

# NOCIONES SOBRE UNA TEORÍA GENERAL UNITARIA DEL DERECHO PROCESAL

Omar A. Benabentos

## Sumario

**1. Primeras noticias sobre la formulación de una teoría general unitaria del derecho procesal. 2 Necesidad de fundamentar la posibilidad de la unidad en el derecho procesal. 3. Compendio de razones que justifican las impugnaciones científicas que deben realizarse. 4. Diagnosticar sin proponer soluciones: aporte sin valor. 5. Algunos ejemplos de los perjuicios que provoca las ideologías procesales autoritarias. 6. Buscando otros horizontes. 7. Preguntas que podrían formularse desde la vereda ideológica opuesta para cuestionar los axiomas unitarios-garantistas. 8. Ensayando respuestas. 9. La Autocrítica del silencio inexplicable frente a voces equivocadas. 10. Costos a pagar. Citando a David Herrendorf. 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 la ponencia.**

**M**ediante la elaboración de la presente ponencia se pretende esclarecer el método científico utilizada para arribar a la construcción de una teoría general *unitaria* y *garantista* del proceso.

La concreción de la propuesta dependerá que *acertemos* en el sendero científico que nos conduzca al objetivo buscado. De suyo, 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 en una filosofía jurídica *garantista* opuesta - radicalmente - a la iusfilosofía que sirve de *soporte* al "publicismo" e "inquisitivismo" procesal que hoy campea, lamentablemente, en 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* :

En primer lugar, y en el plano estricto de epistemología jurídica parte de un estudio que se centra en la visión *común* sobre:

el objeto de conocimiento del derecho procesal;

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 - y "*acusatorio*", en el proceso penal, desechando los *híbridos ideológicos* que se esfuerzan vanamente por combinar dos corrientes inconciliables: "dispositivismo" e "inquisitivismo" procesal.

Estoy persuadido de que sólo desde una visión "*garantizadora*" del derecho procesal se podrán fijar una "*comunidad*" de ideas sobre la triple *identidad* en la teoría general: *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.

## **1.2. Tesis contestaria**

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 *publicista-inquisitivo-autoritario-decisionista*. No pongo en duda que la propuesta de cambio provocará fuertes *resistencias* en estos ámbitos *conservadores* que no pueden ver con buenos ojos la *crítica* y *descalificación* de *consignas autoritarias* que han sido mantenidas celosamente desde hace años. Asumiendo que ese será el turbulento panorama con el que debo enfrentarme, mi labor deberá encaminarse a *convencer* sobre la *validez* científica y filosófica de la fórmula "*unitaria-garantista*" que se pregona. A esa tarea de "persuasión" dedicaré, de ahora en más, mis esfuerzos.

## **1.3 Denominación elegida**

He escogido el nombre "Teoría general unitaria del derecho procesal" para identificar el trabajo que se expondrá en el curso de esta monografía. 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 científicas que se presentan en la *armonización* de los conceptos *unitarios* que la informan, resultaran los causantes de esa *reticencia* epistemológica o 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*, por lo que llevo ya expresado, 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 una *unidad* en 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* sino viene acompañada de los fundamentos y las motivaciones que avalen esta propuesta. Y 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" del esquema epistemológico que sostiene la tesis unitaria-garantista del derecho procesal.

### 2.1. Sustitución y propuesta de nuevos paradigmas

Tomando en cuenta los obstáculos y riesgos evaluados, la labor metodológica que nos lleve a la postulación de una teoría "unitaria-garantista" del derecho procesal supondrá, como se anticipó, una tarea muy precisa. Esta faena, a modo de péndulo, debe transitar entre la *crítica* y la *construcción doctrinaria*. Partiendo de la *crítica*, denunciaré las erróneas elaboraciones dogmáticas que colaboraron 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* de la *dispersión doctrinaria* en la que hemos caído. 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 casi obligado será la *descalificación* del mismo, forzando el *desplazamiento* de una gran cantidad de presupuestos ideológicos, realidades normativas y posturas doctrinarias por ser las *directas responsables* de la *visión fragmentada* que hoy exhibe la teoría general del proceso.

