figura de un “juez” que instruye y juzga?) se deslegitiman así mismos por cuanto destruyen la idea de un debate entre partes ante un tercero que deja de ser imparcial.

Si la iusfilosofía procesal, como lo entiende Agudelo Ramírez<sup>3</sup>, nos permite una comprensión totalizadora del fenómeno jurídico en atención a su triple dimensión como norma, como hecho y como valor, el conocimiento filosófico servirá para suministrarnos criterios idóneos para enjuiciar a todo derecho procesal que se arrogue el “cartel” de válido y eficaz. Además, nos dará un conocimiento más profundo que permitirá una revisión de las construcciones teóricas desarrolladas, aproximándonos al fundamento de la realidad jurídico-procesal por medio de una comprensión racional que ponga en tela de juicios muchos “supuestos” colocados por la dogmática. Siendo la filosofía un saber “sin supuestos” el replanteo de todo lo que está “dado” es natural que se formule desde este ángulo.

En definitiva, la actividad teórica que puede desplegarse por intermedio de la filosofía procesal posibilita el cuestionamiento crítico sobre los distintos basamentos que fundamentan esta disciplina. Y urge cada vez más no contentarse con un simple anclaje dogmático cuando lo que está en juego es comprender (o justificar) la “razón de ser” de las instituciones creadas por los Estados para enjuiciar penal y civilmente a los individuos. Y esa reflexión filosófica en el derecho procesal se hace más imperiosa al verificar la anomia valorativa en la que cae, una y otra vez, la doctrina contemporánea.

Otro ejemplo me auxiliará con la idea que quiero transmitir: un doctrinario de fuste como el uruguayo Enrique Véscovi se limita a describir, casi a fotografiar (y me atrevería a decir hasta “justificar”) la realidad de los procesos penales mixtos en Latinoamérica, como si éstos (por ser normativamente impuestos) deberían, sin más, ser aceptados de un modo sumiso en lugar de denostarlos en toda

su intensidad. De ese modo, precisamente descriptivo y no valorativo, enseña Véscovi<sup>4</sup> que:

“...el proceso penal mixto es el que rige en casi todos nuestros países, la ley, por razones obvias, admite la realización de actos previos (sumario) y urgentes, con el fin, sobre todo, de conservar las pruebas y realizar las primeras averiguaciones, inclusive establecer la prisión preventiva. Esta especialidad (que podría incluirse en la manifestación cautelar de la jurisdicción) obedece a la situación fáctica que determina la actuación de la jurisdicción penal: un hecho presumiblemente ilícito, sobre el que no hay seguridad ni de su ilicitud, ni de su autor, cómplices, formas de actuar, etc.

El órgano jurisdiccional, continúa Véscovi, tiene, entonces, como previa función, la de investigar la verdad y actúa en primer plano, casi unilateralmente. Sin embargo, se reconocen ciertos derechos al imputado, tales como la defensa (presencia del defensor desde el primer acto) y la posibilidad (constitucional) de solicitar la excarcelación provisional (frente al instituto de la prisión preventiva), e inclusive a las dos partes (defensor y ministerio público) el de solicitar pruebas (en la ampliación del sumario) y de concurrir y presenciar todas las diligencias sumariales.

Luego, en el verdadero proceso penal, el juez se revierte a su posición «normal», manteniéndose el principio dispositivo, prácticamente, en toda su extensión.

#### *4. Mis reflexiones sobre los modelos inquisitivos en el proceso penal*

La cita doctrinaria del maestro uruguayo al no ir acompañada de una crítica frontal contra un modelo normati-

<sup>3</sup> Agudelo Ramírez, Martín, ob. cit., pág.13

<sup>4</sup> Véscovi, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Bogotá, Colombia, 1984, edit. Temis, p. 56 a 58 y sigs.

vo “dado” (pero de suyo ilegítimo) sirve para poner de manifiesto como –reiteradamente– la dogmática procesal queda en deuda con pensamientos jurídicos más comprometidos.

Si el plano científico-procesal no se plantea desde una perspectiva ultra-externa, como lo quería Nino, (la iusfilosofía observa en fenómeno procesal desde ese punto) resulta muy difícil compaginar un sistema procesal que se adecue a la pirámide jurídica kelseniana. No se trata de describir si impera en Latinoamérica un sistema de procesamiento penal mixto. De lo que se trata es de explicar como ese sistema no se compadece en absoluto con las prescripciones constitucionales que imaginan a un juez fallando y no investigando o probando contra el imputado.

