

FRANCISCO CARLOS CECCHINI

**ELOGIO DEL
PROCESO
JUDICIAL**

**ELOGIO DEL
PROCESO
JUDICIAL**

FRANCISCO CARLOS CECCHINI

ELOGIO DEL PROCESO JUDICIAL



UNL • FACULTAD
DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES



**UNIVERSIDAD
NACIONAL
DEL LITORAL**

Rector **Enrique Mammarella**

Decano Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales **Javier Francisco Aga**

.....
Cecchini, Francisco Carlos
Elogio del proceso judicial / Francisco Carlos
Cecchini. - 1a ed. - Santa Fe : Universidad
Nacional del Litoral. Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales, 2020.
178 p. ; 25 x 17 cm.

ISBN 978-987-692-231-9

1. Derecho. 2. Justicia. I. Título.
CDD 340.114

.....

© Francisco Carlos Cecchini, 2020.

© Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
UNL, 2020.

Corrección

Laura Prati

Diagramación de interior y tapa

Laura Canterna



*Dedico este trabajo a mis nietos,
Martina, Catalina, Lola, Ana, Guadalupe,
y a Agustín, Vito, Martín y Santino.
Todos me han llenado de alegría.*

Índice

Prólogo / 9

Presentación / 13

Capítulo I

Repaso histórico del proceso / 19

Capítulo II

Evolución a partir del siglo XIX / 33

Capítulo III

Configuración del proceso / 43

Capítulo IV

El proceso judicial como garantía constitucional / 53

Capítulo V

Los elementos del proceso / 71

Capítulo VI

El proceso y los hechos / 89

Capítulo VII

El proceso y la revisión / 105

Capítulo VIII

El proceso como nido de infidelidades hacia él mismo / 115

Capítulo IX

Elogio y esfuerzos de las últimas décadas / 125

Capítulo X

**Meditaciones y referencias relativas
a un Derecho Procesal nuevo / 131**

Capítulo XI

Elogio del proceso / 141

Capítulo XII

Balance / 149

Sobre el autor / 177

Prólogo

Una vez leí que escribir un prólogo puede importar un honor, una alegría y un desafío. Estoy de acuerdo. Hacerlo a la obra *Elogio del Proceso* es un honor, por el señorío de quien me lo ha pedido y por los valores que encontramos en la misma, que son su sostén e inspiración. Es una alegría ver, a través de esta nueva obra que tiene la impronta de su autor, el compromiso renovado y solidario de mejorar para todos el tiempo jurídico que nos toca vivir sobre la base de la fuerza de sus convicciones, y es un desafío reflejar para los lectores el contenido de lo que se aprestan a leer, sustentado en la mejor inspiración que, como decía el poeta Baudelaire, se halla en el trabajo de todos los días.

El autor, Francisco Carlos Cecchini, es un reconocido académico universitario de extensa trayectoria. Egresado de la querida Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, a la que ha honrado sobradamente desde la cátedra (grado y posgrado), como conferencista invitado por distintas instituciones tanto de nuestro país como del extranjero, por una vida dedicada a la administración de justicia, a la que se entregó con pasión y vocación, teniendo para ello presente la responsabilidad que conlleva ser juez y el servicio público que tal acto cargo implica, y como autor de diversas obras que tienen como virtud la de hacernos pensar y repensar el Derecho, con el empeño contante de generar debates esclarecedores en ámbitos donde el aporte de su luz resulta necesario. Ello pues, por tratarse de un razonamiento fresco, evolutivo, que evidencia el ánimo de superar dificultades dogmáticas que por entronizar solo las formas merecen otra mirada. Extremo que concreta con una generosidad sin par. Generosidad sobre la que opinaba Aristóteles cuando decía que, de todas las variedades de la virtud, es la más estimada.

En una Presentación y 12 capítulos el autor nos muestra un enfoque moderno, personal e innovador del proceso judicial, diciéndonos que su inclinación es ver en el mismo un instrumento con claras connotaciones civilizatorias, de alta valía moral y de un transcurrir en el tiempo histórico con altibajos, con sus más y sus menos, sin que haya podido aún instalarse con un formato universalmente admitido como apto, útil, sencillo, y mostrándose con un solo rostro, retroalimentando debates y pareceres diversos, en algunos casos encontrados en el pensamiento jurídico. Dice que se intentará extraer sus valores y, quizás, sus esencias a partir de los elogios a su pre-

sencia en las sociedades, también acudiendo a la mirada crítica de cuanto a su respecto se ha dicho.

Propone, en su Capítulo I, un repaso histórico del proceso en la Antigüedad: Grecia y Roma. En el cristianismo y la Iglesia, que van construyendo su propio Derecho, el Canónico, y cómo, luego de la caída del Imperio Romano, con el poder que empieza a adquirir, se mixtura con el Derecho Romano y el Germánico influyendo notablemente desde la perspectiva de la injerencia de las creencias religiosas en el desarrollo del proceso, todo ello en sus coincidencias y manifestaciones diversas.

Ofrece, en el Capítulo II, una evolución del proceso a partir del siglo XIX, deteniéndose en las nuevas miradas y teorizaciones relativas a la determinación de su naturaleza jurídica. Su focalización en la trilogía estructural —jurisdicción, acción y proceso— indica cómo empieza la búsqueda de una teoría general del proceso y cómo el hoy nos posiciona en la clara inserción de las Constituciones en el centro de la escena, con la identificación de las garantías constitucionales sobre las que se explora.

Se expide, en el Capítulo III, acerca del proceso propiamente dicho, atendiendo a su relación con el Derecho y a sus contenidos fenomenológicos, ontológicos y axiológicos. Repara en su finalidad unívoca, cual es la de posibilitar que quienes se encuentren sumidos en un conflicto encuentren, de manera racional, pacífica e igualitaria, una decisión a la que deberán someterse, donde los matices o tonalidades diferentes —civil, comercial, laboral, de familia, administrativo, penal— no restan al proceso su condición de tal; y precisa, pues, que en razón de ello intentará desarrollar una teoría general del proceso que sea capaz de abarcar, en sus esencias, a todos los procesos.

Dedica el Capítulo IV a mostrarnos el proceso como garantía judicial, su enriquecimiento producido por los tratados internacionales, se aboca al modo en que se da la inserción del proceso en el andarivel constitucional, a la forma en que la Constitución en el núcleo mismo del orden jurídico tiene la virtualidad de derramar sus valores, principios y mandatos a todo el ordenamiento, sin esperar a que el legislador efectivice tal derrame en su tarea legislativa. Nos indica cómo el sistema constitucional diseña los contornos del proceso en la búsqueda del acceso a la jurisdicción y en la notable estrechez del vínculo entre la Constitución y el proceso, asumiendo la condición de instrumental del mismo.

Aborda, en el Capítulo V, la determinación de los elementos del proceso; analiza los principios que gobiernan el mismo, sobre los que se acerca de los sistemas procesales, precisando que aquellos principios y reglas a los que refiere tienen por destino posibilitar un marco de coherencia funcional e interpretativa al sistema que regula aquella actividad desatada ante el ejercicio de la acción.

En el Capítulo VI analiza el proceso y los hechos en la inteligencia de que son estos el factor imprescindible de determinar para que su puesta en funcionamiento efectivamente concluya en la solución buscada, y discurre sobre ello. Repasa lo relativo al proceso y la prueba y genera interrogantes en esta temática a los cuales da respuestas, para terminar tratando el proceso y la decisión, toda vez que el vínculo entre los hechos controvertidos, la prueba rendida y su valoración, son tramos esenciales en la formación de la decisión; y la decisión misma se configura en un núcleo motivacional y argumentativo que dará legitimidad a la sentencia.

En tanto, el Capítulo VII versa sobre el proceso y la revisión, para lo que hace un muestreo del tratamiento que los sistemas procesales han hecho de las impugnaciones permitidas y las analiza en detalle, como también los efectos de la sentencia definitiva, para concluir con el impacto del tiempo en el proceso, al que se aborda sin eufemismos, destacando los caminos que es necesario transitar para su agilización en pos de su eficacia.

El Capítulo VIII lleva un título atrayente: «El proceso como nido de infidelidades hacia el mismo». En él se encarga de decirnos que todas las manifestaciones valiosas que muestra la construcción del proceso, tanto desde el punto de vista dogmático como desde el práctico, ha gestado vicios que se instalaron en la cotidianeidad, los que con valentía y sin retaceos de ninguna índole se encarga de ilustrarnos.

Asume, en el Capítulo IX y bajo el título «Elogios y esfuerzos de las últimas décadas», que el proceso judicial, en este tiempo, anida valores —justicia, igualdad, libertad, seguridad— acoplados a la clara conciencia de la falibilidad humana; y nos refiere los esfuerzos que se han realizado en pos de los perfeccionamientos del proceso, en el afán permanente de encontrar eficacia y eficiencia.

En el Capítulo X detiene su análisis en lo que denomina meditaciones y referencia a un Derecho Procesal nuevo, dándonos una idea de cuáles han sido las motivaciones de los cambios para el alumbramiento del mismo. Termina el capítulo con un elogio de la faena creativa y la muestra de madurez en la disciplina, para lo cual desgrana uno a uno los logros alcanzados y señala los faros de orientación que considera propios de este nuevo momento en la disciplina procesal.

Cierra el Capítulo XI con su elogio del proceso focalizando en el mismo luego de aquilatar las razones de ello al decirnos que el proceso judicial como sistema civilizado se sostiene en un profundo andamiaje moral y racional, que enaltece los valores constitucionales que, en definitiva, son los de Occidente, en su manifestación realizadora de los derechos y como contribución de lo necesario —desde lo puramente jurídico— para la paz social.

Y concluye este magnífico aporte con un «Balance» (Capítulo XII) en el que se incluye prácticamente la mayoría de las figuras que han irrumpido en el quehacer procesal, destacando que muchas de ellas han encontrado aceptación en la jurisdicción sin necesidad de normativa que les acuerde asiento, lo cual es muestra —para el autor— de la ductilidad de la que es capaz el proceso, destacando en ello uno de los elogios que acuerda a la figura central del trabajo.

Podemos decir, luego de repasar algunos de los temas tratados, que estamos frente a un trabajo que denodadamente trata de ayudarnos a encontrar las respuestas a los problemas procesales que nos aquejan, y desde este vértice su análisis encuentra en su desarrollo equilibrio, prudencia ante los nuevos retos, y un rigor inigualable.

Circunstancias todas que tornan destacable el aporte, por lo que nos servirá a todos para enfrentar el porvenir con eficacia.

Pancho, el querido Pancho, sin altanería de ningún tipo, trata de ilustrarnos en los meandros del proceso, y esa actitud de su parte me permite recordar que, procurando instruir a los hombres, como decía el filósofo francés Charles Louis de Secondat, es como puede practicarse la virtud general que comprende el amor a todos. Lo hace sin estridencias, con erudición y excelencia, dándonos el ejemplo de cómo la ductilidad del Derecho a la que aludiera deviene compatible con los principios y los valores constitucionales que con porfía destaca.

Blas Pascal enseñaba que los mejores libros son aquellos de los cuales quienes los leen creen que también ellos hubieran podido escribirlos. A mí me pasó. Por eso no dudo en señalar, en representación del lector, que todos reclamaremos que el esfuerzo continúe, que siga Pancho nutriéndonos de sus perspectivas personales en la evolución constante de esta parcela del Derecho, porque la vara de su producción literaria eleva para bien la materia.

Enrique Carlos Müller

Presentación

Antes que nada ser verídico para contigo mismo.

Y así, tan cierto como que la noche sigue al día,

hallarás que no puedes mentir a nadie.

William Shakespeare

Sabiendo que hay numerosísimas publicaciones, ensayos, obras literarias y hasta artículos periodísticos que han recurrido a la expresión de «elogio de la estulticia»¹ que abordan diversos temas y siempre montados sobre aquella vieja y alabada obra de Erasmo de Rotterdam, lejos está de nuestra pretensión ser originales en la titulación de estas líneas. No podemos dejar de mencionar a Piero Calamandrei, quien titulara *Elogio de los jueces escrito*

1 La obra de Erasmo hace hablar en primera persona a la «locura» o a la «estulticia» (y que no son la misma cosa). Transcribimos un párrafo de Erasmo que, quizás, muestre aquello que quisiéramos transmitir: Bajo el título «Ciencias que más se conforman con la estulticia», señala «después de los médicos, ocupan el lugar inmediato los leguleyos (si es que no ocupan el anterior), de cuya profesión acostumbran a burlarse los filósofos con rara unanimidad, por considerarla propia de jumentos (asno, borrico). Yo no me atrevería a decir tanto, pues lo cierto es que estos jumentos gobiernan a su antojo los negocios grandes y pequeños y ven aumentar su fortuna, mientras que los teólogos, después de haber sacado de sus tinteros todo lo divino, tienen que roer legumbres y sostener guerra continua con chinches y piojos. Así pues, como las ciencias proporcionan mayor provecho son las que guardan mayor afinidad con la estulticia, dedúcese de ello que los hombres más felices serán los que logren abstenerse absolutamente de todo comercio con el saber y se gobiernen tan solo por los dictados de la Naturaleza, que en nada nos falta sino cuando pretendemos traspasar sus límites, y la cual odia el artificio y se muestra tanto más hermosa allí donde nunca ha sido profanada por la mano del hombre». Erasmo de Rotterdam (1466–1536) escribió su *Elogio de la estulticia* en 1511, y allí ya advertía en la dedicatoria (a su amigo Tomás Moro): «En cuanto a los que se escandalizan de la ligereza y de lo jocoso del asunto, les suplico que adviertan cómo este ejemplo no es mío, sino que desde hace largo tiempo ha sido puesto en práctica frecuentemente por grandes escritores. Ha siglos que Homero, ha cantado La Batracomiomaquia; Virgilio, el mosquito y no sé qué vianda rústica; Ovidio, el nogal. Polícrates ha hecho el elogio de Busiris e Isócrates lo ha refutado. Glaucon ha celebrado la injusticia, Sinesio, la calvicie; Luciano, la mosca y el oficio de parásito. Séneca ha escrito la Metamorfosis de Claudio; Plutarco, el diálogo de Grillo con Olisca; Luciano y Apuleyo, el asno; y no sé quién, el testamento del lechón Grunnio Corocotta, de que hace mención San Jerónimo. Después de todo, si esto les agrada, que se imaginen que he jugado a los dados para distraerme, si así lo creen mejor, que he estado corriendo a horcajadas sobre un palo de escoba». Destacamos que no son la misma cosa «locura» y «estulticia», pues la obra de Erasmo debió llamarse «Elogio a la estulticia».

por un abogado aquel ensayo cuya edición en español fuera prologada por Eduardo J. Couture.²

Haremos, no obstante, una aclaración inicial, y es que en el presente no pondremos en boca del «proceso judicial» el desarrollo que se intenta transmitir, sino que lo haremos desde nuestra propia posición, refiriéndonos al proceso desde nuestra mirada, torciendo de tal modo el estilo de Erasmo, quien hace hablar en primera persona a la «locura» o «estulticia». No se trata de un gesto de «infidelidad» con la fuente a la que hemos recurrido, sino de la utilización de un recurso que se nos presenta más sencillo para satisfacer nuestra intención.

Sin embargo, nuestra inclinación por ver en el proceso judicial un instrumento con claras connotaciones civilizatorias, de alta valía moral y de un transcurrir en el tiempo histórico con altibajos, con sus más y sus menos, sin que haya podido aún instalarse con un formato universalmente admitido como apto, útil, sencillo y mostrándose con un solo rostro, retroalimentando debates y pareceres diversos, en algunos casos encontrados en el pensamiento jurídico, intentaremos extraer sus valores, y quizás, si es posible, sus esencias a partir de los elogios a su presencia en las sociedades, también acudiendo a la mirada crítica de cuanto a su respecto se ha dicho.³

Tampoco es nuestra intención —pues carecemos del talento y la complejidad necesarias para intentarlo— abordarlo de un modo íntegro, sino tan solo, entiéndase así, se trata de un intento de predicar descriptivamente los avances y retrocesos que ha mostrado y —si nos fuera posible— arribar a una conclusión que, sin engalanarla de difinitividad, permita un avance en la construcción de esta herramienta puesta al servicio de la paz social. En algún sentido, nos hemos querido posicionar en la convicción de Michele Taruffo⁴ en cuanto señala:

2 Dice Couture en el prólogo: «Muchos profesores, en varias circunstancias, recordaron simbólicamente el ex *libris* que le caracterizó, en el cual misteriosas gravitaciones del espíritu inclinaban la balanza de la justicia del lado de la rosa y no del lado de los códigos. Y todo ello, porque difícilmente ninguna imagen por feliz que fuera, podía representar mejor el símbolo que Calamandreí mismo sugiriera al artista, la ingrátida sustancia del alma humana venciendo las ásperas potencias de la ley».

3 Bueno es recordar que Enrique Vescovi, al presentar el anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, señala: «El sistema [refiere al que consagra el anteproyecto] es el que tiende a prevalecer en la mayoría de los países del mundo, donde hay coincidencia que nos dirigimos hacia un proceso civil universal» (junio de 1997:6). Ver publicación del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, editada por la Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, junio de 1997, pág. 6.

4 Al presentar una de sus obras: *Páginas sobre la justicia civil*, Marcial Pons, colección «Proceso y Derecho», Taruffo, Michele (2009, pág. 15).

los problemas de la justicia civil —tal como sucede con muchos otros problemas jurídicos— no se pueden comprender permaneciendo dentro del Derecho positivo vigente en un cierto momento histórico y en un sistema jurídico específico. La reconstrucción histórica y el análisis comparado se encuentran entre los instrumentos esenciales de los que el jurista moderno debe saberse servir.

En el transcurso de su existencia científica, inserta en el tiempo a mediados del siglo XIX, fueron muchos los que abordaron su estudio, escudriñaron los elementos que encierra, lo desgranaron hasta descubrir sus connotaciones más pequeñas y generaron —para bien del avance del conocimiento del fenómeno procesal— innumerables debates de los cuales en algunos casos se han podido construir síntesis y en otros aún perduran miradas opuestas de las que —seguramente— podrán emerger nuevas síntesis y —lo decimos esperanzadamente— nuevos devaneos de los que propiciamos avances para su perfeccionamiento.

También a lo largo de su vigencia en la categoría científica, la que, pese a los esfuerzos, aún está en duda, se lo ha observado desde ángulos diversos, incluso, en algunos casos, reduciéndolo a una construcción legislativa, confundiéndolo con la manifestación normativa que ha conducido a no pocos estudiosos a un análisis exegético según sea esa manifestación totalmente circunstancial, mostrándose como una técnica de litigación puntual y específica para un momento y espacio determinados, debiendo recordar que «hoy en día, nadie que quiera hacer ciencia del Derecho se puede contentar con la exégesis» (Carnelutti, 1981:XVI, ap. II).⁵

Pero la compaginación entre las categorías científicas que se han formulado a su respecto, y la observación de las normas que tales categorías muestran en muchas construcciones legales, deben constituir una faena interrelacionada, pues las primeras dan asiento a las segundas y estas últimas son las que inquietan más a los operadores jurídicos, toda vez que se presentan como los instrumentos concretos que han de ser tenidos en cuenta al tiempo de su utilización como instrumento de pacificación social.

5 Nos apresuramos a aclarar que nuestro propósito no es el de hacer ciencia, antes bien, para ello debiéramos atribuirnos el talento suficiente para hacerlo. Solo está en nuestra intención aportar una mirada, si se quiere más o menos completa, de las virtudes del proceso como construcción civilizatoria y sin desatender la condición que el autor al que hemos citado le acuerda, de subrogado para la realización del Derecho, en tanto no sea posible el espontáneo cumplimiento del derecho, apuntando al cabo de nuestro aporte aquellos factores que, consideramos, provocan —en muchos casos— su falta de eficacia y poca credibilidad en la ciudadanía.

En su interior se insertan valores, se descubren principios y se manifiestan reglas, se proponen sistemas y subsistemas, y se consagran métodos que, por si fuera poco, en muchas ocasiones provienen de ordenamientos más jerarquizados, por caso las Constituciones, insertándose de un modo tal que a veces es posible descubrirlos por su notable evidencia y otras —en cambio— decantan a partir de la lógica y la razón imbricadas detrás de su vidriera normativa, no siempre totalmente transparente, demandando así una tarea serena y profunda a quien requiere de su utilización.

En un primer momento habremos de formular un paneo histórico, aunque sintético, de su evolución e involución que, a lo largo del tiempo, muestran cambios, marchas y contramarchas, idas y venidas, siempre asentadas en los contextos variados en los que se ha instalado.

En el segundo tramo intentaremos extraer de su presencia en cualquier instante de la historia su finalidad —en muchos casos— también circunstancial aunque con un destino unívoco, cual ha sido el de resolver la tensión que provoca la búsqueda de la armonía social en tanto esta se vea inderida por conflictos, con la ocurrencia a la autoridad poniendo coto a la desarmonía que determina su puesta en funcionamiento.

A partir de cuanto dijimos en los párrafos anteriores, buscaremos, partiendo del tiempo en que se entronizara como un espacio con pretensiones científicas y abarcativa de todas las variedades según sea el sitio jurídico al que está sirviendo, los innumerables debates, pareceres diversos que algunos espacios concretos del fenómeno han provocado.

Tales debates, algunos cerrados y otros aún en erupción, permitieron, en muchos aspectos, su propia evolución sin que hayan sido ajenas las contextualidades propuestas desde la política, desde la economía, desde lo social, desde la moral, desde la ética y, en fin, desde las ideologías, según se mostraron los acontecimientos en los que se instalara el fenómeno procesal para operar en concreto.

Finalmente, procuraremos presentar al proceso como un sistema, vivo y dinámico, que, con imperfecciones y criterios aun encontrados, inquieta en su propia puesta en funcionamiento y despliega incertidumbres que en la hora actual aparecen como el foco en el que han de profundizarse los esfuerzos para enriquecer la disciplina y tornarla más accesible en su instrumentalidad. Y, quizás lo más importante, que aquellos a cuya paz está destinado el proceso encuentren en él un modo adecuado de tranquilidad y no un instrumento inaccesible e inescrutable que solo genera ansiedad, inquietud e incerteza en cuanto a su utilidad, trocando al destinatario en un incrédulo y perplejo ciudadano que poco y nada entiende respecto de su sentido y finalidad.

Hemos de insistir en que aquellas construcciones añosas y más perdurables de lo querido, aun cuando en ellas encontramos diseños que pulcramente tienden a preservar todos los valores y exigencias de lo que se ha llamado «debido proceso», no es menos cierto que el esmero puesto en esa preservación ha descuidado su funcionalidad y eficacia, con lo cual ha sido la propia doctrina procesal la que ha asumido tales falencias y ha hecho el esfuerzo imaginativo y creativo de aportar instrumentos más ágiles y sencillos, por lo cual, al final de este aporte, haremos una referencia a esos avances.

En síntesis, en nuestras reflexiones hemos incluido algunas conclusiones destinadas a señalar que el proceso se muestra —al cabo del tiempo de su evolución— como un instrumento puesto al servicio de la realización de los derechos. Si bien como tal podría haber llegado el momento de acordar que su utilidad sea universalmente reconocida,⁶ como ha sido con el microscopio, el telescopio, el martillo o la fragua, lo cierto es que aún se debate en un funcionamiento imperfecto inferido por devaneos y discusiones en su finalidad y estructura que, puesto en manos inadecuadas, no ha podido cerrar en su entorno una construcción que —en su dinámica— aporte todo aquello de lo que es capaz para que la finalidad realizativa muestre —en la realidad y en los hechos— la magnificencia de los valores que se instalan en su interior y —en cambio— su utilidad en lo terrenal muchas veces se desvanece.

El proceso judicial es como un instrumento musical que, puesto en manos adecuadas, presta un servicio al placer de escuchar las combinaciones de los sonidos; o como la palabra que, utilizada por los talentosos, es capaz de transmitir el fruto del pensamiento, de la imaginación y de la pureza de la mente. Sin embargo, si el mismo instrumento cae en manos inexpertas, imperitas, inadecuadas o malintencionadas, el resultado de su funcionamiento aporta precisamente lo contrario de aquello para lo cual ha sido concebido. Se muestra así como un instrumento de perturbación, de enredo del orden que se quiso prevenir y evitar, como un disvalor de cuanto se pensó y se construyó al diseñarlo.

El proceso se nos presenta así, como Jano, con dos caras, la una útil, sincera, límpida, dibujada para lograr una sentencia justa en tiempo oportuno, posibilitando la realización de la paz social perturbada por el conflicto que se inserta en su interior, y la otra cargada de maledicencia, de contornos perturbadores a su función, disonancias y desarmonías que provocan confusión, oscuridad, enredos y distorsiones en el tiempo de su desarrollo, que cobijan la injusticia y aun la frustración de los derechos puestos en entresíjo. Paradoja asentada en su funcionalidad y disfuncionalidad posibles.

⁶ Ver nota 3.

Queremos por fin expresar una disculpa en cuanto a que hemos realizado citas propias, de trabajos o publicaciones con las que solo pretendemos mostrar alguna coherencia de todo cuanto hemos de señalar y —lógicamente— sin más pretensión que no sea la de ilustrar aquello que sostuviéramos en oportunidades anteriores a esta. Sabemos que las «autocitas» no siempre son bien vistas, pero es que con ellas solo se muestra que el presente es un trabajo precedido de otras meditaciones y reflexiones realizadas durante muchos años.

Referencias bibliográficas

- Calamandrei, Piero (1955). *Elogio de los jueces escrito por un abogado*. Buenos Aires: Ejea.
- Carnelutti, Francesco (1981). *Derecho y Proceso*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ejea.
- Fundación de Cultura Universitaria (junio de 1997). *Erasmus de Rotterdam*. Montevideo: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.
- Taruffo, Michele (2009). *Páginas sobre la justicia civil*. Madrid: Marcial Pons.

Capítulo I

Repaso histórico del proceso

Remontarse al pasado no siempre resulta fácil ni —mucho menos— interesante o útil desde la perspectiva de quien acude a la lectura de temas procesales con la clara intención de encontrar en las líneas que lee, las soluciones a las cuestiones que le están siendo demandadas desde el ejercicio profesional o desde la judicatura.

Sin embargo, y aun cuando esta sea una observación de clara tonalidad académica, en los rincones del pasado es posible encontrar las razones por las que el conocimiento y el pensamiento han llegado hasta aquí, lugar en el que ahora estamos.

No ha de desdeñarse que el conocimiento del pasado, y especialmente el pasado de las instituciones jurídicas, aporta al pensamiento jurídico actual las posibilidades de razonar y argumentar en torno de las figuras con mayor precisión, pues en los orígenes se encuentran los núcleos de las mismas.

No creo que sea completamente inútil para contribuir a la solución de los problemas políticos distanciarse de ellos algunos momentos, situándolos en una perspectiva histórica. En esta virtual lejanía parecen los hechos esclarecerse por sí mismos y adoptar espontáneamente la postura en que mejor se revela su profunda realidad. (Ortega y Gasset, 2011)

Es que las instituciones jurídicas encuentran su génesis en circunstancias contextuales integradas por factores sociales, políticos, económicos, geográficos, de toda índole, que van forjando la imaginación del jurista hasta crear el instituto que acuerde respuesta —no siempre lograda— a los conflictos que, dibujados desde tales circunstancias, nacen, renacen, se agudizan e, incluso, desaparecen.¹

¹ Es posible ejemplificar a través de lo que nosotros hemos conocido como el mecanismo de la «indexación», admitido en determinado momento, y reemplazado por su propia prohibición. La indexación, concebida en economía como: «Sistema utilizado para compensar las pérdidas de valor de las obligaciones a largo plazo (empréstitos, deudas, obligaciones, salarios, etc.) producidos por las desvalorizaciones monetarias o la inflación. Consiste en fijar un índice (IPC, el valor de un bien o servicio, etc.) que sirva como referencia para determinar el rendimiento o evolución de dicho elemento (por ejemplo, si el IPC de un año aumenta un tanto por ciento determinado, los salarios nominales del año anterior aumentarán en el mismo porcentaje». Ver la voz «indexación» en Wikipedia.

En el particular caso de la historia del Derecho, del procesal en especial, la delimitaremos a la de Occidente, pues tal es el complejo de hechos acaecidos en el pasado que encuentran imbricaciones con la realidad actual de nuestras comarcas.

También hemos de perfilar lo que diremos del fenómeno del proceso judicial, pues estas líneas han propuesto una temática específica y concreta relativa al proceso, por lo que en ese andarivel fijaremos nuestro análisis.

La Antigüedad. Grecia y Roma

En oportunidad previa a la presente hemos hecho referencias a la influencia del Derecho de la antigua Grecia, con su preponderancia en el marco del Derecho Público, habiendo sido, en cambio, en Roma donde el desarrollo del Derecho Privado tuvo mayor incidencia en la decantación de las instituciones que hoy conocemos (Cecchini, 2016:10 y ss.) Recuerda Ortega y Gasset (2005:278) la expresión de Mommsen: «La Grecia es el prototipo del progreso humano; Roma el prototipo del progreso nacional».

Se desprende de ello que el aporte de Grecia fue al pensamiento, a la inquietud por conocer;² y el de Roma, asentado sobre los cimientos de Grecia, fue a la construcción, primero de una monarquía, luego de una República, y finalmente de un Imperio, con todo el desarrollo del Derecho que aún hoy nos envuelve.

Bueno es recordar a Chiovenda (1949:302 y ss.), quien en ocasión de leer en la Universidad de Parma —5 de diciembre de 1901— su proslusión bajo el título de «Romanismo y Germanismo en el proceso civil», hace un minucioso repaso de las inferencias entre el Derecho Germano, el romano, el canónico, el sajón, el Derecho lombardo, el francés, y da innumerables referencias bibliográficas que muestran en la doctrina un intenso sentido nacionalista³ en los análisis, en tanto cada uno de los autores rescata para sí méritos en las fuentes que determinaron lo que entonces se llamó el «moderno Derecho Procesal».

2 A Horacio se le atribuye la expresión: «La Grecia conquistada, con su arte y filosofía, conquistó al bárbaro conquistador».

3 La finalización del siglo XIX y los comienzos del siglo XX se agudizaron los sentimientos nacionales, tanto en Europa como en el resto de Occidente. Es posible advertir en ello el pensamiento de la Escuela Histórica del Derecho (Savigny y Putcha) en tanto encontraban el derecho en el Sentir del Pueblo. Ver <https://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Nacionalismo&oldid=91916731>

La utilidad de su lectura puede dar testimonio de que el pensamiento procesal encontraba asiento fundamentalmente en los institutos o figuras procesales y sus orígenes, sin que hayamos podido advertir mayores ponderaciones o críticas a los institutos mismos, aunque sí —y lo destacamos como lo hace el autor— una clara inclinación por un sistema oral moderado, específico para determinadas controversias, con particular referencia al contacto entre el juez, las partes, letrados y la prueba —inmediación—, la posibilidad de la publicidad⁴ si, sobre todo, nos posicionamos en el carácter público del proceso y en la consideración que la actividad de la jurisdicción tiene incidencia en el sentir de la comunidad, más allá de los efectos precisos que operan sobre las misma partes.

Es fácil encontrar en la formación del Derecho Procesal continental a lo largo de la historia, y en particular a partir de la recepción operada en Bolo-
nia del Derecho Justiniano, sucesivas fusiones entre sistemas jurídicos de diversa índole que han formado nuevos sistemas, con lo cual las mixturas jurídicas configuran genéticas diversas de la evolución del Derecho, a las que en otro espacio Couture dedica delicados párrafos en *Trayectoria y destino del Derecho Procesal* (1999:292).⁵

Cabe, ahora sí, y desde un punto de mira más específico, hacer un repaso de Chiovenda (1949), quien incursiona en institutos o figuras concretas del fenómeno procesal, con referencia al romanismo.⁶

Está claro que la amalgama entre la vieja Grecia y su consecuencia cultural⁷ —Roma— implicó un avance en la civilización, más allá de que ello haya generado tanta conquista, tanto derramamiento de sangre, tanta sumisión y tanta mixtura entre las culturas de los pueblos conquistados y las pretensiones de dominación de lo que fue el gran Imperio que tuviera más diez siglos de vigencia.

4 Poner luz en el funcionamiento del sistema judicial, significa acordar claridad. Tal como dijera en alguna ocasión un juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos: «el sol es el mejor detergente para aportar transparencia y pulcritud al funcionamiento del sistema judicial»

5 En la ocasión, el profesor uruguayo desarrolla tres conferencias en la ciudad de Córdoba, bajo los subtítulos: «Pasado», «Presente» y «Futuro del derecho procesal». Tanto Chiovenda como Couture han incursionado con particular talentos en la mirada del pasado, con un claro propósito de encontrar asientos sólidos en el presente, por lo cual su lectura es particularmente rica.

6 «La idea romana en el proceso civil moderno», leída por el autor en Bucarest en 1932.

7 Decimos que Roma es la consecuencia de lo que fuera Grecia, pues de esta última se tomó precisamente la filosofía, agregándole Roma la racionalidad en la construcción del derecho. No resulta posible analizar el Derecho Romano sin tomar en cuenta el pensamiento griego acerca de la justicia y la ética.

La mayor aportación de los griegos al Derecho abarca tres temas principales: su discusión filosófico-jurídica en torno al concepto de justicia, su experimentación sobre sistemas constitucionales en las ciudades-Estado, y su paso a través del tiempo de regímenes aristocráticos u oligárquicos a democráticos.

En otra oportunidad hemos dicho que Occidente debe a Grecia la inclinación y desarrollo de la filosofía; a Roma le debe el Derecho; y a la cultura judeo-cristiana, la moral.

Los griegos trajeron de Egipto, gracias a su cercanía física con Oriente, elementos que facilitaron su agricultura, como el carro con ruedas, la hoz, el arado, la mensura de tierras, el trabajo con los metales y la fabricación del vidrio. También el papiro para la escritura, la construcción de templos, el cultivo de la vid y del olivo. De Caldea, ubicada en la confluencia de los ríos Tigris y Éufrates,⁸ trajeron los instrumentos para medir el tiempo, la división de la semana en siete días, la división también del círculo en 360 grados, la astrología y algunas prácticas de magia y hechicería. De los fenicios adoptaron la escritura alfabética en la que cada letra representa un sonido. De cuanto los griegos aprendieron de otros pueblos, ellos incorporaron un nuevo modo de pensar y, a la par, los «amigos de la sabiduría» (los filósofos) trabajaron con independencia de las religiones, operaron con la observación del mundo que los rodeaba y con el razonamiento, aplicaron por primera vez el método racional, trataron de descubrir leyes de validez general, y las usaron para las matemáticas, la geometría, la aritmética, la mecánica, la geografía, la historia, la botánica, la zoología, pero también aportaron métodos destinados al «arte de pensar»: la filosofía, la lógica, la crítica, el método escéptico, y la dialéctica.⁹ Aplicaron además el método racional a la política e hicieron

8 Los babilonios (caldeos): esta civilización se encontraba en medio del río Tigris y Éufrates en una región denominada Sumer, en la antigua Mesopotamia. Estas tierras se prestaban para la agronomía y como fuente de alimentos era muy apetecida por las civilizaciones vecinas, entre las ciudades más importantes están la de Ur, Accad, Erec, Nínive. De los documentos más reconocidos de leyes podemos citar el código de Hammurabi de 1800 a.C. Hammurabi fue el fundador de Babilonia y en el código había reglas políticas y militares que se caracterizaban por tener penas muy severas; las materias contenidas en 388 artículos versaban sobre lo penal, organización judicial, bienes, contratos, matrimonios y sucesiones. Los encargados de explotar la tierra eran los intendentes que posteriormente entraron a administrar justicia. Otra característica esencial era que fue la primera civilización en apartar a los clérigos de los gobernantes; a los primeros se les confió el poder de los sitios de culto y en un comienzo administraron justicia pero luego se les quitó esta facultad. Hammurabi fue el encargado de delegar la jurisdicción en los jueces civiles. Esta cultura es rica en conocimiento jurídico y fue descifrado este código recién en 1902.