En buen romance, la *dispersión 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- (inconciliable con la construcción de una visión *unitaria* del derecho procesal) no hayan sido ya merecedores de una *crítica* más intensa y generalizada que abriera la puerta al debate y posibilitara luego su posterior descalificación. Se ha perdido mucho tiempo al no haber realizado esa labor y no se trata de seguir persistiendo en ese 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 científico* más que suficiente para impugnar las ideas dogmáticas que ataco, la larga vigencia de esas teorías merecen también su descalificación por ser las *directas responsables* del pésimo funcionamiento de la justicia cotidiana que sufren en "carne y hueso" los pueblos de la región. En resumen, una visión 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 las ideas "anti-garantistas".

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

Para cambiar de raíz ese estado de cosas se impone asumir un *activismo doctrinario* y una *especulación científica* mucha más intenso que el adoptado hasta ahora. Esa "posta" dogmática debe ser tomada 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) diluyeron las prescripciones constitucionales encaminadas a garantizar a los pueblos de la región el goce de un "*debido proceso judicial*".

El derecho a un debido proceso - preciosa garantía que es connatural con la finalidad de los Estados de derecho democráticos – se construye con un esquema bien simple: asegurar que los ciudadanos no *serán privados de su vida, su libertad, su honra y sus bienes*, sin antes haber mediado el *previo tránsito por un debate jurisdiccional* en el 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.

Sin embargo, esa promesa contenida sin excepción en las cartas magnas fundacionales y ratificada (por lo menos en teoría) en los códigos de rito de América Latina, bajo el peso de un *derecho procesal autoritario*, resulta continuamente *retaceada* - cuando no es directamente *anulada*. El *recorte* o la *anulación* de la garantía del debido proceso se concreta mediante prescripciones normativas incluidas en los códigos procesales inspiradas en una filosofía contraria a los mandatos constitucionales libertarios (por ejemplo las denominadas medidas "autosatisfactivas", que suprimen el derecho de defensa en juicio, las pruebas de oficio, las medidas para mejor proveer, 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, no puede ser otra que *remover las aguas "calmas" por las que navega buena parte de la*

*dogmática contemporánea* (en rigor, *falsamente* calmas) y provocar, ya, aquí y ahora, una *discusión científica*, 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, hasta que lo insostenible del régimen totalitario que lo apañaba se derrumbó y con él cayó también el "símbolo" del sistema.

Es hora de contabilizar, o mejor aún, de 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*. Es que no existe *justificación* alguna (teórica y práctica) para continuar *avalando* un conjunto de ideas que se presentan como una suerte de *dogmas procesales*. Precisamente, se trata de *refutar* esas proposiciones científicas, iusfilosóficas y normativas (supuestamente *incontrastables*) que han sido elevadas, injustificadamente, por cierto, a la categoría de auténticas "*reglas de fe*" jurídico-procesales. Y ese falso "estatus" se logró orquestando una repetida y mecánica ponderación doctrinaria y normativa de ciertas fórmulas, sin haberlas sometido -previamente- a la *reflexión crítica* de la que eran merecedoras.

En este entorno enrarecido, 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 no estaba exento de cumplir con esta elemental premisa epistemológica. En definitiva, la auto-crítica - que no se realizó - resultaba imprescindible si computamos un hecho objetivo y lamentable: los esquemas de procesamientos civiles y penales propuestos "desde el autoritarismo" *nunca alcanzaron los objetivos mínimos - teóricos o prácticos - que pregonaban* (eficiencia, descubrimiento de la "*verdad jurídica objetiva*", acceso al valor "*justicia*" absoluto etc.)