El compromiso del procesalismo de este siglo XXI, siglo en donde debe intensificarse el respeto por la persona humana, su ámbito de libertad, la fortificación de los límites frente a la injerencia Estatal, etc., debe siempre ser más ambicioso y no reducirse a pintar lo que penosamente acontece en la realidad procesal de nuestra región.

Para decirlo en las palabras de Schöne<sup>5</sup> “...nadie puede confiar en la protección por el sistema penal sin aceptar que la persecución penal pueda dirigirse contra sí mismo, aún 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.

Sin embargo, continua Schöne, esta inevitabilidad no bastan 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 configurar 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 entre sí independientes 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 del Estado y se garantiza una protección de todos los derechos mediante un sistema judicial que en su totalidad no reconoce exención alguna...”.

##### *5. Apuntes sobre los sistemas procesales civiles “predominantemente dispositivos”*

Los sistemas de procesamiento civil “predominantemente dispositivos” han recibido el “visto bueno” de buena parte de la dogmática de Latinoamérica, repitiendo un discurso doctrinario desligado de las implicancias filosóficas que supone ese “cheque extendido en blanco”. Un sistema procesal civil “predominante dispositivo” sólo puede tener empatía con un sistema procesal penal inquisitivo “reformado” o “mixto”, pero ambos son el fruto prohibido de las ramas de un mismo tronco común que nació contaminado. Los sistemas procesales civiles que le ordenan al juez la búsqueda de la verdad, que permisivamente admiten que el juzgador altere (como y cuando quiera) las reglas de la carga de la prueba (cargas probatorias dinámicas) mas que un predominio de lo dispositivo sobre lo inquisitivo supone una abdicación a favor de éste último sistema.

<sup>5</sup> Schöne, Wolfgang, ob. cit., ps. 30/31.

### 5.1. Ejemplos hacia donde nos conduce la aceptación de doctrinas como la de las cargas probatorias dinámicas

Nuevamente mis afirmaciones serán mejor entendidas si me apoyo en un desarrollo de mis ideas y, además, en ejemplos concretos que ayuden a su comprensión. Veamos.

Las reglas de la “carga de la prueba”, en su elaboración científica, tienen unos pocos años. Normas del preciosismo técnico como contenida en el artículo 377 del Código de la Nación Argentina expresa ...“cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invoquen como fundamento de su pretensión, defensa o excepción...”. Sin duda, la claridad de la regla ha significado un extraordinario avance para ordenar la faena probatoria de las partes.

Parece más que obvio que la partes deben saber, de antemano, a quién le incumbe la carga de la prueba de un hecho invocado en el proceso. La incertidumbre respecto sobre quién recae esa carga de probar el hecho constitutivo de la pretensión o de la defensa que se esgrime en un litigio compromete gravemente ese derecho de defensa.

Sin embargo, ahora se propone, desde la línea doctrinaria que vengo criticando, la “libre interpretación judicial” de esa clara y preciosa regla que distribuye la carga de la prueba entre los que hubieran invocado hechos favorables como presupuesto de su pretensión o defensa.

La idea de las “cargas probatorias dinámicas” es reemplazar esta concepción, insisto, de impecable factura técnica y robusto sostén constitucional, por un sistema mucho más voluble, contingente, e imprevisible para las partes.

En definitiva, este pensamiento puede resumirse así: partiendo de la premisa que algunas circunstancias fácticas son de difícil acreditación (de sujetarnos al es-

quema rígido que fijan los códigos procesales respecto a quién debe asumir la carga de la prueba) se propone que deberá correr con la carga de la prueba aquel que se encuentre en una “mejor posición de acreditar el hecho”, aunque no fuera la parte que hubiera invocado el “hecho” sobre el que apoya su pretensión o defensa.

El supuesto típico de aplicación de esta tesis se inserta en los pleitos de mala praxis médica. Se alega que cuando se demanda por una víctima la reparación del daño patrimonial o moral, producto de lesiones incapacitantes provocadas por una mala práctica médica, o bien cuando la víctima directa de la mala praxis médica ha fallecido y son los reclamantes legitimados para perseguir los daños materiales o extrapatrimoniales que la muerte de la causante ha desencadenado, el demandante (en ambos casos) no sabe que ha ocurrido “en la soledad del quirófano” y, por tanto, se encuentra en una notoria orfandad para poder demostrar la culpabilidad del médico.

Por el contrario, el médico, o su equipo, “si sabe lo que aconteció”. El es el técnico, el experto, y sobre él recae acreditar su “estado de inocencia”. Conclusión: es el médico el que debe probar, aunque sea la víctima la que afirmó, como uno de los hechos sobre los que asentaba su pretensión resarcitoria: el factor atributivo de responsabilidad, imputándole al galeno imprudencia, impericia o negligencia.