9 Se conoce como dialéctica a la técnica que intenta descubrir la verdad mediante la confrontación de argumentos contrarios entre sí. La palabra dialéctica es de origen griego *dialektiké*. La dialéctica es el arte de persuadir, debatir y razonar ideas diferentes. La dialéctica en un discurso consiste en la contraposición de una idea, entendida como tesis, y las contradicciones de las ideas debatidas

desembarcar en Occidente palabras de origen griego como, precisamente, política, democracia, despotismo, aristocracia, monarquía. En fin, como nos permite ver Pérez Ramírez (2016:24), autor en el cual nos apoyamos en lo expresado, Grecia preparó a Europa para la civilización.

Este autor atribuye a Roma (32) el mérito de haber logrado la unidad política y social; y Roma aprendió de los etruscos a construir bóvedas¹⁰ y a adivinar el futuro mediante el vuelo de las aves.

Al comenzar a traducir a sus vecinos griegos, imitaron aquellos géneros literarios de los cuales abrevaron y así surgieron Virgilio, Horacio y Cicerón. Esa unidad política y social permitió a Roma crear y construir un Imperio en el que se difundió su lengua, el latín, y también construyó y difundió el Derecho. Esta última aportación para Europa significó reglamentar o regular el matrimonio, la familia, la propiedad privada, las formas de adquirirla, la herencia, el testamento, las sucesiones, las donaciones, los contratos privados, las obligaciones, la servidumbre y el usufructo. Los efectos que produjo la divulgación de su derecho implicaron además —por la extensión de sus posesiones— la incorporación de leyes escritas y la creación de tribunales permanentes servidos por abogados, quienes asumían la representación de los litigantes. Aquel aporte venido de Grecia sobre las especulaciones acerca de la justicia y la ética¹¹ fueron valores incorporados a Occidente por Roma.

Y hubo algo más, los romanos distinguieron entre las creencias religiosas y la racionalidad y construyeron el Derecho desde esta última, con lo cual se observa una clara división entre lo divino y lo humano.

Asimismo, fueron hábiles e inteligentes en el arte de la guerra, algo que quizás aprendieron de los espartanos y que les permitió expandir el territorio de sus dominios, creando las legiones romanas, de cuya denominación

son conocidas como antítesis, y de la unión de ambas surge la síntesis cómo una nueva resolución del tema. La dialéctica también es conocida como una manera de filosofar, y su concepto fue debatido por años por diversos filósofos, como Sócrates, Platón, Aristóteles, Hegel, Marx, y otros. Sin embargo, fue Platón el pionero de la dialéctica al emplearla en sus diálogos, como método de llegar a la verdad.

10 Ese tipo de construcción les permitió realizar templos y edificios que, mixturados con el arte helénico, aún hoy son testigos de la grandeza de aquel Imperio.

11 Notemos que incluso hoy constituyen preocupaciones esenciales del quehacer jurídico. Ver Ross (1994); Hart (1963); García Marzá (1992), o —por fin— Bobbio (1997). La primera obra es de 1958 y la segunda de 1963; en la siguiente escudriña el pensamiento de Habermas, y en las dos últimas se ensaya la pregunta acerca del «gobierno de los hombres o el gobierno de la ley». En todas ellas se convoca al pensamiento filosófico jurídico en temas que ya los griegos habían tomado con particular preocupación: La justicia, el Derecho, la moral, la ética y la democracia, en una amalgama transida de debates e interrogantes aún no resueltos. Las referencias al pensamiento de los griegos son casi el punto de partida de sus reflexiones.

devienen los términos «legendarios» y «leyenda», las que además viajaban por todo el Imperio a través de carreteras que aún se mantienen vivas, debiendo incluso transportar agua para los pueblos y territorios carecientes de ese elemento, dándonos los acueductos que hoy adornan ciudades como Segovia o Estambul. Supieron —y lo hicieron— aprovechar los restos de viejas construcciones para levantar nuevos monumentos.¹²

Al convertirse al cristianismo, el emperador Constantino unificó el Imperio e incorporó a sus territorios y a su pueblo aquella moral judeo-cristiana vinculada con el monoteísmo y las reglas emergentes de los mandamientos y de los Evangelios, con lo que Roma se trocó en el vehículo por el cual ingresó a Europa¹³ un cúmulo de creencias, reglas y principios emergentes del judaísmo y del cristianismo que compaginaban con reglas y principios construidos desde el Derecho Romano, como, por ejemplo, el de la buena fe.¹⁴

12 El arco de Constantino en Roma fue construido utilizando materiales de otros monumentos, como así la reserva de agua —Cisterna de Justiniano— que aún se visita en Estambul y que mandara a construir Justiniano.

13 «Europa es mucho más que un enclave geográfico, es un producto de la historia, una concepción de la civilización y de la cultura, un referente de lo que Hegel considera *la larga marcha de la humanidad hacia la libertad*». Ver asimismo Cecchini (2016:13), y especialmente la cita 13, con cita de José Luis Vázquez Sotelo (1995:26).

14 Del oráculo de Delfos..., en especial en el capítulo XXII, bajo el título «Prometeo mal encadenado o la arrogancia de los economistas», y que nos permitimos transcribir: «En la antigüedad, el individuo como tal, no existía y no existían otros deberes que los del Estado, fuese este Atenas o Roma. La ley formaba parte de la religión y el Estado estaba estrechamente ligado a la religión: de ella procedía y con ella se confundía. Al mismo tiempo, algunos santuarios como Delfos o Cuma, atraían a los hombres tratando de resolver misterios para los que no encontraban respuesta, lo que comenzaría a forjar la idea de una “inteligencia divina” fuera del mundo de los hombres, o al menos de la inmensa mayoría de los hombres, si exceptuamos a las sibilas, arúspices, videntes, astrólogos, profetas, etc., que, con uno u otro nombre, siempre han existido (y existen) y que supuestamente podían prever el futuro, especialmente para que los más ignorantes, ingenuos o simplemente desinformados sepan lo que va a ocurrir. El triunfo del cristianismo marcaría el fin de la sociedad antigua. Mientras en la Antigüedad se idearon dioses con pasiones humanas, con el cristianismo Dios fue concebido como un ser verdaderamente extraño, por su naturaleza, a la naturaleza humana. Entre las ruinas del Imperio Romano, la Iglesia cristiana se mantuvo intacta y las invasiones bárbaras, se convirtió en la gran fuerza civilizadora de aquél tiempo. Con la llegada de los bárbaros, mientras la administración romana se desvanecía, la Iglesia cristiana permaneció de pie formando un cuerpo en el cual cada miembro sabía leer y escribir en latín. Solo por eso la Iglesia cristiana ejerció con sus ideas una preponderancia irresistible, poseyendo —probablemente sin haberlo querido ni buscarlo— el monopolio de las ciencias. Sus escuelas y sus libros fueron, salvo raras excepciones, las únicas escuelas y los únicos libros; la escritura, sin la que no es posible la civilización, le pertenecía casi exclusivamente. En esa situación la Iglesia cristiana adquirió en Europa una situación de veneración, no solo por su carácter religioso sino porque frente a los laicos gozaba del prestigio que la ciencia siempre ejerce sobre los ignorantes y porque se convirtió en la pieza esencial para los Estados que empezaban a formarse en la Europa occidental, que no podía prescindir de sus servicios. La Iglesia aprovechó esta situación para realizar su ideal religioso y someter la voluntad del Estado que la requería como auxiliar, conservando durante siglos el dominio de la sociedad europea y apareciendo como depositaria de una civilización más antigua y

La caída del Imperio, primero el de Occidente, sumió en la oscuridad a aquel Derecho hasta que —pasados los siglos— fue revelado por Irnerio (*lucerna iuris*) en Boloña,¹⁵ gestándose así la «escuela de los glosadores» y produciéndose el «renacimiento» del Derecho Romano recopilado por Justiniano siete siglos antes. Anotaron el *Corpus Iuris civiles*, sobre todo el Digesto y Codex (además de las Institutas y las Novelas). En ellos estaba la más completa regulación de todas las relaciones privadas, públicas y penales del antiguo romanismo. Los posglosadores transgredieron el sistema exclusivamente exegético y cerrado de los predecesores y enmarcaron su tarea en la construcción de principios y conceptos emergentes de las normas contenidas en aquellos documentos; y fue Bartolo de Saxoferrato su gestor.

Estos dos movimientos ingresaron *el silogismo* como método de interpretación y aplicación de las normas, lo que, a la vez, implicó —sobre todo con los posglosadores— la mixtura entre el Derecho Canónico —separado de la teología— y el Derecho Romano.

Destaquemos que la caída del Imperio a manos de los bárbaros determinó el ingreso del Derecho Germánico, influencia que supuso la vinculación del Derecho con la Divinidad, que luego se agudizará con la preeminencia de la Iglesia en los ámbitos del Derecho, y que importará la mixtura con el Derecho Canónico.

El Derecho, entonces, debe a Grecia su inquietud por la justicia, la ética, con el hombre como centro de preocupación; el desarrollo de los sistemas políticos y la idea democrática de gobierno, también con el hombre como integrante de un grupo social.

avanzada» (153-154). Recordamos al lector que Prometeo, aún encadenado y con la intención de lograr su liberación, entre otras cuestiones, explica a los mortales como los benefició: «les enseñó a predecir el movimiento de las estrellas, los números [aunque no los arábigos, que fueron recién ingresados por Fibonacci, con el *Libro del Abaco* publicado en 1202 —aclaración del autor—], la escritura, el uso de los animales para trabajos agrícolas, las medicinas, el arte de la adivinación, el modo de interpretar los sueños, el modo de hacer señales con el fuego y los minerales bajo tierra. Recuperado de: https://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Prometeo_encadenado

15 Lo que se produce a finales del siglo XI en Boloña es el definitivo desarrollo de la ciencia jurídica europea, la comunicación entre pueblos y naciones independientes de Europa, que se cohesionan a través del gran tronco que supone primero el Derecho Romano, considerado como el derecho natural o la razón escrita, y con posterioridad el Derecho Canónico, que nace con pretensiones de universalidad y de autoridad moral. La unión de ambos derechos (*utrumque ius*) es lo que se denomina derecho común (*ius commune*). A la escuela de artes liberales de Boloña en la que se enseñan las materias comprendidas en el *trivium* (gramática, retórica y dialéctica) y el *quadrivium* (matemáticas, geometría, astrología y música) llegan estudiantes de toda Europa. Muy pronto comienza asimismo a estudiarse el Derecho con carácter independiente. La tradición atribuye a Irnerio, gramático, filólogo y lógico, el magisterio y la autoridad en materia jurídica a comienzos del siglo XII. Ver Fernández de Buján y Fernández (2011).

Roma trajo a Occidente el Derecho y lo conjugó con el aporte del cristianismo, con lo cual el presente no es más que tributario de esos legados que vibran en el espíritu y dan razones suficientes para incursionar en su evolución.

En síntesis, la simbiosis del pensamiento griego y las construcciones racionales de Roma relativas al Derecho impusieron un derrotero en la cultura de Occidente que es posible sintetizar con palabras de Jorge Pérez Ramírez, quien escuetamente expresa: «La forma en que los occidentales han entendido el funcionamiento del mundo dependió fundamentalmente de las ideas dominantes en cada época. Cada época tuvo una escala de valores bien distinta» (2016:153).

Dentro de nuestro campo de análisis delimitado al proceso judicial, diremos que en Grecia las cuestiones que hoy llamaríamos privadas adquirirían una clara tonalidad pública desde que los conflictos se dirimían ante un público no solo observador sino también partícipe, en tanto aprobaba o no la decisión que tomaban los jueces (ancianos) pero —además— con una modalidad arbitral, pues las partes se sometían o no al respeto de la decisión, y si alguna de ellas no se comprometía a aceptarla, encontraba la descalificación y el repudio del pueblo (Wolf, 2007).¹⁶ Como se ve, incluso en los espacios privados de los conflictos, la participación de los ciudadanos¹⁷ —aunque aún no se llamaban así— era sustancial y, a la vez, el sistema arbitral era el que predominaba.

Roma, en cambio, generó sistemas o procesos que fueron evolucionando según pasaban los propios sistemas políticos por los que transitó.

Anotemos que el Derecho Romano privado se había ido elaborando lentamente a través de la recopilación de sentencias dictadas en procesos entre ciudadanos romanos y también entre extranjeros, lo cual nos induce a recordar el sistema del *common law*, de fuente judicial.

Por otra parte, habiendo divulgado la lengua latina en las posesiones de su dominio, y habiendo incorporado la escritura en la construcción de su gobierno, la tradición oral reinante en Grecia fue reemplazada por la ley escrita. Así, para su aplicación se instauraron tribunales permanentes servidos por

16 En ese estudio pormenorizado se analiza el funcionamiento del «sistema judicial» griego, incluso desde el aporte que diera a su estudio el «escudo de Aquiles» que, conforme la narración de Homero, es posible que traduzca cómo funcionaba el sistema, más allá de las opiniones divergentes que se exponen en la obra citada.

17 No es extraño que la implementación de los procesos con jurados, encuentre en aquella modalidad su origen, pudiendo asumir que en ella se encarna la «garantía del juzgamiento por los pares» que resalta en ese sistema de juzgamiento.

abogados, quienes hablaban en nombre de los litigantes.¹⁸ No obstante, ya en Grecia se había instaurado la representación en las alegaciones.

El proceso romano tuvo tres grandes etapas, o sistemas, tres fases¹⁹ históricas que son las siguientes:

1. *Legis actiones*.
2. La del proceso formulario (*per formulam*).
3. La del proceso *extra ordinem*.

La idea de la *Actio* —sistema de las *legis actiones*, que puede ser entendido como «Acción», tiene en Roma el mismo significado que en nuestro Derecho actual,²⁰ pero en la antigua Roma era más fuerte.

La existencia de una *Actio* determina la existencia de un Derecho que puede ser reivindicado a través del ejercicio de la misma. De su concepción derivará la escisión entre el Derecho subjetivo y la acción, producida al cabo del transcurso de muchos siglos.²¹ Es decir que primero irrumpía la «acción», y si así ocurría, podía aparecer el derecho de quien reclamaba su reconocimiento (Goldschmidt, 1997:8).²²

En el Derecho Procesal Romano, será la tarea del Pretor, magistrado encargado de administrar justicia, el conocer el Derecho y decidir si determinada acción judicial que se intenta por un ciudadano, es procedente en virtud de ser perseguido un derecho del *Ius Quiritium*. De todos modos, el pretor no se limitará a decir (*Iurisdictio*) el derecho estricto, sino que aportará su propia inteligencia para resolver situaciones de inequidad, y defender situaciones que considera necesarias, tanto utilizando su *imperium* para decretar Interdictos, como aceptando Excepciones (*exceptios*) y otras medidas (Pérez Ramírez, 2016).

Sintéticamente, el proceso de las *legis actione* (contenido en la Ley de las XII tablas) era extremadamente formal, viéndose modificado por el formulario, que flexibilizó las solemnidades pero acordó al magistrado mayores

18 Recordemos al padre de la retórica, Marco Tulio Cicerón.

19 Algunos autores, como Véscovi (1999), solo prestan atención a dos etapas, omitiendo la que señaláramos en primer término.

20 Advértase la autonomía de la *Actio* respecto del derecho que invocaba quien reclamaba el otorgamiento de la primera.

21 Recordemos a este respecto la polémica entre Wincheind y Muther.

22 En la ocasión transcribe el profesor chileno al primero de los autores nombrado, quien entendía que «la acción procesal tiene su origen en el derecho justicial sustantivo (material), al que consideramos como un derecho privado integral convertido en público, y que no es otro que el derecho de acciones romano».

facultades. La fase de la extraordinaria *cognitio o extra ordinem*²³ estuvo vigente hasta la caída del Imperio de Occidente. La *cognitio extra ordinem* representa la idea del ejercicio de la jurisdicción en su totalidad, como una función estatal, ya que durante toda su tramitación va a conocer un juez que es funcionario del Estado.

En cuanto a sus características destacadas, digamos que era escrita, se tramitaba en una sola etapa (se suspendía la *In Iure* y el *Apud Iudicem*), se establecía una organización y jerarquía de tribunales, y surgía la posibilidad de recurrir en apelación contra la sentencia ante un tribunal superior hasta llegar incluso al emperador. La sentencia era escrita y se archivaba, apelable ante un tribunal superior, como dijimos; los procesos dejaron de hacerse en lugares públicos, la administración de justicia comenzó a ser pagada, ya que no solo se les pagaba a los abogados sino que también surgió la institución de las costas procesales, que consistían en que la parte que perdía debía pagar los costos del juicio siempre que el juez determinara que actuó con temeridad.

El cristianismo y la Iglesia

En el año 476 de nuestra era cae el Imperio a manos de los bárbaros (germanos), y ese hecho —trascendente para Occidente— determina la aparición de señores feudales, emergentes de la caída del poder central, y los germanos introducen sus propias construcciones jurídicas, mixturándose con el Derecho Romano vigente hasta entonces, infiltrándose las ordalías —propias del Derecho Germánico—, la oralidad, pero convergiendo con el surgimiento del poder de la Iglesia, que va construyendo su propio Derecho, el Canónico. Esa construcción significa un nuevo «mestizaje» o mixtura entre el Derecho Romano, el Germánico y este nuevo Derecho Canónico, que influyó notablemente desde la perspectiva de la injerencia de las creencias religiosas en el desarrollo del proceso.

Con lo cual, transcurridos casi mil años, se produce la *recepción* del Derecho Justiniano, con aquella intervención de Iheronimo ya referida, y el Derecho Romano resurge, pero ahora matizado con el Derecho Germánico y el Canónico.

23 En la época de Augusto, en la máxima expresión del sistema formulario, comienza a desarrollarse otro sistema procesal a través de las *Cognitiones Extraordinariae*, por medio de las cuales el pretor en ciertos casos conoce y resuelve directamente controversias. Poco a poco se van haciendo más frecuentes estos casos, y así coexisten el formulario con el extraordinario. Diocleciano le da un gran impulso al extraordinario y en el 342 d.C. Constantino suprime definitivamente las fórmulas.

Solo a modo de apostilla, la hoy Gran Bretaña, con las disputas entre Enrique II,²⁴ con Becket de por medio, y el Papa, queda fuera de la influencia de la Iglesia, construyendo solo sobre el viejo Derecho Romano su propio sistema jurídico, circunstancia que se agudizará aún más nítidamente con Enrique VIII, ya en el siglo XIV. Es posible ver allí el surgimiento de las dos familias jurídicas a las que se les atribuye la condición de haber sido las más grandes creaciones jurídico–culturales de Europa (Cecchini, 2014:13, nota 43) y por ende del Occidente.

24 Como consecuencia de los cambios en el sistema legal de Gran Bretaña, el poder de la corte eclesiástica decreció. Naturalmente, la Iglesia se opuso a ello, teniendo como su vocero más vehemente a Thomas Becket, el Arzobispo de Canterbury, anteriormente amigo cercano de Enrique II y su Canciller. El conflicto con Becket efectivamente comenzó con una disputa sobre si las cortes seculares juzgarían a los clérigos que habían cometido ofensas seculares. Enrique II intentó subyugar a Becket y a sus colegas de la iglesia haciéndolos jurar obediencia a las «aduanas del reino», pero surgió una controversia acerca de cuáles eran estas aduanas y la Iglesia se negó a ceder. Luego de una acalorada discusión en la corte de Enrique II, Becket dejó Inglaterra en 1164 y fue a Francia a solicitar personalmente el apoyo del rey Luis VII de Francia y del Papa Alejandro III, quien se encontraba exiliado en Francia debido al desacuerdo en el colegio de cardenales. A causa de su propia posición precaria, Alejandro III se mantuvo neutral, aunque Becket permaneció en el exilio bajo la protección de Luis VII y del Papa Alejandro III aproximadamente hasta el año 1170. Después de la reconciliación entre Enrique II y Becket en Normandía el año 1170, este volvió a Inglaterra. Nuevamente confrontó a Enrique II, esta vez sobre la coronación del príncipe Enrique. Las palabras más citadas y aunque probablemente apócrifas de Enrique II a través de los siglos fueron: «¿Nadie va a librarme de este cura entrometido?». Aunque los violentos alegatos de Enrique II contra Becket a través de los años fueron bien documentados, en esta ocasión cuatro de sus caballeros tomaron las palabras de su rey en forma literal y viajaron inmediatamente a Inglaterra, donde asesinaron a Becket en la Catedral de Canterbury el 29 de diciembre de 1170. Este hecho provocó la excomunión de Enrique II, quien obtuvo su rehabilitación gracias a los esfuerzos de Roberto de Torigny, abad de Mont–Saint–Michel, y en menor medida de Ricardo de Dover, el sucesor de Becket. Como parte de su penitencia por la muerte de Becket, Enrique II debió hacer una peregrinación vestido con un saco a la tumba de Becket y acceder a enviar dinero a los Estados cruzados en Palestina, el cual sería guardado por los caballeros hospitalarios o los caballeros templarios hasta la llegada de Enrique II para hacer uso de él en peregrinaciones o cruzadas. Posteriormente, el 21 de mayo de 1172, fue azotado en público, desnudo, ante la puerta de la catedral de Avranches, que era la capital de Normandía, Enrique II pospuso su cruzada varios años y finalmente nunca la llevó a cabo, a pesar de una visita que le hizo el patriarca Heraclio de Jerusalén en 1184 ofreciéndole la corona del reino de Jerusalén. En el año 1188, impuso el «diezmo saladino» para pagar una nueva cruzada. El clérigo Geraldo de Gales sugirió que su muerte fue un castigo divino por la imposición del diezmo, instituido para recolectar fondos para una cruzada destinada a recapturar Jerusalén, que pasó a manos de Saladino en 1187.

Coincidencias y manifestaciones diversas

Ya hemos incursionado en el origen de la «acción» independizada del Derecho (subjetivo) en la Roma antigua, como también en la participación del Estado al ejercer la función jurisdiccional en la resolución de los conflictos, con lo cual aquellos dos elementos que caracterizan a la disciplina procesal promediando el siglo XIX influyeron en la irrupción de los estudios que la insertarían en la posición de autonomía científica y que, como puede verse, provienen de los orígenes mismos de la historia del Derecho de Occidente.

El proceso, como método destinado a encontrar la resolución de conflictos, también se arrojó de modos diversos, pero lo cierto es que se mostró desde el inicio como un debate dialéctico, en el que una parte sostenía una tesis y la otra la antítesis, buscando ambas que la síntesis, esto es, la decisión, les acordara la razón. El esquema dialéctico, concebido como un «método de razonamiento que enfrenta posiciones diferentes para confrontarlas y extraer de ellas la verdad. O, como el arte del diálogo y el convencimiento a través de la palabra», estuvo y está presente en la construcción del desarrollo del proceso judicial.

Tales coincidencias nos inducen a entender que la esencia del fenómeno procesal ha estado —a lo largo de la historia de Occidente— presente en todas las etapas de su evolución.

Lo que posee, además, son manifestaciones diversas, en tanto aquel método estuvo siempre sometido a un desarrollo regulado de conformidad con los condimentos que cada momento de la historia fue creando, siempre —entendemos— en la convicción de aproximarse a los fines que, también en cada etapa histórica, señalaron senderos específicos y contextualizados, mostrándose en ciertos momentos con la aplicación de la comunicación oral entre quienes protagonizaban el proceso, y en otros a través de la comunicación escrita, igualmente con la participación del pueblo en la construcción de las decisiones o solo con la intervención de magistrados estatales, con matices religiosos, o sin ellos, en fin, con variaciones que los contextos determinaron para su desarrollo y la creación de instituciones destinadas a ordenar la dinámica del proceso.

Estas instituciones son las que han adquirido cierta complejidad que, a la par de conjugar el orden en el desarrollo de aquel esquema dialéctico, tienden a preservar, a lo largo del proceso, ciertos parámetros que permitan su normal avance (plazos procesales, perención) al determinar las formas en que la actividad partiva se muestre, que eviten un posible desarrollo procesal inútil (excepciones dilatorias), que posibiliten asegurar cierta eficacia tanto en su desenlace como en su propio devenir (cauteladas) y preservar un plano de igualdad de oportunidades a las partes (bilateralidad y contradicción), que

emplacen al director del proceso con facultades de orden y autoridad, abriendo las puertas a un diálogo franco y leal, que procuren un adecuado control y orden en la adquisición de elementos probatorios, que incardinan —esto es «incorporar una persona o cosa abstracta a algo que ya está organizado»— a quien con o sin interés propio concurra al debate (terceros, testigos, peritos, etc.), instituciones a cargo de funcionarios que acuerden seguridad jurídica en aquel desarrollo dinámico del proceso (secretarios o fedatarios), los distintos modos en los que la decisión se vaya construyendo, proponiendo reglas de interpretación y reglas de valoración probatoria, como así las formas que ha de adquirir la decisión misma, o que indiquen de qué modo aquella decisión ha de ser sometida a una revisión o bien a un test de constitucionalidad, etcétera.

Con estos ejemplos es posible advertir que las esencias del proceso son las que no han variado, en tanto las formas en que el mismo se desarrolla son el espacio en el que las variaciones se muestran con mayor intensidad según sea el diseño que el legislador realice para su devenir.

De lo hasta aquí señalado, nos atrevemos a distinguir entre aquellos elementos esenciales del proceso, acerca de los cuales es posible formular determinaciones abstractas, indagar sobre la naturaleza jurídica de sus posibles manifestaciones que conjeturalmente puedan ser desentrañadas, de aquellas figuras, herramientas o instituciones puntuales que se insertan en la dinámica del desarrollo procesal, con un objetivo claro, preciso y concreto, cual es el de llegar a la decisión de modo eficaz, económico, oportuno, equilibrado, y con posibilidades de ser revisada y efectivamente cumplida.

Referencias bibliográficas

- Bobbio, Norberto (1986). *El Futuro de la Democracia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- (1997). *La duda y la Elección*. Barcelona: Paidós Ibérica.
- Cecchini, Francisco C. (2016). *El fenómeno procesal - Lecciones II*. Santa Fe, Argentina: Librería Cívica.
- (2014). *Referencias procesales*. Paraná: Delta Editora.
- Couture, Eduardo J. (1978). *Estudios de Derecho Procesal*. Vol. 1. Buenos Aires: Depalma.
- (1999). *Trayectoria y destino del Derecho Procesal*. Buenos Aires: Depalma.
- Fernández de Buján y Fernandez, Antonio (2011). La recepción del Derecho romano en Europa. *Revista General de Derecho Romano* (17). Recuperado de: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=11&numero=17
- García Marzá, V. Domingo (1992). *Ética de la Justicia*. Madrid: Tecnos.
- Goldschmidt, James (1997). En Colombo Campbell. *Los actos procesales*. T. I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Hart, H.L.A. (1963). *El concepto de Derecho*. Trad. de Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Otega y Gasset, José (2005). Del Imperio Romano. En *Los escritos de Ortega y Gasset en La Nación. 1923-1952*. Buenos Aires: La Nación.
- (2011). *España invertebrada y otros ensayos*. Buenos Aires: Austral.
- Pérez Ramírez, Jorge (2016). *Del oráculo de Delfos a la Torre de Basilea*. Madrid: Marcial Pons.
- Ross, Alf (1994). *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires: Eudeba.
- Vázquez Sotelo, José Luis. (1995). *Sistemas jurídicos y formación de jueces*. Barcelona: PPU.
- Véscovi, Enrique (1999). *Teoría general del Proceso*. Bogotá: Temis.
- Wolff, Hans Julius (2007). El origen del proceso entre los griegos. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 57(247). Recuperado de: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/61318>

Capítulo II

Evolución a partir del siglo XIX

Como resultante de las afirmaciones realizadas desde la escuela histórica del Derecho (Savigny),¹ los juristas alemanes avanzaron en la formulación de interrogantes relativos a la configuración del «derecho subjetivo», a lo que el propio Savigny respondió que el derecho subjetivo era portador de la acción, la que se ponía en guardia y efectividad al momento de la violación, desconocimiento o limitación del mismo derecho subjetivo. Decía el autor citado:

se reconoce que toda acción implica necesariamente dos condiciones, un derecho en sí y la violación a este derecho. Si el derecho no existe, la violación no es posible, y si no hay violación, el derecho no puede revestir la forma especial de una acción; no existe «*actio nata*» según la expresión justa de los autores modernos. (1846)

Esta posición inquietó a Wincheid y a Murther, quienes protagonizaron un debate en el que el interrogante fue el de si el derecho subjetivo no fue reconocido o declarado al cabo de la tramitación de un proceso, ¿cómo pudo dar inicio al proceso la acción?²

Bien que tal debate se centralizó en el análisis de la *actio romana*, y en torno a ella uno y otro de los autores tuvieron puntos de vista divergentes y, sin embargo, en lo que a la autonomía de la acción del derecho subjetivo refiere, hubo prácticamente una coincidencia.³

Si a la acción se la consideraba inserta en el derecho subjetivo que luego no fuera reconocido en la sentencia, la conclusión era que la acción estaba

1 A la que podríamos llamar segunda recepción del Derecho Romano, toda vez que se renovaron las aproximaciones al Derecho Romano desde Alemania y se generaron inquietudes en el análisis de las instituciones jurídicas, puestos ya en posición de provocar un avance en la científicidad del Derecho Procesal.

2 Abundaban entonces las tesis relativas a que el derecho subjetivo adquiría una tonalidad beligerante o «en pie de guerra» ante su violación o desconocimiento. Ver Dorante Tomayo (1993:55, parágrafos 4 y 5) y Couture (1978).

3 Conviene tener presente que la formulación del concepto de derecho subjetivo le es atribuida a Guillermo de Ockham —otros se la adjudican a Tomás de Aquino— allá por el siglo XII, enmarcada en la «querrela de la pobreza entre Juan XXII y los franciscanos», por lo cual el interrogante que cabe es si en el Derecho Romano se consideraba que había derecho (*ius*) si había acción otorgada por el pretor, sin reparar en la existencia del derecho subjetivo tal como se lo concebía (y aún hoy) al tiempo en que las tesis relativas a la acción se desarrollaron.

independizada del derecho subjetivo. Es posible detentar la acción sin el derecho subjetivo invocado en el proceso (Dorante Tomayo, 1993).⁴

La consideración autónoma de la acción⁵ dio por resultado la irrupción de lo que podemos denominar la «cientificidad de la disciplina procesal», y dieron un espaldarazo a tal irrupción las conjeturas que formulara Oskar von Bulow (1952, 1953, 1954) acerca de los presupuestos procesales analizados desde la dinámica de la excepciones procesales, concluyendo en la determinación de la *naturaleza jurídica del proceso como una relación jurídica procesal*, diferente de la relación jurídica sustancial que determina el conflicto y con el *matiz público* que le acuerda la intervención del Estado a través de la jurisdicción.⁶

Surgieron así nuevas miradas y teorizaciones relativas a la determinación de la naturaleza jurídica del proceso, tales como la teoría de la situación⁷ o de la institución (Ramos Méndez, 1978:31),⁸ que provocaron nuevos devaneos, debates y conjeturas. Con tales irrupciones teóricas, se dejaron de lado las concepciones contractualistas y cuasi contractualistas que hasta entonces se habían puesto de manifiesto.

Aparte de las numerosas tesis emergentes de la indagación acerca de la naturaleza del proceso, cabe señalar que los estudiosos focalizaron el análisis de la disciplina procesal en la trilogía estructural (Podetti, 1942)⁹ —jurisdicción, acción y proceso—, lo cual desencadenó debates que proporciona-

4 En la obra citada el autor desarrolla con particular puntilliosidad las teorías que en torno a la acción se fueron formulando, tanto en lo que a la acción refiere como en cuanto a aspectos en los que se asientan divergencias, tales como la posibilidad o no de formular una teoría general. Puede verse también, con provecho, Ramos Méndez (1978:55 y ss.).

5 Aporte esencial a ello fue el pensamiento de Giuseppe Chiovenda, expuesto en la prolucción de Bologna (1903) bajo el título *La acción en el sistema de los derechos*.

6 De esa condición de Derecho Público prácticamente no se ha discutido más, pues la clara intervención de la jurisdicción le acuerda ese matiz, más allá de que en el ámbito de los conflictos encajados en relaciones privadas se incardina con el Derecho Privado. Claramente, es la jurisdicción puesta al servicio de la paz social y de la realización del derecho objetivo.

7 James Goldschmidt, fundador de la teoría de la situación jurídica, considera al proceso como el conjunto de «expectativas, perspectivas, posibilidades, cargas y liberación de cargas de cada una de las partes, y que significa el estado de ella desde el punto de vista de la sentencia judicial que espera conforme a las normas jurídicas, Cada uno de los integrantes de la situación jurídica constituye una categoría jurídica procesal». De tal modo identifica Dorante Tomayo a la teoría aludida (1993:214). Roberto Goldschmidt, en *Derecho judicial material*, espigado en la publicación en homenaje a Hugo Alsina, desarrolla de modo claro y sintético el pensamiento de su padre (317 y ss.).

8 Y una especial referencia a Couture (1949:52) y el mismo autor en «*Estudios de Derecho Procesal Civil*», T. I- «La constitución y el proceso civil», Editorial Depalma, pág. 19. En la oportunidad dice el autor: «Este estudio se propone mostrar en qué medida el Código de Procedimientos Civil y sus leyes complementarias son el *texto que reglamenta la garantía de justicia contenida en la Constitución*». Seguramente, esa afirmación influyó en la apreciación que —ponderativamente— hiciera Calamandrei (1959:238) de Couture al calificarlo «más que procesalista como constitucionalista».

9 En tal ocasión, el autor citado acuña la expresión «trilogía estructural» y sostiene que acción, jurisdicción y proceso configuran los conceptos fundamentales de la disciplina procesal.

ron nuevas propuestas, tales como la fundamentación científica del objeto de la ciencia procesal (Carlos, 1946:105),¹⁰ la identificación de la pretensión (Palacio, 2016),¹¹ la cosa juzgada y, a la par, la indagación específica de reglas o principios que fueron descubiertos (Peyrano, 1978; y asimismo, Podetti, 1942:67; Díaz, 1968; Gozaíni, 1992:265; Morón Palomino, 1993:71 y ss.)¹² juntamente con la identificación de métodos e identificados como parámetros hermenéuticos, desembocando en la extensión del rol del juez en el proceso.