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

*constitucionales del debido proceso (igualdad, imparcialidad) para, supuestamente, poder alcanzar una justicia rápida, toda la verdad" y "toda la justicia" del "caso". Esas aspiraciones son perseguidas como las "metas" finales y más perfecta de un sistema inspirado desde el "poder". Y en la búsqueda de esas inasibles "metas", como bien los explica el iusfilósofo rosarino Miguel Ciuro Caldani, se legitimó cualquier "método" para alcanzarlas.*

Pues bien, si se hubiera puesto al desnudo y en forma temprana esta contradicción irreductible, esta grosera *confusión* entre "meta y método", mediante la oportuna "falsación" de las ideas directrices del esquema procesal inquisitivo-publicista-autoritario-decisionista- el daño provocado habría sido menor.

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

Atento a lo que llevo expuesto, y tratando de realizar una breve síntesis y reforzar las razones que justifican asumir una severa crítica que termine de una buena vez – con "dogmas", verdades reveladas" o "doctrinas recibidas", demostrando la *absoluta invalidez* de las mismas, rescato las dos cuestiones que, a mi juicio cobran mayor nitidez en el planteo impugnatorio.

a) La primera de las causas que justifica la refutación científica del "autoritarismo procesal" se instala en el campo teórico y proviene de un hecho *negativo y notorio*: hasta hoy, y pese a los *intentos unificadores* (tímidos, por cierto) realizados por algún sector (minoritario) de la dogmática procesal, no han podido consensuarse las *bases doctrinarias mínimas* sobre las que podría construirse una teoría general *unitaria* del derecho procesal. La frustración que produce la *desunión* que campea en la ciencia del proceso proviene, insisto, de la vigencia de paradigmas científicos equivocados. Demostraré, más adelante, como la ausencia de *identidades conceptuales* en torno a elementos estructurales del derecho procesal (la acción, la jurisdicción y el proceso) es *la consecuencia "natural"*(y

*lamentable) 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, una sucinta valoración sobre el funcionamiento de los *sistemas de procesamiento* civiles y penales en Latinoamérica (muy *superficial* por cierto, ya que me ocuparé en extenso del tema) refleja otro dato objetivo: actualmente, como *corolario* de la suma de los *errores* cometidos en los planos *teóricos* 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.* 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.

Sostiene Rafael Bielsa que " 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)

La gente, hoy más que nunca, sencillamente, *no cree* en la maquinaria judicial, ni en las estructuras procesales ideadas 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. En definitiva, se ha disminuido -a su mínima expresión- el ya menguado *crédito jurídico y social* que gozaba la estructura de enjuiciamiento civil y penal modelada para la región.

Si quienes contamos en nuestras manos con la posibilidad de *hacernos cargo* del *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*) poco queda por hacer. Si persistimos en el error, 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* podemos creer que existe 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*); 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").

Y un buen recurso para continuar alimentando la *ficción* de la bondad del modelo procesal –autoritario-publicita-inquisitivo- se logra al *silenciar* o *rehuir* a la confrontación de ideas. Así se mantiene ese *falso* "estatu quo" - doctrinario y normativo – que demasiado daño ya provocó al derecho procesal y al servicio de justicia. Es obvio que si las fórmulas teóricas pergeñadas por la dogmática - y consagrada en la normativa de los códigos procesales civiles y penales de "corte autoritario" - no *funcionan*, no dan *respuesta* a la gente, no

contribuyen a otorgar *credibilidad* a los sistemas de enjuiciamiento, quienes se enrolan en esta postura deben dar un *paso al costado* y aceptar que puede haber una *salida doctrinaria y iusfilosófica distinta* que nos saque de este estado de postración.

#### **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 tocó y le toca padecer al derecho procesal (teórico y práctico) de las últimas décadas, si 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 agotarlo.

Pero luego de este portentoso esfuerzo de "diagnóstico" lo que tenemos en nuestras manos es *bastante poco*. Los sostenedores de la corriente garantista del derecho procesal contamos con la certeza que el modelo procesal inspirado en el autoritarismo "*no funciona*", y que *son las fórmulas "anti-garantistas"*, propuestas durante tantos años las grandes responsables del descrédito terminal del servicio de justicia. Ese es *nuestro diagnóstico*.