¿Qué tiene de negativo y perjudicial para el derecho de defensa en juicio esta “novedad” que, para más, ha sido aceptada como doctrina judicial en numerosos precedentes judiciales en la Argentina?<sup>6</sup>

<sup>6</sup> Pesa sobre el médico la carga de alegar y probar que el daño sufrido por su paciente no le es imputable por haber mediado caso fortuito, fuerza mayor, hecho del paciente o de un tercero por quien no debe responder o que de su parte no hubo culpa; ello, conforme a la teoría moderna de “la carga dinámica de la prueba” y a la regla *res ipsa loquitur* (las cosas hablan por sí mismas). Datos: (CCivil, Com. y Contencioso-administrativo, Río Cuarto, marzo 19, 1998.. G. de A., A. M. c. O., M. C. y otro), LLC, 1998-1334.

En primer término, es al momento de fallar que el juzgador “decide”, en el caso concreto sometido a su juzgamiento, de acuerdo a su puro subjetivismo “quien se encontraba en mejor situación para probar el hecho”.

Sabido es que las reglas de la carga de la prueba se presentan en el raciocinio del juez al momento de fallar, como lo enseña Alvarado Velloso. En efecto, es en ese momento cuando por insuficiencia de prueba de un hecho afirmado por alguna de las partes se pregunta ¿quién debía correr con la carga de acreditar ese extremo fáctico?

Tengo para mí que vulnera el derecho de defensa en juicio el juez que, recién allí, decida, a espaldas de las partes, insisto, según su subjetivismo, quien, según su criterio se encontraba en “mejor condición de probarlo”, alterando el régimen normal de la carga de la prueba.

Se me dirá que hoy, para un médico, atento a lo repetitivo de la idea, ya no puede sorprenderse de asumir él la carga de acreditar que “de su parte no hubo culpa”, de demostrar, en definitiva, lo que ocurrió “en la soledad del quirófano”, etc.

Demostraré, con un ejemplo, que esto no es exacto, y que esta tesis encierra, además, un grave peligro para el derecho de defensa en juicio. Es que se ha levantado utilizando premisas falsas en su contenido jurídico y contraviniendo, además, las reglas de la lógica formal en la construcción del pensamiento.

El ejemplo es el siguiente: un médico es demandado por “mala praxis médica” basado en la imputación que un paciente suyo murió (por no haber desplegado el facultativo todos los esfuerzos para salvarlo). El paciente había ingresado en gravísimo estado (producto de lesiones múltiples e importantes, provocadas en un accidente de tránsito).

En el ejemplo imaginado, consta en la historia clínica el ingreso del paciente con el padecimiento de esas múltiples y graves lesiones a que se hacía mención (por caso: traumatismo de cráneo con pérdida del conocimiento, per-

foración del pulmón, o mutilación de órganos vitales, etc.).

Pues bien: bajo el imperio de la lógica que encierra la tesis de las “cargas probatorias dinámicas”, aplicable a los casos en que una demanda se funda en actos de presunta mala praxis médica, sería el médico el que “*siempre*” se encuentra en la mejor condición de probar que, en este supuesto, como en cualquier otro, puso “los medios de su ciencia” para evitar el resultado luctuoso.

Es que aquí los familiares de la víctima tampoco saben cómo falleció, qué aconteció en el quirófano, etc.

Me pregunto: ¿se compadece con el orden normal y natural de las cosas el exigir al médico que, pese a la condición *de casi moribundo de un paciente*, por el *simple hecho de operarlo*, ante el hecho final de la muerte, deba acreditar, a todo trance, que “de su parte no hubo culpa” en ese desenlace fatal?

Por cierto que no. En este caso el médico nada debe probar. Ocurre, como ya lo enseñara Eduardo Couture, que la parte que invoca un hecho que se compadece con el *curso normal y ordinario del acaecer cotidiano no debe acreditarlo*. Por el contrario: quien se ampara en hechos que se presentan como *anormales o extraordinarios* para fundar su pretensión debe *acreditar* este extremo. Así lo expresa el procesalista uruguayo “...la regla, en el sentido que acaba de exponerse, es la que los hechos normales no son objeto de prueba. El conocimiento de estos forma parte de esa especie de saber privado del juez, que éste puede invocar en la fundamentación de la sentencia. Lo contrario de lo normal, es, eso sí, objeto de prueba. La parte que sostenga que la visibilidad era perfecta durante la noche, o que una casa nueva y bien construida amenaza ruina, o que el acto del comerciante fue a título gratuito, deberá producir prueba de tal extremo”...<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Argentina, 1958, tercera edición, edit. Depalma, p. 231.