Ese intenso laboreo científico encasilló a los estudiosos en problemáticas de profunda intensidad especulativa, en el debate acerca de la posible —o no— formulación de una teoría general del proceso, y con el surgimiento, en algunos capítulos de la disciplina, de obras emblemáticas referenciadas a la prueba¹³ y —paralelamente— estudios montados sobre análisis exegé-

10 En la oportunidad, sin omitir razones que, a mi modo, son atendibles y de difícil refutación, concluye en que el objeto de la disciplina procesal es *el proceso*, atribuyendo a la acción y a la jurisdicción la condición de elementos constitutivos del mismo. El autor formula una serie de conjeturas acerca de quienes, desde la doctrina, acuerdan alguna preeminencia a la acción por sobre la jurisdicción, y viceversa, y vincula tales posiciones con direccionamientos ideológicos que, desde la perspectiva científica, no pueden sostenerse. A su turno, autores más modernos —como Gozaíni (1992:23)—, sin mencionar la tesis de Carlos, la refutan y mantienen su adhesión a la de Podetti. Así podríamos repasar la bibliografía en general elaborada en torno a dicha cuestión y encontrar porciones de razón a cada de una las posturas.

11 El autor santiagueño indica que la «acción» ha de ser un espacio de estudio para el Derecho Constitucional, y —en cambio— la pretensión sí ha de ser preocupación para el procesalista. Ver asimismo Guasp Delgado (1981).

12 Ver la publicación que, con motivo del Congreso Nacional de Derecho Procesal que se llevara a cabo en la ciudad de Santa Fe en el año 2011, que dirigiera el Dr. Jorge W. Peyrano y coordinaran los Dres Barberio y García Solá. En tal publicación podrá hallarse, entre los numerosos trabajos realizados por los integrantes del Ateneo de Estudios del proceso civil, Rosario, una valiosa introducción al tema que, bajo el título de *Principios generales del proceso civil. Diseño clásico y mirada actual* (Rubinzal-Culzoni, Santa Fe), va desbrozando con particular esmero la extensa y creciente temática vinculada a los principios que infieren en la disciplina, dando una clara muestra de la científicidad de la misma y —por qué no decirlo— de su evolución que ha generado el descubrimiento o formulación de nuevos principios, o bien, encolumnar a los clásicamente conocidos en una escala jerárquica diferente a la que se mostraba otrora, incardinándose con las exigencias de la hora y los requerimientos de estos tiempos.

13 Decíamos en una ocasión anterior a esta (82): «Al cabo del señalamiento de tales etapas por las que —genéricamente— ha transitado el tema vinculado con los sistemas probatorios en el campo judicial, diremos que la última fase —científica— irrumpe en el ámbito de nuestra disciplina en el siglo XVII, tiempos en el que la razón había asumido un rol casi venerable, pudiendo ubicar la obra de Bentham (*Traité des preuves*, 1823) como inaugural de ese período, aun cuando muestre matices propios del sistema de pruebas legales. Se agrega a ella la de Mittermaier (*Tradé de la preuve*, 1848). Entre tantos otros autores que incursionaran en la temática con una visión lógica y racional, irrumpe la obra de Hans Gross (1893), a quien se le atribuye la condición de fundador de la Criminalística y de la Psicología judicial, llegando así a Wigmore (*Los principios de la prueba judicial*), quien junto con Stern y otros autores han hecho aportes desde la psicología y con criterios científicos que aún hoy se manifiestan en el ideario contemporáneo (Couture, *Estudios de Derecho procesal*, 1989), y más actual (Taruffo, *La prueba*, 2008) aun si transitamos hacia el pre-

ticos de los códigos procesales que, en los sistemas tributarios del sistema del Derecho continental (*civil law*), compaginaban comentarios a las normas precisas y concretas de uno o más códigos procesales, agregándoles tendencias jurisprudenciales, con lo cual tales trabajos se instalaban en un tiempo y lugar determinados y limitados, toda vez que cualquier modificación normativa provoca la inutilidad de la obra, más allá del aporte técnico que podría significar para el operador en ese tiempo y en ese lugar.

Aquellas cuestiones dogmáticas y estos últimos comentarios a normas específicas no prestaron demasiada atención a la realidad, a la cotidianeidad que mostraban los defectos, los errores, los malos hábitos, las tendencias burocratizantes instaladas en el quehacer diario, no asumieron que muchas veces la vetustez de las construcciones o sistemas procesales dejaban de mostrar un adecuado reflejo sobre una realidad dinámica y cambiante y, antes bien, generaban un profundo descreimiento del ciudadano en sus chances frente a un proceso.

Los siglos XX y XXI

Una mirada a tiempos más recientes nos posiciona en la clara inserción en el centro de la escena,¹⁴ con la identificación de las garantías constitucionales en el proceso, la especificidad del diseño del debido proceso, y la asunción de que lo procesal configura un instrumento de realización de los derechos prometidos desde el orden jurídico, con los requerimientos de eficiencia, eficacia y oportunidad, motorizados desde el movimiento de acceso a la justicia, que caló hondo en la maduración de la disciplina procesal (ver Sucunza, 2018:19).

sente a través de obras como las de Carnelutti (*La prueba civil*, 1979), o bien la simpática analogía de Calamandrei ("El juez y el historiador", en *Estudios...* Ediar, 1961) entre la actividad del juez y la del historiador, o las pulcras meditaciones de Sentís Melendo (*La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*. Ejea, 1978). El presente, muestra la temática de la prueba en el proceso con un gesto de amplia hospitalidad al conocimiento científico, dándonos cuenta de ello trabajos colectivos como el coordinado por Eduardo Oteiza (*La prueba en el proceso judicial*, Rubinzal Culzoni, 2009), y producto de la difusión que de la temática ha hecho el profesor Michele Taruffo. El sitio en el que se está hoy, en este espacio del conocimiento, no es una meta aislada, sino que es un lugar en el camino del conocimiento operado por el devenir, por la evolución impregnada de la contextualidad que los tiempos y los momentos van acordando a quien asuma la movilizante curiosidad sobre la cuestión».

14 Fenómeno conocido como de la «Constitucionalidad del Derecho», operado luego de la finalización de la segunda gran guerra a mediados del siglo XX. Es que tal episodio determinó un profundo cambio en la inserción de la Constituciones en los ordenamientos jurídicos, habiéndose profundizado aún más luego de la caída del muro de Berlín.

Resulta señera la manifestación de Barberio y García Solá cuando expresan:

En general, hay acuerdo —en el mundo procesal y fuera de él— en que la mirada de análisis sobre las características de la sociedad que nos toca vivir transita por un doble carril. De un lado, como lo enfatiza Morello: «la cantera interminable de rémoras y carencias»: aumento sustancial de controversias, demora en la realización de la justicia, elevados costos, abusos en las formas, tiempo muerto en el proceso, frustración en el acceso, inatención de prestaciones urgentes, tipos procesales inconsistentes para litigios que trascienden el interés de las partes singulares, modelos tradicionales proclives a la desconcentración y al ritualismo, infieles a las necesidades reales del justiciable. En fin, una justicia civil estructuralmente incapaz, o al menos insuficiente en muchas ocasiones, para brindar respuestas eficaces, de la mano de jueces que descansan en el inmovilismo de un principio dispositivo concebido a ultranza. Por otra parte, y a contrapelo de la pesadez y la lentitud, el surgimiento de nuevos requerimientos y necesidades comunes a todas las latitudes: paso del proceso simple al de alta complejidad; diversificación de las controversias y científicidad de los contenidos litigiosos; aparición de nuevos arquetipos: procesos de *protección o acompañamiento (controversias de incapaces, menores, vecinos, consumidores, pobladores rurales)*, que exigen un salto cualitativo hacia el pragmatismo y una visión menos rigurosa de las formas y más equitativa en a tutela; procesos colectivos, con evidencia de expansión del interés (derechos difusos, intereses colectivos, derecho de masas, acciones de grupo, etc.), que reclaman la atención del conflicto superando, en su caso, el presupuesto de la legitimación y reconociendo la dimensión en general que puede tener la sentencia; procesos constitucionales —a veces de dimensión transnacional— que obligan a resolver la tutela contra el Estado por sus derivaciones sociales y sin condicionamientos tajantes de alegaciones de parte; en fin, tutelas diferenciadas y procesos urgentes, que plantean excepcional protagonismo del factor tiempo y, en su mérito, la necesidad de anticipar resultados o satisfacer el derecho postergando la contradicción. (Peyrano *et al.*, 2011:20)

Tal reclamo de adaptación del instrumento realizativo a los tiempos ha provocado, en lo que va del siglo XXI, una clara revalorización de la disciplina procesal, acordándole razón a aquella expresión de Sander: «la ciencia procesal que era ayer la cenicienta de las ciencias jurídicas y que hoy es ya una hermana, sea mañana la reina de todas ellas y quizás la única pura objetiva ciencia jurídica» (en Carlos, 1946:nota 18, quien remite a Legaz y Lacambra, 1933:191).

Los debates acerca del objeto de la disciplina, relativos a la enunciación e identificación de los principios, la posibilidad de la formulación de una teoría general del proceso, la necesidad o no de la unificación, la concep-

tualización del proceso pasando por su descripción fenomenológica como serie de actos preclusivos, la puntualización de su condición instrumental y su sentido teleológico o finalidad, a la par del estudio de la relación entre acción y excepción o defensa, el intenso laboreo acerca de la prueba, con la diferenciación entre órganos, fuentes y medios de prueba, la relación entre preclusión y cosa juzgada, la necesidad de la motivación de las decisiones jurisdiccionales y la extensión de las alternativas de revisión, entre muchas otras de las elaboraciones logradas a lo largo de la primera mitad del siglo XX,¹⁵ se han visto superadas por las propuestas novedosas destinadas

15 Hemos hecho un minúsculo aporte a la revista *El Pretor*, editada por el Centro de Estudiantes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL, en la que hacemos una referencia muy breve a las circunstancias por las que transitó la disciplina en los tres últimos siglos. En esa ocasión, bajo el título: «De cómo evolucionó el Derecho Procesal», dijimos: «Introducción. Nos sería posible remontarnos a la vieja Grecia y a Roma para avanzar en un repaso de todo cuanto se fue construyendo sobre la filosofía, la justicia, y en general sobre el Derecho, y con una mirada un poco más intensa, sobre los sistemas procesales que, en ciernes, se fueron dibujando a lo largo de los siglos, acompañados con los acontecimientos más trascendentes de la historia de Europa, y que de ese modo se fue diseñando lo que hoy conocemos como la "cultura de occidente". Sin embargo, creemos que resulta útil señalar en este espacio, cuáles han sido las etapas por las que ha transitado el Derecho Procesal en los últimos tres siglos, pues nos aportarán una muestra clara de las razones por las que hoy estamos en la etapa que estamos, sin perjuicio de que aquellas anteriores fueron forjando ese largo tránsito de todo el derecho, y en particular el procesal, hasta llegar a nuestros días. Período previo a la Revolución Francesa. Señalemos así, que antes de la Revolución Francesa los estudios sobre el proceso se limitaban a lo que se llamó "la práctica forense", o "de los procedimientos judiciales", que daban cuenta de las técnicas de actuación destinadas a postular ante los órganos judiciales. Obras como las de Manresa o de Reus, guiaban el conocimiento de tales técnicas. Estaban, además, desprovistas de construcciones conceptuales, antes bien, configuraban guías prácticas de cómo abogar ante los tribunales, sin más condimentos que los de la práctica cotidiana. Período provocado por la Revolución Francesa. El reinado de la ley. Esta revolución entronizó a la ley como la magnífica guía de conductas reguladas en la sociedad. La desconfianza que generaban los jueces del L'ancien régime", buscó en las construcciones legislativas las determinaciones de las conductas reguladas, haciendo de la tarea del legislador la auténtica manifestación de la voluntad popular. Como producto de tal convicción, emergieron los Códigos que, con mucha inspiración en el Derecho Romano, y en particular en el Codex Justiniano, elaboró Napoleón tanto para el derecho civil, el comercial y el procesal en sus dos expresiones, penal y civil. La ley, entonces, como manifestación última del derecho, dio como resultado la formación del positivismo kelseniano, que vio en ella el principio y el fin de todo el derecho, más allá de que consideró que todo el derecho integrado por las normas, encontraban fundamento en una norma superior que le acuerda validez. Aquella pirámide jurídica fue el resultado de ese pensamiento. En el transcurso de ese período, la ley fue sometida a comentarios, dando así origen a la más difundida exégesis, con la publicación de "comentarios", "análisis exegéticos" de los Códigos, incluyendo los procesales, comenzando y terminando los estudios en las manifestaciones legislativas del fenómeno procesal, determinando así al último gran exégeta y quizás el primer dogmático, Ludovico Mortara, quien, a la sazón, fuera casi contemporáneo de Chiovenda. La dogmática científica —incipientemente— también está en Mortara, a punto tal que ha brindado páginas notables acerca de la acción. Es Mortara la muestra de la transición entre el reinado de la ley, para dar espacio a la cientificidad del derecho procesal. Período de la ciencia procesal. Reinado de los conceptos, el método, los principios. Fueron así los alemanes, a mediados del siglo XIX —Windcheid, Muther, Bülow y Wach, entre otros— quienes dieron el primer paso para abrir las puertas de la escuela científica del Derecho Procesal. Autores de los que abrevó Chiovenda para

construir el sistema de derecho procesal. Lo hizo a partir de la conceptualización de la acción, autónoma del derecho subjetivo, y abocándose a la construcción y enunciación de los principios. Concibió Chiovenda a la acción, como un derecho potestativo, y a este respecto bueno es tener presente que —recordando a Wach— utiliza en más de una ocasión la expresión el derecho a la tutela jurídica, y que encuentra una particular coincidencia con la que hoy llamamos “derecho a la tutela judicial efectiva”. Aquella conferencia o también llamada “Prelusión”, y acerca de la cual dijera Calamandrei: “...al afirmar con palabras inolvidables la autonomía del derecho de acción (Chiovenda) ha fundado al mismo tiempo, como ciencia autónoma, la ciencia del proceso civil, desvinculado del derecho sustancial y colocado en su puesto en el sistema del Derecho Público”, se emplazó como la piedra angular de la autonomía de la ciencia procesal, y acerca de la cual los propios alemanes dijeron que Chiovenda había delineado lo que ellos solo habían podido sugerir. Se configuró entonces la escuela de Derecho Procesal italiana que expandió su prédica por Europa, incluyendo España, Portugal, la propia Alemania, trasponiendo el Atlántico para lo cual aportó su tarea de divulgación a través de las traducciones Santiago Sentís Melendo, quien nos hizo conocer al propio Chiovenda, a Redenti, a Carnelutti, a Calamandrei, a Satta, etc., incursionando en el Río de la Plata a partir de Tomás Jofré, y luego Hugo Alsina, y tantos otros que, como Eduardo Couture, hicieron de la disciplina una majestuosa construcción jurídica dedicándole obras de un magnífico volumen intelectual. Período de la Constitucionalización del Derecho. Aquel período de construcciones conceptuales y de indagaciones abstractas, dejó paso a una mirada más efectiva, advertidos los estudiosos de las exigencias provenientes desde la realidad, y conduciéndose hacia una más intensa perspectiva de la utilidad del conocimiento, mostrando una maduración de la disciplina a partir de un complejo de situaciones históricas, políticas, sociales, económicas que irrumpieron con posterioridad a la segunda gran guerra, y en especial a la tendencia impuesta —precisamente por aquella dramática, trágica razón— desde Europa con el redimensionamiento del constitucionalismo, generándose así el constitucionalismo de todo el Derecho, desembocando en la década de los 70 con el aporte magistral de Mauro Cappelletti y el movimiento de acceso a la justicia. Implicó repercusiones trascendentes en los estudios procesales que pueden observarse en los sucesivos eventos científicos internacionales de los que diéramos cuenta en una ocasión anterior a la presente. Es que aquella separación entre el Derecho Procesal y el Derecho Sustancial provocó un alejamiento entre el instrumento destinado a la realización de los derechos prometidos desde el orden jurídico, y esos mismos derechos. Como precipitado de la autonomía científica del Derecho Procesal, se produjo una incomunicación, una suerte de aislamiento. Una nueva y notable paradoja de la historia. Es así pues que aquel paradigma de la ley —configurado en el Estado de Derecho— ha sido sustituido por el paradigma constitucional dando paso al Estado Constitucional, y acerca de lo cual diremos que las ciencias no se someten internamente a la crítica, adquirirán un dogmatismo exagerado que les impedirá progresar. Le cabe al científico de la disciplina, realizar el test de “falibilidad”, lo cual es verificar el adecuado camino marcado por el paradigma vigente, o si en el horizonte no se ha dibujado un nuevo paradigma que ha de marcar el camino futuro. Es posible, entonces, señalar que el procesalismo ha dado un paso cualitativo en los últimos cuarenta años, adquiriendo una madurez notable, asumiendo que el nuevo paradigma es el Constitucional, y desde esa ubicación está empeñado en aportar institutos nuevos, otros readaptados a este tiempo, y cuyo destino es el de achicar los espacios entre el ciudadano, ávido de justicia y el sistema judicial, privilegiando la eficiencia, el pensamiento abierto, admitiendo su condición instrumental, no ya como una *capitis deminutio*, sino, antes bien, como una condición que le aporta flexibilidad, plasticidad y ductilidad en sus construcciones. La disciplina procesal puesta al servicio de la realización de los derechos, con eficacia y tiempo oportuno. Su destino es el de salvar la deuda que la ciencia procesal acumuló con el Derecho, respondiendo así al interrogante que se planteaba Calamandrei: Afirmaba primero: cuanto le debe el Derecho Procesal al Derecho Material, pero, y enseguida se preguntaba: ¿cuánto le adeuda el Derecho Procesal a todo el Derecho? Y ello no es más que la repercusión de la irrupción del paradigma constitucional, impregnando de manera notable todo el Derecho a partir de la generación de principios y valores emergentes de la interpretación constitucional. Tal nuevo paradigma nos conduce a una faena in-

a lograr una mayor eficacia y efectividad, tanto en cuanto a las respuestas jurisdiccionales como a que estas luzcan en el tiempo oportuno y a la identificación de configuraciones procedimentales que se adecuen a las características de los derechos puestos en entresijo. En tal sentido lo han subrayado Berberio y García Solá en el párrafo que transcribiéramos.

También ha ocurrido una movilización en la búsqueda de la verdad, interrogando acerca de la finalidad misma de la prueba en el proceso. Es que la verdad ha de ser construida en el proceso judicial, y para ello requiere un acuerdo, si fuera posible, acerca de qué verdad se busca, siempre que concordemos en que la verdad posible es a la que se puede aspirar en un pro-

terpretativa y argumentativa cuyo destino es el de la compatibilización de los valores y principios constitucionales y también emergentes de los tratados internacionales, en la construcción de todo el derecho, y en particular en la construcción de las decisiones jurisdiccionales, ámbito en el que el ya renombrado “diálogo de las fuentes” (variadas a partir de la propia Constitución y los Tratados Internacionales, y con ese emblema, la interpretación de la ley y las normas instrumentales), da por resultado un derecho más flexible, más maleable, más dúctil, tal como se advierte en la hora actual. Se generó también una búsqueda de herramientas nuevas, o bien reelaboradas que acuerden al derecho procesal elementos de respuestas más ágiles, montadas sobre derechos fundamentales como el de la tutela judicial efectiva, dando así respuesta al requerimiento enmarcado en aquel movimiento llamado de “acceso efectivo a la justicia”. No nos es posible eludir una referencia a quienes desde el Río de la Plata hicieron un notable aporte al desarrollo de la disciplina, comenzando por Tomás Jofré, quien introdujera el pensamiento italiano en estas latitudes, para luego, Hugo Alsina, David Lascano, Ramiro Podetti, Eduardo J. Couture, Clemente Díaz, Eduardo B. Carlos, Miguel Ángel Rosas Lichtschein, Santiago Sentís Melendo, Adolfo Gelsi Bidart, Enrique Véscovi, y tantos otros que hicieron su aporte a la evolución de la disciplina, para luego, en una generación siguiente, con Mario A. Morello, Roberto Berzonce, Eduardo Oteiza, Juan Carlos Hitters, Roland Arazí, y muchos más, desde la UBA, y desde la Universidad de La Plata, o desde Santa Fe, Adolfo Alvarado Velloso, Jorge Walter Peyrano, Alberto Maurino, y tantos otros, encabezaron los estudios de la ciencia y la técnica procesal, aportando instituciones dedicadas al desentrañamiento de nuevas miradas y evolución del pensamiento procesal, tales como la Asociación Argentina de Derecho Procesal, el Ateneo de estudios procesales, con su derivación —la Federación de Ateneos Procesales— y Fundesi, provocando un nuevo movimiento —renovado y pródigo en creaciones y recreaciones de institutos procesales—, dando un nuevo impulso al conocimiento del proceso. No creemos que corresponda hacer una referencia a la evolución del Derecho Procesal Penal, y sin embargo diremos que —paralelamente a lo ocurrido en el espacio del proceso civil— se han producido profundos estudios en esa parcela, provocando —incluso— algunas divergencias, tal como aquella que sostiene que no es posible formular una teoría general del proceso capaz de abarcar al proceso penal, y quienes, en cambio, sostienen que ello es factible. A partir de este rápido y sintético repaso del devenir de nuestra disciplina, hemos querido mostrar cómo desde el debate, desde las posiciones encontradas, desde miradas dispares (“garantistas vs. activistas”; “oralistas vs. escrituristas”; “sistemas de jueces técnicos vs. jurados”; etc.), se ha arribado a este estado de situación, el que acuerda espacio para nuevas elucubraciones, y a las que quienes hoy están en la etapa de formación, podrán hacer sus aportes para que la búsqueda se intensifique, humanizando el proceso, y tornándolo en el instrumento eficaz de realización de los derechos que es reclamado por la comunidad. Así, y con razón, Morello indica “volver a Couture”, pues fue quien mereció de su amigo Calamandrei el calificativo de que más que un procesalista fue un constitucionalista, diremos que también volvamos a este último, Calamandrei, quien al cabo de la guerra transitó por las mismas preocupaciones y conjeturas acerca de la inferencia de las Constituciones en el espacio procesal, propiciándolas para lograr un Derecho Procesal más humano».

ceso en el que el conflicto responde a intereses privados, circunstancia que cambia en tanto tal búsqueda refiera a una verdad en la que los intereses públicos sean los que están en conflicto (Bovino, 1995).

Han irrumpido, entonces, «modernos institutos procesales» (Heñin, 2009) que desde la vereda del activismo se han ido elaborando, mostrando así un debate muy actual entre aquellos que se denominan «garantistas» y el activismo judicial que pugna por un Derecho Procesal enmarcado en un realismo concreto, agudizando la imaginación para hacer de la disciplina un carril útil y accesible que dé respuesta a una cotidianeidad transida de críticas y descreimientos por los destinatarios del quehacer procesal.

Estos más de 170 años desde que se comenzara a observar a la disciplina con autonomía científica sin duda han sido útiles para su maduración, pero estamos en un nuevo escalón evolutivo, y de tales circunstancias intentaremos ocuparnos en los capítulos que siguen.

Señalamos en ocasión previa a esta: «¡La ciencia procesal perdió los complejos, maduró, encontró su personalidad instrumental sin subestimaciones respecto de otras, se atrevió a vincularse consecucionalmente a la ciencia constitucional sin temor a ser fagocitada, y maduró!» (Cecchini, 2004:381).

Referencias bibliográficas

- Bovino, Alberto (1995). Ingeniería de la verdad. *Ius et Veritas* (11). Recuperado de: revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download
- Calamandrei, Piero (1959). *Chiovenda. Recuerdo de Juristas*. Buenos Aires: Ejea.
- Carlos, Eduardo B. (1946). *En torno a la fundamentación científica del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediar.
- Legaz, Luis y Lacambra. (1933). *Kelsen*. Barcelona: Bosch.
- Cecchini, Francisco C. (2004). *Derecho procesal actual*. Santa Fe: Jurídica Panamericana.
- (2014) *Referencias procesales*. Paraná, Entre Ríos: Delta.
- Chiovenda, Giuseppe (1992). *Proslución de Bologna (1903) La acción en el sistema de los derechos*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Chile: Edeval.
- Couture, Eduardo J. (1949). *Introducción al estudio del proceso civil*. Buenos Aires: Depalma.
- (1978) *Estudios de Derecho Procesal Civil*. T.I. La constitución y el proceso civil. Buenos Aires: Depalma.
- (1978) *Introducción al estudio del derecho procesal*. Buenos Aires: Depalma. Esta edición se trata de las conferencias que dictara en 1949 en la Universidad de París.
- Díaz, Clemente (1968). *Instituciones de derecho procesal*. T. I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Dorante Tomayo, Luis (1993). *Elementos de teoría general del Proceso*. 4° ed. México: Porrúa.
- Goldschmidt, Roberto (1959). *Derecho judicial material*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América.
- Gozáini, Osvaldo (1992). *Derecho procesal civil*. T. I, Vol. 1. Buenos Aires: Ediar.
- Guasp Delgado, Jaime (1981). *La Pretensión Procesal*. Madrid: Civitas.
- Heñin, Fernando Adrián (2009). *Modernos institutos procesales*. Prólogo de J.W. Peyrano. ConTexto.
- Morón Palomino, Manuel (1993). *Derecho Procesal Civil – Cuestiones fundamentales*. Madrid: Marcial Pons.
- Palacio, Lino E. (2016). *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Peyrano, Jorge W. (1978). *El proceso civil. Principios y fundamentos*. Buenos Aires: Astrea.
- Peyrano, Jorge W. (Dir.); Barberio, Sergio; García Solá, Marcela (Coords.) (2011). *Principios Procesales*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Podetti, Ramiro (1942). *Teoría y técnica del proceso civil*. Buenos Aires: Ideas.
- Ramos Méndez, Francisco (1978). *Derecho y Proceso*. Barcelona: Bosch.
- Sauvigny (1846). *Traite de droit romani*. Trad. del alemán Ch. Guenoux. T. 5. París.
- Suárez-Manrique, Wilson Yesid (2014). La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. *Vniversitas*, 317–351. Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129.cdoj>
- Sucunza, Matías A. (2018). Constitucionalización del derecho y reforma de la justicia no penal: Interpelaciones y aportes en pro de una (re) ingeniería procesal igualitaria, responsable, y democrática. En Rojas, Jorge (Dir.). *Análisis de las bases para la reforma procesal civil y comercial*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Von Bulow, Oskar (1952–1953–1954). La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales. *Revista del Instituto de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral* (4, 5, 6). Traducción de Miguel Ángel Rosas Lichtschein.

Capítulo III

Configuración del proceso

Hay en la doctrina quienes han indagado acerca del vínculo entre Derecho y proceso (Ramos Méndez, 1978; Gómez Orbaneja, 2009),¹ y también lo han hecho, al mismo tiempo, acerca el vínculo entre la ciencia del proceso y la técnica.² Nosotros en esta ocasión intentaremos abordar —en el presente capítulo— al «proceso propiamente dicho», atendiendo a su relación con el Derecho y a sus contenidos fenomenológicos, ontológicos y axiológicos. En cuanto al contenido fenomenológico,³ hemos de intentar describirlo ando su estructura.

1 Ha resultado casi ineludible establecer vínculos entre el Derecho y valores —por caso, *Sobre el derecho y la justicia* (Ross, Alf; Editorial Eudeba) o entre espacios del Derecho: *Constitución y Proceso* (Morello, Augusto M.; Abeledo Perrot), también *Constitución y Proceso* (Almagro Nosete, José, Librería Bosch), o entre valores ensamblados en el proceso: *Ética de la Justicia* (García Marzá, Gonzalo, Editorial Tecnos), o en espacios propios del proceso con el proceso mismo: *Proceso y Decisión* (Taruffo, Michelle, Editorial Marcial Pons)—, con lo cual es posible advertir que la presencia del fenómeno procesal no puede desentenderse de todos los contornos del Derecho o bien del Derecho mismo en los que infiere.

2 No es posible olvidar aquella admonición de Ortega y Gasset en cuanto señalaba que «la ciencia sin la técnica carecía de utilidad aunque podía satisfacer el mero afán del conocimiento, y la técnica sin la ciencia podría durar lo que dure su propia inercia».

3 Ya dijimos que un sector de la doctrina ha sostenido que los elementos del proceso son los sujetos, el objeto y la causa. Otro —en cambio— ha sostenido que el proceso detenta elementos subjetivos (las personas que intervienen en él: partes, terceros, juez o magistrados); objetivo: integrado por los actos procesales que conforman la secuencia concatenada que muestra fenomenológicamente al proceso; causal, que sería el contenido del proceso en tanto en él se debate acerca de una cuestión que ha generado el conflicto: el contrato, el matrimonio, la filiación, la responsabilidad o el daño, la obligación cuya declaración o cumplimiento se pretende.

Entre unos y otros no existen demasiadas diferencias conceptuales. Lo cierto es que los actos procesales —a los que ya hiciéramos referencia— se presentan como los eslabones de la cadena o secuencia que es el proceso. Así, el acto procesal partivo por excelencia es la demanda y es la contestación. Es que de ambas han de quedar estampadas para el proceso una serie de efectos esenciales (los romanos lo llamaron *litis contestatio*). En la demanda están contenidas las individualizaciones de los sujetos procesales. Con su interposición queda fijada provisoriamente la competencia del órgano para el actor, interrumpe la prescripción y delimita la pretensión desde la alegación de los hechos que ya no podrán variar (salvo alguna excepción). En ella se manifiesta la acción —puesta en movimiento del órgano jurisdiccional— y de ella surge la legitimación (activa y pasiva), *ad-causam* y *ad-prossesum*. Con la contestación de la demanda se pone de manifiesto el derecho de defensa (contradicción y bilateralidad) del demandado. Quedan fijados los hechos. Se manifiesta así la pretensión del accionado. A partir de la contestación de la demanda, ya todo queda determinado. Es acerca de lo pretendido por el actor y lo pretendido por el demandado que se va a discutir. Ese el objeto del proceso. Ese es el contenido del debate. Es la *litis*, al decir de Carnelutti. En torno a los hechos controvertidos es que se desplegará la actividad probatoria. Si de la demanda y la contestación no surgieran hechos controvertidos, no tiene sentido recibir la causa a prueba y se la declara de puro derecho. La causa del proceso, como elemento integrativo,

Se trata, pues, de una serie encadenada (concatenada, dicen algunos autores) de actos, sometida al método dialéctico, en la cual quien desata la actividad jurisdiccional —actor— postula una pretensión sostenida por la afirmación de ciertos hechos, encuentra en su «oponente» la resistencia a la admisión de aquella pretensión negando los hechos o afirmando hechos contrarios y postulando la desestimación de la pretensión de origen, siendo dirigida la serie por un tercero imparcial, quien, al cabo de la inclusión de los elementos probatorios y a su tiempo, ha de tomar la decisión que quepa, valorando los elementos probatorios a partir de reglas (valor prefijado de la prueba, sistema tasado o tarifado, o aplicando su libre convicción, mas siempre valorada con la regla de la sana crítica), de manera lógica y racional, según se hayan o no probado las afirmaciones o negaciones expuestas, aplicando así el Derecho objetivo (orden jurídico vigente en el lugar y tiempo en el que se desarrolla la cuestión sometida a decisión) que corresponda a la conclusión fáctica a la que arribe.

El desarrollo de la serie se encuentra sometido a reglas —y/o principios— que determinan que tanto los hechos, las negaciones, como las pruebas, son aportados por las partes (dispositividad), sin que dicha serie pueda retroceder en el devenir temporal (preclusión), las aportaciones de las postulaciones y de los elementos probatorios pueden estar sometidas al método de comunicación oral o escrita —a veces mixto— y la dinámica de la serie estar controlada por la dialéctica del debate —bilateralidad y contradicción—, manteniendo un esquema igualitario entre las oportunidades de cada parte —postulativas, probatorias, alegatorias y recursivas— para que, por fin, quien haya de tomar la decisión sobre el debate deba hacerlo expresando racionalmente los motivos por los que dicha decisión se emite. Tal decisión puede —como generalmente ocurre— estar sometida a una revisión postulada por alguna de las partes (la que no esté conforme con la decisión) a un sistema de revisión a cargo del mismo órgano que emitió la deci-

presenta la particularidad de configurar el punto sobre el que girará toda la actividad procesal y se muestra como el conflicto mismo, como la *litis* que Carnelutti conceptualizó al decir: «cuando a la pretensión del actor se opone la resistencia del demandado, aquel conflicto de intereses degenera en una *litis*» (1971:62). La diferenciación entre el objeto y la causa no se presenta sin dificultades. Es que se dice que el objeto es la prestación pretendida, v.gr. la devolución del inmueble en el juicio de desalojo; la declaración de la obligación y la condena a su pago en el proceso por cobro de pesos; la restitución de la posesión pacífica en una acción posesoria; la declaración del dominio en un proceso reivindicatorio o petitorio, la condena a pagar una suma de dinero en concepto de indemnización por los daños inferidos por el demandado y sufridos por el actor, sin que entre ellos medie otro contacto que no haya sido el daño mismo. La causa sería, en cada uno de los ejemplos, el contrato de locación en el primer caso, el contrato de mutuo, de compraventa, o el hecho desencadenante de la obligación cuyo cumplimiento se pretende; la posesión perturbada o turbada en la acción posesoria; el dominio incierto en la acción petitoria o restitutoria. Así se ve cómo causa y objeto se vinculan con tan particular estrechez que en ciertos casos se confunden.

sión o de otro, usualmente pluripersonal, que decide acerca de la corrección o no de aquella decisión.

El diseño puntual de ante quién se postula (competencia), de en qué tiempo cada acto (eslabones de la serie) ha de incorporarse, del formato que ha de mostrar cada uno de tales actos y la incorporación de los elementos probatorios, depende de la regulación legislativa, debiendo ese diseño mantener una completa coherencia con las exigencias impuestas desde normas de jerarquía superior (Constituciones), preservándose los presupuestos de lo que se ha llamado «el debido proceso»,⁴ y teniendo entonces que armonizarse con aquellos mandatos constitucionales con el riesgo de que, si no se mantiene esa armonía, el proceso pueda encarnar un vicio que determine su invalidez.

La descripción que se ha hecho en párrafos precedentes admite diversidad de diseños, siendo cada uno de los posibles configurativo de un sistema, con lo cual ha de funcionar de tal modo que sean preservados determinados parámetros ineludibles, como aquel que indica el juez natural (competencia), la tutela judicial efectiva direccionada hacia quien postula y quien se opone (derecho de acción y de defensa o excepción), con igualdad de oportunidades postulativas y probatorias, posibilitando una decisión fundada (motivación) y oportuna (celeridad), con el menor esfuerzo y la menor actividad posible (economía, de tiempo y de costos) con vocación de efectividad y eficacia (cosa juzgada) y de pronta ejecución.

El segundo plano en el que hemos de analizar el proceso es el de su ontología,⁵ lo cual, en apariencia, indaga sobre su naturaleza jurídica.⁶ Sin embargo, el plano en el que quisiéramos analizar su ontología es el de su esencia misma y más allá de las calificaciones que se ha querido ver en su interior.

Se trata así, creemos, de un método de debate destinado a lograr una solución fundada en el ordenamiento jurídico acerca de lo que se está debatiendo, sometido a reglas pacíficas y civilizadas. Y como método de debate es susceptible de adquirir diversos formatos, pues, por caso, el duelo también es un método, la guerra lo es, y el solo diálogo también se presenta como tal.