Sin embargo, las falsas salidas procesales que venimos denunciando cuentan con esforzados ideólogos, que, obviamente, no *comparten nuestro dictamen*. Antes bien, la corriente autoritaria *machaca una y otra vez para mantener el esquema de un derecho procesal autoritario-inquisitivo-público-decisionista*. 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. Es más, las propuestas se están *intensificando* en la misma dirección (*más autoritarismo, más publicismo, más decisionismo, etc.*)

En la misma tónica, las 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* que marcaba la doctrina, continúan ahora empujando para que también - desde las normas- se *potencie* el decisionismo judicial. Se trata de 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 *mantiene* - 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". Hoy 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 de *fuertes rémoras inquisitivas*, y 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 prohíja. Ese modelo procesal *autoritario*, se ha enseñoreado durante lustros en los campos civiles y penales de América Latina. A esta altura demostró ser, reitero, un modelo *agotado* -en lo doctrinal - *ineficiente* - en su aplicación práctica - *e incapaz* de generar una propuesta de cambio que *altere* las descalabradas reglas de juego impuestas. De ese sistema *agotado* 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!

Pero 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, que nos permitan salir de la crisis en la que se cayó. Si bien resulta esencial enfatizar la *directa responsabilidad* que le corresponde a las *respuestas* filosóficas, ideológicas, dogmáticas y normativas "autoritarias" que se presentaron - y se presentan - como las "soluciones" correctas para optimizar los sistemas de procesamiento (a pesar de haber demostrado su absoluta inoperancia funcional) lo *realmente trascendente es demostrar cómo con 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 e imparcialidad de los justiciables involucrados en una contienda judicial.*

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

En la labor pendular de investigar aplicando la metodología correcta la propuesta pasa por diagnosticar errores y proponer soluciones. La utilización de algunos ejemplos concretos ayudará al lector a comprender cómo se las ingenian las *ideologías* "autoritarias-publicitarias-inquisitivas y decisionistas " para distorsionar ideas, que en su origen pudieron ser acertadas, pero que al sacarlas de contexto y exhorbitarlas 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 servicio de justicia - impuestos contemporáneamente con la creación de los estados de derecho - impregnaron a la relación procesal litigiosa de un *carácter público* que es constitutiva de 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, esto 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).

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 penal sumó al agravio que supone el menoscabo de los bienes que sufre la persona ofendida por un delito, un segundo daño: re - definir (equivocadamente) ese conflicto penal desde la estricta óptica del "*poder*", desinteresándose de otras formas de reparación

más equitativas que la pena de prisión, 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.

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

En el plano civil, la misma tendencia "publicista" ( que apadrina el interés del estado por sobre " todos" los demás que están en juego) es 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* que un Tribunal, que en lugar de fallar, 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.

De modo que, 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 tanto marca una clara limitación al poder-deber de declarar incompetencias (más allá de un límite temporal expresamente fijado) 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, lo reitero, es la misma y 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 sobre el de los litigantes.

### **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*. El mismo es introducido como un paradigma del "activismo judicial" en casi todas las legislaciones procesales de latinoamérica. Sin embargo, y como bien lo enseña Alvarado Velloso, la declaración oficiosa de caducidad de 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 justificar 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 judiciales, los pleitos concluyen forzosamente, y se castiga la inacción de los litigantes. Al decir de muchos se realiza una razonable profilaxis procesal.

Pero lo cierto es que la caducidad de instancia, declarada de oficio, no sólo no pacifica nada sino que enciende "ánimos". A partir de la muerte "oficiosa" del litigio pueden originarse tres pleitos, en reemplazo de aquel que oficiosamente se extinguió. Veamos: 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.