Pues bien: si un paciente entra moribundo a un quirófano lo normal es que, pese a la intervención quirúrgica, a los cuidados dispensados por el galeno o su equipo, la muerte se produzca de igual forma. Entonces no es por “la soledad del quirófano” que el médico debe probar lo que aconteció en esa sala. Tampoco es por ser el “experto” o por conocer exactamente cual fue la prestación suministrada al paciente deba demostrar procesalmente que actuó con diligencia para evitar la muerte de su paciente.

Aquí entran a jugar otros factores de ponderación; quien en términos de probabilidades, por la importancia y gravedad de las lesiones sufridas, de ordinario debería fallecer pese a los cuidados médicos que se le puedan suministrar, integra una estadística regular, previsible y dramática, pero que nada tiene que ver en principio con una sospecha de mala práctica médica y, mucho menos, con la idea que en este caso, de ser demandado el profesional, sea el que deba demostrar la ausencia de culpabilidad, relevándose a los damnificados indirectos de acreditar el factor de imputación subjetiva.

Pues bien, otro ejemplo, que muestre la otra “cara de la moneda”, contribuirá de demostrar el error lógico-jurídico sobre el que se asienta la tesis de las “cargas probatorias dinámicas”, en especial cuando pretende aplicarse como un axioma general en casos de mala praxis médica.

El ejemplo buscado es el siguiente: un paciente ingresa a un sanatorio de primer nivel para llevar a cabo una cirugía programada de apéndice. Recuerdo el caso de quienes deben trasladarse a la Antártida por razones laborales y permanecer allí por espacio de un año. En este caso se impone una operación preventiva. Como en la Antártida no hay servicios médicos, en el supuesto de producirse una apendicitis, la persona correría serios riesgos de muerte.

De modo tal que esa persona joven, sana, se decide operarla y extirpar un apéndice también sano, simplemente

por prevención y para evitar el riesgo de muerte que podría producirse si la apendicitis se desata en un lugar donde no hay ni puede llegar la asistencia médica.

Pues bien: el paciente muere en el acto quirúrgico y, sus familiares demandan al médico, imputándole mala praxis médica, por los daños y perjuicios que la muerte de la víctima les provoca.

Nuevamente me interrogo ¿quién debe acreditar la impericia, imprudencia o negligencia del médico? ¿los actores? ¿el médico demandado?

Se advierte que, apelando nuevamente a la idea del “normal acontecer de las cosas” ese paciente, fuerte, joven y sano, que se somete a una cirugía programada y en un centro de alta complejidad, *no corría sino un ínfimo porcentaje de muerte* (porcentaje que siempre entraña todo acto quirúrgico), que según estadísticas de la Organización Mundial de la Salud no superan un dos por ciento.

Entonces: si las chances de sobrevivida de la víctima a la intervención quirúrgica eran de un 98% ¿sería lógico que fueran los actores los que acrediten el acto de negligencia médica o, por el contrario, aparece como razonable que el médico sea el que deba explicar, es más demostrar, que esa muerte inesperada se produjo, no por un acto negligente suyo, sino por una circunstancia imprevisible y extraordinaria (por ejemplo: un shock anafilático ante el suministro de anestesia, a pesar de haberse realizado las pruebas de compatibilidad con la anestesia a suministrar).

Un último ejemplo contribuirá a ratificar lo endeble de las ideas sobre las que se apoya la tesis de las “cargas probatorias dinámicas”. Nos ubicamos frente al hecho de aquella persona que vende todos los bienes valiosos que integran su patrimonio el día después de haber protagonizado un accidente de tránsito, en el cual le ha provocado graves lesiones a una víctima. De la dinámica accidental se desprende que el autor del hecho es responsable del mismo.

El victimario no cuenta con un seguro de responsabilidad civil que ampare al vehículo con el que provocó el siniestro y, por último, continua viviendo, pese a la venta de todos sus bienes, y la formalización de las pertinentes escrituras traslativas de dominio de sus propiedades, en especial en su casa-habitación.

En este caso: frente a este cúmulo de hechos extraordinarios y anormales que no se compadecen con el curso ordinario del acontecer fáctico (nadie, de ordinario liquida todo su patrimonio de un día para otro, o continúa viviendo en el inmueble que traspasó) será el demandado quien debe también acreditar, si se le promueve una pretensión de simulación en la venta de los bienes de su patrimonio, más allá de la conducta probatoria que pudiera desplegar el actor, que la venta de sus bienes ha sido "real", y demostrar también por qué continúa ocupando, por caso, una vivienda que supuestamente vendió.