Es posible ver en el ejercicio de la función parlamentaria el desarrollo de un debate en el que quienes integran el órgano deliberativo y —al cabo— legislativo lo hacen aplicando un método reglado por los reglamentos y en

4 Ver a este respecto lo que señalaremos en el capítulo siguiente (IV).

5 Ontología significa «el estudio del ser». Esta palabra se forma a través de los términos griegos *οντος*, *ontos*, que significa ser, ente, y *λόγος*, *logos*, que significa estudio, discurso, ciencia, teoría. La ontología es una parte o rama de la filosofía que estudia la naturaleza del ser, la existencia y la realidad, tratando de determinar las categorías fundamentales y las relaciones del «ser en cuanto ser».

6 Esto es, acerca de si se trata de un contrato, de un cuasi contrato, de una relación jurídica, de una situación jurídica, de una institución o, en fin, de una relación jurídica compleja.

el que cada deliberante analiza ante los demás la cuestión en debate, argumentando —a favor o en contra— acerca de la cuestión sometida a deliberación. Y luego de esa discusión, se somete a una votación en la cual se requieren mayorías (que pueden ser diferenciadas según de qué se trate) que arrojarán la aprobación o rechazo de la propuesta discutida. Efectivamente, se trata de un método de debate y decisión y, si bien el orden de su desarrollo es dirigido por un presidente, son quienes protagonizaron el debate los que con su voto emiten la decisión de aprobar o desestimar la cuestión. En consecuencia, la decisión en un caso —en el *proceso judicial*— es emitida por un tercero imparcial e independiente y, en cambio, en el debate parlamentario son los propios protagonistas del mismo quienes con su voto forman o no la mayoría requerida para la aprobación o no de la cuestión.

El sometimiento del método de debate a reglas pacíficas y civilizadas y la intervención decisoria del tercero —en la condición de imparcial e independiente— es lo que acuerda al proceso judicial una tonalidad altruista y valiosa, y de ello derivan aquellos principios y reglas que se insertan en su diseño. Están en su interior valores que se encarnan en él según los contextos sociales, políticos, económicos e ideológicos de cada momento histórico.⁷

Así, consideramos que el proceso (judicial, se entiende) en cuanto tal —y que se desarrolla en el tiempo— es un método en el que dialécticamente se debate acerca de un interés jurídico confrontado con otro y que tiende a la búsqueda de una respuesta jurisdiccional emitida por un tercero imparcial e independiente fundado en el derecho objetivo, debiendo ser su desarrollo armónico —sin desatender los valores éticos y morales de quienes intervienen— con los valores constitucionales, legales y, en general, con todo el Derecho vigente, y que resuelva aquella confrontación, otorgándole la razón a quien jurídicamente la demuestre, preservando el valor justicia del caso concreto y restándole la razón a quien no alcance aquella demostración.

En su esencia, entonces, encontramos la configuración de un vínculo (relación jurídica) entre quienes debaten y quien ha de decidir, al tiempo que, además de resolver, en el transcurso del debate ha de ser el encargado de encaminar y dirigir ese debate, enderezándolo hacia la obtención de la finalidad propuesta, tomar la decisión como tercero imparcial e independiente, con la imposición de motivación de esa decisión. En la dinámica del desarrollo del debate, sometido a un orden preestablecido⁸ y al que todos han

7 De allí la necesidad de haber realizado un paneo histórico del proceso, pues de él es posible extraer esta contextualidad que ha caracterizado al método de debate y aun a su finalidad.

8 De ese orden prestablecido y al que habrán de ajustarse en su actividad tanto las partes como el juez, y aun los terceros, ha surgido la tesis que sostiene que el proceso es una «institución». Ver aquel fecundo diálogo mantenido por Eduardo Couture en la Universidad de París con el profesor Solus, espigado en *Introducción al Estudio del Proceso civil*, Depalma, pág. 96. Ver asimismo Rivas (1993:39, con cita a Briseño Sierra).

de ajustar su actividad, los protagonistas se encontrarán en diversas situaciones.⁹ Hacemos referencia a las teorías que han indagado acerca de la naturaleza jurídica del proceso, dejando la sugerencia de que, según el punto de vista o la posición en que focalice su mirada quien indaga la cuestión, podrá encontrar en ellas una porción de razón. Creemos, sin embargo, que en esencia el proceso es un método impuesto por el orden jurídico para dirimir un conflicto entre la conducta y el derecho objetivo, lo cual es dirigido por un tercero que también habrá de emitir una decisión, acordando o restando la razón a alguno de los contendientes.

Su finalidad unívoca

El proceso judicial fue concebido como un método sustitutivo de lo que se llamara «el ejercicio de la justicia por mano propia», ejercido monopólicamente por el Estado a través de los órganos jurisdiccionales concebidos para el cumplimiento de esa función decisoria.

La finalidad del proceso judicial es posibilitar que quienes se encuentran sumidos en un conflicto, de manera racional, pacífica, igualitaria, encuentren una decisión a la que deberán someterse, y evitar de ese modo entrar en una lucha irracional, violenta, en la que el más fuerte pueda conseguir lo que injustamente no le corresponde, o bien que aquel que tenga la razón no logre lo que justamente le corresponde. He allí el sentido o contenido axiológico del proceso judicial.

Así, de la apreciación anterior es posible extraer elementos que caracterizan axiológicamente al proceso judicial: a) la aplicación de la racionalidad al conflicto; b) el hecho de evitar la violencia; c) la búsqueda de una decisión justa; d) ello en el marco de la preservación de la paz social; y f) encontrando su sustento en la aplicación al caso del orden jurídico.

⁹ Debemos señalar que la formulación de la «teoría de la situación jurídica» hecha por James Goldschmidt parte de dos cuestionamientos: el primero direccionado a desentrañar la naturaleza de las normas, en tanto distingue, explicando pormenorizadamente la distinción entre el Derecho Material (sustancial) y el Derecho Privado; y por otra parte, entre el concepto de Derecho Procesal y el de Derecho Público. Así, sostiene que el Derecho Procesal está conformado por las normas que regulan el «cómo debe actuar o proceder el juez», no siendo procesales las normas que determinan «cómo debe decidir» al cabo del proceso. A estas últimas, como normas materiales, aunque de Derecho Público, la formulación de autor citado las califica como «Derecho justicial material civil», el que no es otra cosa que el Derecho Privado considerado y completado desde el punto de vista jurídico público. Sostiene entonces el autor aludido que no hay ni derechos existentes ni obligaciones correlativas en el vínculo entre las partes y el juez, antes bien, no hay relación jurídica sino «situaciones jurídicas» de las que podrán visualizarse y aparecer «posibilidades», «cargas» dirigidas a hacer evidentes los derechos y «expectativas» de triunfo en el debate. Ver a este respecto Goldschmidt (1959).

Es posible también advertir un valor más en su concepción: el protagonismo argumental de cada parte en el aporte y la construcción de la decisión que, si bien no han de tomarla los sujetos sumidos en el conflicto, la ha de emitir de modo independiente e imparcial el tercero (juez) atendiendo a aquellos elementos traídos al proceso por las partes y tomando en consideración las argumentaciones que cada sujeto partivo ha volcado, debiendo atender la totalidad del orden jurídico. Tal protagonismo argumental acuerda al proceso un valor democrático desde que los propios protagonistas del conflicto aportan a la construcción de la decisión a la que habrán de someterse, sus argumentos coadyuvados por los elementos probatorios que cada uno ha llevado al proceso, circunstancia que distingue a la actividad procesal de la que llevan a cabo los otros poderes del Estado en cuyas decisiones intervienen en un plano de representación —legislativa— los parlamentarios, o administrativa ejecutiva, también de modo indirecto. Esa decisión ha de encontrar, como dijéramos, el sustento —asimismo, de hondo carácter democrático— en el orden jurídico, esto es, en el Derecho.

Decía a este respecto Francesco Carnellutti (1944:287) que el «proceso se desenvuelve para la composición justa del litigio». Inmediatamente agregaba:

Paz con justicia podría ser, de ese modo el lema del derecho procesal. Ni paz sin justicia, ni justicia sin paz. Nada de paz sin justicia, porque el proceso... no tiende a componer el litigio de cualquier modo, sino según el Derecho. Nada de justicia sin paz, porque el Derecho no se aplica o no se realiza por quien está en conflicto, sino por quien está por encima del conflicto: supra partes, no inter partes; a fin de componer un litigio y no de tutelar un interés.

Insistimos, no se aplica o no se realiza por quien está en conflicto, pero solo se logra con la intervención activa de quienes lo protagonizan, pues ellos son los que aportan al proceso sus pretensiones, sus pruebas, sus alegaciones, sus argumentaciones, que —indudablemente— formarán parte de las motivaciones que ha de tomar en cuenta quien «por encima del conflicto» emita la decisión que lo componga. Desde el punto de vista democrático, tal protagonismo le acuerda —según mi parecer— un intenso matiz de legitimación a la actividad jurisdiccional del Estado.

Y en este último aspecto irrumpe un nuevo valor, esencial también desde la perspectiva democrática, que es la exclusión de la arbitrariedad a partir de la exigencia de que la decisión que se dicte en el proceso esté provista de motivación suficiente, de modo tal que quien la emita esté constreñido a dar razones, montadas sobre la lógica, en muchos casos matizadas por la prudencia, sometidas a un adecuado equilibrio argumental expuesto con claridad y simpleza, que exprese todo cuanto de los elementos contenidos en el proceso ha extraído quien decide para arribar a ello.

En tanto, aquella decisión sujeta a las exigencias de la razón es sometida a mecanismos de revisión por otro/s órgano/s preservando en la construcción de la decisión revisora la participación de los protagonistas del conflicto, quienes tendrán la oportunidad de someter la decisión a un test de adecuación, con argumentos críticos, para que dicha decisión sea confirmada o revocada, test que incluye la revisión de la adecuación del método aplicado al proceso, a los parámetros exigidos por las normas que lo regulan en su técnica de desarrollo y la que también ha de preservar la armonía de ese método a los mandatos impuestos desde las normas superiores.

Muestra el proceso, además, un carácter teleológico, cuya síntesis es la instrumentalidad, toda vez que no tiene un fin en sí mismo sino que está al servicio de la realización de los derechos, en la medida en que estos o alguno de aquellos derechos prometidos desde el orden jurídico se consideren vulnerados, desconocidos, limitados o insatisfechos.

Esta condición instrumental aparece de un modo flexible, adaptable a las características que muestre aquel derecho al que tiende a realizar. Ello nos induce a señalar lo que diremos en el título que sigue, no sin antes apuntar que ha sido tan pulcra la construcción de un sistema procesal como el que estamos analizando que su instrumentalidad, aun cuando ha sido resalta-da en los últimos tiempos, ha implicado desde hace siglos la incorporación de una etapa inicial destinada a la efectividad de la configuración de la relación jurídica procesal. Tal etapa con la inclusión de las llamadas excepciones procesales, cuyo destino es el de facilitar la correcta y efectiva construcción de la relación jurídica procesal, posibilitando que el juez que haya de entender en el proceso sea competente, que las partes posean la requerida personalidad, que quien represente a alguna de ellas detente la correcta personería, y que el instrumento que desencadena el proceso —la demanda— sea entendible y permita el adecuado ejercicio del derecho de defensa.¹⁰

Hacemos así notar que la pulcritud de la construcción del sistema, como lo quisiéramos destacar más adelante, ha posibilitado su perdurabilidad por siglos, pero también esa búsqueda de la pulcritud ha atentado — en su derrotero— contra la eficacia y credibilidad de quien es destinatario de su instrumentalidad.

10 Últimamente se ha incluido entre estas excepciones la de la falta de legitimación manifiesta, con lo cual se cubre con creces esa suerte de etapa de depuración del proceso para que luego sea este útil y eficaz.

Coincidencias y divergencias según la aplicación de las normas a que está destinado

Tratándose de un debate en el que se pretende la aplicación al caso del derecho objetivo, ha de tomarse en consideración que este cuenta en su interior la regulación de toda la vida de relación de la ciudadanía. De ello es fácil colegir que los conflictos asumen diversidad de materias que hallan en el derecho objetivo su regulación: civil, comercial, laboral, de familia, administrativo, penal, de minería ambiental, habiendo aparecido —justamente con el paradigma constitucional— el proceso constitucional.

Tal diversidad conduce a que el proceso judicial, desde la perspectiva instrumental, adquiera tonalidades o matices diferentes según sea la materia a la que está destinado. Es que —precisamente— su condición instrumental le impone esa flexibilidad y adaptabilidad al derecho sustancial para el que esté destinado.

Sin embargo, en su esencia, siempre se trata de un método de debate con aquellas características que hemos destacado en su fenomenología, en su ontología y en su axiología. Siempre es un proceso judicial.

Los matices o tonalidades diferentes no le restan al proceso su condición de tal.

He allí, a nuestro criterio, el sentido que ha tenido en los autores, el sostenimiento de la posibilidad de construir una teoría general del proceso, capaz de abarcar en su desarrollo a todo el mismo, sea cual sea el derecho sustancial al que está destinado —en cada caso puntual—, como instrumento, a aplicar.

Desde la procesalística penal se han elaborado argumentaciones que sostienen la imposibilidad de abarcar en tal teoría general del proceso a la aplicación del Derecho Penal. Así, hay un sector de la doctrina proveniente de la dogmática penal que insiste en la imposibilidad de abarcar al proceso penal en la teoría general del proceso.

Tal criterio —que puede considerarse como una divisoria de aguas— está montado sobre una mirada —entendemos— demasiado restringida, en la consideración de que la especificidad del Derecho Penal porta matices tan particulares y específicos que el instrumento realizativo se muestra también con una especificidad que no puede enmarcarse en una teoría general elaborada desde una perspectiva privada (civil, comercial, laboral, de familia, etcétera).

Quienes entienden que no es posible formular una teoría general del proceso que atrape también al proceso penal, han desarrollado una corriente diversificadora, en tanto no compatibilizan los conceptos fundamentales, los principios, las reglas y las instituciones específicas del proceso penal con los del proceso civil, laboral, comercial o de familia.

La corriente unificadora, en cambio, intenta desarrollar una teoría general del proceso que sea capaz de abarcar, en sus esencias, a todos los pro-

cesos que, con sus flexibilidades, su versatilidad instrumental, y más allá de las especificidades impuestas desde las disciplinas sustantivas a las que están destinados como métodos realizativos, contengan el estudio de los conceptos fundamentales comunes, los principios también comunes —aun cuando puedan insertarse principios propios que la disciplina sustancial imponga—, y las instituciones que en sus génesis respectivas estén presentes en todos los procesos.

Esta corriente, entonces, y con el afán de seguir el consejo de Carnelutti, quien señalaba: «Estoy seguro de no equivocarme al afirmar que la ciencia del Derecho Procesal no alcanzará su cima hasta que no sea construido sólidamente una parte general en que los elementos comunes a cualquier forma de proceso encuentre su elaboración», ha hecho esfuerzos profundos para llegar a aquella síntesis teórica que demanda la ciencia procesal.

Y es así, pues, si bien «el mundo jurídico es demasiado humano para pretender lo absoluto en la línea recta»,¹¹ entendemos nosotros que el esfuerzo por la formulación de una teoría general del proceso muestra un camino transido de divergencias pero también lo suficientemente rico en elaboraciones conceptuales, lo que agudiza el entusiasmo por su desarrollo.¹²

Es más, dentro de algunos capítulos de una teoría general del proceso —que es nada menos que el estudio de los conceptos fundamentales que se instalan en un proceso, cualquiera sea el derecho sustancial que en él pueda estar inferido—, igualmente se han desarrollado teorías generales, tales como la teoría general de la prueba, la de las impugnaciones, la de las medidas cautelares y urgentes, de tal modo que dentro mismo de aquellas es posible advertir teorías generales de capítulos concretos del proceso, con lo cual su desarrollo —aunque en apariencia se complejiza— se ve simplificado porque cada uno de esos capítulos específicos permiten distinguir características puntuales que en los conceptos generales se diferencian según el derecho sustantivo al que está destinado el proceso en el caso particular.¹³

11 Síntesis de Luis Diez Picazo en cuanto a la relatividad del presente de derecho, como de las serias dificultades que enfrentan los operadores jurídicos para regular conductas que se muestran vertiginosamente cambiantes hacia el devenir y prevenir un futuro que —cuando llega— es impensado. Ver sus palabras en ocasión del Congreso Internacional de Derecho de Familia celebrado en Mendoza, Argentina, en 1998.

12 También atendemos a la proclama de Scialoja, tantas veces citado por Morello, en cuanto indicaba la necesidad de hacer «ciencia útil», lo cual no es más que estrechar vínculos entre la ciencia —como devaneo abstracto— y las construcciones técnicas que, asentadas sobre los conceptos indagados desde la ciencia, y a partir de allí que se puedan diseñar, inventar o descubrir nuevas figuras, en el trance de lograr resultados que optimicen el fenómeno procesal.

13 La Real Academia Española le acuerda más de un significado: 1) teoría es el conocimiento especulativo considerado con independencia de toda aplicación; 2) serie de leyes que sirven para relacionar determinado orden de fenómenos; y 3) hipótesis cuyas consecuencias se aplican a toda una ciencia o a una parte importante de ella. Este último significado es el que identifica a

Referencias bibliográficas

- Carnelutti, Francesco (1944). *Sistema de derecho procesal civil*. T. I. Buenos Aires: Uteha.
- (1971). *Derecho Procesal Civil y Penal*. T. I, Derecho y Proceso. Buenos Aires: Ejea.
- Goldschmidt, Roberto (1959). *Derecho justicial material civil*, en obra colectiva en homenaje a Hugo Alsina. Ediciones jurídicas Eurpoa-América
- Gómez Orbaneja, Emilio (2009). *Derecho y Proceso*. 1 era. ed. Buenos Aires: Civitas.
- Ramos Méndez, Francisco (1978). *Derecho y Proceso*. Barcelona: Bosch.
- Rivas, Adolfo (1993). *Tratado de las tercerías*. Buenos Aires: Abaco.

las teorías generales que, dentro de la teoría general del proceso, se han desarrollado respecto de capítulos o fenómenos específicos que lo integran. No obstante, es útil señalar que el proceso se muestra, en cuanto a su regulación, como un sistema, y en consecuencia ha de vérselo en su integridad para comprenderlo, sin perjuicio de entender previamente los elementos que integran el sistema procesal.

Capítulo IV

El proceso judicial como garantía constitucional

Al titular este primer párrafo del Capítulo IV hemos deseado —intencionadamente— la posibilidad de hacerlo como «El debido proceso es una garantía constitucional», o «La garantía constitucional de la tutela judicial efectiva», ello pues desde que se ha entablado alguna diferencia entre la conceptualización de uno: «el debido proceso legal o el debido proceso justo», y la otra: «la tutela judicial o jurisdiccional efectiva» (Carocca Pérez, 1998:179 y ss.).

Como creemos que, adecuadamente, lo destaca el autor antes citado, la diferencia de nomenclatura radica en avatares históricos de especial trascendencia para la evolución del Derecho, y en particular enmarcado en las dos tesis del control de constitucionalidad —difuso y concentrado—, cuyos orígenes aparecen divergentes.¹ Lo cierto es que, a nuestro modesto modo de ver, tanto la garantía del debido proceso legal como la tutela judicial efectiva arrojan iguales resultados en cuanto a sus contenidos. Sin embargo, desde su propia concepción e identificación, más adelante señalaremos algunos aspectos que podrían determinar alguna diferencia.

Adviértase además que en nuestra Constitución no se hace alusión ni a una ni a otra, sino que se han empleado normas que integran la garantía respecto de la cual ha sido la Suprema Corte de Justicia el órgano que se ha ocupado de darle el diseño.

Tal como lo hemos querido destacar en capítulos anteriores, el proceso judicial configura un método destinado a la realización de los derechos en tanto estos encuentren escollos a su realización espontánea.

El vínculo estrecho entre los mandatos constitucionales y la disciplina procesal muestra una sinergia notable que, tanto desde el constitucio-

¹ Citamos textualmente al autor antes referido: «Más aún, con toda razón, se nos podrá argüir que el reconocimiento de la garantía de la tutela judicial efectiva es propio de un sistema del Derecho Continental (...) [más adelante señala que de raíz kelseniana] la respuesta de alguno de los países en los que rige este sistema jurídico, a los problemas que antes había venido a solucionar en el Common Law, el "debido proceso" y que, por lo tanto, ambos pueden ser considerados equivalentes. En definitiva, se trataría de instrumentos distintos que obedecen a concepciones jurídicas diferentes, pero el logro de los mismos fines. Esta tesis ha venido siendo desarrollada hace ya tiempo por destacados autores italianos, que se han encargado de poner de relieve la semejanza de soluciones, desde sus respectivas perspectivas, y que han conducido, y siguen conduciendo el derecho a la tutela judicial el debido proceso».

nalismo como desde la procesalística, ha estado presente, y en particular desde la procesalística en sus primeras especulaciones doctrinarias (Díaz, 1968:175 y ss.).²

Estos son tiempos en los que las elaboraciones doctrinarias se presentan abundantes en el llamado «neoconstitucionalismo» o «constitucionalización del Derecho».³

En el marco específico de la disciplina procesal, este vínculo entre los valores, principios, mandatos y reglas constitucionales y las construcciones de los sistemas procesales detenta ya muchos años, a partir de que —tal como lo apuntara Couture (1978) hace ya tiempo— el Derecho Procesal se presenta como la reglamentación de los mandatos constitucionales relativos al funcionamiento de la jurisdicción. Desde esa perspectiva señalaba que la «acción» no era sino la manifestación del derecho constitucional de peticionar a las autoridades jurisdiccionales.

Y bien, el proceso judicial se presenta como el instrumento realizativo de los derechos prometidos desde el ordenamiento jurídico y, en tal sentido, es el instrumento que garantiza al ciudadano el reconocimiento de los derechos que en la dinámica de la vida de relación encuentren mellas u obstáculos en su reconocimiento, los vulneren, los disminuyan o los posterguen en su efectividad.

El instrumento realizativo requiere de la conformación de un sistema jurídico orgánico que muestre, en un primer momento, lo que Rosatti (1984)⁴ analiza desde la perspectiva previa a la iniciación de un proceso. Los órganos jurisdiccionales han de estar configurados, establecidos, estructurados, según los mandatos constitucionales y ofrecer un andarivel adecuado al requerimiento de la tutela jurisdiccional.⁵ Esta apreciación encuentra un anclaje en que los órganos jurisdiccionales han de estar prestos para otorgar la tutela judicial efectiva antes de que el conflicto se configure, de tal modo que quien pretenda ocurrir ante ellos encuentre los carriles adecuados y el órgano competente ante quien accionar.

2 Ver asimismo Morello (1991 y 1999:383).

3 Quienes más han indagado acerca del fenómeno de la constitucionalización del derecho han sido Dippel (2005); Guastini (2001, 2003) y Carbonell (2001). Ricardo Guastini define a la constitucionalización como el «proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” de las normas constitucionales».

4 En la oportunidad, ya de algunos años, el constitucionalista analiza la necesidad de que la jurisdicción preexista como garantía, esto es, conformada y configurada según los mandatos constitucionales relativos a la constitución de los órganos jurisdiccionales prestos, antes del proceso, a dar oportunidad plena de ejercitar la acción al tiempo en que esta aparezca como requerimiento de tutela jurisdiccional.

5 Conviene rememorar un párrafo de la Constitución Española (art. 24, párrafo 2) en tanto señala: «Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado», del que aparece reflejada la preocupación del autor citado en la nota anterior.

La garantía de la tutela judicial efectiva ha sido enmarcada en la calidad de un derecho fundamental,⁶ con lo cual se le acuerda un rol esencial en la relación dinámica entre las consagraciones constitucionales de las garantías y los sistemas procesales que han de ser el precipitado útil de aquellas.

Ya de esa interrelación se ocupó Couture, realmente como una profecía, al desarrollar *Las garantías constitucionales del proceso civil* (1946). Realiza el autor un detallado análisis de cada uno de los elementos constitutivos del proceso, vistos desde la ventana de la Constitución, principiando por la garantía de la acción y el derecho a peticionar; de la excepción y el derecho de defensa en juicio, compatibilizando y equilibrando la cara y la contracara —acción y excepción—; la ley de la tierra y el debido proceso; los actos procesales cumplidos conforme a las exigencias del debido proceso, explayándose en la concepción de esa calificación de «debido» en tanto da el alcance procesal de la misma; la garantía relativa a las alegaciones —afirmaciones y negaciones—; y relativas a la prueba; la garantía de la sentencia en cuanto formación de la decisión, con sustento motivacional —racional, congruente y con asiento normativo en el sistema de fuentes— y argumentativo suficiente; y, finalmente, las garantías vinculadas con la estructura del Poder Judicial, compaginando desde las leyes organizativas de los órganos la independencia, la autoridad y la responsabilidad de sus integrantes.

Esta estrecha vinculación entre los mandatos constitucionales⁷ relativos al diseño posible de un sistema procesal, y su manifestación dinámica, muestran al proceso en sí mismo como —diría Morello— el «escudero de la Constitución», toda vez que a través de su funcionalidad resulta posible aquella realización de los derechos a los que teleológicamente tiende, tanto en su estructura estática como en su desarrollo dinámico.

La armonía de un sistema procesal plasmado en un código procesal con aquellos mandatos constitucionales, hoy enriquecido por los tratados internacionales, hace que sea un método adecuado a la búsqueda de los fines del proceso, pero no solo en su diseño legal sino, y fundamentalmente, en los presupuestos necesarios para su puesta en funcionamiento y —luego de iniciado— en su desarrollo en el caso concreto y específico.

En definitiva, el proceso judicial constituye la garantía constitucional⁸ que la propia Constitución acuerda al ciudadano reconociéndole la posibilidad

6 Con razón el art. 6 párr. 1 de la Convención Europea de Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales del 4 de noviembre de 1950 declara el derecho a un procedimiento justo como un derecho humano, y determina: «Toda persona tiene derecho, a que su asunto sea oído de modo público, económico y dentro de un plazo adecuado, y en efecto por un tribunal imparcial, en base a la ley que debe decidir sobre pretensiones y obligaciones civiles».

7 Considerados por Clemente Díaz (1968) como fundamentos constitucionales del proceso.

8 Dice Morello: «Va de suyo que el debido proceso adjetivo en su perfil más acabado, que denominamos proceso justo (*due process*), emerge como la garantía por antonomasia» (1999:117).

de ocurrir a la jurisdicción en la búsqueda de la tutela judicial efectiva y debatir ante el órgano correspondiente su derecho, poniendo en movimiento todas las exigencias que la propia Constitución impone para que tal ocurrencia y desarrollo lo sea en el marco de un debido proceso legal.

En el proceso justo o debido proceso se resumen todas las garantías jurisdiccionales que consagran la Constitución y las convenciones internacionales, en un plano de valoración equilibrada, en tanto que debe destacarse que las leyes que reglamenten la dinámica del proceso han de encontrar una adecuación razonable con los fines, valores y principios que aquellas normas superiores han querido establecer.

La inserción del proceso en el andarivel constitucional

En el desarrollo del constitucionalismo se originó la búsqueda afanosa de métodos destinados a la consagración de libertades individuales, a las determinaciones de los límites del poder frente a los ciudadanos, consagrando lo que ahora es visto, también, desde la perspectiva procesal.

Nótese que la garantía de la ley de la tierra y el juez natural, aquella conquista británica de 1215, fue el primer paso de lo que hoy vemos con un desarrollo vasto y creciente, tanto desde la perspectiva del Derecho en general como del Derecho Procesal en particular.

El neoconstitucionalismo configura una reinserción de los valores constitucionales, posicionándolos en el centro o núcleo del orden jurídico, por lo cual abarca así la totalidad de los ordenamientos e impregna con tales valores y con determinaciones principistas tanto el posicionamiento del Estado como el de los ciudadanos.⁹

⁹ En *Explicaciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe*, juntamente con Silvia Esperanza, hemos hecho un análisis histórico del fenómeno del neoconstitucionalismo operado en la segunda mitad del siglo XX (2016:643 y ss.). En aquella ocasión dijimos: «En el siglo corto, con las dos grandes guerras del siglo XX —la del 14 y la del 39— y sus feroces resultados, implicó que la vieja Europa iniciara un camino de integración, para el cual uno de los vehículos fue la consolidación del constitucionalismo moderno. Ese constitucionalismo importó la aparición de un nuevo paradigma: el constitucional. Ello pues desde que el discurso jurídico a partir de las constituciones, con direccionamientos similares, posibilitó la construcción de la Unión Europea. La fuerza expansiva de lo ocurrido en Europa, determinó que en América Latina, en la década de los 80 —siglo pasado— se iniciara también un camino hacia un constitucionalismo moderno en el que no estuvo ausente aquella influencia europea, acompañada por el fenómeno de la regionalización provocado por la globalización. Adviértase que las motivaciones que tuvo el viejo continente fueron disímiles de las que condujeron a América Latina por el camino del reverdecimiento de los valores constitucionales, pero eso es harina de otro costal. La prédica mundial de ese nuevo constitucionalismo se centró en la tendencia hacia la humanización más acentuada, con la prédica hacia la revalorización de los derechos humanos, y la centralidad de la persona humana». Por su parte, Sanguino Sánchez (2005:264) realiza un análisis acerca de la mirada filosófica que dio pábulo a ese giro copernicano que implicó aquel reposicionamiento de las constituciones.

Ha ocurrido un corrimiento del criterio legalista que germinara en la Revolución Francesa al impregnar al Derecho, colocando —entonces— a las constituciones como programas de derechos y garantías cuya efectivización dependía de la operatividad del legislador.

El neoconstitucionalismo, en cambio, ha ubicado a la Constitución en el núcleo mismo del orden jurídico, con la virtualidad de derramar sus valores, principios y mandatos a todo el ordenamiento, «sin esperar a que el legislador efective tal derrame con su tarea legislativa» (Sucunza, 2018). Se ha dicho acerca del fenómeno de la constitucionalización del Derecho —repassando la repercusión en la tarea legislativa, en la judicial y en la académica— que:

El proceso de constitucionalización en la academia ha sido interesante y de una aparentemente más fácil adaptación, pues se ha llevado a cabo preferiblemente en niveles altos de abstracción y en la especulación de situaciones jurídicas. En la academia, el proceso de constitucionalización se ha visto desde el estudio y la enseñanza, las asignaturas en los programas de pregrado y posgrado, la celebración de cursos de educación continuada y las publicaciones. El estudio y la enseñanza del Derecho variaron. No se trata de aprender de memoria fórmulas jurídicas exactas para la solución de problemas concretos. Ahora se ha hecho importante el estudio de la fundamentación del derecho sobre el dogmatismo clásico, la comprensión holística e integral de los diferentes materiales jurídicos respecto de visiones sectoriales, las competencias críticas de los estudiantes sobre el aprendizaje memorístico de fórmulas jurídicas; *en síntesis, cobran importancia la teoría del Derecho, la argumentación jurídica y las visiones alternas*.¹⁰ El número de asignaturas que se estudian desde el punto de vista constitucional es considerable y difícilmente se conciben planes de asignaturas que no toquen de forma directa o indirecta la categoría del Derecho constitucional, aunque se trate de una materia dogmática. Esto muestra la importancia que esa perspectiva ha adquirido, sobre todo, en las últimas décadas. En los programas de posgrado, el asunto es similar. El Derecho Constitucional está inmerso en las asignaturas de los programas o, más importante aún, en las denominaciones de los programas. Es decir, no solamente se rastrea la importancia en las asignaturas sino que también en el país hay más de dos decenas de posgrados en Derecho Constitucional. Algo similar sucede con los cursos de educación continuada, seminarios y congresos: la importancia de la constitucionalización del Derecho se rastrea en las temáticas, en los enfoques y en los contrastes. Los textos en los cuales se revisa el Derecho Constitucional también son abundantes. (Suárez-Manrique, 2014:317-351)¹¹

10 El destacado nos pertenece.

11 Hacemos notar que Colombia reformó su constitución en 1991 y, en comparación con la nuestra, las circunstancias que dicha reforma determinó y las consecuencias son particularmente similares a las ocurridas en nuestro país.

Recurriendo a un texto constitucional en el que se ha plasmado la garantía —derecho humano— de la tutela judicial efectiva, como es el artículo 24 de la Constitución Española (1978), advertimos que hay contenidos en la configuración de esa tutela que se presentan con nitidez, sin que los mismos puedan advertirse con igual claridad en la conceptualización del debido proceso tal como —en general— se lo ha venido caracterizando, aun cuando es posible detectar en la doctrina esfuerzos para proporcionar al ciudadano la estructura y presencia de un poder judicial presto a otorgar la tutela reclamada.¹²

La consagración del libre acceso a la jurisdicción presupone la existencia de una estructura judicial implementada conforme las exigencias constitucionales y atentas a la posibilidad del ejercicio de tal libertad.

Esa estructura ha de mostrar una judicatura independiente, sin mácula que pueda teñir su credibilidad, con jueces activos, formados técnicamente¹³ y desprovistos de temores o prejuicios¹⁴ que los induzcan —incluso mínimamente— a eludir responsabilidades o a oxidar su imparcialidad. Ha de agregarse que la ausencia de mácula ha de abarcar también el perfil ético del juez, cuya valoración no siempre es fácil de evaluar al tiempo de proponer su postulación a un cargo en el espectro de la jurisdicción.

Cierto es que desde la propia Constitución, y ya en el Derecho Procesal se han elaborado sistemas de selección de los jueces cuyo funcionamiento y efectividad han sido —sistemáticamente— puestos en entresijo. Ello pues, desde que tal selección se ha dirigido con particular esfuerzo a la determinación de las condiciones técnicas y al conocimiento del Derecho, poniendo particular foco en el academicismo, y sin hacer mayores esfuerzos para la consagración de sistemas que puntualmente centren su mirada en las condiciones personales de los postulantes en cuanto a su integridad moral, ética, honra, y seguridad en el ejercicio de la autoridad dentro de los marcos exigidos por las constituciones y la ley. Es la personalidad del juez la que se mostrará, aún más que sus dotes en el conocimiento académico del Derecho, al tiempo en que ha de actuar en el ejercicio de magisterio

12 Véase para el caso el esfuerzo de De Lázari (2005:62, apartado 1). En la misma publicación, véase Sanguino Sánchez (2005:262). En la ocasión, el autor citado en último término analiza la cuestión desde la perspectiva del Derecho colombiano, haciendo notar el contenido del art. 229 de la Constitución Colombiana: «Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado».

13 Acerca de la formación y selección de los jueces, Vazquez Sotelo (1995:108 y ss.). Ha hecho el catedrático de Barcelona un aporte completo y con argumentos críticos hacia el llamado *Tirocinio profesional*, al que califica de «escandalosa farsa», apoyando su crítica en textos de Calamandrei, Cappelletti y Scialoja.

14 «Los jueces deben cumplir su misión bajo la protección del derecho, independiente y libremente, sin favor y sin temor» (Vazquez Sotelo, 1995:49).

(Cecchini, 2014:355).¹⁵ A este respecto, han dicho los ingleses que para ser juez se «requiere ser un caballero, y si sabe Derecho, mejor» (Vazquez Sotelo, 1995:50).¹⁶ Por otra parte, también se ha advertido una injerencia, en muchos casos excesiva, de los intereses coyunturales de otros poderes del Estado en la configuración de las instituciones encargadas de la selección, con lo cual aquellos objetivos tenidos en miras al concebir —en abstracto— esas instituciones muestran ciertamente su propia desacreditación.