En fin, los *tres ejemplos traídos al ruedo* imponen que reflexionemos sobre las consecuencias concretas que provocan las malas ideas científicas y una metodología errática aplicada para abordar la cuestión. 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 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, esto 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. Por el contrario desde una perspectiva procesal –garantista, el escenario de " *víctimas desplazadas*", incompetencias declaradas de " *oficio* " en cualquier grado del proceso, y caducidades también " *oficiosamente* " *pronunciadas* merecen *severos cuestionamientos*.

#### **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", 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 – colocó como "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 debería asumir *el compromiso intelectual* que antes exigía: señalar la "*falsación*" (haciendo mío la terminología de Karl Popper) de los ejes de este sistema *inoperante*. También tendríamos que *desconfiar*, y más aún, *desechar* todo aquello que no habiendo dado el mínimo resultado esperado, todavía pretende ser potenciado en la misma dirección. Sin embargo, a la luz de lo que vengo denunciando, la "*alerta científica*" no parece haberse *encendido* en el campo del derecho procesal.

#### **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 irrealidad jurídica, provoca una *elevada inestabilidad* de todo el sistema de procesamiento. Es más, ha prohiado que los jueces, amparados en esa *búsqueda quijotesca de valores absolutos* (ajenos de alcanzar en modo alguno en los procesos judiciales) pretendan detectar e imponer "su verdad" o "su justicia", a *cualquier costo*, aún *sacrificando las garantías de igualdad e imparcialidad* debidas a los justiciables.

Afirma Monseñor Jorge Mejía, en una conferencia dictada en agosto de 1997 en el 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.*"

En definitiva, 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 ha 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 destruidas en la misma medida que "lo oficioso" y lo "público" se desmadraba. Y el sepulcro comenzó a cavarse más profundamente cuando se autorizó - normativamente - al Tribunal para que 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 decisión - en litigios de "conocimiento" - sin escuchar *previamente, con estricta igualdad de armas a las dos partes*.

Frente a este inquietante panorama, le propongo al lector compartir algunos interrogantes que permitan instalar el debate epistemológico y filosófico 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 forzar la dialéctica, que el juego de la tesis y la antítesis puede generar, para arribar a una adecuada "síntesis". 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-publicitas 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 los poderes-deberes del juez en ciertos ámbitos (como 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) no implica, sin más, hacerlo *esclavo de la ley y sujeto a la omnipotencia del legislador*?

¿De qué se trataría en definitiva esta propuesta? ¿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 bases 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 y sí un camino metodológico y epistemológico correcto. Esta senda implica asumir sin más el compromiso de proponer la *descalificación* de los poderes *inquisitivos* del juez en los procesos civiles y penales, (que se traducen en facultades probatorias oficiosas, pruebas de oficio, o medidas para mejor proveer); remarcar la *inconveniencia* de la *alteración* de las reglas de la *carga de la prueba* (cargas "probatorias dinámicas"); y alzarse contra la proposición de simples "*procedimientos*", en donde sólo hay *dos partes*: el actor y el juez, y sólo se escucha a quien tiene un derecho "fuertemente verosímil" (sic) y, luego, sin más, se despacha una sentencia en un ¡proceso de pleno conocimiento! ("medidas autosatisfactivas-sentencia anticipada").

Por todo lo que llevo expresado la metodología y la filosofía que inspira las propuestas antes enunciadas considero que lejos de calificarse como una insolencia jurídica debería tomarse como el

inexorable *compromiso científico y ético*, exteriorizado en una crítica abierta y sincera de la que no se puede ni se quiere rehuir.

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" (¡porque la justicia es lenta suprimimos el debido proceso!) intensificar las propuestas teóricas 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**

No se me escapa que al pretender romper con viejos paradigmas dogmáticos e ideológicos necesariamente se caerá, lo itero, en una fuerte contienda de ideas.

Es más que 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 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. No se trata de denostar personas, que también quieren y buscan la mejor justicia posible. De lo que se trata, es de cuestionar la *validez de sus ideas*, cosa que es bien distinta.