El fundamento de esta exigencia probatoria es el mismo que vengo enunciando: el demandado sostendría una postura jurídica articulando hechos extraordinarios o anormales y, por tanto, es quién debe probar que efectivamente, tales extremos se produjeron.

En definitiva: se advierte con los ejemplos expresados que no se está frente un desplazamiento de las reglas de la carga de la prueba, sino de una liberación probatoria otorgada a la parte que alega el hecho ordinario y una exigencia probatoria constituida en cabeza de quien defiende su postura jurídica invocando para su defensa hechos extraordinarios. Así de simple.

Por lo que llevo expuesto creo haber acreditado fehacientemente que la teoría de las "cargas probatorias dinámicas" no sólo atenta contra la previsibilidad que garantizan las reglas de la carga de la prueba, sino que confunde la idea de liberación probatoria (que beneficia a quien

invoca un hecho que se produce según el orden normal y habitual de su ocurrencia), complicándolo todo con un supuesto "desplazamiento de esa actividad probatoria".

Se ha demostrado que no hay tal "desplazamiento" de la actividad probatoria. Por el contrario existe una carga probatoria propia, no desplazada, que debe asumir quién invoca un hecho que se levanta contra el acontecer ordinario de las cosas.

### *6. Últimas reflexiones sobre la ideología que inspira a la teoría general unitaria*

Afirmé, en reiteradas oportunidades que el procesalismo penal "ilustrado", desde hace décadas, tuvo la virtud de transformarse en una vigorosa "punta de lanza" (dogmática y filosófica) que proyectó sobre Iberoamérica un movimiento garantista de la mayor importancia. Esta corriente no sólo quedó instalada sólo en el plano doctrinario sino que provocó el dictado de códigos procesales penales que sintonizaron su normativa con las prescripciones constitucionales y los pactos supranacionales imperantes en la región.

Se ha coordinado así un sistema procesal en donde su eje pasa por el respeto a la dignidad de la persona. Y una vertiente de este respeto es garantizarle al individuo un freno contra la arbitrariedad y los excesos del poder Estatal. El sistema de procesamiento acusatorio es el único que garantiza esas metas y es una realidad tangible en varios Estados de la República Argentina y de otras partes de América.

No solo eso, la jurisprudencia también está aportando lo suyo. La cruzada del garantismo procesal ha recibido un impulso muy fuerte generado desde el propio poder jurisdiccional de la Argentina. A la luz de la "estatura moral" que emanan de los fallos emitidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación se debe repensar si la bús-

queda de la verdad “real”, cuando esa búsqueda afecta la “imparcialidad del juzgador”, cuando el precio a pagar es el hacer perder la equidistancia del Tribunal y sembrar de dudas al justiciable, puede seguir siendo sostenida –sin más– en el proceso civil.

¿Digo esto por cuanto la Corte declaró la *inconstitucionalidad* de toda la normativa procesal penal, que establece que un juez que investiga (juez de instrucción), es decir, que colecta pruebas de oficio, que “va en búsqueda de la verdad”, sea el mismo juez que falle la causa (juez de sentencia), por la elemental razón que ese juez ha perdido, de un modo definitivo, su “imparcialidad” al haber asumido la realización de esa actividad de búsqueda y prueba de los hechos de cargo que –luego– debe “juzgar”<sup>8</sup>.

¡Que analogía evidente se da en el proceso civil cuando el juez que primero prueba –oficiosamente – luego se dedica a su labor de sentenciar!

Para los sostenedores de la búsqueda de la “verdad real” esta tesis de la Corte debe resultarles incomprensible. ¿O puede encontrarse un mejor ejemplo –en rigor, un mal ejemplo– de un juez que munido de toda la facultad investigativa y probatoria vaya a posicionarse en mejores condiciones para hallar la “verdad real” que tanto a desvelado a los “dogmáticos de los poder del juez”? Pues bien: ahora deben enfrentarse –mal que les pese– a este nuevo escenario que dibuja la tesis jurisprudencia glosada.

En definitiva, los ecos de un proceso penal concebido en función de las garantías debidas a los justiciables y de un claro límite al poder (en este caso jurisdiccional) por ser el único sistema de procesamiento que ostenta legitimidad y validez (no así el sistema inquisitivo o pseudo

<sup>8</sup> Conceptos extraídos del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, diciembre 22 de 1998. Causa Massaccesi Edgar.

inquisitivo), más temprano o más tarde, logrará que sus consignas influyan en el derecho procesal civil, tanto en su aspecto dogmático como normativo.