Asimismo, se han elaborado mecanismos procesales destinados al apartamiento de un juez en tanto encuentre alguna circunstancia que pueda mancillar su independencia o imparcialidad. Tal el caso de las normas insertas en los códigos para la recusación o excusación del magistrado. En no pocos casos se advierte que tales normas son utilizadas como postulaciones cuya finalidad es la de generar apartamientos inadecuados, y — en muchos casos — con tal solo el afán de poner cortapisas al avance de la actividad procedimental.

Las muchas veces intrincadas cuestiones de competencia, que en los códigos se alojan, también dan pie a intencionalidades inconfesables, se presentan como postulaciones con matices de alargaderas, más que con el leal propósito de que quien actúe en la causa sea efectivamente el juez natural de la cuestión.

De modo tal que aquel libre acceso a la jurisdicción —desde sus comienzos— ya se ve, cuanto menos, postergado en los tiempos oportunos, con la utilización de instrumentos procesales que muestran su utilidad en muchos casos pero en otros su mal manejo obstaculiza esa libertad.

Vayan tan solo esos ejemplos para ver cómo es posible, y lo observaremos a lo largo de estas páginas, desvirtuar el sentido lógico, razonable, adecuado que proponen los instrumentos procesales con fines también adecuados, pero que en manos imperitas, cuando no maliciosas, aportan resultados de ninguna manera queridos por quien ha diseñado el sistema procesal.

Y si volvemos a los presupuestos que han de rodear la garantía de la tutela judicial efectiva, señalemos que median —normalmente— obstáculos que dificultan, cuando no impiden, que el justiciable acceda a esa tutela.

De tales obstáculos se ocupó Cappelletti, y en el particular caso del primer obstáculo —la pobreza, la ignorancia acerca de sus derechos, las barreras culturales y sociales— se ocupó entre nosotros el profesor Berizonce (1987). Analiza el profesor platense los sistemas de defensa y represen-

15 Destacamos en un párrafo que «ha de caracterizar la conducta y la personalidad de todo juez, la prudencia, la seriedad, la sobriedad, la contracción al trabajo, la energía puesta al servicio del orden jurídico y al Estado de Derecho».

16 Pone el autor en boca del Lord Canciller —jefe de la justicia inglesa— esta frase: «cuando necesito un juez, busco entre los abogados un gentleman y, si sabe un poco de Derecho, mucho mejor».

tación de quien carece de medios económicos, sociales o culturales para acceder a la tutela judicial, siendo tales obstáculos preexistentes a la instauración de un proceso. Con esto, fácil es advertir que aquellos órganos jurisdiccionales que han de estar estructurados y prestos para atender al servicio de justicia, y a cargo de jueces que efectivamente reúnan aquellas características que hemos destacado¹⁷ —a la par de saber el Derecho— han de complementarse con la estructuración de los órganos de la defensa y representación públicos y llegar con la misma eficiencia con la que lo harían desde la relación privada de la defensa y representación. Por lo demás, útil es señalar que las desigualdades a las que nos estamos refiriendo configuraron la necesidad de elaborar institutos —como el beneficio de litigar sin gastos— que coadyuven a lograr el acceso a los sectores que por razones económicas ven limitado el ejercicio de aquella libertad (De Lázari, 2005:62). Y en la oportunidad el autor grafica señalando algunos pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia en los que se flexibilizaron las exigencias para su otorgamiento, en tanto la realidad muestre que una interpretación pétrea y rígida no resulta adecuada al caso, vulnerando de tal modo esa tutela judicial efectiva.

De igual forma con relación a la imposición de la tasa de justicia cuando su exigencia implica una vulneración real de la libertad de acceso a ella, o en el caso de la exigencia del depósito para el acceso al recurso extraordinario.

Como se advierte, desde una interpretación que se adecúe efectivamente a las circunstancias particulares del caso sometido a examen, posibilita una marcada tendencia a la flexibilidad que el ejercicio del acceso al proceso requiere. A esa puntualización de las particularidades del caso le hemos atribuido la calidad de principio de contextualidad en oportunidad anterior a esta (Cecchini, 2014:343).

Nos es posible sintetizar lo dicho hasta aquí a partir de lo resuelto por el Tribunal Constitucional Español: «el artículo 24.1 de la Constitución (...) establece, como derechos básicos, el de libertad de acceso al proceso, el derecho a la articulación del debido proceso y el derecho al pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión. Es el primero de los mencionados el que puede verse afectado» (Rubio Llorente y col., 1995:274) en tanto no sean salvados adecuadamente los obstáculos que pudieran impedir, cercenar o dificultar el ejercicio de tal libertad.

Veamos ahora la configuración constitucional del debido proceso, por cuanto este se ha incoado, y cuáles son las exigencias constitucionales para que se desarrolle armónicamente con las exigencias constitucionales a su respecto.

17 Ver nota 15.

El sistema constitucional diseña los contornos del proceso

El desarrollo en concreto del debido proceso requiere de una serie de condiciones que fueron objeto de determinación por la doctrina.

Aquel libre acceso a la jurisdicción importa —necesariamente— la posibilidad de ocurrir ante un juez o tribunal independiente e imparcial y condiciones que tienen una garantía explícita en la Constitución, como son las de la inamovilidad de los magistrados mientras dure su buena conducta y la intangibilidad de sus remuneraciones. En efecto, la Constitución —art. 14 en relación con el art. 110— consagra el derecho (como garantía) de peticiar a las autoridades, siendo en el caso de hacerlo ante un juez o tribunal que preserve su cargo y sus remuneraciones como garantía, también, hacia el ciudadano,¹⁸ de su independencia —conjugada con el sistema republicano de gobierno (art. 1 CN) e imparcialidad.

Las disposiciones constitucionales consagran —asimismo— el principio de igualdad ante la ley (art. 16, reforzado por el inc. 23 del art. 75), esto es que los protagonistas del proceso se encuentren en un justo equilibrio según sus propias realidades, lo que marca la llamada igualdad de armas.

El principio de igualdad en su proyección específica a la igualdad de las partes en el proceso, y, como tal, integrado por el art. 24.1. de la Constitución significa que los tribunales vienen constitucionalmente obligados a aplicar la ley procesal de manera igualitaria que garantice a todas las partes, dentro de las respectivas posiciones que ostentan en el proceso y de acuerdo con la organización que a este haya dado la ley, el equilibrio de sus derechos de defensa, sin conceder trato favorable a ninguna de ellas en las condiciones de otorgamiento y utilización de trámites comunes, *a no ser que existan circunstancias singulares determinantes de que ese equilibrio e igualdad entre las partes solo pueda mantenerse con un tratamiento procesal distinto*. De tal modo lo ha conjugado el Tribunal Constitucional español a aquel principio de igualdad que resulta de primerísima valía en el desarrollo de un debido proceso. (Rubio Llorente y col., 1995: 278, con cita al STC 101/1989, FJ 4)¹⁹

18 Esa garantía es concebida en beneficio del justiciable, quien al final ha de ser el verdadero destinatario de la independencia del Poder Judicial, aunque se muestre en los hechos como un privilegio para quien ejerce la función jurisdiccional. Fue consagrada con el claro objetivo de evitar que el poder administrador avance sobre los ingresos de los magistrados como muestra de represalias o presiones. Al respecto, se han vertido opiniones disímiles, por lo cual resulta útil ver Díaz (1968:199, especialmente nota 43).

19 Hemos destacado en la cita ese marco de flexibilidad que se impone cuando la igualdad solo es posible de lograr con un tratamiento que la genere en la realidad.

El desarrollo de la doctrina que toma en consideración la desigualdad existente en la realidad aporta argumentos para preferir al más débil y tiene —precisamente— su asiento en la conciencia de las desigualdades de origen, por lo que proporciona caminos interpretativos que no desatiendan tal realidad.

La igualdad de armas ha de encontrarse en todas las etapas del proceso, comenzando por las posibilidades de acceso a la jurisdicción, como en la postulativa, en la negatoria, en la etapa probatoria —con la disponibilidad de medios de prueba y las posibilidades de producción—, en la etapa argumentativa y en la de revisión de lo decidido, haciéndose también presente en la etapa de la ejecución.

Tal principio de igualdad ha de conjugarse con el inalienable derecho de defensa en juicio que por mandato constitucional es inviolable (art. 18), es decir, insusceptible de cercenamiento, bien que en el espacio del proceso civil, se lo ve configurado como una oportunidad que, a su vez, ha de ser real y concreta, y de allí la construcción del concepto de «carga procesal». En el proceso penal es de consideración más estricta.

La igualdad, como dijimos, ha de ser preservada y garantizada en todas las etapas del proceso, con lo cual el acceso a la prueba, a la defensa técnica, ha de ser atendido por el juzgador al tiempo de la dirección del proceso y del dictado de la sentencia, como también al momento en que la decisión pueda ser sometida a revisión.

Aquella condición de independencia del juzgador —de la esencia misma de la función, y por lo demás emergente de la condición republicana de la organización nacional, reforzada por el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos—, con la de imparcialidad, han de mostrarse aun antes de la postulación de la acción —tal como lo señalamos en párrafos anteriores—, estar presentes y reflejarse con nitidez en todo el desarrollo del proceso, ejerciendo el magistrado una dirección adecuada a tales condiciones, debiendo actuar de tal modo que la igualdad de las partes no se vea trastocada por parcialidades impropias y que vulneren el equilibrio exigido por el principio de igualdad antes referido. Estará a cargo del juez, en ejercicio de la garantía de independencia, preservarse de cualquier injerencia externa que pueda perturbar su independencia y/o imparcialidad en la causa, vengán estas perturbaciones de donde vengán.²⁰

20 Se han hecho análisis extensos de la posible y execrable injerencia de los otros poderes del Estado en el ejercicio de la magistratura, pero también ha de tomarse en consideración las posibles perturbaciones que en el espíritu del juez puedan generarse en los medios de comunicación, o en las corporaciones económicas, e incluso en los estamentos internos del propio Poder Judicial. Sobre esto último hemos hecho un aporte en la «La cara interna de la independencia de los Jue-

La garantía de audiencia,²¹ que refleja en sí misma el principio de contradicción, de bilateralidad, como derivaciones virtuosas del derecho defensa, sintetizada por los norteamericanos como «el día ante la Corte», destaca Morello (1999:37) que ha de ser «suficiente y adecuada». Y a ello agrega:

Para que sea eficaz los jueces deben hacerse estas inquisiciones: si el oponente ha estado realmente informado para proponer excepciones y defensas; si ha cuidado de observar la prohibición de dictar resoluciones sorpresivas (arbitrarias); si ha hecho lo necesario para preservar la eficiencia y eficacia aún respecto de deficiencias técnicas o ejercicios abusivos de facultades procesales (algo así como la proscripción del exceso ritual); si en verdad está alisado el camino hacia el derecho al proceso; y como servicio público, si él presta lo que se le debe al justiciable, que es el consumidor jurídico de su actividad (de la jurisdicción).

Nosotros creemos que la audiencia es capaz de encerrar todas las garantías vinculadas con el procedimiento, y la vemos como la «síntesis más prieta del debido proceso» (Cecchini, 2014:319).

Estos mandatos constitucionales, esenciales al debido proceso, no se agotan en los señalamientos normativos de la Constitución, sino que tienen proyecciones que matizan de una manera especial todo el desarrollo del proceso, pues inciden en las formas indicadas para formular postulaciones, para ofrecer y producir las pruebas, para seleccionarlas y valorarlas, para argumentar (motivar) las decisiones judiciales, y para someterlas a la revisión en grados jurisdiccionales diversos del que originariamente actuara. Esos matices emergen de los tratados, convenciones y concordatos internacionales, con jerarquía constitucional de conformidad al inc. 22 del art. 75. De ellos también deriva la garantía del desarrollo del proceso en tiempo razonable, lo cual significa que la eternización, alongación no razonable de los procesos, importa una clara violación a la exigencia de otorgar una respuesta jurisdiccional oportuna.

Para cerrar este marco normativo tan insistente, es posible recordar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²² (1966) y señalar en el art. 14 que:

ces. Horizontalización del Poder Judicial», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de UNL*, «La persona», 1996.

21 «La garantía del día ante el tribunal o ante la Corte», expresión atribuida al Derecho norteamericano.
22 Entró en vigor en 1976, llamativamente en el año en que fuera quebrado el orden constitucional en la Argentina.

todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de orden civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

Bien se ha dicho que en la extensión de esta norma se ha incluido la garantía de la publicidad, otra derivación necesaria del sistema republicano de gobierno consagrado también en la Constitución, por la que se posibilita que la ciudadanía mantenga un control sobre el modo en que se desarrolla la actividad jurisdiccional por uno de los poderes del Estado, de manera similar a como se ha preservado la publicidad de los debates parlamentarios en el estadio de la construcción de las leyes por otro de los Poderes del Estado.

En el marco de la publicidad de los actos de gobierno, todos los poderes del Estado en el ejercicio de sus funciones específicas, han de hacerlo de cara a la ciudadanía, con lo cual el contralor popular es ineludible. Cabe a este respecto recordar a Calamandrei:

Ejemplos de deliberación pública de la sentencia. El secreto de la cámara de consejo es tradicional en el ordenamiento judicial italiano, pero existen diversos sistemas en otras legislaciones. En algunos ordenamientos, no obstante que la discusión de la sentencia se desarrolla en el secreto de la cámara de consejo, se admite que los jueces disidentes de la opinión de la mayoría manifiesten su desacuerdo al final de la discusión, publicándose juntamente con la sentencia que refleja la opinión de la mayoría, la motivación escrita de su voto contrario; y en los Estados Unidos se admite también que el juez, conforme con el dispositivo de la sentencia, pero en desacuerdo con la motivación adoptada por la mayoría, exponga independientemente una motivación diversa, igualmente idónea, para llegar a la misma conclusión. En otras legislaciones se admite francamente que la discusión y la deliberación de la sentencia se realicen en público, tal como ocurre en las Cortes Inglesas, en las que es posible observar cómo nace el fallo en la audiencia, a través de las objeciones que el juez presenta a los abogados antes de dictar oralmente su decisión al estenógrafo, o, si la Corte es colegiada, por medio de las preguntas que el Presidente dirige en la audiencia a los integrantes del

tribunal para ponerse de acuerdo con la solución que deben adoptar. Un ejemplo insigne de este sistema es el vigente en México, donde he podido observar personalmente su funcionamiento en una audiencia solemne de la Suprema Corte a la cual tuve el gran honor de ser invitado. La deliberación de la sentencia en el Supremo órgano judicial de la República Mexicana, cuyos integrantes reciben el título de Ministros, se realiza en público con una solemnidad que podrá calificar de parlamentaria; en un salón abarrotado de público, el Presidente invita al Ministro relator a leer el texto del proyecto de sentencia que ha elaborado, y abre después la discusión sobre este proyecto, desarrollándose entre los componentes del tribunal, que ordenadamente solicitan la palabra, una discusión que el público sigue con gran interés y que se cierra, después de la réplica final del relator, con una votación nominal; si el relator obtiene mayoría, su proyecto es proclamado desde luego como sentencia de la Corte; si el relator queda en minoría, es designado uno nuevo que informará en otra audiencia. (1960:108)

Entendemos que el párrafo transcripto es de una elocuencia notable y aporta a nuestra cultura jurídica, esencialmente arisca a la publicidad de su actividad,²³ un matiz trascendente a la transparencia de la actividad jurisdiccional.

Sería, todavía, posible incluir la garantía del juzgamiento por los pares, la que se concretaría en la consagración de jurados, con lo cual —y así ha insistido la Constitución— se cerraría el bloque constitucional que perfila el diseño del debido proceso, alcanzado por la tutela judicial efectiva.²⁴

23 Una tradición poco loable muestra en nuestra comarca una reticencia a la publicidad de las audiencias, proveniente esencialmente de la judicatura en general, restándole a la ciudadanía la posibilidad de asumir el control al que tiene derecho, de verificar el modo en que los procesos se desarrollan, la manera en que se desenvuelven los abogados en ese trance, y a la modalidad de trabajo de los jueces. Esa posibilidad retaceada por los códigos procesales —en general— impide que el ciudadano común sepa cómo funciona uno de los poderes del Estado, aquel al que en algún momento de su vida ha de tener que acudir, y le resta la posibilidad de conocer la capacidad e idoneidad de los jueces que también, quizás, algún día, lo juzgarán. Pero, y como contracara, se han elevado las causas que adquieren una estatura mediática, colocando al periodismo en una tarea que, por sus características, si bien se hacen públicas las cuestiones judiciales que muestran un costado de interés general, se generan desde los medios convicciones de hechos investigados por la propia prensa, como si fueran necesariamente tal como son informados, anticipando condenas sociales que luego del trámite del proceso pueden ser irremediablemente refutadas y que sin embargo ya se han instalado en el sentir ciudadano, provocando la sospecha acerca de lo efectivamente ocurrido en el proceso judicial, con todo el bagaje de pérdida de credibilidad de la ciudadanía hacia el sistema judicial.

24 Más de un siglo ha transcurrido desde que el Constituyente de 1853 aludió al juzgamiento por jurados, con el claro afán de darle al republicanismo, el espaldarazo necesario para que la legitimación del Poder Judicial adquiera su mayor grado de configuración. No puede dejar de mencionarse que el Constituyente de 1994 insistió en el capítulo aludido, sin que pueda insistirse —por algunos sectores de la doctrina— en las inconveniencias de tal instauración, ello pues desde que lo que la Constitución establece no puede ser objeto de olvido o desatención so pretexto de aquellas posibles inconveniencias.

En este sentido, podemos recordar el análisis que se ha hecho desde la ventana del Derecho Constitucional a las «clausulas constitucionales olvidadas»:

el debate, si no fuere por algunos fallos judiciales aislados dictados a comienzos de la década de 1990, parece cerrado desde hace años, *sin embargo, la manda constitucional al legislador nacional está allí vigente, sin que ningún constituyente, a pesar de la sucesivas reformas a la Carta Magna (la de 1994 incluida) se haya atrevido a derogarla. Nos referimos a las disposiciones contenidas en los artículos 24, 75 inc. 12 in fine y 118 —antiguos artículos 67 inc. 12, y 102 de la Constitución de 1853, normas todas ellas que ordenan la organización de la justicia criminal sobre la base del juicio por jurados.*²⁵ (Pulvirenti, junio de 2003:285 y ss.)

Cabe, como lo hace el propio autor de la referencia recordada, rememorar expresiones de Sarmiento y de Mitre al respecto. Dijo el primero: «el jurado es “el paladium” de las libertades públicas, e introducirlo entre nosotros sería inocular un principio de vida y de existencia del pueblo», y el segundo señaló: «la institución del jurado es un dogma para todo pueblo libre» (Pulvirenti:290, nota 7).

La sordera legislativa y la articulación de argumentos en algunos fallos emitidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que contienen fundamentos baladíes son incompatibles no solo con la letra misma de la Constitución Nacional sino también con las convicciones puestas de resalto a partir de aquel factor actual de la constitucionalización del Derecho o neoconstitucionalismo, que restringe los grados de análisis de oportunidad que antes se decían otorgados al legislador y emplaza —la normativa constitucional antes referida— a su consagración en un estante superior al de la discrecionalidad legislativa.

Vemos, por caso, otra voz que, entre muchas, han destacado esta omisión legislativa en la instrumentación del juicio por jurados. Así se ha dicho:

el otro argumento de gran fortaleza —a nuestro criterio— que anticipamos en líneas anteriores es que el juicio por jurados puede ayudar a superar la profunda crisis por la que atraviesa el Poder Judicial en Argentina. Nadie puede negar que el Poder Judicial atraviese la crisis más profunda de su historia y que en las últimas encuestas de opinión lo vengán colocando como una de las instituciones más desprestigiadas a los ojos de la sociedad (...) avalando estos argumentos que sustentan el fondo del instituto existen, como es sabido, razones que podemos denominar procesales, ya que el juicio por jurados desarrolla eficientemente los

25 El destacado es nuestro.

principios básicos del procedimiento penal: publicidad, igualdad de partes, oralidad e intermediación. No desconocemos ni negamos los argumentos que descalifican el juicio por jurados a partir de la inseguridad que significa aplicar un instituto de neto corte anglosajón²⁶ en una sociedad latina, o aquellos que hacen hincapié en el riesgo de que los jurados se dejan llevar por las pasiones y las emociones humanas,²⁷ pero sin dejar de reconocer su lado reflexivo, no constituyen —según nuestra visión— un argumento institucional de fortaleza suficiente como para descalificar los que sintéticamente hemos enunciado. (...) La confianza (el *trust* anglosajón) es justamente el valor profundamente afectado en nuestro pueblo y nuestra justicia. En este sentido el jurado es una escuela de democracia, cuyas aulas me parece que vale la pena transitar. (Amaya, junio de 2003:69)

Las profundas críticas que, legítimamente, son espetadas al sistema judicial vigente, podrían encontrar una morigeración notable si aumentara —en alguna medida— la credibilidad hacia tal sistema por parte de la ciudadanía.

La materia criminal, mientras no se instauren los jurados, tal como la Constitución lo impone, no es armónica con las mandas jerárquicamente superiores, con lo cual el perfil del debido proceso se ve vulnerado.

La más notable estrechez del vínculo entre la Constitución y el Proceso

Hemos querido destacar en los párrafos anteriores la inescindible vinculación que ha de tomarse en consideración entre las normas constitucionales y el diseño de un sistema procesal, el que ha de preservar la armonía mutua para configurar así, en los hechos y en la realidad cotidiana, un debido proceso.

Pero además, y reeditamos aquellas referencias que hemos hecho a los sistemas jurídicos del *common law* y del *civil law* al comienzo de este capítulo, de tal diferenciación han nacido diferentes métodos de control y defensa de la Constitución y de los cuales no está para nada ajena, antes bien, se pre-

26 A este argumento debemos contestar que el sistema constitucional argentino ha instaurado el sistema de inconstitucionalidad perfeñado desde la constitución filadelfiana, control difuso de constitucionalidad, sin reparar en que no se compadece con el sistema de control concentrado instaurado en Europa a partir de los Tribunales Constitucionales (por caso España, Francia, Alemania), sin que tal incorporación haya provocado divergencias o críticas sostenidas desde el cuño al que el sistema pertenece.

27 Es posible responder a tal objeción diciendo que los jueces son tan humanos como los eventuales integrantes de un jurado, con la particularidad —y ello es posible de advertir a diario— de que sus pasiones están instaladas en su espíritu en la comodidad de su función, con el aditamento negativo de la burocratización, las malas costumbres afincadas en el espíritu de quien —como juez— está abrazado a su función, debiendo —inadecuadamente— acomodar el ejercicio de tal función a los vientos políticos, sociales, mediáticos, que soplan cada día con mayor ímpetu.

senta con notable nitidez la disciplina procesal. Tal es el punto de partida de una porción, en intenso crecimiento desde el punto de vista de su profundización y sistematización, de la disciplina: el Derecho Procesal Constitucional.²⁸ Constituiría esta vertiente de la disciplina una parcela destinada al

estudio sistemático de las instituciones y de los órganos por medio de los cuales pueden resolverse los conflictos relativos a los principios, valores y disposiciones fundamentales, con el objeto de reparar las violaciones de los mismos. Estos instrumentos pueden también calificarse como garantías constitucionales, en su concepción actual, ya que estas han tenido un desarrollo histórico. (Fix Zamudio, s/f:42, par. 31)

Con el ímpetu similar al que muestran hoy los terrenos derivados del Derecho Procesal de Familia, Derecho Procesal Administrativo, Derecho Procesal Laboral, frente a aquellas parcelas a las que podríamos calificar como señeras en la teoría general del proceso: Derecho Procesal Civil y Derecho Procesal Penal, el Derecho Procesal Constitucional²⁹ ya ha ganado un espacio propio en algunas currículas universitarias (UNL, por ejemplo),³⁰ con lo cual es clara su difusión doctrinaria y trascendencia para la comprensión amplia de aquel vínculo estrecho que se advierte entre la Constitución y el proceso.

28 No podemos dejar de mencionar que alguno de más prolíferos cultores del Derecho Procesal Constitucional hace una diferencia entre el «Derecho Procesal Constitucional» y el «Derecho Constitucional Procesal». Ver Fix Zamudio (s/f).

29 Abundando en la bibliografía específica, ver con provecho: Gozanini (2006); Sagües 2018); y si quisiéramos indagar una propuesta más añosa pero de notable influencia en la mirada actual de tal porción de la disciplina, véase Couture (1946; 1978).

30 Ibidem, ver nota 15 en pág. 38.

Referencias bibliográficas

- Amaya, Jorge A. (junio de 2003). El juicio por jurados: ¿Desuetudo u omisión inconstitucional? En *Constitución de la Nación Argentina. Con motivo del sesquicentario de su sanción*. Vol. I. Asociación Argentina de Derecho Constitucional.
- Berizonce, Roberto (1987). *Efectivo acceso a la justicia*. Prólogo de Mauro Cappelletti. Buenos Aires: Platense.
- Calamandrei, Piero (1960). Proceso y Democracia. Conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Traducción de Héctor Fix Zamudio. Buenos Aires: Ejea.
- Carbonell, Miguel (2001). *Constitución, Reforma Constitucional y Fuentes del Derecho en México*. México: Porrúa.
- Carocca Pérez, Alex (1998). *Garantía constitucional de la Defensa en juicio*. Barcelona: Bosch.
- Cecchini, Francisco C. (2014). *Acerca de la Ética Judicial, Referencias procesales*. Paraná, Entre Ríos: Delta.
- Cecchini, Francisco C. y Esperanza, Silvia. (2016) *Explicaciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe*. T. II, adenda.
- Couture, Eduardo J. (1946). Las garantías constitucionales en el proceso civil. En *Estudios en honor de Hugo Alsina*. Buenos Aires: Ediar.
- (1978). *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Depalma.
- De Lazzari, Eduardo N. (2005). ¿Qué características debe contener un sistema procesal civil para ser compatible con el derecho al debido proceso? En *Debido Proceso*, publicación colectiva. Santa Fe, Argentina: Rubinzal–Culzoni.
- Díaz, Clemente (1968). Introducción, Capítulo VI. En *Instituciones de Derecho Procesal*. T. I. Buenos Aires: Abeledo–Perrot.
- Dippel, Horst (2005). *Constitucionalismo moderno. Introducción a una historia que necesita ser escrita*. *Historia Constitucional* (6). Universidad de Oviedo, España (www.redalyc.org).
- Fix Zamudio, Héctor (s/f). *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*. Recuperado de: https://www.academia.edu/11680235/INTRODUCCI%C3%93N_AL_DERECHO_PROCESAL_CONSTITUCIONAL
- Gozáini, Osvaldo Alfredo (2006). *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal–Culzoni.
- Guastini, Riccardo (2003). La constitucionalización del ordenamiento jurídico. En Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta.
- (2001). La «contitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano: traducción de José María Lujambio. En Carbonell, Miguel (Ed.), *Estudios de teoría constitucional*, pp. 153–183. México, Fotanarrosa.
- Morello, Mario A. (1991). *Constitución y proceso. La nueva edad de las garantías jurisdiccionales*. Buenos Aires: Abeledo–Perrot.
- (1999). El proceso justo y las garantías jurisdiccionales Derechos y garantías en el siglo XXI. En Kemelmajer de Carlucci, Aída y López Cavana, Roberto. Santa Fe, Argentina: Rubinzal–Culzoni.
- Pulvirenti, Osvaldo (junio de 2003). Juicio por jurados: las cláusulas constitucionales olvidadas. En *Constitución de la Nación Argentina. Con motivo del sesquicentario de su sanción*. Vol. II. Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

- Rosatti, H. (1984). *La garantía de la jurisdicción antes del proceso*. Prólogo de Germán Bidart Campos. Buenos Aires: Depalma.
- Rubio Llorente, Francisco y col. (1995). *Derechos fundamentales y principios constitucionales— doctrina jurisprudencial*. Buenos Aires: Ariel.
- Sagües, Néstor (2018). *Compendio de Derecho Procesal Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Sanguino Sánchez, Jesús María (2005). La garantía del debido proceso. En *Debido Proceso*, publicación colectiva. Santa Fe, Argentina: Rubinzal—Culzoni.
- Suárez—Manrique, Wilson Yesid (2014). La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. 129 *Universitas*, 317—351. <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129.cdoj>
- Sucunza, Matías A. (2018). Constitucionalización del derecho y reforma de la justicia no penal: Interpelaciones y aportes en pro de una (re) ingeniería procesal igualitaria, responsable, y democrática. En Rojas, Jorge (Dir.). *Análisis de las bases para la reforma procesal civil y comercial*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal—Culzoni.
- Vazquez Sotelo, José Luis (1995). *Sistemas jurídicos y formación de jueces y abogados*. Barcelona: PPU.

Capítulo V

Los elementos del proceso

Habíamos señalado que el proceso se presenta como un método cuyo destino es resolver el conflicto que en él se instale y que le da origen buscando la realización del o de los derechos que pudieran verse vulnerados, desconocidos o limitados. En él se insertan actos jurídicos que conforman una secuencia con un inicio y un fin.

Para determinar sus elementos no resulta útil ceñirlos a los actos que conforman la secuencia, sino que —antes bien— digamos que tales actos son llevados a cabo por sujetos, esto es, aquellos que configuran la relación jurídica procesal (si adhiriéramos a esa teoría de la naturaleza jurídica del proceso) o bien que se vinculan en el marco de la relación jurídica sustancial en la que se enmarca el conflicto que determina su origen y necesidad de desarrollarlo.

Además de esos sujetos que asumen posiciones adversas —pues en ellos está incrustado el conflicto—, aparece otro sujeto, el juez, quien, en su condición de director de la actividad procedimental, de decisor —al cabo— del conflicto, e integrante de la relación jurídica procesal pero ajeno a la relación jurídica sustancial —la que solo abordará desde su condición de tercero al decidir—, también será protagonista y emitirá decisiones en forma de actos procesales de dirección o de decisión. Así tendríamos precisados los elementos objetivos y subjetivos del proceso.

A estos últimos podríamos agregar aquellos sujetos que, desde la condición de órganos de prueba (testigos, peritos, etc.), o bien de funcionarios auxiliares (secretarios, oficiales de justicia, etc.), sin otro protagonismo que ese, al que podríamos llamar de colaboración, igualmente participan de la concreción de actos procesales (testimonio, pericia, otorgamiento de la fe pública o ejecución de mandatos judiciales) y por tal razón asumen responsabilidades concretas en lo que a su intervención respecta.

Ese desarrollo de la actividad llevada a cabo por los sujetos a través de actos jurídicos procesales (en tanto estos producen efectos procesales y están insertos en el proceso) está sometido a un método que es el dialéctico, y ello ha hecho señalar a alguna doctrina que su dinámica está gobernado por el principio de «dialecticidad» (Colombo Campbell, 1997:99).¹

¹ Está sujeto el proceso al método dialéctico, y que consiste en el diálogo por el que se enfrentan posiciones diferentes para confrontarlas y extraer de ello la verdad.

Con los actos procesales, encadenados secuencialmente, según el orden que desde la regulación procedimental² se señale, y con los sujetos que en su configuración participan, tenemos los elementos objetivos y subjetivos del proceso.

Esa visión no estaría completa si no agregamos los elementos causales, vistos estos desde la perspectiva de la causa fuente (conflicto enmarcado en la determinación de los términos de la controversia) y la causa fin (Colombo Campbell, 1997),³ es decir, la finalidad del proceso mismo, que es la de encontrar una respuesta jurisdiccional que ponga término a ese conflicto a través de la decisión que se emitirá al cabo de su tramitación.

Los actos procesales adquieren características diversas según sea quien los postule o emita. Aquellos que postulan (proponen, requieren, solicitan, introducen al proceso) las partes —sujetos procesales vinculados por la relación jurídica sustancial— son, obviamente, actos partivos; en cambio, si fuera el juez quien los emite, adquieren la condición de actos de dirección y de decisión. Si quienes los ejecutan o participan en su realización son terceros no vinculados por las relaciones jurídicas que se insertan en el proceso, podemos distinguirlos como actos de aportación o de colaboración.

Debemos recordar que en la doctrina se han esbozado teorías que acuerdan al proceso la condición de acto jurídico complejo (Colombo Campbell: 102, 117, 137), y agregamos nosotros la condición de instrumental y dinámico, pues no tiene un fin en sí mismo y no se agota en una sola actividad. Configura un método (dialéctico) destinado a servir a la realización pacífica del orden jurídico, adquiere matices según sea la parcela del derecho sustancial al que sirve,⁴ y su desarrollo se da en el transcurso de un tiempo con la participación de varios sujetos que, a través de actos jurídicos procesales individuales, van concatenando la serie y cuyas funciones (las de los sujetos que los realizan) están delimitadas por obligaciones, deberes, facultades, cargas que se adecúan a sus intereses y a sus responsabilidades. Aquella realización del orden jurídico es la finalidad unívoca del proceso y encuentra su expresión más precisa en la decisión que resuma y resuelva el conflicto con la virtuali-

2 Cabe recordar la diferencia entre proceso y procedimiento: el uno es el fenómeno al que intentamos describir a lo largo de estas páginas, y el procedimiento en la serie misma encadenada o concatenada puesta en movimiento.

3 Desde la perspectiva que sostiene el actor del proceso como acto jurídico complejo, ubica el conflicto, al que adiciona con razón «de relevancia jurídica», como la causa fuente del proceso. Aquella situación planteada por el accionante, resumida en la pretensión, que se traduce en la razón de ser del proceso y que luego será objeto de resolución en la sentencia, siendo esta última la causa fin del proceso.

4 Ver a este respecto la publicación colectiva de Peyrano, Barberio y García Sola (2011:311 y ss.).

dad del efecto definitivo: cosa juzgada, en cuyo interior se concreta la norma específicamente creada para el caso. Aparece claro en ello un despliegue de actividad multipersonal coordinada por las reglas que regulan su dinámica, que ordenan su desarrollo y marcan el tiempo de formación de la norma final, con la que concluye.

Los principios que gobiernan al proceso

Es posible que una de las cuestiones conceptuales que mayores elucubraciones y abstracciones ha provocado en la doctrina de los últimos decenios sea la de definir —identificar con cierta precisión— los principios procesales. No es más que el reflejo en nuestra disciplina de lo ocurrido, también desde hace un tiempo, en el ámbito de la filosofía jurídica. Han sido muchas las miradas de las que fue objeto esta porción del pensamiento jurídico.

Lo ocurrido desde la *ius filosofía*⁵ muestra con claridad que no ha sido una problemática exclusiva de la procesalística sino que ha abarcado a toda la ciencia del Derecho, o quizás ha sido inversa la cuestión, pues tal vez aquella porción profunda del pensamiento jurídico ha sido la que ha llevado a la procesalística a la idea de descifrar la identificación y conceptualización de los principios, embarcándose en la faena de distinguir entre principios, reglas y método.

Se ha intentado diferenciar entre principio jurídico y regla, y quizás podríamos agregar «postulado» (Ávila, 2011), con lo cual la temática propone una amplitud compleja en la que no estamos en condiciones más que de aportar alguna síntesis, dentro, claro está, de lo limitado de nuestras condiciones.

Robert Alexy ha identificado a los principios como «mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes».

A su turno, Dworkin lo ha hecho utilizando el término «estándares —que no son normas— que apuntan siempre a decisiones exigidas por la moralidad o impelentes de objetivos que han de ser alcanzados».

Manuel Atienza indica que son normas de carácter muy general que señalan la deseabilidad de alcanzar ciertos objetivos o fines de carácter económico, social, político, o bien exigencias de tipo moral.