Pero las nutridas y calificadas filas de los integrantes de la tendencia procesal autoritaria-decisionista impone que el "alzamiento ideológico" que se opone a tantos pensadores de fuste debe ser precisado con toda *fineza*. 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 mis 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 quién afirma "...si se desea un proceso *eficaz* se *deben correr riesgos* (la *ítilica* 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 material procesal civil*, sacrificio que se hace *máximo* cuando se trata de las resoluciones anticipatorias que después examinaremos"...

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). El garantismo vela por un proceso "conforme Constitución", y esto supone inexorablemente: 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 *irrestringido* 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).

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 un 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 y el sostén de una metodología coherente que las amalgame. Como un amante y estudioso del derecho procesal, al que le he dedicado más de veintisiete 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 desde el campo 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 hizo saber al pronunciar su voto - en disidencia - en el último Congreso Argentino de Derecho Procesal.

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, quizás la palabra más autorizada del procesalismo Español actual, ya no cree más 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 aporte del pensamiento de Montero Aroca para la tesis garantista y unitaria del derecho procesal que puede hablarse de una auténtica bisagra científica en la ciencia del proceso.

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

Admitir que frente a un discurso jurídico-filosófico-procesal autoritario (enquistado durante años en la mente de los doctrinarios y normatizado una y otra vez en los códigos de rito) la *nueva perspectiva* insuflada por un derecho procesal de *corte garantista* sea aceptada sin recelos, críticas e interrogantes, sería una simpleza, o más aún una ingenuidad, en la que no pienso caer.

Quienes postulamos la vigencia de un derecho procesal *totalmente distinto* al 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 por algunos códigos europeos autoritarios, que adoptamos casi irreflexivamente sin calibrar el contexto político en los que se engendraron, debemos salir a dar batalla. 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.

En otros términos: no hemos presentado la confrontación frontal que debimos dar ante quienes se encuentran encandilados por la figura del juez todopoderoso, con facultades omnímodas, y en donde el proceso, no supone un "debido proceso" sino una *parodia de tal*, y en lugar de servir como un freno al poder del estado, es decir como una expresión de "*libertad*", se lo utiliza como una herramienta de *opresión* al justiciable. Incluso bajo las banderas del "post-modernismo" procesal se puede privar a la gente de esa garantía, argumentando razones "eficientistas" (derecho "fuertemente verosímil" del actor, necesidad de una justicia "rápida" etc.).

Desde la corriente garantista del derecho procesal no pueden sino mirarse con *serios reparos* 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, tuvo *una conversación mística con Dios* y fue *iluminado por él* para encontrar la "única e irrefutable" *verdad y justicia del caso concreto*.

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 , y me exime de todo comentario.

Lo cierto es que guardando *silencio*, - absurdo silencio, - frente a fórmulas jurídicas *realmente insostenibles* hemos provocado un grave daño a la ya menguada credibilidad del sistema de justicia. Como lo dije, 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 "todo" debe intentar en pos de la "verdad jurídica objetiva". Me consta, fehacientemente, que un gran número de procesalistas que creen en un derecho procesal de "garantías" (tanto en la Argentina como en Iberoamérica), comparten las críticas que suscribo.

Sin embargo, (y esta reflexión vale –especialmente- para los procesalistas civiles) las críticas se acallaron durante mucho tiempo en donde debían naturalmente instalarse (por ejemplo, "la tribuna de bs 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 tibias críticas 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 registra 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 queda claro que 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. Es el esfuerzo y el compromiso que la hora nos impone y el que justifica, en buena medida, el presente trabajo.

A modo de resumen, con esta actitud doctrinaria e ideológica reticente 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 despreocupan de garantizar el derecho constitucional del demandado a ser oído antes de ser condenado.

Además, con el silencio que denuncio, también se ha logrado 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. Por caso, en Perú, país en donde tuve la oportunidad de confirmar lo que llevo dicho se presentó como una corriente *inexistente* la que auspicia el garantismo procesal.