El paradigma de esta tendencia libertaria, (si ya hablamos de un “hoy” normativo en el proceso civil) lo constituye, como ya lo comenté antes, la nueva ley de enjuiciamiento civil española que inscribió sus normas, en especial las vinculadas con los poderes y deberes de los jueces, en un modelo netamente dispositivo y, por tanto, también garantizador de los derechos de los justiciables.

No parece ocioso un repaso de la exposición de motivos alegada por los legisladores para justificar la creación de la nueva ley inspirada en otra ideología. Así, respecto a la procedencia de las medidas para mejor proveer el legislador español razonó del siguiente modo:

“...La Ley suprime las denominadas ‘diligencias para mejor proveer’, sustituyéndolas por unas diligencias finales, con presupuestos distintos de los de aquéllas. La razón principal para este cambio es la coherencia con la ya referida inspiración fundamental que, como regla, debe presidir el inicio, desarrollo y desenlace de los procesos civiles. Además, es conveniente cuanto refuerce la importancia del acto del juicio, restringiendo la actividad previa a la sentencia a aquello que sea estrictamente necesario. Por tanto, como diligencias finales sólo serán admisibles las diligencias de pruebas, debidamente propuestas y admitidas, que no se hubieren podido practicar por causas ajenas a la parte que las hubiera interesado.

La Ley considera improcedente llevar a cabo nada de cuanto se hubiera podido proponer y no se hubiere propuesto, así como cualquier actividad del tribunal que, con merma de la igualitaria contienda entre las partes, supla su falta de diligencia y cuidado. Las excepciones a esta regla han sido meditadas detenidamente y responden a criterios de equidad, sin que supongan ocasión injustifi-



cada para desordenar la estructura procesal o menoscabar la igualdad de la contradicción...”.

Pues bien, este nuevo modelo normativo, de neto corte garantista, ha nacido, paradójicamente, en España, país que durante siglos ensombreció con sus recetas inquisitivas a su propio derecho procesal y al de toda Latinoamérica. Entiendo que estamos ante una reivindicación histórica que vino a reparar tantos males jurídicos provocados por la perversa combinación de autoritarismo e inquisición. La reparación doctrinaria y normativa asumida por la nueva ley enjuiciamiento civil si bien demoró más de la cuenta, finalmente se apartó de un camino equivocado. Sin rubores ni medias tintas dio vuelta la espalda a las normativas autoritarias que extraviaron su rumbo detrás de formulas de procesamiento y que sólo trajeron desencanto para los sufridos consumidores de un servicio de justicia que no supo, en especial durante la segunda mitad del siglo XX, estar a la altura de los tiempos políticos e históricos del tercer milenio, signados por un resurgir de liberalismo humanista, un mayor respeto hacia la autonomía y libertad de las personas, la caída de los totalitarismos de derecha y de izquierda, y una reducción de las áreas de influencia y de poder del viejo estado paternalista.

### *7. Una postrer mención sobre el nuevo pensamiento ideológico de Juan Montero Aroca*

Juan Montero Aroca<sup>9</sup> resume impecablemente las penurias del derecho procesal de las últimas décadas jaqueado, por la omnipotencia del poder jurisdiccional, describiendo el alumbramiento de este nuevo derecho procesal civil de la siguiente forma:

“...El siglo XX, como en ningún otro se ha asistido al nacimiento, desarrollo y muerte de ideologías que han

primado lo público sobre lo privado y hasta el extremo de desconocer la existencia misma de la libertad.

También ha contemplado como se negaba la realidad de que el proceso civil es el medio por el que el ciudadano pretende y el juez reconoce la tutela judicial efectivo de derechos e intereses legítimos de naturaleza privada.

Para negar esto o, mejor, para imponer determinadas concepciones de lo público sobre lo privado, se ha pretendido utilizar, por ejemplo, el principio de oralidad. El recurrir a la oralidad para pretender una manera determinada de concebir algo más que la forma de los actos procesales fue un claro subterfugio de enmascaramiento del fin perseguido.

Ahora sólo cabe esperar, aunque sin mucha confianza, que no se diga que el intento de desmistificar el principio de oralidad, reduciéndolo a sus justos límites, supone:

- Desconocer la existencia de procesos civiles en los que ha de salvaguardarse un componente de interés público (estado y condición civil de las personas), procesos en los que no debería tanto tratarse de aumentar los poderes del juez, como de convertir en parte al Ministerio público, confiándose a éste la defensa de ese tipo de intereses. El juez debería seguir siendo un tercero imparcial entre partes parciales, aunque una de las partes pretendiera la defensa un interés público.
- Negar la existencia de supuestos en los que entra en juego un interés que puede calificarse de colectivo o difuso, pero en estos casos se debería seguir manteniéndose un juez imparcial, y confiar la defensa de esos intereses a entidades o personas jurídicas constituidas con esa finalidad, de modo que se produjera una socialización de la legitimación, es decir, una atribución mucho más amplia de la legitimación, y no tanto un pretendido proceso social a base de aumentar los poderes del juez.