5 Desde la publicación, en febrero de 1961, de *El Concepto de Derecho*, de H.L.A. Hart (traducción al castellano de Genero Carrió en 1963, editado por Abeledo-Perrot), pasando por sus polémicas con Ronald Dworkin (ver Rodríguez, 1997), se produjo en la ciencia jurídica una suerte de revulsión que puso sobre la mesa del estudioso la cuestión relativa a un viejo tema, cual es el de positivismo y *ius naturalismo*, vistos desde la perspectiva de la evolución y búsqueda de consolidación de una u otra doctrina. En ese marco, el debate provocó innumerables obras jurídicas que han enriquecido el panorama del pensamiento del Derecho.

Las elucubraciones relativas al concepto del Derecho desembocaron en la temática de los principios y las reglas, dando así espacio a nuevos devaneos —en los que estamos hoy inmersos— referidos a la argumentación jurídica (Alexy, 1989) y a la construcción de la decisión judicial (García Marzá, 1992:172),⁶ sin dejar de señalar que se filtran en ese panorama la preocupación por los valores y la determinación de las normas jurídicas, constitucionales o legales, y las normas morales (Gorra, s/f).

En primer término, creemos que, en el espacio específico del proceso, los principios que en él se instalan configuran mandatos que se manifiestan expresa o implícitamente en las normas reguladoras del proceso, o bien están inmersos en ellas sin una clara manifestación de presencia, debiendo ser extraídos de la propia enunciación de la norma que los contiene (Peyrano, Barberio y García Sola, 2011:25, nota 9).⁷ Es posible, asimismo, que se desprendan principios procesales de la observación completa del sistema procesal que esté diseñado en el complejo normativo que regula —en un tiempo y espacio determinados— el funcionamiento del proceso.⁸

También en este plano específico del proceso, lo que llamamos principios, aun cuando seamos conscientes de que hay autores que han diferenciado los principios de las reglas (Alvarado Velloso, 2008:259),⁹ y los hay que han dis-

6 Allí señala el autor que: «la idea que deriva del principio ético-discursivo es que todos los procesos políticos de decisión deben estar sometidos a la consideración de todos los afectados». Renovamos con ello aquella aseveración que hicieramos acerca de la legitimación de la decisión judicial en tanto ella es el producto de un proceso en el que, en un plano de igualdad, han participado quienes verían afectada su esfera de interés al tiempo del dictado de la decisión requerida y buscada con el proceso.

7 Señalan los autores, citando a Palacio: «En general hay coincidencia en la doctrina con la idea de que los principios procesales emergen de cada cuerpo legislativo en particular y estructuran las instituciones que de ellos resultan conforme las necesidades del tiempo y de la sociedad donde han de aplicarse. Es decir son immanentes a cada derecho codificado».

8 De lo anterior es posible que, teniendo a la vista un sistema normativo (un código, por ejemplo) podamos extraer de su análisis, si se trata de un sistema dispositivo puro o un sistema dispositivo atenuado, según haya sido la idea del legislador al diseñarlo. En el ámbito del Derecho Procesal penal se advierte cuando el sistema responde a un criterio o principio acusatorio puro o atenuado, o bien, directamente, con matices inquisitoriales. Acerca de la cuestión relativa a la enumeración de los principios en un sistema codificado, Peyrano asume la postura del Código Procesal Civil de la República del Paraguay de 1973 (ver Peyrano, Barberio y García Sola, 2011:25, nota 8).

9 En ocasión anterior a esta, hemos hecho referencia a algunos autores que han formulado la distinción, y algunas otras, reeditando en tal sentido aquello que señaláramos en Cecchini y Saux (1992:34). Allí consignábamos, y desde ya dispensas por la extensión de la cita, que justificamos por el tiempo de publicación de la obra referida: «El citado autor [Clemente Díaz, en *Instituciones de derecho procesal*, t. I. Introducción. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1968] diferencia entre los que denomina “fundamentos constitucionales”, destacando entre estos al federalista, al republicano

tinguido igualmente fundamentos (Díaz, 1968), métodos y sistemas (Cecchini y Saux, 1992),¹⁰ lo cierto es que entendemos que el elenco de principios procesales — ampliamente considerado— se ve como parámetro instalado esencialmente en el espacio interpretativo de las normas que regulan el proceso, aparece como plataforma hermenéutica cuyo propósito es preservar la unidad del sistema normativo en cuanto este se vea puesto en funcionamiento.¹¹

y democrático. Continúa señalando aquellos que cataloga como principios generales, incluyendo en ellos a) bilateralidad de audiencia; b) formalismo; c) autoridad; d) economía y e) moralidad. Luego de esta revista de los fundamentos y principios, desciende, por decirlo así, al plano de los que llama tipos procesales, en ellos distingue según: 1) los que agrupa desde el punto de vista de la organización judicial: a) única instancia, b) pluralidad de instancia, c) juez técnico, d) juez no técnico, e) tribunal unipersonal, y f) juez pluripersonal; o atendiendo 2) al punto de vista de las formas de expresión y comunicación: a) tipo procesal oral; b) tipo procesal escrito; c) tipo procesal público, y d) tipo procesal secreto; o — finalmente— desde: 3) el punto de vista de los poderes del juez y de las partes, en a) dispositivo, y b) inquisitivo. Por último, en las que llama reglas técnicas procesales distingue: a) regla de impulsión procesal (partivo u oficioso); b) preclusión; c) intermediación; d) adquisición, y e) concentración. En un esquema cercano al ya reseñado, Alvarado Velloso diferencia entre 1) Principios: 1.1. igualdad de las partes litigantes; 1.2. imparcialidad del juzgador; 1.3. transitoriedad de la serie; 1.4. eficacia de la serie de actos; 1.5. la moralidad del debate; 2) Sistemas: a) dispositivo y b) inquisitivo; 3) Reglas técnicas del debate, a las que le atribuye el carácter de binarios o pares antinómicos [Peyrano los califica como “bifrontes”, en Principios y Fundamentos, Astrea, 1978] e incluye: a) oralidad–escritura; b) libertad–legalidad de las formas; c) economía (costas a cargo de las partes o de la comunidad); d) celeridad (sin par antinómico); e) publicidad–secreto; f) preclusión–libre desenvolvimiento; g) perentoriedad–no perentoriedad; h) concentración–dispersión; i) eventualidad–sucesividad; j) intermediación–mediatez; k) adquisición (sin par antinómico) y l) saneamiento (sin par antinómico). Diferencia de las anteriores a las que denomina: Reglas técnicas de la actividad de sentenciar, y lo hace según 1) calidad del juzgador (técnico o no técnico); 2) cantidad de juzgadores (uni o pluripersonales); 3) cantidad de grados de conocimiento (única instancia o duplicidad de instancias). Luego distingue las reglas a las que nos estamos refiriendo, 1) la de evaluación de los medios de confirmación o verificación: a. prueba tasada; b. libre convicción, y c. sana crítica; 2) la de la correspondencia entre los pretendido y lo juzgado (congruencia), diferenciando las alternativas que su violación presenta: a) incoherencia; b) *citra petita*; c) *extra petita*; y d) *ultra petita*. Por último, la regla final de la actividad de sentenciar, conocida como *iura novit curiae*, en sus manifestaciones de a) aplicación del derecho no invocado por las partes; b) aplicación del derecho correcto, frente a la invocación errónea de las partes, y c) derecho contrario al invocado por las partes. En el pequeño volumen que Couture llamó programa de política procesal, Robert Wyness Millar utilizó la locución principios formativos del proceso, quien incluyó en su enumeración: 1. bilateralidad de audiencia; 2. presentación por parte o investigación judicial; 3. impulso procesal: partivo u oficioso; 4. orden consecutivo: preclusión y acumulación eventual; 5. prueba formal o prueba racional; 6. oralidad o escritura; 7. intermediación o mediación; y 8. publicidad o secreto».

10 Ver con provecho los trabajos aportados por Roland Arazi; Enrique Falcon; Carlos M. Carcova y Jorge Rojas, en Rojas y Moreno (2015).

11 De allí la referencia que Peyrano; Barberio y García Solá (2011:22) hacen con particular claridad del artículo 693 del Código Procesal Civil y Comercial santafesino: «En caso de silencio u oscuridad de este código, los jueces arbitrarán la tramitación que deba observarse de acuerdo con el espíritu que lo inspira y con los principios que rigen en materia procesal». El artículo que transcribimos, al que consideramos como norma de relevo, aporta a la interpretación y dinámica del proceso un plus de creatividad que queda depositado en el juez.

Si asumimos, como lo hiciéramos en ocasiones anteriores (Cecchini, 2014:17; 2016, vol. I:161), que en la enunciación de los principios procesales cabe referenciarlos tan solo como principios, señalaremos una enumeración extendida de los mismos tratando de identificarlos y relacionarlos unos con otros con el solo fin de describir su presencia —o ausencia— en un sistema normativo, destacando con ello la utilidad destinada a la coherencia del funcionamiento de las normas que regulan el procedimiento,¹² es decir, la dinámica del tránsito de la serie con la que está construido el proceso.

Intentaremos ensamblar aquellos requerimientos emergentes de las formulaciones constitucionales con la dinámica específica del proceso, con lo cual ensayaremos una amalgama que nos muestre las virtudes que engalanan el proceso, con la intención de hacer de él un instrumento civilizatorio, de alto contenido moral y ético, con la clara finalidad de realizar el Derecho con justicia. Alertamos entonces —con palabras de Calamandrei (1989:4)— que «para encontrar la justicia es necesario serle fiel. Como todas las divinidades, se manifiesta solamente a quien cree en ella».

Se instalan en el proceso judicial principios inmanentes, y ello significa que son inherentes al proceso y que a él están unidos de un modo inseparable a su esencia.

a) Derivado del concepto que diéramos de la tutela judicial efectiva,¹³ concebida como garantía constitucional, enmarcamos el principio de contradicción o de bilateralidad¹⁴ como una manifestación metodológica de la dialecticidad¹⁵ del proceso.

Uno y otro sujeto del proceso han de tener igualdad de oportunidades y con igualdad de instrumentos (armas) para contradecir y controlar toda la actividad desplegada en el proceso, tanto por el otro sujeto partivo como por el director del proceso. He allí que se haya sostenido que la bilateralidad es un derivado de la garantía constitucional de la igualdad.

12 Resulta útil en este caso diferenciar el concepto de proceso del de *procedimiento* (ver nota núm. 2 de éste capítulo).

13 Capítulo IV de este libro.

14 En doctrina, hay quienes identifican uno y otro y quienes diferencian la bilateralidad del principio de contradicción. Hay sí coincidencia en que configuran principios derivados de la garantía de la tutela judicial efectiva, y de la de igualdad, como quienes sostienen una conjunción de tal/es principio/s como derivados del derecho de acción y del derecho de defensa en juicio (ver con provecho Peyrano; Barberio y García Sola, 2011).

15 Ver nota 1 de este capítulo.

Pero también lo es de la garantía de audiencia, tal como anticipáramos en el capítulo IV,¹⁶ por la que —instrumentalmente y en el terreno específico del procedimiento— la bilateralidad y contradictorio se concretan. Es tal garantía de un día ante la corte la que procura en la concreta realidad la posibilidad de debatir bilateral y contradictoriamente aquello que se inserta en el conflicto, así como todo cuanto se aporta al proceso como elementos de conocimiento (pruebas), tanto en su oferta de producción como en el trance de su realización específica de los medios de prueba. El sustento del debate ha de estar en la argumentación y, en su momento, la decisión ha de encontrar la fundamentación precisamente en el desarrollo argumental. La actividad del juez, del abogado, del político, del funcionario, del teórico del Derecho, tiene uno de sus pilares fundamentales en la argumentación y (especialmente en lo que respecta a su actividad práctica) en su capacidad de convicción y de persuasión.

Tanto los mandatos de la igualdad como la garantía de audiencia confluyen en el proceso enmascarando al derecho de acción y al derecho de defensa, con lo cual ya tenemos integrado un sistema dialéctico cuya posible síntesis la encontramos en la tutela judicial efectiva a la que hiciéramos referencia en capítulos anteriores.

Se han identificado principios procesales que coadyuvan a la efectividad de la tutela, tales como el de economía —de tiempo, de gastos, de actividad— y de celeridad, que apuntan con mayor énfasis en aquella tutela efectiva y oportuna a la que ya hiciéramos referencia también, sin poder omitir los principios de preclusión (asimismo, por consumación) (Eisner, 1991:55; Peyrano; Barberio, García Sola, 2011:437) y de concentración.

b) Se instalan en el proceso valores como el de la buena fe, la lealtad y probidad, con lo cual queda claro que la construcción dogmática del proceso judicial constituye un conglomerado axiológico que solo encuentra justificación en su altísimo objetivo, como es el de la justicia en el caso concreto, sin que pueda omitirse la independencia del director y decisor.

Tal independencia encuentra sustento histórico y filosófico en Aristóteles,¹⁷ Polibio, Cicerón, transitando por Locke, Montesquieu y Kant. Ha sido consagrada en las constituciones así como en las declaraciones de los derechos del hombre, por lo que encuentra una estirpe clásica y democrática que es absolutamente necesaria para el ejercicio de la función jurisdiccional.

16 Ver al respecto capítulo IV, nota 23.

17 En *Política*, citado por De Rivacova y Rivacova (1992).

No solo en los autores citados, pues los hemos traído a la memoria por su trascendencia en la construcción de la concepción tripartita del poder del Estado, sino en muchos más, la independencia del Poder Judicial dentro de la concepción de las funciones del Estado, y por ende la independencia del juez en el caso concreto, ha sido una formulación clásica y que hoy perdura con particular fuerza en las democracias constitucionales como la nuestra.

De tal independencia, provista de la consecuente autoridad, diremos que se ha de preservar respecto de los demás poderes del Estado (Ejecutivo y Legislativo), otros poderes no institucionalizados (los económicos y mediáticos), y en la cara interna del propio Poder Judicial (Cecchini, 1996). Esa independencia del juzgador junto a su autoridad, posee una significación política y un núcleo ético, tal como De Rivacova y Rivacova (1992)¹⁸ lo destaca, cuya ausencia vulnera y fulmina de muerte la condición esencial del juez.

Está claro que, frente a la independencia exigida al juez desde los mandatos constitucionales, incluyendo hoy los tratados internacionales que han asumido un rol de igual jerarquía que la propia Constitución, ha de exigírsele la imparcialidad, esto es, la ausencia de vínculo alguno con el objeto del proceso o con los protagonistas partivos del mismo, de tal modo que los pasos que pudiera dar en el rol de director del procedimiento y decisor de la relación jurídica sustancial estén absolutamente desprovistos de interés —aun el mínimo y remoto— en el espíritu del juzgador.

Tanto la independencia como la imparcialidad¹⁹ han de encontrar reflejo en todo el transcurrir de la dinámica del proceso y en especial en el momento de tomar la decisión sobre la cuestión sometida a la tutela judicial. En este último momento, hay dos espacios en los que aquellas exigencias connaturales a la condición del juzgador —independencia e imparcialidad— encontrarán asiento: 1) en la determinación de los hechos congruentemente, valoración de las pruebas y selección de las normas sustanciales que habrán de aplicarse al caso —*iura novit curiae*— y 2) en los efectos que la propia decisión pudiera adquirir al cabo de la culminación de los estadios tanto de firmeza o, en su caso, al finalizar las etapas de revisión (recursos mediante), es decir, la cosa juzgada.

18 De Rivacova y Rivacova las denomina: *ad-extra* y *ad-intra*.

19 Alguna doctrina —específicamente la denominada «garantista»— ha agregado la *imparcialidad*, esto es, aquella ausencia de condicionamientos subjetivos del juez para actuar objetivamente en el caso. Creemos que dentro del concepto de imparcialidad se ubica la virtud de la *imparcialidad*, aun cuando pueda entenderse que agregarla no importa una exigencia que sobre. Esta aclaración nos recuerda la anécdota del caballo que muerde contada por Calamandrei (1989:21).

c) Habíamos dicho que el proceso se presenta como un método —instrumento— en el que los sujetos que en él intervienen protagonizan una actividad, a través de actos procesales, destinada a encontrar una respuesta al conflicto que emite la jurisdicción. Esa actividad se despliega dialécticamente y en ella los argumentos fluyen como pretensiones, oposiciones, y aun como elementos de conocimiento (pruebas) y alegaciones. Es, en definitiva, un diálogo dirigido por el juez, y en ello ha de encontrarse un modo de comunicarse: oralmente o escriturariamente.

La oralidad y la escritura han ido y han venido innúmera cantidad de veces en la historia, y todavía configura un debate no cerrado, un debate que «ha agitado a media Europa durante el último siglo» (Storme, s/f).²⁰

Se atribuye a Chiovenda la construcción del mito de la oralidad (Montero Aroca, 2001:149 y ss.; Nieva Fenoll, 2008:267), y en muchos casos recaen sobre la oralidad críticas que nosotros estimamos están fuera del marco científico que la disciplina ha adquirido para sí. En los párrafos que siguen intentaremos dar respuesta a las objeciones formuladas al método oral desde muchos ángulos:²¹

En efecto, los defectos que se detectan se reducen al señalamiento del mal funcionamiento de la oralidad en la práctica, con lo cual se descorre el velo de lo serio y científico para hacer recaer la cuestión en dificultades relativas a «usos forenses», adquiridos en siglos de escritura, sin que los mismos encuentren justificación que no sea la de aceptar que tales malos usos o malas costumbres conduzcan al mantenimiento del sistema desesperadamente escrito que ha dado acabadas muestras de no responder a los mandatos constitucionales —publicidad,²² por caso—, de resultar un nido de engorros, con permanentes traslados, requerimientos notificadorios con los costos consecuentes, desprovistos de la moralidad que implica argumentar cara a cara,²³

20 En aquella ocasión señalaba el presidente honorario de la Asociación Internacional de Derecho Procesal: «Dos de los mayores pensadores de la historia, Sócrates y Jesucristo, jamás escribieron una sola línea. No debería sorprendernos, por tanto que Platón expresase su preferencia por el discurso oral. De hecho afirmó que solo las palabras y el contacto personal podrían permitirnos aprehender la verdad, a lo que añadió: "la escritura producirá el olvido dentro del alma de quienes la aprendan porque dejarán de ejercitar su memoria"».

21 Descartamos la inclusión de tales argumentos en notas pues entendemos que forma parte del texto, pero lo hemos querido diferenciar por razones vinculadas a la coherencia del desarrollo de los temas que estamos tratando.

22 La publicidad de los actos de gobierno configura un requerimiento del sistema republicano de gobierno que posibilita la transparencia de la actuación del Estado en el ámbito del ejercicio de una de sus funciones esenciales.

23 No hace falta destacar que la expresión «cara a cara» configura un factor utilísimo y esencial para posibilitar la moralidad y eticidad de la actuación de quien es beneficiario del deber de lealtad y buena fe exigido desde todo el orden jurídico.

proponer cuestiones con contactos visuales en voz alta y, en fin, la concentración de la actividad probatoria y decisoria en un solo acto o, en algunos casos, en dos o más días, y no en el farrago burocrático que propone el método escrito en el desarrollo de años para resolver un conflicto.

Me imagino un médico que atiende a un paciente y pide a su ayudante o enfermera que lo revise por él y luego le cuente qué palpó, qué escuchó en el estetoscopio, o bien en una cirugía requiere al ayudante que opere por él porque no tiene tiempo, no está preparado lo suficiente para ver o decidir lo que ha de extirpar, y que después, en todo caso, verá como resuelve esa vida que ha sido puesta en sus manos. Es que son muchos los pacientes que tiene que atender, con variedad de enfermedades y dolencias, de modo que necesita tiempo para poder enfrentar las soluciones, y al mismo tiempo también necesita estudiar, leer las últimas publicaciones para enfrentar las terapias más modernas y curaciones más eficaces.

En tal caso, de poco vale el avance del conocimiento científico de la medicina, con sus complementos, como la farmacología, la aparatología, los descubrimientos de nuevas técnicas quirúrgicas y el diseño de nuevas técnicas de diagnóstico, el avance de la biología, o de la química, si sometemos tales complejidades a los condicionamientos de los altos costos, a la necesidad de más médicos formados frente a la dificultad de sus consecuencias económicas, o despreciamos esos adelantos tan solo porque acceder a los mismos implica un despliegue burocrático demasiado complejo pero que no se puede obviar. Se ha dicho al respecto «la realidad manda», en función de los problemas que propone la oralidad, y también manda la realidad en los hospitales —sobre todo en las guardias— en las que se agolpan los pacientes sangrantes y dolientes y se impone la costumbre de calmar los dolores con cataplasmas o cerrar las heridas sin anestesia solamente porque los usos médicos así lo determinaron durante siglos. Para qué recurrir a medios más aptos si durante siglos se hizo de otro modo y la humanidad no sucumbió.

El vicio de la delegación de funciones es patrimonio de los sistemas bajo el método desesperadamente escrito, y si bien en los sistemas que han consagrado el método oral también puede instalarse ese vicio, está más que claro que la imposición irrestricta²⁴ de la presencia del juez o jueces en los

24 Y no solo con el recurso de que esté presente en tanto las partes lo requieran. Las partes son soberanas en la formulación de postulaciones, en la delimitación de las pretensiones, en el volumen de las oposiciones, en las propuestas probatorias, en el desarrollo argumental de cada tesis y antítesis, pero en tanto han debido recurrir a la jurisdicción en la búsqueda de una respuesta oficial a su conflicto, han desatado la actividad de un órgano del Estado solventado por toda la sociedad a través de sus obligaciones fiscales, con lo cual se incorpora un aspecto público de dicha actividad requerida y por lo tanto el método ha de ser mostrado al ciudadano común y sometido

actos esenciales del proceso, como así la identidad del órgano jurisdiccional en tanto aquel que presenció los actos esenciales y quien tenga a su cargo el dictado de la decisión, limitan enormemente la posibilidad de que el aludido vicio encuentre espacio.

Generalmente se escucha que los servicios esenciales que ha de atender el Estado son los de la salud, educación, seguridad y justicia. De ello fácil es colegir que la población de médicos, enfermeros y hospitales, el número de camas en cada uno de ellos, la cantidad de escuelas y maestros, como el número de policías, móviles, disponibilidades tecnológicas tanto en salud, educación y seguridad, han de mantener una relación directa y proporcional con la densidad poblacional, pues el aumento demográfico y el de la litigiosidad ha de imponer una relación proporcional con el número de órganos jurisdiccionales destinados a atender los conflictos que se plantean.

No deseamos la imaginación puesta al servicio de la instalación de métodos alternativos para la solución de conflictos, pero también entendemos que el ensanchamiento de los derechos reconocidos por el orden jurídico y las ampliaciones de las legitimaciones para la postulación de pretensiones, como también la conciencia de la ciudadanía en la búsqueda de respuesta a sus derechos, entre otros factores, han determinado un aumento vertiginoso de causas susceptibles de ser sometidas a las decisiones jurisdiccionales, con lo cual ese dato de la realidad —que en tal sentido también manda— ha de conducir a un aumento proporcional del número de órganos jurisdiccionales que han de estar prestos a atender los requerimientos contemporáneos de la efectividad de la tutela judicial.

Si así se viera, las objeciones que se han ensayado para postergar la puesta al día del método oral —está demás decirlo, que en su justa medida— se nos presentan como argumentos en los que se esconden criterios que, aunque ponderen las virtudes de la oralidad, en el fondo solo postergan su expansividad y consagración en la cultura procesal.

Otra de las objeciones que se han visto hacia la oralidad es la que coloca a la seguridad jurídica por sobre las virtudes del método. Ante la necesidad de llegar al plano de la revisión, aquella inmediatez que fue posible en el primer grado de conocimiento se diluye al momento en que la decisión es revisada en el segundo grado de conocimiento. Las posibilidades tecnológicas de reproducción con imágenes y audio de lo acontecido en las audiencias configuran una clara respuesta a dicha observación crítica.

a las reglas que permitan la economía de tiempo, de gastos, a la par que la transparencia de su utilización.

Asimismo, se ha dicho que culturalmente el método escrito está tan instalado en los usos forenses que resulta difícil ese cambio hacia un método diferente de trabajo. Las propuestas tecnológicas de los últimos decenios — como la de las comunicaciones— se han incorporado con una naturalidad tan asombrosa en toda la sociedad que no vemos que aquel cambio cultural del que se habla en cuanto objeción a la oralidad, que consideramos mínimo, resulte un obstáculo serio a la admisión, entre nosotros, de la oralidad como método de comunicación dentro del desarrollo del procedimiento judicial. Las destrezas que se requieren no están lejos de ser desarrolladas en los espacios ocupados por los letrados o por los jueces, quienes para acceder al título universitario que se les impone para ejercer tales funciones han debido exponer oralmente ante las mesas examinadoras, y con ello también han debido adquirir técnicas de exposición oral y responder a interrogantes expuestos del mismo modo.

El apego a lo conocido, a lo aprendido, a lo ensayado, configura un argumento que calificamos de conservador y baladí, que no muestra más que oposiciones cómodas al método oral que incluyen lo que nosotros llamamos el temor a la ignorancia expuesta. Tanto los letrados como los jueces se han apoyado, con algún grado de comodidad e inseguridad, en el auxilio del argumento doctrinario y jurisprudencial de una manera notable, a punto tal que muchos escritos partivos y decisiones jurisdiccionales se consideran más eruditos en tanto encuentren apoyatura en alguno de esos espacios preelaborados, que abundan en citas que se han gestado desde lo abstracto, como la doctrina, o desde lo concreto pensado para otro caso que se supone análogo y que la mayoría de las veces descontextualizan los hechos (Cecchini, 2014:343) y los argumentos jurídicos, sin tomar en consideración que los casos concretos difícilmente se incardinan en similitudes tales que los hagan idénticos, mientras que los matices que los diferencian —desde que los sujetos y sus contextos difieren— son los que verdaderamente han de ser tomados en cuenta si a lo que se aspira es a lograr justicia en ellos.

d) Sin perjuicio de la referencia que hicieramos a la inmediatez,²⁵ a la concentración,²⁶ a la economía y celeridad, nos es posible requerir otros prin-

25 Ese inestimable contacto personal entre el juez, las partes y los órganos de prueba que permiten no solo al juzgador sino también a quien observa como público el acto, desentrañar aspectos que un acta no puede traslucir: gestos, sonrojos, dubitaciones, alteraciones en el timbre de la voz, etc. Solo con la inmediatez tales aspectos pueden ser detectados.

26 Recordamos que los Códigos Procesales, al regular el medio de prueba testimonial, requieren que aquellos testigos que ya hayan prestado declaración no tomen contacto con el que aún no

cipios que coadyuven a la efectividad de tutela judicial. Así pues, el de subsidiariedad o eventualidad, por el que se admite o se exige, en ciertos casos, la formulación de postulaciones alternativas; o el de adquisición (Peyrano; Barberio y García Sola, 2011:245), que determina una suerte de expropiación de la propuesta partiva, la que, una vez incorporada al proceso por quien la procura, es adquirida por el proceso y puede ser de utilidad para ambas partes y no estar solo disponible para aquella parte que la introdujo.

Aquella celeridad ya referida, colocada en el marco de una serie encadenada de actos, desarrollada de manera dinámica en el tiempo, importa la incorporación de la preclusión como técnica del avance irremediable del procedimiento hacia adelante sin permitir retornos a actos ya concluidos. Advertimos que, en materia civil, los plazos para el cumplimiento de realización de los actos procesales están sometidos a la regla de la preclusión a partir de que su vencimiento, que puede operar de pleno derecho o por declaración judicial. En cambio, en el procedimiento penal muchos plazos adquieren la tonalidad de ordenatorios (Clariá Olmedo, 1998:81).²⁷

e) Como síntesis de lo hasta aquí expuesto, y siguiendo el criterio con el que se desarrollaran los principios procesales en ocasión de coordinar la publicación que hemos citado en más de una ocasión (Peyrano; Barberio y García Sola, 2011), los Dres. Barberio y García Solá esbozaron, bajo el título de «Lineamientos...», las ideas esenciales de los principios: a) dispositivo e inquisitivo; b) de economía procesal; c) de contradicción; d) de moralidad o buena fe; e) de intermediación; f) de oralidad y escritura; g) de publicidad y secreto; h) de adquisición, y i) de la tutela judicial efectiva.

De cada uno de tales lineamientos, al coordinar la publicación referenciada, hacen derivar otros que vastamente son tratados por diferentes autores, incluyendo al final del segundo volumen un paneo sobre los principios procesales que se insertan en procesos en los que se debaten derechos con fisonomías particulares, como los concursales, laborales, de familia, ambien-

ha declarado, y al mismo tiempo permiten que uno y otro testigo sean sometidos a careos en tanto sus declaraciones no concuerden en la exposición de cuanto vieron, escucharon, sintieron o palparon. Ello nos indica que la sinceridad del testimonio, como así la valoración que del mismo se pudiera hacer, dependen de la incorporación de una regla o principio —en el caso: concentración— que permita un más fiel análisis de su contenido. La doctrina ha incluido a la regla o principio de concentración en el de unidad de vista, en tanto el proceso no esté fraccionado en etapas, presente en los procesos que consagran el método oral. Ver al respecto Clariá Olmedo (1998:81, con cita de Alsina).

27 El autor citado le llama «impedimento a la marcha discrecional del proceso». Con relación a la diferenciación del carácter de los plazos, ver pág. 108 de la misma obra.

tales, consumidores y usuarios, «acciones» colectivas, penal, y aun en espacios específicos de la faena procesal, como los que gobiernan las nulidades procesales, la prueba, la ejecución singular, el procedimiento cautelar, los procesos electrónicos.

El esquema descrito da cuenta de la vastedad de principios y reglas que pródigamente se instalan en el corazón de los procesos, todos con la unívoca función de tornar coherente el sistema que eventualmente pudiera consagrar un código o una ley procesal, en especial en la tarea interpretativa de las normas que contenga. Del mismo modo, hemos querido incorporar en nuestro desarrollo algunos de los diversos criterios con que se ha desarrollado en la doctrina la temática vinculada a los principios procesales, y debemos destacar que en ello los ha habido de alusión cerrada (Alvarado Velloso), o abierta a un elenco con posibilidades de expansión (Peyrano), o de criterio diferenciativo de fundamentos, principios generales, tipos procesales y reglas técnicas procesales (Díaz), o de principios formativos (Wynes Millar).²⁸ Cada una de las posturas expuestas, y otras que se han formulado en la doctrina (Vazquez Sotelo, 2000:III),²⁹ porta una porción de razón en cuanto a las identificaciones que formulan, y por ello acudimos a Couture en cuanto señalara que cada posición contiene alguna porción razón y que han de verse como complementarias de la comprensión de la disciplina antes que debates irreductibles que solo conducen a la diáspora de criterios sin más provecho que el de defender, cada posición, irreductiblemente su mirada. Es evidente que los puntos de vista son los que generan las diferencias, por lo que resulta saludable para la ciencia posicionarse en cada uno de ellos para enriquecer el conocimiento.

Devaneos acerca de los sistemas procesales

Si quisiéramos definir un sistema, diríamos que la palabra proviene: «Del latín *systema*, y puede individualizarse como un módulo ordenado de elementos que se encuentran interrelacionados y que interactúan entre sí. El concepto se utiliza tanto para definir a un conjunto de conceptos como a objetos reales dotados de organización». O bien, como lo hace la Real Academia Española, como un conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí.

²⁸ Ver nota 9.

²⁹ El catedrático de la Universidad de Barcelona desarrolla un extenso análisis de los principios procesales, atendiendo a su condición normativa o su ausencia en el entramado legal, y cuya consulta aportará claridad a la identificación precisa de los principios que nos ocupan.

Recurriendo a tales conceptos, el proceso civil muestra en su regulación un sistema normativo que modula la actividad desplegada ante y por la jurisdicción con la finalidad de realizar el derecho objetivo ante la postulación de una pretensión en la que se instala la alegación de hechos que denotan el desconocimiento, vulneración o limitación de un derecho.

Aquellos principios o reglas a las que nos refiriéramos en párrafos anteriores tienen por destino posibilitar un marco de coherencia funcional e interpretativa al sistema que regula la actividad desatada ante el ejercicio de la acción.

La disponibilidad de los derechos privados constituye la base de la regulación procesal en materia civil, de allí que el llamado principio dispositivo es el que se enseña en las relaciones y conflictos civiles, aun cuando en algunos espacios muy específicos encuentre ciertas relatividades.³⁰ La disponibilidad de los derechos —a salvo cuando la propia ley les acuerda una limitación enmarcada en el orden público—, esa soberanía que el titular o quien se considera como tal ejerce sobre esos derechos, es la manifestación *ius privatística* de la libertad y resulta del reflejo de la Constitución.

Sin embargo, también consideramos que tal dispositividad se yergue como un pilar notable dentro del proceso destinado a la realización de los derechos privados que, sin perder el carácter instrumental del proceso que impregna la totalidad de su función, se expande en todo el funcionamiento del proceso y determina con ello la conjunción de principios que derivan de ese carácter dispositivo.

Así, en la materia procesal destinada a los conflictos privados, el carácter dispositivo de los derechos sustanciales es lo que tiñe al sistema orientado a regular el funcionamiento del proceso.³¹ Destaquemos que Arazi (2015:52) hace una diferencia entre los propios códigos, a los que califica como sistemas normativos, y los posibles subsistemas que, en su interior, pueden consagrar.

Dentro del marco del Derecho Privado, es posible detectar también procesos que se caracterizan por focalizar el debate en espacios más concretos y puntuales, tal como el ejecutivo, que muestra un «subsistema» particular, enderezado a que la discusión se limite al asiento o título en el que se fundamenta el derecho pretendido.

En otros espacios del Derecho Privado aparece el Derecho de Familia, del cual el codificador material se ha ocupado con particular puntuosidad aportando numerosas normas de naturaleza procesal, con lo cual se muestra con

30 Por caso, en aquellas normas de derecho sustancial que contienen el matiz que se sintetiza en la expresión orden público y que nos hiciera hacer —en su hora— algunas reflexiones vinculadas con el derecho de familia: Cecchini (2001:45). Ver con provecho Vitantonio (2011:351).

31 Ver, en igual sentido, Cappelletti (1973).

una especificidad propia. Lo mismo puede predicarse de la parcela de las relaciones laborales que no solo ha determinado la instauración de un fuero propio sino también la consagración de leyes o Códigos Procesales específicos y con instituciones también particulares.

En la materia penal se habla, en cambio, de sistemas acusatorios (puros, mixtos o atenuados), o de acusatorios y adversariales, excluyéndose ya, en esta hora, a los sistemas inquisitoriales, que se muestran en franca retirada (Jauchen, 2012). Es en este espacio, y nos atrevemos a insistir en ello, donde se instala la necesidad de consagrar el juicio por jurados por expreso mandato constitucional, con lo cual el sistema será matizado por un modo concreto y particular de llegar a la decisión.