### **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, fueron una lamentable constante, el cuadro descripto cambió radicalmente en el presente y ha comenzado a revertirse en forma vertiginosa. Veamos:

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. Los alumnos de la materia *ya no creen en el autoritarismo, ni en el efficientismo*. Levantan, por el contrario, las banderas del *garantismo*, *sin descuidar la eficiencia*, extremo que es bien distinto.

En segundo lugar, en el marco de la Maestría en Derecho Procesal Civil, dirigida por Alvarado Velloso , ya culminaron la carrera de *magister* en derecho procesal dos promociones. En el año 2000 están cursando la tercera promoción un numeroso grupo de profesionales. Los maestrandos concurren atraídos por una convocatoria que tenía un signo ideológico muy clara, 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*.

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. Ante esta circunstancia la mesa directiva resolvió no poner a votación las ideas encontradas y aprobar la siguiente conclusión:

..."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*.

En cuarto lugar, en el mes de octubre del año pasado 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.

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 distintas 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.

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.

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, glosando la nueva ley de enjuiciamiento civil Española de este año 2000, en donde demolió al derecho procesal autoritario. 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 en 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.

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

En noveno lugar, se ha creado la Academia Latinoamericana de Derecho Procesal Garantista, integrada por procesalistas de Argentina, Chile, Paraguay, Perú, Guatemala y Panamá, lo que habla de la expansión de esta idea.

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 prescripciones 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.).

Rechazar "in límine" 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 insanablemente 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 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 aistreintes, a petición de parte.

Declarar la admisibilidad de los medios recursivos

Y conste que esta listado de poderes 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" ubicado 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 del proceso prohiar 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 subroge 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 el respeto de todos *los derechos fundamentales de las personas*. Precisamente, a ese estado de derecho - democrático y pluralista - y a las leyes creadas en ese espíritu se le debe *respeto* por ser la expresión de un sistema jurídico *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 hetercomponer). 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, en "normadores *primarios*" (legisladores), abandonando indebidamente su "habitat natural" de "normadores *secundarios*". Los jueces, que ciñeran su función la ideario constitucional, deberían dedicarse a) aplicar las normas vigentes y válidas cuando están son claras; b) la 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*.

## **10. Costos a pagar. Citando a David Herrendorf**

Soy consciente de los altos *costos* que supone romper con moldes doctrinarios que cuentan con un *alto grado de aceptación en la comunidad científica*. Pero si quiero llevar a buen puerto con las ideas unitarias y garantistas e introducirlas el seno de teoría general del proceso, es un *riesgo* que debo asumir. Los efectos *turbulentos* que se generan en cuanto irrumpen ideas reformadoras que hacen tambalear

"verdades de puño" en los ámbitos científicos han sido lúcidamente descriptos por David Herrendorf.

Me he permitido, a continuación, la *transcripción textual de varios párrafos de la obra de Herrendorf*, por contener un análisis exacto de las convulsiones que experimenta la comunidad 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 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 escuelitas, 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, entusiasmada. 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* de 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 teorías para convertirse a la teoría verdadera. Abjuran de sus ideas y se incorporan al que tiene estilo 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 puede 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 *tritularlo* cuanto antes. La experiencia 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 se 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*"...

### 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 un culto del costado inquisitivo-público-autoritario-decisionista del sistema de procesamiento, y que rinde pleitesía a ese juez omnipotente, buscador de verdades absolutas y de justicia pantónoma. El sistema irrumpió de la mano de varios hacedores del mismo. Ya se dijo que las escuelas más notables que iniciaron la etapa del procesalismo científico 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 a lo largo de todo el siglo XX.

Ahora bien, en todo este sistema "construido" desde el "poder" y no desde el "lano" 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 por la concepción autoritaria-inquisitiva no quiere desprenderse de ese lastre anti-garantista que representó la creación y el mantenimiento de este esquema.