<sup>9</sup> Montero Aroca, Juan, conferencia citada, San José de Costa Rica.

- Afirmar que las partes son siempre efectivamente iguales en todos los procesos, pues ello va en contra de la experiencia. Ahora bien, este reconocimiento de la realidad no puede llevar a convertir al juez el defensor de una de las partes, aunque sí debería llevar a favorecer en la regulación del proceso de todas las instituciones favorecedoras de la igualdad real (como la ejecución provisional sin necesidad de prestar caución), aparte de facilitar con medias efectivas, aunque no tanto procesales como materiales y, sobre todo, políticas, el acceso de todos los ciudadanos a la justicia civil.
- La existencia de procesos civiles no dispositivos, la socialización de la legitimación y las medidas tendientes a facilitar el acceso de todos los ciudadanos a la justicia civil y en condiciones de igualdad, es algo obvio y que nadie niega sino que, antes al contrario, se estima necesario, pero no puede llevar a una pretendida publicización del proceso civil, que es lo que han propiciado las ideologías autoritarias en el siglo XX.
- Ahora se trata de volver a la realidad. Esta puede ser matizadamente distinta en cada país, como es obvio, y precisará de medidas adecuadas a cada caso, pero en todos ellos se trata de mantener la existencia de un proceso civil que siga siendo una drama que se desarrolla entre dos partes parciales, en contradicción e iguales y un tercero imparcial...”.

### 8. Homenaje y conclusiones

Creo que el mejor homenaje intelectual y personal que puedo rendir al culminar estas consideraciones ideológicas es acotar las reflexiones de Juan Montero Aroca transcritas en el párrafo anterior. Es que su nuevo mensaje, su cambio de rumbo, su rectificadísima ideología, supone un símbolo emblemático para todos aquellos que lu-

chamos, durante tantos años, tratando de persuadir a quienes sostenían ideas publicistas o autoritarias, que ese era un camino dogmático y filosófico equivocado.

La honestidad intelectual de Montero Aroca, al reconocer públicamente su equivocación doctrinaria, supone una bisagra en la historia del procesalismo civil. Para el valiente catedrático que frente al pequeño grupo de esperanzados forjadores de un derecho procesal garantista deseo recrearle un momento de gran emoción intelectual. En efecto, convocados a la sesión de cierre del XVII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal<sup>10</sup> aguardábamos con impaciencia la conferencia en donde Montero Aroca dio a luz su nuevo pensamiento (de la que ya nos habíamos impuesto con la previa lectura de la ponencia presentada).

Su voz, en esa tarde del 20 de octubre de 2000, sonó como una afinada pero solitaria melodía garantista. Debo reconocer que su mensaje libertario hasta parecía extrañamente insertado en un colmado auditorio de procesalistas que esperaban, es más, deseaban (recordar lo de las mayorías autoritarias en el derecho procesal, en especial en el ámbito civil), que repitiera sus recetas publicistas, sobre la jurisdicción como eje del sistema procesal, sobre la importancia de conceder mayores poderes a los jueces, la existencia de una verdad real, la bondad de las pruebas de oficio y de las medidas para mejor proveer, etc.).

Pues bien, Juan Montero Aroca no pudo darle lo que aguardaban porque, sencillamente, (aunque algunos no lo sabían) ya había abandonado el pensamiento autoritario, sin previo aviso, como se toman muchas de las decisiones trascendentes. Si ideario ya estaba en otra frontera, aliado con los sostenedores de un derecho procesal civil garantista.

<sup>10</sup> El Congreso se realizó en la Ciudad de San José de Costa Rica, Costa Rica, durante los días 18 al 20 de octubre de 2000.

Y el tributo viene a cuento por que hay que tener mucha entereza para atreverse a ponerle una lápida a sus propias ideas autoritarias. Y también mucha decencia intelectual. A nadie le gusta confesar errores teóricos. Mucho menos asumir el mal trago que implica reconocer que ideológicamente se estaba equivocado. Luego, el homenaje que aquí le rindo luce más que justificado.

Los rostros de sorpresa, desagrado y hasta de indignación de muchos de los juristas presentes en Costa Rica quedarán registrados en mi memoria. La de la íntima satisfacción que reflejaba la mirada de Héctor Superti y Federico Domínguez, por citar a tan sólo dos compañeros de ruta del garantismo procesal, también, por obvios motivos, será difícil de olvidar.