Referencias bibliográficas

- Alexy, Robert (1989). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: CEC.
- Alvarado Velloso, Adolfo (2008). *Introducción al estudio del Derecho Procesal*. Primera parte. Santa Fe, Argentina: Rubinzal–Culzoni.
- Arazi, Roland (2015). Principios y Sistemas. En *Derecho Procesal y Teoría General del Derecho*.
- Ávila, Humberto (2011). *Teoría de los principios*. Colección Filosofía y Derecho. Madrid: Marcial Pons.
- Calamandrei (1989). *Elogio a los jueces escrito por un abogado*. Buenos Aires: Ejea.
- Cappelletti, Mauro (1973) *El proceso civil en el derecho comparado*. Colección «Clásicos del Derecho». Valletta.
- Cecchini, Francisco C. (2001). Relatividad de la dispositividad de los derechos en los procesos de familia. *Homenaje a la Dra. María J. Méndez Costa*. Santa Fe, Argentina: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL.
- (2014). Identificación del principio de contextualidad; en *Referencias procesales*. Paraná: Delta.
- (1996). *La cara interna de la independencia de los jueces. Horizontalización del poder Judicial*, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNL.
- (2014). Principios procesales en el derecho de familia. En *Referencias procesales*. Paraná: Delta.
- (2011). Principios procesales en el derecho de familia. En *Principios procesales*. Vol. II. Santa Fe: Rubinzal–Culzoni.
- Clariá Olmedo, Jorge (1998). *Derecho Procesal*. T. II. Buenos Aires: Depalma.
- Colombo Campbell, Juan De Rivacova y Rivacova, Manuel (1992). *Fondo ético y significación política de la Independencia judicial*. Sociedad Chilena de filosofía jurídica y social.
- Díaz, Clemente (1968). *Instituciones de derecho procesal*. T. I. Buenos Aires: Abeledo–Perrot.
- Eisner, Isidoro (1991). *Nuevos planteos procesales*. Buenos Aires: La Ley.
- García Marzá, V. Domingo (1992). *Ética de la justicia*. Madrid: Tecnos.
- Gorra, Daniel (s/f). *Teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy: sistema de ponderación de principios*. Recuperado de: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/teoria_de_la_argumentacion_juridica_alexey.pdf
- Jauchen, Eduardo (2012). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. T. I. Santa Fe, Argentina: Rubinzal–Culzoni Editores.
- Montero Aroca, Juan (2001). *Los principios políticos de la nueva ley de enjuiciamiento civil*. Valencia: Tirant lo Blanch alternativa.
- Nieva Fenoll, Jordí (2008). Los problemas de oralidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, VII(11), 267.

- Peyrano, Jorge W. (Dir.); Barberio, Sergio (Coord.); y García Sola, Marcela (2011). *Principios procesales*, T. II. Santa Fe, Argentina: Rubinzal–Culzoni.
- Rodríguez, César (1997). *La decisión judicial. El debate Hart–Dworkin*. Colombia: Siglo del Hombre Editores, Universidad de Los Andes.
- Rojas, Jorge (Dir.); Moreno, Romina (Coord.) (2015). *Derecho procesal y teoría general del derecho*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal–Culzoni.
- Storme, Marcel (s/f). *Más voz y menos letra: en defensa de la oralidad en los procesos judiciales*. Recuperado de: <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/4moresto2.pdf>
- Vazquez Sotelo, José Luis (2000). Los principios del proceso civil (ensayo doctrinal). En *Responsa Iurisperitorum Digesta*. Ediciones de la Universidad de Salamanca.
- Vitantonio, Nicolás (2011). Los principios del procedimiento laboral. En *Principios procesales*, T. II. Santa Fe, Argentina: Rubinzal–Culzoni.

Capítulo VI

El proceso y los hechos

El método que definiéramos en capítulos anteriores, y del cual nos hemos ocupado, primero de insertarlo en su historia y evolución, luego desde las implicancias—a partir de una perspectiva relativamente general—con las que se ha ido construyendo y dado por resultado una disciplina de la que es posible predicar que configura una ciencia jurídica, con su objeto, sus elementos, su vínculo estrecho con las normas fundamentales, desentrañando los principios que se han instalado en su interior y su resultado normativo: el Derecho Procesal entendido como la regulación de ese fenómeno en determinado espacio y tiempo, tiene una relación directa y necesaria con los hechos que desatan su puesta en funcionamiento.

En tal/es hecho/s se inserta el conflicto para cuya solución está destinado el proceso, y ese diferendo de intereses, esa *litis* —tal como la identifica Carnelutti (1951:20; 1971:62, nota 28)—, es un factor imprescindible de determinar para que la puesta en funcionamiento del proceso efectivamente concluya con la solución buscada.

No nos es posible eludir la transcripción de aquello que Morello ya señalaba en 1977 y que actualizaba más adelante:

el examen crítico de esa materia [los hechos] (...) alojada en el corazón de la litigación, fincaba precisamente en un par de circunstancias relevantes. La primera, inescindible dupla del derecho y los hechos; son estos los que acuerdan identidad, sentido y definición al marco jurídico; según la vayan a aquellos en su caracterización y acabada prueba, le irá a vía paralela del derecho que rige las circunstancias comprobadas de la causa. La otra es conexas y acaso consista en trasladar al escenario de las causas o controversias jurídicas la célebre afirmación de Ortega y Gasset, «yo soy yo y mi circunstancia» en el núcleo de su complemento: «y si no salvo la circunstancia tampoco me salvo yo». (2003:359)

Esto mismo le hizo exclamar a Satta: «¡Los hechos, sobre todo los hechos!», y a los romanos afirmar, acerca del abogado, que debía ser bueno en el decir y bueno en probar los hechos (*vir bonus discendi peritus*).

En torno a la palabra «hecho» se han efectuado interesantes descripciones en cuanto a su contenido, y en gran medida los autores (Carnelutti, 1971; Calamandrei, 1961:105) coinciden en instalar los hechos en la narración (Carli, 1977:82; Díaz, 2003:3) que de los mismos hacen las partes, y la

reconstrucción¹ que acerca de ellos realizará el juez auxiliado con los elementos de prueba que se encripten en el proceso.

Es que los hechos configuran acontecimientos del pasado² que se yerguen como el nudo a desatar en el transcurrir del proceso, pues de ellos deriva el conflicto, es en ellos donde anida el conflicto que motiva la puesta en funcionamiento de la actividad procesal.

Sin embargo, aquel paralelo que con el historiador se ha hecho, y tal como lo formula el autor al que hemos acudido (Calamandrei, 1961), contiene una diferenciación sustancial en cuanto a que, si bien el juez actúa con relación a los hechos, como lo hace el historiador respecto del pasado, se introduce en la actividad del juez un elemento que el historiador no tiene en cuenta, y es el de la identificación de tales hechos con aquel contenido en la norma jurídica —de manera abstracta— y del que derivarán las consecuencias que finalmente el Derecho ha indicado con relación a su concreción. Ello le ha hecho señalar a Taruffo (2005:90):

un primer tipo de problema surge en la medida en que el proceso constituye un *contexto jurídico*, regulado por normas que además afectan de una forma que no puede obviarse, precisamente, a las modalidades de prueba de los hechos. Además, *en el proceso se demuestran hechos no para satisfacer exigencias de conocimiento en estado puro, sino para resolver controversias jurídicas acerca de la existencia de derechos*: esto es, no se pretende determinar el hecho en sí mismo sino en la medida en que este es el presupuesto para la aplicación de la norma en el caso concreto.³

Del mismo modo en que el o los hechos encuentran un vínculo inescindible con el o los derechos que derivarían de su efectiva acreditación, también ha de puntualizarse un vínculo profundo entre tal o tales hechos y la prueba que acerca de su verificación pudiera instalarse en el proceso.

Respecto del primero de los vínculos, diremos que se han diferenciado los hechos relevantes; lo que implica que en un momento anterior a tal

1 Dejamos en claro que tal reconstrucción —entendemos— ha de tener el horizonte de aproximarse con la mayor fidelidad posible a la verdad de lo ocurrido, pues si la decisión ha de sustentarse en los hechos probados en el proceso, tal prueba ha de tender a aproximarse a la verdad posible, desestimando la posibilidad de que el solo cumplimiento de las formas en el desarrollo del debido proceso se instala la justicia de la decisión, pues lo justo surge de la verdad posible y no de un criterio que menosprecie la búsqueda de la verdad. Ver en tal sentido Taruffo (2009:270; 2008:21; y 2012:37).

2 Bueno es recordar aquí la distinción que formula Carnelutti, Francesco; *Instituciones del nuevo derecho procesal italiano*, traducción Guasp Delgado y citado por Clemente Díaz (2003: nota 25. Allí, al acudir al término «información», distingue las narraciones, las aseveraciones y las alegaciones, todas vinculadas con los hechos en los que se asienta la pretensión.

3 El destacado es nuestro.

calificación es necesaria la individualización del hecho jurídico, en tanto se ha afirmado al demandar que de él deriva la posible aplicación del derecho objetivo.

Entonces, aparece aquí un vínculo que hay necesidad de determinar y que encadena la individualización del o los hechos con la norma jurídica objetiva que señala una consecuencia para la eventual acreditación de que el o los hechos han acontecido. He allí la relevancia, pues si el derecho objetivo (norma) no ha señalado una consecuencia, a los fines de la decisión aquel hecho resultaría irrelevante.

De aquella relevancia del o los hechos surgirá el objeto de la prueba. Y cabe señalar que la sencillez con que hemos vinculado la premisa de los hechos con la consecuyente norma aplicable no aparece del todo clara si se profundiza acerca del mismo, pues será necesario crear una interrelación entre hecho y norma a fin de focalizar el objeto de la prueba, lo que en el ámbito civil configura una tarea que surgirá de las alegaciones fácticas realizadas por las partes y la posterior y final vinculación (subsunción) que efectuará el juez al tiempo de emitir su decisión, seleccionado —ahora sí— la norma que, entre todas las que se encuentran en el ordenamiento positivo, le será aplicable a aquellos hechos alegados, afirmados y acreditados.

De lo anterior se colige que —tal como lo destaca autorizada doctrina (Taruffo, 2005:101 y ss)— la individualización del o los hechos, su relevancia jurídica y el vínculo que ha de establecerse entre aquella individualización con la norma aplicable, no configuran una tarea lineal y primaria, pues se hace necesario hacer una interpretación de la norma en función de tales hechos, con lo cual para la determinación del objeto de prueba ha de formularse una individualización de los hechos relevantes *prima facie*, esto es, provisoria, y sobre tal formulación habrá de desarrollarse la tarea acreditativa, sin perjuicio de que al tiempo de la emisión de la decisión aquella individualización pueda encontrar variantes respecto de la norma a aplicar al caso. Lo diremos con las palabras del autor citado:

se subraya que, en realidad, la determinación del hecho que identifica la base de la controversia es el fruto de elecciones que a menudo contiene elementos valorativos, dado que acostumbra a ser valorativa la interpretación de la norma que permite individualizar el criterio de relevancia jurídica de los hechos. Se obtiene, además, que la identificación del hecho es siempre relativa y es, en general, el resultado de procedimiento de hipótesis/control que puede ser muy complejo hasta que el juez alcance a establecer qué hechos específicos deben ser determinados, en la medida que son relevantes a la luz de la norma que constituirá el criterio de decisión. (Taruffo, 2005:102)

De la exposición del o de los hechos emergerán algunas categorías procesales acerca de las cuales se ha indagado desde la doctrina. Es que esa exposición estará contenida en una narración, y en la misma podrán aparecer —además de la categoría ya analizada de la individualización del hecho relevante— otros hechos a los que la doctrina ha calificado como hechos principales y secundarios, siendo el primero aquel cuya relevancia está indicada por el vínculo que se entabla entre el enunciado o narrado, o afirmado, y aquel que la norma ha descrito. En cambio, el secundario habrá de adquirir importancia cuando de su eventual afirmación y posible acreditación puedan extraerse conclusiones relativas a la acreditación del hecho principal jurídicamente relevante (Taruffo, 2005:102).

Otra de las categorías que han surgido en el marco de la especulación abstracta de la doctrina es la que se relaciona con la identificación del objeto litigioso, a cuyo respecto se pueden encontrar posiciones tanto en la doctrina nacional como extranjera y de cuyo análisis Clemente Díaz (Carli, 1977:76 y ss.)⁴ se ha ocupado con pulcritud.

En la doctrina alemana, ha sido Schwab (1968:241) quien, haciendo un profundo análisis de las doctrinas, también alemanas, que se han ocupado de identificar al objeto litigioso, formula su propia definición y señala que «es la petición de la resolución judicial señalada en la solicitud» (263). Creemos importante apuntar que aquella laboriosa identificación del objeto litigioso tiene una particular repercusión en los institutos de la *litis* pendencia, la acumulación de acciones, modificación de la demanda, en los alcances de la cosa juzgada. Tales circunstancias son las que han preocupado al autor antes referido para intentar lograr una definición precisa y de carácter puramente procesal del objeto litigioso, destacando que la identificación de este en el proceso lo ha alejado tanto de las doctrinas alemanas a las que analiza como de quien ha entendido que la pretensión procesal es el objeto litigioso (Guasp Delgado, 1981:62). Sintetiza su tesis el profesor español diciendo:

esta reclamación de parte es precisamente la pretensión procesal, pues pretensión procesal no quiere decir otra cosa que reclamación frente a persona distinta y ante el juez de una conducta determinada. Es inevitable extraer de ello la consecuencia de que el inequívoco objeto del proceso es la pretensión procesal. (92)

De todas estas teorías, es destacable la inserción que alguna de ellas hace de lo que se ha llamado «estado de las cosas»,⁵ en tanto ello emer-

4 Aclaremos al lector que Clemente Díaz publicó la obra citada bajo el seudónimo mencionado en el comienzo de la cita.

5 Fue Leo Rosenberg quien, según lo destaca Schwab (1968) incluyó «el estado de cosas» en la identificación del objeto litigioso, aunque aclara que en la sexta edición de su tratado define al

gerá de la narración que se formule en la demanda, teniendo una particular incidencia en la determinación o fijación de los hechos y en torno a los cambios que ese estado de cosas pudiera acusar con el transcurrir del tiempo procesal, provocando también efectos notables en la producción de la prueba en consonancia con el estado de cosas que puede ser dinámico y, por lo tanto, variable.

Por lo demás, ya en el terreno propio del instituto específico de la demanda, aunque con estrecha vinculación con las exigencias relativas a la inclusión de la narración del o los hechos en la misma, han surgido dos teorías, la de la individualización y la de la sustanciación (Carli, 1977; Cecchini, el 2016:73). La primera, que no requiere de un relato pormenorizado y minucioso del hecho o los hechos que pudieran estar insertos en la relación jurídica sustancial que vincula a las partes, y la segunda, que sí requiere de una narración precisa y concreta de aquellos hechos que resulten relevantes a los fines de la declaración o constitución del derecho que se alega vulnerado, violado o desconocido.

Otras categorías de hechos —elaborados por la doctrina y vinculándolos con la prueba de los mismos— son los hechos admitidos, los presumidos por la ley, los notorios y los indefinidos. De los tres primeros es posible decir que están exentos de prueba, pues si han sido admitidos por quien pudo controvertirlos no requieren actividad probatoria a su respecto. Si están presumidos por la ley —a salvo la posibilidad de generar prueba en contrario— no requieren acreditación. Los notorios son los conocidos por todos, lo que no puede ser ignorado (Fenochietto, 2003:47). En cuanto al hecho indefinido, se presentaba con frecuencia en aquella aserción formulada al contestar una demanda de divorcio causado⁶ afirmando: «nunca he cometido adulterio, nunca he injuriado, o siempre he sido fiel».⁷ Tales aserciones o negaciones configuran circunstancias de muy difícil prueba, lo cual es calificado como de prueba diabólica.

objeto litigioso como «la petición dirigida a obtener la declaración con fuerza de cosa juzgada, de una consecuencia jurídica, y caracterizada por la solicitud presentada». Aclara Schwab: «Según esta definición que concuerda con nuestra concepción, el estado de cosas no forma parte del concepto de objeto litigioso» (39, nota 3).

6 En tiempos en que estaba regulado en el sistema jurídico argentino dicho tipo de divorcio. Hoy ha sido excluido de las posibilidades alegatorias y de pretender la declaración de culpabilidad en un proceso de divorcio.

7 Fenochietto señala como ejemplos la aserción negativa: «nunca he viajado en tren», o positiva: «siempre he viajado en automóvil» (2003:49). De un modo tangencial y analizando otra categoría de hechos (complejos o simples), Taruffo trae como ejemplo válido: «siendo muy improbable que se disponga de testigos de las modalidades con las que Ticio ha usado la cosa en todas las ocasiones y todo el tiempo en que la cosa ha sido usada» (2005:148).

Hemos de agregar, algo que en el plano de la relación entre el o los hechos y la prueba resulta trascendente, a los llamados hechos controvertidos, es decir, aquellas afirmaciones formuladas por el actor referido a lo fáctico y las negaciones o versiones incompatibles con los afirmados que serán el nudo alrededor del que girará esencialmente la actividad probatoria.

Desde una perspectiva de ocurrencia del hecho en un tiempo y espacio determinados con precisión y tratándose de un solo evento, se lo ha calificado como *hecho simple*; mientras que si el hecho se ha desarrollado en un tiempo más extenso y en espacios diversos se lo ha calificado como *complejo*. Se extrae de tal caracterización el comportamiento probatorio que en este último caso ha de desplegarse. También se ha identificado al hecho colectivo observando en una dimensión subjetiva plural en la ocurrencia del hecho, imponiéndose el ejemplo de un hecho que ha sido capaz de producir daño a un colectivo de personas. El hecho psíquico trata de aquel que pertenece a la esfera psicológica, sentimental o volitiva de algún o algunos sujetos. Así, los vicios de la voluntad en la configuración de un contrato, o en la buena o mala fe en el cumplimiento o incumplimiento de una obligación o un deber.⁸

Finalmente, es posible también recordar los que han sido calificados como hechos secundarios (Peyrano, 2003:93) en tanto, no siendo aquellos «principales» o «relevantes», son aquellos que en el grado de la ponderación puedan aportar elementos —indicios— para la formación de un razonamiento capaz de dar cimiento a la convicción.

De cuanto hemos expuesto surge que el laboreo doctrinario ha sido y es particularmente rico en todas las cuestiones de las que hemos ido dando cuenta y que, lógicamente, ha tenido repercusión en la jurisprudencia y en la construcción de sistemas normativos, lo cual nos indica que las especulaciones teóricas ingresan en los espacios específicos de decisión, y —en no pocos casos— tales laboreos se asientan en formulaciones emergentes de pronunciamientos que los aplican, los reelaboran, los interpretan y aun los desfiguran,⁹ cuando no determinan —en varios aspectos— la utilización adecuada o precisa de la terminología que el legislador usa para la formulación de las normas.

⁸ Ver estas categorías en Taruffo (2005:143–165).

⁹ Destacamos así la sinergia que se entabla entre las formulaciones doctrinarias, las implantaciones de normas o la creatividad jurisprudencial, y de ello hemos querido dar cuenta en ocasión de comentar un pronunciamiento judicial. Ver Cecchini (2015).

El proceso y la prueba

La aspiración a generar decisiones jurisdiccionales justas, más próximas a la coherencia con el avance del reconocimiento de los derechos humanos, a la entronización de las Constituciones como baluartes de las concepciones jurídicas de la segunda mitad del siglo XX, la ampliación del abanico de derechos operativos¹⁰ reconocidos desde las Cartas fundamentales y, con todo ello, el corrimiento de las concepciones positivistas para dar espacio a un *ius naturalismo* humanista en crecimiento, determinó variantes importantes en el ámbito del proceso y su desarrollo teórico y práctico.

En el espacio de la teoría de la prueba judicial se produjo un corrimiento. En efecto, se abandonó —paulatinamente— la consideración de que la eficacia de la prueba encontrara determinaciones normativas, señaladas desde la actividad del legislador con el sistema de las pruebas legales,¹¹ para avanzar en la discrecionalidad judicial en el campo de la valoración con el desarrollo teórico del sistema de la íntima convicción.

La circunstancia antes señalada implicó el desarrollo de teorías o —si se quiere— posicionamientos diversos vinculados con la búsqueda de la verdad, y también acerca de la consideración de la verdad misma.¹² La posibilidad o no de alcanzarla en el marco de un proceso judicial, infiriendo en debates acerca de la función del proceso, de su razón de ser, del sentido de los hechos debatidos y controvertidos, y de su determinación o fijación judicial, de la actividad o pasividad del juez en la gestión probatoria (Taruffo, 2009) y —finalmente— en el arribo a la decisión judicial y el derrotero y necesidad de su adecuada motivación.

El primer interrogante que es posible formular ante esta cuestión es aquel que refiere a cuál es la función del proceso judicial.

1– Si su destino es el de lograr una decisión que atienda a la verdad referida a los hechos que se controvierten en su interior; y si con tal aproximación a la verdad, ¿el contenido de justicia podrá destacarse?

2– O si, en cambio, su destino o función es la de ¿resolver el conflicto, aún a costa de no atender con preeminencia aquella hipotética verdad, sino

10 Utilizamos la expresión «derechos operativos» para referir a los derechos consagrados en las Constituciones sin que su efectividad, su operatividad, su posible reclamo y eventual reconocimiento, dependan de la actividad del legislador, sino que solo al estar incluidos en las Cartas fundamentales o bien en tratados o convenciones con igual jerarquía portan por sí mismos la cualidad de ser susceptibles de reclamo y de reconocimiento judicial. Ver a este respecto García de Enterría (2006:43, 63).

11 Configura una nueva demostración de la supremacía que le fuera dada al Poder Judicial en la faena jurisdiccional por sobre el poder del Parlamento.

12 En la nota preliminar a la obra *La prueba...*, de Michelle Taruffo (2000), Jordi Ferrer Beltrán destaca la cuestión de los poderes probatorios del juez como «tema de gran efervescencia en el debate procesal iberoamericano»

que está en la resolución del conflicto lograda a partir del desarrollo de un proceso en el que se hayan respetado con particular punttilosidad las garantías constitucionales?

Se ha dicho a este respecto, por parte de quienes han sido calificados como «enemigos de la verdad» (Taruffo, 2009a:347 y ss.), que la verdadera función no está —los unos porque no es posible y otros porque el proceso no está en condiciones de lograrlo (Taruffo, 2009b:24)—¹³ en la búsqueda la verdad, sino en la búsqueda de una solución a la controversia, más allá de la verdad. Es que lo que interesa al proceso es la solución del conflicto desarrollado con la plenitud de las garantías constitucionales antes que la búsqueda de una verdad que no es susceptible de ser hallada. En términos más amplios, la búsqueda de la paz social que se ha visto perturbada con la aparición del conflicto.

Desde esta perspectiva, se considera que las limitaciones que imponen la regulación de los medios de prueba, las limitaciones que determina el tiempo en el proceso, y los límites que las normas determinan a la valoración de la prueba —por caso, las llamadas pruebas legales—, y aun las reglas de las cargas probatorias, conforman circunstancias que impiden que el proceso esté en condiciones de buscar la verdad. Existen entonces, en el pensamiento procesal, quienes entienden que no es necesaria la búsqueda de la verdad, atendiendo a que, si es posible encontrar una solución al conflicto, aun cuando no se compadezca con la verdad, y que, sin embargo, si los protagonistas —verdaderos dueños del proceso— se conforman con la decisión, el proceso ha cumplido su función: heterocomponer el conflicto. Es que, sostienen, aquella solución de la controversia ha de traer la paz perseguida por el proceso judicial (Alvarado Velloso, 2000:19).

Contraria a esta posición, se encuentra aquella que considera que el proceso conforma un ejercicio de la función jurisdiccional de carácter público, incluso cuando se lo considere puesta al servicio de la construcción de una decisión que resuelva un conflicto intersubjetivo de intereses netamente privado. Sin embargo, su función es la de la realización del derecho objetivo desde un órgano de Estado, con lo cual la decisión trasciende los intereses meramente privados e involucra al derecho vigente provocando inferencias en el resto de la sociedad. Si la función jurisdiccional en manos del Estado es de carácter público, mal puede considerarse que solo infiera o interese a las partes, sino que se trata del ejercicio de la autoridad estatal en la faena de la realización del derecho objetivo. Agregamos que, si las decisiones jurisdiccionales provocan un aporte tan importante en la interpretación y en

13 Distingue allí el autor entre quienes niegan que la verdad pueda ser comprobada en el proceso y aquellos que *niegan* que la verdad deba ser buscada en el proceso.

la formación del Derecho (Cecchini, 2015), el reconocimiento o desconocimiento del o los derechos pretendidos en el proceso, aislado de la verdad posible y aun relativa (Taruffo, 2009b), tendrá claramente una incidencia en posibles y futuros pronunciamientos judiciales que pudieran encontrar inspiración en decisiones también judiciales que le precedieron, con el desmedro de la verdad instalada en sus entrañas.

Si —además— se renunciara a la búsqueda de la verdad *posible*, se estaría en un camino que podría tener como fruto una decisión alejada de aquella verdad y, por lo tanto, alejada de lo justo en concreto, pues mal puede pensarse en una decisión justa si esta no se compadece con la verdad de los hechos.

Una buena síntesis de lo dicho la encontramos en las palabras de Taruffo:

es útil entender que cada vez que una norma hace depender un efecto jurídico de una premisa fáctica, la norma no se aplica correctamente si el hecho no se ha producido, es decir, si no se dispone de una determinación verdadera de las circunstancias empíricas que integran el hecho previsto en la norma. Parece, en efecto, intuitivo que la norma sería aplicada injustamente, y sería, pues, violada, si las consecuencias que prevé se adjudicaran en un caso en el que el hecho condicionante no se hubiera producido. (2000:67)¹⁵

Del párrafo anterior se desprende con claridad que existe un vínculo inescindible entre la configuración del o los hechos que desencadenan la actividad probatoria y la norma que, finalmente, seleccionará el juzgador para subsumir aquel o aquellos hechos en la previsión fáctica contenida en la norma jurídica.

En una y otra posición se detectan disidencias acerca de la amplitud de las facultades del juez en la gestión de la prueba, e insisten quienes consideran que la verdad —aun la relativa— no es posible de reconstruir en el proceso, frente a quienes entienden que el esfuerzo por la búsqueda la verdad —aun la relativa— es necesaria y conforma una de las funciones del proceso, en especial en el espacio de la acreditación de los hechos controvertidos.

En la primera posición se insiste en que le juez ha de mantener una total neutralidad o terceridad en la gestión de la prueba y, en cambio, la segunda le acuerda al juzgador un rol más activo, que le permite despachar medidas probatorias en tanto puedan presentarse como posibles modos de esclare-

14 Allí señala el profesor citado que: «En todos los casos, tanto en el proceso como fuera de él, problema de la verdad es aquel de la mejor aproximación posible a la realidad histórica y empírica de los hechos que es necesario comprobar».

15 Hace el autor un pormenorizado análisis de lo posible que resulta, teórica, ideológica, y prácticamente, la búsqueda de la verdad, bien que relativa (aunque por factores que incidirían también en espacios fuera del proceso).

cer hechos que con las pruebas aportadas no han quedado lo suficientemente acreditados, siempre en el marco de lo posible, con prudencia, sin perder su imparcialidad.

Hay en ello valores fundamentales (Ferrer Beltrán, 2008:31)¹⁶ que no pueden desoírse: el de la conformación de una plataforma fáctica suficientemente acreditada, que permitirá una adecuada motivación de la decisión, en un plano de mayor justicia sustentada en una verdad posible y relativa, factibilizando una convicción más profunda y una selección más adecuada de la norma a aplicar al caso.

No nos es posible dejar de señalar que la actividad probatoria ha de estar dirigida a la verificación de las afirmaciones acerca de la ocurrencia de los hechos formuladas en la demanda por el actor, y controvertidas —sea por la sola negación o por la afirmación de hechos contrarios, diferentes, o incompatibles con los afirmados por el actor— y que introduce el demandado, asentando nuestra postura en que «tales afirmaciones negadas o controvertidas son las que determinarán la actividad probatoria, y su verificación ha de tender a formar en el juzgador la convicción de si las mismas han sido o no verificadas» (Carnelutti, 1979:38).¹⁷

Hemos de agregar que en este espacio destinado al proceso y las pruebas se ha distinguido la admisibilidad de la prueba ofrecida entre aquella que es factible de producirse según las normas reguladoras de los medios de prueba y la que puede producirse según la relevancia del medio ofrecido.

En general, las normas que regulan la admisibilidad de los medios de prueba encuentran límites en motivaciones relativas a la aptitud probatoria del propio medio de prueba; en la posible condición de ser un medio cuyo sustento solo encuentra asiento en la necesidad de alongar la tramitación de la causa (por ejemplo, el número de testigos) y —también— en razones de preservación de valores vinculados con la privacidad del órgano de prueba e —incluso— de las propias partes (como la correspondencia epistolar, que está regulada para preservar la intimidad del detentor o destinatario de la misiva) (Ferrer Beltrán, 2008), por lo que al respecto se ha dicho:

16 Allí apunta este autor: «Ahora bien, sí parece claro ya que la averiguación de la verdad es el objetivo fundamental de la actividad probatoria en el proceso judicial, también lo es que ese no es único objetivo. (...) Así, por ejemplo puede mencionarse el interés por la celeridad en la toma de una decisión que resuelva el conflicto planteado y que lo haga definitivamente, la garantía de la paz social, la protección de los derechos individuales, o el secreto de determinadas comunicaciones».

17 Aun cuando Giacomo Augenti, en el apéndice de la obra citada, nos alerta sobre el cambio de criterio de Carnelutti a lo largo de alguna de sus obras posteriores a la que glosa. Ver pág. 226 ap. XVI. Ver, asimismo, Sentís Melendo (1979:12).

Por lo general corresponde al juez aplicar tales normas y criterios de admisibilidad con el fin de evitar desórdenes en el proceso y una indebida pérdida de tiempo en el subsecuente curso del mismo. En todos los sistemas procesales, la selección preliminar de las pruebas (medios) se hace de acuerdo a dos criterios básicos: la relevancia de los medios de prueba, y las normas que determinan qué pruebas son jurídicamente admisibles. (Taruffo, 2000:38)

Acerca de la relevancia, se explica en función de la conexión que el medio de prueba tenga con el hecho a probar, y en las Federal Ruls of Evidence se la identifica del siguiente modo: «son relevantes los medios de prueba que tienden a hacer que la ocurrencia de algún hecho (...) sea más probable o menos probable de lo que sería sin los medios de prueba» (Taruffo, 2000:38, nota 3).

El proceso y la decisión

Resulta claro que el vínculo entre el o los hechos controvertidos, la prueba que acerca de la verificación de aquellos hechos pudiera haberse producido en el proceso, su valoración (Ferrer Beltrán, 2008:91) —que no es más la extracción de esos medios instrumentales de conocimiento, la aptitud para construir en el espíritu del juez la convicción de la ocurrencia y forma en que los hechos aquellos pudieron haber ocurrido, y que lo conducirá en el esencial tramo de la formación de la decisión— y la decisión misma, configura un núcleo motivacional y argumentativo que dará legitimidad a la sentencia.

Escindirlos es solo una tarea analítica basada en una diferenciación que puede coadyuvar a la claridad y comprensión de cada uno de los componentes, pero en la práctica muestra una unidad sobre la que se asentará el valor mismo de la decisión.

Una de las primeras tareas que ha de abordar el juez es la fijación o determinación de los hechos, para luego, sobre los mismos, realizar la tarea valorativa de los medios adquiridos por el proceso para medir de ellos la aptitud de construir su convicción.

En la fijación de los hechos ha de tomarse en consideración la «hipótesis propuesta por el actor acerca de la ocurrencia de un hecho o de la forma en que este pudo haber ocurrido» (Taruffo, 2012:157). Ha de tomarse en consideración que quien propusiera la hipótesis ha hecho ya —anticipadamente— una vinculación de tal hipótesis con la que contiene la norma cuya aplicación ha entendido corresponderá al caso. De tal modo que —fuera de la órbita de quien tiene que decidir en el proceso— ya la parte ha considerado que el hecho hipotético por él descrito enmarcará en aquel hecho previsto en

la norma que considera aplicable al caso, aun cuando ha de ser el juez quien seleccione la norma que considere aplicable y así lo decida.

Podríamos entonces decir que la adecuada fijación de los hechos es el primer paso que ha de transitar el juzgador para luego, y contando con lo que alguna doctrina (Ferrer Beltrán, 2008:41) ha llamado «la formación del conjunto de elementos de juicio», y en este tramo de la elaboración de la decisión, habrá el juez de analizar en conjunto el material probatorio para extraer de él, ahora sí con mayor precisión, aquellas pruebas que sean relevantes, descartar las irrelevantes y aplicar las llamadas reglas de exclusión (Ferrer Beltrán, 2008:43) a aquellas pruebas que por alguna razón impuesta por la ley no quepan en su consideración.

De aquellos hechos fijados, compaginándolos con las pruebas sujetas a una valoración racional, emergerán posibilidades o alternativas de comprobación que el juez ha de seleccionar y, obviamente, deberán ser aquellas que acuerden a su convicción mayor grado de probabilidad, descartando las alternativas que contengan un menor grado —o ninguno— de probabilidad, con lo cual habrá de aplicar diferenciadamente, tanto en la fijación de los hechos como en la selección y valoración de los elementos de prueba, exigencias de racionalidad que habrán de traducirse con pulcritud y claridad en la justificación de la decisión, la que será así el último tramo.

Apuntaremos que no siempre los hechos afirmados están inmersos en el pasado, pues en determinados casos hay hechos aseverados y contradictos (controvertidos) que se proyectan hacia el futuro, tal como puede ocurrir con el lucro cesante, los efectos posibles y futuros de una construcción defectuosa, la proyección en el devenir de una enfermedad laboral o de los efectos futuros provocados por medicamentos, alimentos, etc., ante los cuales el juez se verá precisado a considerar aquellos elementos de prueba no ya que verifiquen hechos ocurridos sino los efectos que un determinado hecho proyecta hacia el devenir.

No puede hoy omitirse que los aportes provenientes de otras disciplinas científicas o técnicas, o saberes aportan al conocimiento en el proceso, son de alto valor acreditativo, con lo cual los grados de conocimiento de los elementos de prueba también han de ser considerados por el juzgador al tiempo de seleccionar aquellas alternativas posibles en el marco de la probabilidades de ocurrencia de los hechos afirmados y controvertidos (Berizonce, 2009:343 y ss.).

La justificación o motivación de la decisión completa el panorama de la construcción de la misma, y en este espacio concreto creemos que se instalan las reglas de la sana crítica (Couture, 1976).¹⁸

18 Este autor ha dicho de ellas: «reglas de la sana crítica son, ante todo, *las reglas del correcto entendimiento humano*. En ellas interfieren las reglas de la *lógica*, con las reglas de la *experiencia del*

Se trata de aquellas reglas que gobiernan la faena valorativa de la prueba, expresándose en la argumentación que ha de mostrar el juez en la motivación de la decisión. Siguiendo las reglas de la lógica y de la razón, argumentará acerca de la selección de los hechos, de las pruebas y de la o las normas que ha aplicado al caso, dando así razones suficientes que alejen su decisión del plano meramente arbitrario. Tal como se ha señalado, la sentencia porta en sí misma una parte intelectual y otra volitiva.¹⁹ La primera es precisamente la motivación, y sobre tal razonamiento argumental se asentará la voluntad del juzgador de reconocer, declarar o constituir el derecho en el caso y sobre el sustento de los hechos alegados, o bien desestimarlos.