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 contradicciones insalvables muchos científicos comenzarán la resistencia, negándose a seguir creyendo en la validez de esos erróneos paradigmas. Aquí comienza (en rigor ya comenzó)

una etapa de crisis para la comunidad científica. Algunos estudiosos del derecho procesal comenzamos a sentir "vergüenza y escándalo" por el sistema de justicia que le hemos *legado* a los justiciables, heredero de los muchos errores cometidos. De esta herencia cargada de deudas no resulta ajeno el modelo procesal autoritario

## **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*. Me hago cargo que no serán pocos los que quieran demostrar invalidez de la tesis, de la metodología empleada y de la epistemología que la inspira. Si esta descalificación 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 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 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 y las consecuencias que ello provoca: dispersión científica, antinomias en el sistema de procesamiento, búsqueda de valores que el proceso y la jurisdicción no están en condiciones de alcanzar (la verdad "absoluta", la justicia "pantónoma")
- b) Se formaría ahora, a modo de prueba, una teoría que persigue superar el estancamiento y los desajustes científicos: 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*.

Los estudiosos del derecho no somos muy *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, convierte en más confiable y hace más *creíble y seria* la búsqueda epistemológica.

En definitiva, y volviendo a la propuesta que encierra la teoría general unitaria y garantista del derecho procesal, para persuadir sobre la bondad de esta tesis 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 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, al explicarnos que 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 absolutas*. 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.

La ciencia del derecho, lo itero, integrada por conocimientos probalísticos y flexibles debería ser *ajena* al "dogma" o a los "actos de fe" que expresan "verdades absolutas". 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 jusfilosófico válido*.

### **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.

Del 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 supuesta 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 de la ponencia**

Para levantar los postulados sobre los que edifico la teoría unitaria y garantista del derecho procesal no debo desdecirme de ideas anteriores. Soy un fiel y antiguo sostenedor de un derecho procesal garantista o, simplemente, conforme constitución. Y mis dudas o prevenciones sobre la posible unidad del derecho procesal se fueron despejando, al punto que hace tiempo que vengo sosteniendo que tal unidad procesal no sólo es *posible*, sino que constituye un paso *imprescindible* para su maduración científica. Además, siempre

consideré que el derecho procesal de corte autoritario no aporta *soluciones válidas, eficientes, y los que es más grave*, genera una incongruencia radical con los mandatos constitucionales que modelan un tipo de procesamiento opuesto a todo autoritarismo.

Me hago cargo que la nueva epistemología que manejo deberá superar varios obstáculos que se presentan en su camino. Para demostrar y convencer que puede arribarse a la unidad en la ciencia del proceso tendré que acreditar:

Que el *objeto de conocimiento* del derecho procesal es el "*conflicto intersubjetivo de trascendencia jurídica*" - como lo definió Alcalá Zamora y Castillo - (con prescindencia del contenido civil, penal, laboral, administrativo, que encierre el mismo)

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.

Por último, deberé acreditar que los "*valores*" que se persiguen consolidar a través del sistema de enjuiciamiento (civil o penal) son básicamente *iguales*. En efecto: la solución del conflicto y la eventual imposición de una condena (civil o penal) 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"*. es decir, un 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 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"

Enseña Popper 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 *cambio* de paradigmas, de metodología y 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.

## **BIBLIOGRAFIA**

BIELSA, Rafael "Transformación del Derecho en Justicia", Editorial La Ley, Buenos Aires, 1993

GOLDSCHMIDT, Werner, "Conducta y Norma", Librería Jurídica Valerio Abeledo , Buenos Aires, 1955.

FERRAJOLI Luigi, Derecho y Razón, pág. 166. Ed. Trota, Madrid, tercera edición, 1998.

HERRENDORF, David, Corrientes Actuales de la Filosofía del Derecho, Buenos Aires, Ediar, pag.32

PEYRANO Jorge W. "Aspectos Concretos del Proceso Urgente y de la Tutela Anticipatoria..."del libro "Sentencia Anticipada". Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe, Argentina, año 2000