Es que no todos los días se rompe de un modo tan abrupto un paradigma celosamente custodiado durante tanto tiempo. Si se me permite una reflexión de tipo personal, pero que tiene que ver directamente con el tema que estoy tratando, me interesa remarcar que desde el año 1989 soy miembro Titular del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Soy consciente que, académicamente, el Instituto Iberoamericano no cree que para el proceso civil sea de aplicación el ideario garantista. Si lo admite, paradójicamente, en el proceso penal (en donde sostiene la bondad del proceso penal acusatorio).

Pues bien, quienes hemos sostenido esta línea de pensamiento libertario o garantista para el proceso civil, jamás se nos ha brindado la tribuna académica en los Congresos organizados por el Instituto para exponer nuestra línea "disidente". En otros términos, no tuvimos la fortuna que le cupo a Montero Aroca. En el caso mío puede ser que no se confiara en mis dotes intelectuales o de expositor. Mucho menos creíble es que esta prevención se mantuviera para con Adolfo Alvarado Velloso, quien sufrió también ese "desinterés" por el contenido contestatario de nuestro mensaje.

Sinceramente, esa discriminación afecta, (porque suprime el debate científico) pero ahora no tanto. Luego de que la ley de enjuiciamiento civil española, y la palabra laudatoria de quién se lo considera uno de los principales referentes de la doctrina de ese país, marcaran un rumbo diferente para el proceso civil, con un claro signo garantista, ya no resiste, ni tiene sentido, eludir ese debate que se presenta como una deuda, no para con tal o cual persona, sino para con la ciencia del proceso.

Resumiendo: si la unidad llega la ciencia del proceso, si el garantismo impregna las ideas y las normas de los futuros códigos procesales civiles de Latinoamérica este logro no podrá nunca ser ajeno a la persona de Juan Montero Aroca. Y si esa sentida aspiración se concreta, tampoco podrá separarse del ideario de un antiguo luchador de la libertad en el proceso civil: mi maestro Adolfo Alvarado Velloso.

Finalmente –parafraseando a José Luis Serrano<sup>11</sup>– suscribo la idea que una tesis, antes de ser escrita, debe pasar por la dura prueba de ser explicada "cara a cara" de frente a la gente, en la oralidad en las aulas de grado y de posgrado, en los auditorios y en los debates coloquiales. Y este esfuerzo se impone para confirmar que las ideas que se trasladen a la palabra escrita provengan de una previa decantación y crítica de las mismas.

En mi caso, he tenido la fortuna personal la de contar con un excelente "banco de pruebas". Es que pude exponer, en especial en los últimos dos años, mis argumentos unitarios y garantistas en los auditorios más calificados de Latinoamérica. Para los procesalistas de buena parte de la República Argentina, de Colombia, Perú, México,

<sup>11</sup> Serrano, José Luis, *Validez y Vigencia, La aportación a la teoría garantista de la norma jurídica*, Madrid, España, 1999, edit. Trotta, p. 15.

Panamá, Paraguay, Chile, Brasil, Costa Rica y España, entre otros, va también mi sentido agradecimiento por permitirme experimentar ante ellos el desafío que supone el debatir y defender la validez de una construcción dogmática. También para mis alumnos de grado de la Facultad de Derecho de Rosario que año tras año, con sus aportes y, mejor aún, con su discrepancia frente a mi discurso (la juventud lleva siempre a contrastar ideas y así el debate se enriquece) sepan que no son ajenos al producto intelectual que hoy someto a su juicio.

A todos ellos les rindo mis respetos.

### *Bibliografía utilizada*

- AGUDELO RAMIREZ, Martín, *Filosofía del Derecho Procesal*, Medellín, Colombia, 2000, edit. Leyer.
- COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civi*, Buenos Aires, Argentina, 1958, edit. Depalma.
- MONTERO AROCA, Juan, *La nueva Ley de enjuiciamiento civil española y la oralidad*. Ponencia presentada ante el XVII Congreso Iberoamericano de Derecho Procesal, realizado en San José de Costa Rica, Costa Rica, en el mes de octubre de 2000. Libro de relatorías y Ponencias, Tomo II. Departamento de publicaciones e Impresiones del Poder Judicial de San José de Costa Rica, Costa Rica, 2000.
- SERRANO, José Luis, *Validez y Vigencia, La aportación a la teoría garantista de la norma jurídica*, Madrid, España, 1999, edit. Trotta.
- SCHÖNE, Wolfgang, *Contribuciones al orden jurídico-penal paraguayo*, Asunción, Paraguay, 2000, edit. Intercontinental.
- VÉSCOVI, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Bogotá, Colombia, 1984, edit. Temis.