La exigencia de motivar la decisión encuentra un fundamento constitucional, y ello pues desde que se advierte que más de una Constitución (la española, la portuguesa, la italiana, la de la provincia de Santa Fe) imponen la obligación —el deber— de motivar las decisiones, encontrando en ello un derecho fundamental tanto del justiciable como de la propia sociedad, esto es, de conocer las razones por las que los jueces deciden como deciden. Es posible así acordar a la motivación de la decisión un sustento sociopolítico, como lo destaca Taruffo (2012:89), quien en la misma ocasión distingue entre lo que él mismo llama «la motivación interna o endoprocésal» y «la motivación externa o extraprocésal» (117). La interna es aquella por la que el juez motiva para defender su propia decisión con respecto al juez superior y poner a las partes en la condición de poder criticar su decisión. La extraprocésal es la motivación que se realiza atendiendo a que el juez habla y decide investido de la autoridad que le ha otorgado la Constitución para resolver los conflictos, e irrumpe allí su responsabilidad política.

juez». Y concluye afirmando que la sana crítica es la «unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de *higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento*». Se ha dicho también que «la sana crítica es aquella que nos conduce al descubrimiento de la verdad por los medios que aconseja la recta razón y el criterio racional puesto en juicio».

19 Destacamos en ello que algún sector de la doctrina considera que solo porta un contenido intelectual, toda vez que lo que la sentencia ordena, o manda o dispone, proviene de la voluntad de la ley. Así Rocco, Alfredo; *La sentencia civil – la interpretación de las leyes procesales*, traducción de Romero Sánchez y López de la Serna, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México, pág. 57. Al sostener que la sentencia ordena, manda, dispone, reconoce en el caso, de modo particular, frente a la ley que lo hace de modo general y abstracto, Sentís Melendo, Santiago, le atribuye el elemento volitivo a aquél intelectual conformado por el juicio lógico con sustento en la motivación suficiente. Ver *La Prueba*. Los grandes temas del derecho probatorio, Editorial Ejea, pág. 308.

Para concluir el capítulo, diremos, utilizando palabras de Morello, que:

se han flexibilizado muchos principios, reglas y estándares que acotaban el desempeño —rígido y hermético— de los operadores jurídicos. Todo el andamiaje procesal se adapta a nuevas realidades y reclamos. Los criterios formales y materiales son, además, pragmáticos, persiguen resultados valiosos y ello guía al trabajo y los fines a alcanzar. Ganan espacio los conceptos jurídicos indeterminados (arbitrariedad intolerable), y nuevos valores —adhesión, verdad jurídica objetiva, solidaridad, cuestiones de alto nivel moral: aborto, eutanasia— obligan a diseñar un sistema cada vez más permeable y criterios provenientes de otras disciplinas —economía, sociología, ciencia, ética,— rompiendo fronteras o corriéndolas, concientizando sobre una verdad de Perogrullo: ni los abogados ni los jueces son fugitivos de la realidad. El cambio es constante y el Derecho Procesal lo sabe, sin olvidar ante cada paso de avance, que debe contar con la compañía de criterios de autoridad y razonabilidad objetiva. Que la opinión pública es severa controlante de los litigios y que el abogado y el juez no pueden mantenerse al margen.

Referencias bibliográficas

- Alvarado Velloso, Adolfo (2000). *Introducción al estudio del derecho procesal*. T. 1. Santa Fe, Argentina: Rubinzal–Culzoni.
- Berizonce, Roberto. *La prueba científica*. Asociación Argentina de Derecho Procesal.
- Calamandrei, Piero (1961). El juez y el historiador. En *Estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina. Traducción de Santiago Sentís Melendo.
- Carli, Carlo (1973). *La demanda civil*. Buenos Aires: Lex.
- Carnelutti, Francesco (1951). *Teoría general del diritto*. Roma: Società editrice del Foro italiano.
- Carnelutti, Francesco (1971). *Derecho Procesal Civil y Penal*. Vol. 1. *Derecho Procesal Civil: Derecho y proceso*. Buenos Aires: Ejea. Traducción de Santiago Sentís Melendo.
- Cecchini, Francisco C. (octubre de 2015). Nota a fallo: «La construcción del derecho. Sinergia entre la norma y su interpretación». *EL Litoral*, 19(9).
- Cecchini, Francisco C. (2016). *El fenómeno procesal – Lecciones I*. Librería Cívica, Santa Fe.
- Couture, Eduardo J. (1976). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma.
- Díaz, Clemente (2003). Exposición de los hechos en la demanda. En Morello, Mario A. (Dir.). *Los hechos en el proceso civil*. Buenos Aires: La Ley.
- Fenochietto, Carlos Eduardo (2003). El principio de la demanda y los hechos exentos de prueba. En *Los hechos en el proceso civil*. Buenos Aires: La ley.
- Ferrer Beltrán, Jordi (2008). *La valoración racional de la prueba*. Colección Filosofía y Derecho. Barcelona: Marcial Pons.
- García De Enterría, Eduardo (2006). *La Constitución como norma*. Buenos Aires: Civitas. (1983)
- Guasp Delgado, Jaime (1981). *La pretensión procesal*. Buenos Aires: Cuadernos Civitas.
- Morello, Mario A. (1971). *Prueba, incongruencia y defensa en juicio. El respeto por los hechos*. Buenos Aires: Abeledo–Perrot.
- Morello, Mario A. (Dir.) (2003). Respeto por los hechos. En *Los hechos en el proceso civil*. Buenos Aires: La Ley.
- Peyrano, Jorge W. (2003). Los hechos secundarios en el proceso civil. En *Los hechos en el proceso civil*.
- Schwab, Karl Heinz (1968). *El objeto litigioso en el proceso civil*. Colección Ciencia del Proceso. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa–América. Traducción de Tomás Banzhaf.
- Sentís Melendo, Santiago (1979). *La Prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: Ejea.
- Taruffo, Michele. (2000). *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta.
- (2009a). *Páginas sobre la justicia civil*. Colección Proceso y Derecho. Barcelona: Marcial Pons.
- (2009b). Verdad y probabilidad en la prueba de los hechos. En Oteiza, Eduardo (Coord.). *La prueba en el proceso judicial*. Santa Fe, Argentina: Asociación Argentina de Derecho Procesal–Rubinzal–Culzoni.
- (2009c). *Páginas sobre la Justicia Civil*. Ediciones Jurídicas y Sociales. Barcelona: Marcial Pons.
- (2012). *Proceso y Decisión– Lecciones mexicanas de Derecho Procesal*. Colección Proceso y Derecho. Barcelona: Marcial Pons.

Capítulo VII

El proceso y la revisión

Las decisiones judiciales están sujetas a revisión en tanto al dictarlas pudo haberse cometido algún error, y dicha revisión depende de que alguna de las partes —obvio que aquella que no ha quedado conforme con la decisión— inste a ello, interponiendo las impugnaciones que en el caso correspondan.

Si eventualmente no fuera sometida a revisión a través de la interposición de algún recurso, bien porque las partes la han consentido, o bien por haber transcurrido el plazo para impugnarla, la decisión adquiere el efecto de la cosa juzgada.¹ Ello, pues, implica que esa decisión ha adquirido la inmutabilidad que aquel efecto le acuerda.

Hay decisiones que, a lo largo del desarrollo del proceso, se dictan para decidir cuestiones que pudieron haber sido planteadas por las partes y vinculadas a particulares puntos relativos al proceso mismo en su dinámico desenvolvimiento (procedimiento) y sin que en ellas se haya discutido algún aspecto de la relación jurídica sustancial —por caso, las llamadas excepciones previas o procesales o dilatorias—, o bien decisiones ordenatorias del procedimiento (actos de dirección); o también que pudieran decidir cuestiones que, sin ser la sentencia de fondo y mérito, portan un matiz vinculado a

1 Existe un estrecho vínculo entre el efecto de la cosa juzgada con la sentencia o decisión no sujeta a revisión y los medios de impugnación. Es que la cosa juzgada es el efecto que el ordenamiento jurídico otorga a una decisión jurisdiccional, si esta no es ya susceptible de ser impugnada.

Agregaremos que tiene vinculación con el instituto de la preclusión que determina «la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal» (Couture, 2010:573), siendo que este instituto opera dentro de la dinámica de la secuencia de actos, a lo largo del desarrollo del proceso, y la cosa juzgada opera solo respecto de una sentencia o decisión jurisdiccional. Recuérdese también que el término «preclusión» refiere a un principio o regla que impone la necesidad de un avance constante de la secuencia procedimental, concibiéndose el proceso como un conjunto de actos o etapas que no pueden retroceder. La preclusión no involucra a la «autoridad» del juez, sino a una razón práctica que posibilita el desarrollo ordenado del proceso. La cosa juzgada, en cambio, conlleva un *sustractum* vinculado con la autoridad del juez, en tanto órgano jurisdiccional, y operada determina aquel dístico: «la cosa juzgada hace lo blanco negro, origina y crea cosas, transforma lo cuadrado en redondo, altera los lazos de sangre y cambia lo falso en verdadero». La doctrina ha encontrado diversos fundamentos para explicar el efecto de la cosa juzgada: a) la sentencia muestra una presunción de verdad; b) la sentencia muestra una ficción de verdad; c) existen razones de orden práctico, públicas y políticas; d) es el sentido último de la jurisdicción; e) es la función extintiva y realizativa del proceso. Se ha definido a la cosa juzgada como «la fuerza o eficacia obligatoria inherente a la materia de la decisión contenida en la sentencia». La cosa juzgada, a diferencia de la preclusión, expande sus efectos más allá del proceso, y aun en ciertos casos con efectos *erga omnes*.

la relación jurídica sustancial —v. gr. defensas de litis pendencia o de cosa juzgada—;² o —finalmente— la propia sentencia definitiva (en el sentido de contener aquel decisorio que fuera buscado a lo largo de todo el proceso y que ingresa en el análisis y juicio de la pretensión misma u objeto procesal y sustancial), y así los sistemas procesales han creado mecanismos de revisión, esto es, para que el propio director del proceso u otro órgano analice y revea los puntos sobre los que la parte disconforme con lo decidido insta dicha revisión en busca de su revocación (dejarla sin efecto, sustituirla por otra diversa, o invalidarla).

Tales mecanismos son de variadas características, cada uno de ellos adquiere matices propios, y por eso las formas previstas para su postulación varían conforme a esos matices.

En los *sistemas* procesales de génesis continental (*civil law*) se han desarrollado con particular pulcritud tales mecanismos y se han concebido aquellos que respondan a lo que podríamos llamar «revisión a cargo de quien emitiera el acto o decisión impugnada»³ o aquellos que tienden a que otro órgano, diverso del que emitiera la decisión o acto impugnado, lo revise y en su caso lo deje sin efecto, lo sustituya por otro con un contenido diverso, o lo invalide.

Así, el proceso ha sido concebido de tal modo que el posible y eventual error que pudiera cometerse⁴ se achique (Carnelutti, 2007)⁵ tanto como sea posible, de manera de evitar el dictado de una decisión que tuerza el objetivo y efectos finales buscados.

La razón de ser de tales mecanismos encuentra dos fundamentos esenciales: a) se es consciente de la falibilidad humana, con lo cual la posibilidad de revisión implica que haya una nueva oportunidad de analizar la decisión, sea por el propio órgano que la dictó o por otro órgano y «achicar de ese modo la eventual comisión de un error»; b) difícilmente quien ha sido perjudicado por una decisión en el marco de su esfera de interés inserto en el desarrollo del proceso quede conforme con lo decidido, lo cual refleja

2 Ver cita anterior. Es que la invocación de la cosa juzgada ha de oponerse como excepción o defensa, frente a un proceso que tanto por los sujetos, el objeto y la causa, ya fue objeto de decisión anterior pasada en autoridad de cosa juzgada.

3 Impugnar es un término que resulta abarcativo de todo ataque a un acto o decisión, y cuyo destino es precisamente el de someterlo a revisión, reformándolo, revocándolo, sustituyéndolo por otro, dejándolo sin efecto, esto es invalidándolo. El *Diccionario de la Lengua Española de la RAE* define el término «impugnar» como «Combatir, contradecir, refutar».

4 Ha de tenerse presente la falibilidad humana, y ella es la razón de la configuración de las herramientas impugnativas.

5 Obra en la que se han publicado «clases radicales dictadas por el profesor aludido y destinadas al hombre común, es decir escrito del mismo modo en que las clases se dictaran, con terminología accesible para quien no es experto en derecho».

una reacción natural y también humana que el sistema jurídico ha asumido como tal. La reacción es la de postular una revisión de lo decidido y que, a su criterio, lo ha perjudicado.

Esa postulación de la parte que no está conforme con lo decidido en el acto procesal que impugna ha de ser interpuesta, postulada, instada dentro de un plazo que la ley procesal ha señalado con la consecuencia de que, si en dicho plazo no se hiciera, lo decidido adquirirá firmeza, es decir, sus efectos serán inconvencibles. Dentro de aquel plazo habrá de interponerse la impugnación que corresponda al caso, con lo cual la elección del mecanismo impugnativo es de suma importancia para la suerte de la revisión postulada.

Son, entonces, varios los mecanismos o instrumentos entre los que ha de realizarse la selección, y a los mismos se los ha clasificado distinguiendo entre los ordinarios y los extraordinarios, según sean los recaudos a cumplir para hacerlos viables.

A los más frecuentes, y sometidos a menores exigencias formales, se los conoce como ordinarios, y —en cambio— a aquellos que están sujetos a mayores formalidades, tanto para la interposición como para la concesión (viabilidad del mecanismo) y, por tanto, las posibilidades de admisión son más estrictas, más estrechas, se los conoce como extraordinarios.

La distinción de su denominación también suele estar referida a que el órgano que realizará la revisión puede ser ordinario —en el sentido de que se trata de una jurisdicción común— o extraordinario, ello puesto que el órgano que analizará tanto la admisión como la procedibilidad⁶ del mecanismo impugnativo es un Tribunal o una Corte a la que se ha acordado una competencia también extraordinaria, indicada con precisión y de modo restrictivo en la ley para posibilitar su intervención.

Los ordinarios, en los sistemas de *cuño* continental, son los recursos de reposición, aclaratoria, queja, apelación, nulidad.

Los extraordinarios son los recursos de casación, extraordinario por inconstitucionalidad —sea provincial o federal—, y pueden distinguirse algunas categorías en cada uno de ellos.⁷

⁶ La *admisibilidad* del mecanismo impugnativo refiere al resultado de análisis que ha de hacer la jurisdicción acerca de si ha sido interpuesto o instado en el término que la ley acordara para hacerlo, si se ha utilizado el instrumento impugnativo que se corresponde con el acto cuya revisión se postula, y —eventualmente— si quien lo postula reúne las condiciones exigidas para instar la revisión. La *procedibilidad*, en cambio, refiere al juicio que habrá de resultar del análisis que el órgano de la revisión hará respecto de las razones por las que la parte que ha impugnado el acto vertiera en ocasión de expresar su disconformidad con el acto, atacándolo y postulando su revisión —primero— y su revocación, su invalidación: esa ocasión ha adquirido el nombre de «expresión de agravios».

⁷ Casación: a) inaplicabilidad de la ley, b) violación de la doctrina legal; c) por quebrantamiento de la formas esenciales. Ello, sin perjuicio de poder anotar algunos otros recursos con particularidades

Solo cabe aquí formular un muestreo simple de los mecanismos de revisión.

El recurso de reposición, también llamado de revocatoria o reconsideración (más frecuentemente llamado así en el espacio del Derecho Administrativo), se trata de un remedio⁸ destinado a la corrección de decisiones —generalmente de dirección del procedimiento— que no hayan, para su dictado, estado precedidas de sustanciación, es decir que, a su respecto y previo a su dictado, no se haya concretado la bilateralización, esto es, que no se haya cerrado el esquema dialéctico. Y se interpone en un plazo breve ante el mismo juez que emitiera la decisión impugnada para que este mismo órgano revea el acto. Su destino es el de agilizar el debate, posibilitando la corrección de algún error en la dirección del procedimiento, sin que las constancias del proceso salgan de la órbita del órgano que está entendiendo en el mismo. Rapidez, expeditividad, sostenidas en la sencillez de la decisión impugnada. En ciertas ocasiones, la decisión a emitirse en cuanto al recurso puede requerir la producción de prueba, en cuyo caso los sistemas procesales adoptan un trámite breve para obtener su resolución. La impugnación de revocación o reposición también puede dar por resultado una declaración de invalidez.

El recurso o remedio de aclaratoria se destina a la rectificación o aclaración de algún error numérico, gramatical, o bien para acordar mayor claridad a algún concepto oscuro contenido en la decisión que se intenta remediar. Es el propio órgano que emitió el acto impugnado quien estará a cargo de su confirmación o aclaración.

Como se ve, en ambos casos las constancias de la causa no salen de la órbita del órgano que está entendiendo en la misma. Los dos son llamados remedios en tanto se trata de requerir al mismo juez (*rectius*: órgano) y esa particularidad le acuerda el llamado efecto no devolutivo.⁹

propias como el llamado en consulta, el recurso de apelación extraordinaria (pensado para atacar las sentencias emitidas por tribunales de instancia única a través del trámite oral (Santa Fe); el recurso ordinario de apelación ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación; y —finalmente— los recursos destinados a dotar de garantías supranacionales a los derechos fundamentales y por ante los órganos jurisdiccionales internacionales (Pacto de Costa Rica y el Derecho Comunitario americano). Ver con provecho Vescovi (1998). Asimismo en la *Revista de Derecho Procesal*, editada por Rubinzal-Culzoni, *Medios de impugnación - Recursos I y II*, publicaciones en las que se realizan pormenorizados análisis de la mayoría de los recursos y medios de impugnación, y «Recursos ordinarios y extraordinarios». En punto al recurso de apelación —el más común de los recursos— ver Solé Riera, 1998; Garberí Llobregast y Gonzales Cuéllar-Serrano, 1994.

⁸ Tal la denominación que le atribuyen los españoles, o súplica, según algunos derechos positivos como el cubano.

⁹ A *contrario sensu*, el efecto devolutivo se utiliza para indicar aquellos recursos que serán objeto de revisión por otro órgano jurisdiccional distinto al que emitiera la decisión impugnada, y proviene la expresión de la devolución de la jurisdicción al príncipe. Sin embargo, de corriente se lo opone al carácter o efecto suspensivo del recurso, esto es, que la decisión impugnada no se ejecuta sino luego de que el órgano de la revisión haya dictado la decisión a su respecto.

El recurso de queja adquiere dos matices: a) el uno destinado a la revisión por parte del órgano a cuyo cargo estaría —eventualmente— aquella revisión de la decisión con relación a la que fuera denegada la admisibilidad del recurso interpuesto; b) también se lo destina a requerir de otro órgano la imposición de un plazo determinado y concreto para una decisión que no haya sido dictada en el tiempo acordado por la ley para hacerlo, llamándolo por ello «queja por retardada justicia». Es la demora en el dictado de las decisiones —sean estas de dirección u ordenación del procedimiento, o decisiones vinculadas con cuestiones procesales, o bien de la sentencia de fondo y mérito— que, pese a haber transcurrido el plazo para hacerlo, no se ha hecho. En ninguno de los casos el órgano que entenderá en el mismo ingresará a la cuestión cuya mora genera la queja, sino que solo entenderá en el juicio relativo a la denegación de la admisibilidad del recurso o a la demora en el dictado de la decisión. Resolverá entonces si el recurso fue bien o mal denegado por el órgano a cuyo cargo estaba el juicio de admisibilidad o determinará el plazo en el que el juez deberá resolver lo que no ha resuelto.

El recurso de apelación adquiere la fisonomía del recurso ordinario más frecuente, y su destino es el de revisar una decisión que ha tenido previa sustanciación, pudiendo referir a cuestiones procedimentales o bien a la sentencia de fondo y mérito. Se lo concibe de dos maneras: a) con la posibilidad de ofrecer pruebas ante el órgano de revisión que fueran ofrecidas en la primera instancia, y aun invocar nuevos hechos; o b) sin tales posibilidades, al menos no tan amplias. Este último modo es el más frecuente entre nuestros códigos procesales. Solo en circunstancias muy acotadas se admitirá la apertura a prueba en segunda instancia. El error que se busca enmendar es el llamado error en el juzgamiento (*error in iudicando*).

El recurso de nulidad busca enmendar un error en el procedimiento (*error in procedendo*), generalmente está implícito en el de apelación, y tiene por destino revisar si las formas esenciales han sido o no respetadas a lo largo del procedimiento, o si han sido atendidas en la confección de la decisión. Si fuera admitido y su procedibilidad tuviera acogida, se anulará el acto que quebrantó las formas, con el efecto dominó correspondiente —es decir, con la nulidad de los actos que fueran consecuencia del viciado—, y así todos los actos posteriores que tuvieran relación con el anulado caerán en su validez. Si las formas incumplidas están insertas en la decisión, será esta la que caiga en su validez. De esta última diferencia deriva la posibilidad de que el órgano invalidante disponga su reenvío o dicte directamente la decisión que sustituya a la que ha sido declarada nula. En torno a los recursos extraordinarios, y de modo muy superficial, hemos dicho que:

generalmente [de los recursos extraordinarios] se extraen las caracterizaciones a partir de su infrecuencia relativa y comparativa con los ordinarios, de la extraordinariedad de los órganos con fundabilidad para su consideración; de la taxatividad de las causales que los viabilizan; de las formalidades a que las leyes someten su interposición; de la restrictividad a que su interpretación está sometida a los fines de su admisión; de la emisión del juicio previo de admisibilidad a cargo del tribunal *a-quo* que ha de preceder al análisis de procedencia; de la bilateralización que en caso de algunos recursos extraordinarios ha sido prevista por la ley como paso previo a su análisis de admisibilidad; de la consideración vinculada a su naturaleza recursiva o a su condición de medio o acción de impugnación; a su finalidad nomofiláctica o monofiláctica, y de preservación del orden jurídico. (Cecchini, 2002:277)

El recurso de casación, típico del sistema legal continental, es aquel que tiene origen en la ley y no en la jurisdicción, como el sistema del *common law*. Y es precisamente tal origen el que determina la configuración de un recurso —generalmente a cargo de un tribunal que porta en su jurisdicción un matiz legisferante— cuyo destino es el de determinar una específica interpretación a la ley o a la norma que pueda generar interpretaciones disímiles, indicando cuál será la correcta, siendo dicha decisión vinculante para los órganos que dependan de aquel tribunal específico. Las razones de higiene normativa en la interpretación son tenidas en la mira en el recurso bajo análisis. También la de unificación de la jurisprudencia, lo cual excluye —en una adecuada configuración del órgano— su conformación en salas. Una finalidad dikelógica, en tanto el sistema jurídico se vale del interés del particular para el logro de fines que exceden el mero interés de las partes en el proceso específico en el que se interpone.

Los otros recursos extraordinarios —de inconstitucionalidad provinciales y federal— se asemejan y tienen por finalidad atender «una acción de inconstitucionalidad» invocada contra el proceso o la decisión, o de la norma en la que se asienta esta última, que resultaría violatoria de alguna norma constitucional o convencional.

La extensión de la enumeración de los mecanismos de revisión, como la variedad de ellos en cuanto a su regulación, nos dan cuenta de la enorme preocupación que la doctrina, la legislación y aun la jurisprudencia¹⁰ han desplegado con el afán de satisfacer la realización justa y ajustada a Derecho

10 Desde la jurisprudencia se han dado acogida a recursos *atípicos*, como —por caso— el llamado reposición *in extremis*, el recurso de inconstitucionalidad por arbitrariedad de sentencia, que sin haber sido reglados en muchos códigos, sin embargo desde la jurisprudencia se los ha admitido, siempre con el propósito —aquel general— del achicamiento del error.

de las decisiones jurisdiccionales. En todas ellas, insistimos, se advierte un particular protagonismo de las partes en la construcción de la revisión, con lo cual —insistimos— le acuerda al sistema procesal una clara tonalidad legitimante de la tarea jurisdiccional.

El proceso y sus efectos al cabo de su conclusión

Al cabo del dictado de la sentencia definitiva, haya o no sido sometida a revisión, y sin que contra la misma quepa ya la posibilidad de deducir recurso o impugnación alguna —sea por el vencimiento de los plazos para hacerlo, o por haberse agotado los mecanismos de impugnación previstos para su revisión—, la decisión adquiere el efecto de cosa juzgada.

Hacemos notar aquí que, aun habiendo adquirido aquel efecto, queda todavía un mecanismo para atacar la decisión, siempre que la misma se haya conseguido a través de un fraude (Couture, 1985:387) o que en el proceso se haya instalado un entuerto (Peyrano, 1985:35), o se invoque y se pruebe un procedimiento írrito (Morello, 2001:387). En tales casos, la impugnación adquirirá la fisonomía de un proceso en el que el objeto a juzgar será, precisamente, la existencia del fraude, el entuerto o la condición írrita del procedimiento.

Aclarado lo anterior, el efecto de la cosa juzgada significa que se instala en ella el brocárdico *non bis in ídem*, que significa que no puede juzgarse por segunda vez aquello que ya fuera juzgado. Cabanellas (1992:175) lo define como «no dos veces sobre lo mismo».

El límite impuesto a lo ya juzgado por los sistemas jurídicos encuentra fundamento en razones de seguridad jurídica,¹¹ esto es, la búsqueda de estabilidad de las decisiones jurisdiccionales y del derecho consagrado en las mismas, con lo cual es posible encontrar un fundamento político y sociológico en el instituto de la cosa juzgada.

Adquirido ese efecto, la decisión es susceptible de ser ejecutada, por lo tanto la efectividad de la decisión muestra su costado más buscado, es decir que aquello que fuera objeto de juzgamiento y de decisión, con la totalidad de los presupuestos exigidos para lograrlo, sea concretado en los hechos. El derecho declarado, el derecho o estado constituido por la decisión, el derecho reconocido, o la desestimación del derecho pretendido, sean llevados a los hechos tal como efectivamente fueran logrados en la sentencia. Si se tratare de una decisión «declarativa» o «de condena», se abre una instancia ejecutiva, es decir aquel procedimiento destinado a hacer efectiva la decisión, a ejecutarla tal como fuera dictada.

11 Remitimos a la nota 1.

Cabe aquí señalar que en los sistemas procesales comunes han sido concebidos tipos procesales, dos de los cuales responden a la denominación «declarativos» y «ejecutivos». Los primeros tienden a transformar la alegación de un hecho en derecho; en cambio, los segundos, a transformar el derecho... en hecho. Es que en el declarativo, y he allí su denominación, la finalidad es la de la declaración del derecho pretendido; y en el ejecutivo, la declaración del derecho está contenida en un título al que el legislador le ha acordado esa condición ejecutiva, posibilitando su realización con la sola invocación del título y con un debate ceñido al contenido y forma de ese título.

El proceso y el tiempo

Refiriéndose a su pasión y a la música, nido de sus talentos, Mozart decía: «lo más necesario, difícil y principal en la música es el tiempo». La frase resultaría aplicable al proceso, pues el tiempo es necesario en él, es un elemento esencial desde que lo instantáneo es imposible de lograr con las cualidades de bueno y justo, pero es realmente difícil si nos atenemos a las exigencias que las construcciones relativas a su configuración han impuesto (Morello, Sosa, Berizonce, 2004:32).

Los desarrollos y admoniciones que desde la doctrina se han hecho acerca del tiempo en el proceso, aun siendo numerosísimos, no han sido suficientes para que sea buscado con el profundo afán de lograr acortar los procesos, acceder a una respuesta jurisdiccional oportuna, y que la misma esté coloreada de la eficacia necesaria para satisfacer la finalidad buscada por quien acude a los estrados judiciales.

Las miradas de la ciudadanía a la prolongación de los procesos es cada día más perpleja, pese a que esa prolongación nos acompaña desde hace muchos años, pero las exigencias del presente son más agudas, precisamente porque el tiempo se ha tornado en un elemento cada día más valioso, y la vertiginosidad de la vida, de las transacciones, de la búsqueda de la paz social, es más acuciante que en ninguna otra etapa de la historia.

No es posible negar que se hayan hecho esfuerzos de creatividad e imaginación para diseñar formas procesales que tienen al tiempo como elemento contundente en su construcción. Véanse si no las medidas cautelares, sean estas las conocidas o clásicas, o bien aquellas que ingresarían en la categoría, admitida por algunos códigos, de cautelares genéricas. Véase también la admisión por la jurisprudencia de las medidas de satisfacción urgente, cautelares materiales, medidas autosatisfactivas, despachos anticipatorios, el proceso monitorio, cuyo destino, en todos los casos, es el de lograr una respuesta jurisdiccional rápida y oportuna, incluso cuando teñidas con el matiz de la provisoriedad. Asimismo, la apertura de las acciones amparo,

habeas data o *habeas corpus*, que — con asiento constitucional— marcan un sendero de búsqueda de premura y eficacia.¹²

Sin embargo, y pese a todo, la preocupación del ciudadano reflejada en la masividad de los medios de comunicación y recogida por la doctrina, advertida de la demora de la tramitación de las causas, la prolongación exagerada e inútil de los procesos de conocimiento y aun de ejecución del derecho declarado o reconocido, crece de manera exponencial.

Lo excesivo de la burocratización de los procesos, especialmente en los tramos iniciales, provoca efectos nefastos en el juicio que la ciudadanía realiza del servicio de justicia, pero también desalienta la credibilidad en el sistema judicial, repercute en el concepto que se tiene de los jueces, de los abogados, de los operadores jurídicos en general, y aprisiona también a los legisladores y a la política en general, que se muestra —según la mirada generalizada— sorda e inútil frente a los reclamos constantes de la sociedad.

Si a ello se agrega que desde las arcas del Estado se destinan abultadas sumas para el mantenimiento de las estructuras judiciales, con una administración de turbia visibilidad, abriendo las puertas del pretorio a inúmeros litigios sin un juicio previo de admisibilidad en la pretensión, sin el esfuerzo suficiente para la evitación del proceso con mecanismos autocompositivos, y sin los intentos serios y accesibles de simplificación y agilización de los procesos, el resultado es el de la sobrecarga de los órganos en los despachos, la sobredosis de papeles que invaden los estrechos espacios destinados a su guarda y extienden en el ciudadano la sensación de lo inútil, lo impráctico, lo inentendible de cuanto se hace para arribar a una decisión que satisfaga, o no, su reclamo. De nada sirve la explicación del abogado a su cliente del sentido de cuanto se hace, pues no hay una justificación que aproxime razonablemente al ciudadano al entendimiento de todo aquello. La desazón es el resultado.

Voces claras (Morello, 2001) y a partir de la formulación de una regla —con jerarquía de principio constitucional— han proclamado «el derecho constitucional a una rápida y eficaz decisión jurisdiccional», señalando un camino que necesariamente ha de ser recorrido para agilizar los procesos, *sin desvirtuar sus esencias*, e instar a la conformación de métodos de autocomposición a los que se les preste la debida atención para lograr de ellos la eficacia que prometen, con los consecuentes réditos que implican los menores gastos y la satisfacción de haber evitado un proceso costoso y prolongado, con una particular cuota de incertidumbre a lo largo de su tramitación y también en la ejecutabilidad de sus resultados.

12 Les daremos un tratamiento más extenso en el capítulo siguiente.

Referencias bibliográficas

- Cabanellas, Guillermo (1992). *Repertorio jurídico de principios generales del derecho, locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos*. 4 ta. edición ampliada por Ana María Cabanellas. Buenos Aires: Heliasta.
- Carnelutti, Francesco (2007). *Cómo se hace un proceso*. Bogotá: Temis.
- Cecchini, Francisco C. (2002). *Ley orgánica del Poder Judicial de la provincia de Santa Fe – Doctrina y jurisprudencia*. En Peyrano, Jorge (Dir.); y Eguren, Carolina (Coord.). Vol. I. Rosario: Nova Tesis.
- Couture, Eduardo J. (1985). *Estudios de Derecho Procesal*. Vol. III. Buenos Aires: Depalma.
- (2010). *Vocabulario Jurídico*. Montevideo: B de F.
- Garberí Llobregast, José y Gonzales Cuéllar-Serrano, Nicolás (1994). *Apelación y Casación en el proceso civil*. Madrid: Colex.
- Morello, Augusto M. (2001). *La eficacia del proceso*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Morello, Augusto M.; Sosa, Gualberto L.; Berizonce, Roberto O. (Coords.). (2004) *Códigos Procesales de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, comentados y anotados. Vol. X-A. Buenos Aires: Plantense.
- Peyrano, Jorge W. (1985). *El proceso atípico*. Parte tercera. Buenos Aires: Universidad. 1985.
- Solé Riera, Jaume (1998). *El recurso de apelación civil*. Barcelona: Bosch.
- Vescovi, Enrique (1988). *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: Depalma.

Capítulo VIII

El proceso como nido de infidelidades hacia él mismo

Todas las manifestaciones valiosas que muestra la construcción del proceso, tanto desde la perspectiva dogmática como desde el punto de vista práctico, ha gestado vicios que se han instalado en la cotidianeidad, sea por la intención maledicente de alargarlo, de complejizarlo en su tramitación, sea por la falta de dirección enérgica y prudente de los jueces que permiten actitudes que conducen —precisamente— a tal complejización, o bien por la incorporación de exigencias burocráticas evitables y, de manera frecuente, sustituibles por mecanismos más sencillos¹ para facilitar el acceso a la justicia de modo más límpido y veloz, con menor acopio de papeles —desburocratización— y economía de tiempo y de gastos.

Traspasar las imposiciones burocráticas previas al inicio del proceso ya se presenta como una secuencia de exigencias de boletas, pagos, depósitos, certificaciones, fotocopias, que se muestran tediosas y a la par implican enfrentar modos y costumbres descomedidos de parte del personal de oficina poco dispuestos a facilitar el acceso, y —por cierto, en muchos casos— con una mínima acuciosidad por las tareas impuestas por el oficio.

Las instituciones que agrupan a los abogados, las que cubren su asistencia médica o turística, los sellados fiscales, significan un primer y tedioso paso para ir cumpliendo con todo cuanto se ha impuesto, no precisamente en beneficio del justiciable, sino solo en beneficio de la corporación abogadil de la que el propio justiciable es cautivo, erogando montos que varían con una frecuencia inusitada y muchas veces incorporando exigencias nuevas a planteamientos viejos, con una clara vocación por la creación de barreras que dificulten el acceso al pretorio.²

1 La renovación de los sistemas notificadorios con la presencia de los medios de comunicación que la tecnología nos ha aportado, resulta impostergable, a la par que importará una clara economía de tiempo y de gastos.

2 Bueno es recordar en este aspecto, aún más complejo hoy con los aportes que han de hacerse en beneficio de las corporaciones abogadiles, aquello que indicara largamente Calamandrei (1961:311 y ss.). En aquellas reflexiones que formula el jurista florentino ahonda en las cortapisas que introduce el Estado a través de las exigencias fiscales que son claramente atentatorias de la aspiración de la justicia gratuita, y por ende, diremos ahora, al derecho fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva. Esa vocación recaudatoria del Estado exagerada configura un claro obstáculo y una notable desfiguración de la función jurisdiccional, ante los ojos del justiciable, que termina provocando la sensación de que el Estado se presente como un cómplice del deudor que se resiste a cumplir.

Cubiertos tales pasos, es posible ya la presentación de una demanda, a la que se acumulan papeles y documentos que engordan prematuramente los folios con los que se integra el «expediente» que ingresará en la oficina judicial a las manos de un despachante, quien —por lo general con un ojo extremadamente crítico y apegado a lo conocido y costumbrista— revisará de modo pulcro todo cuanto se ha presentado y «dispondrá» que se complete lo faltante —en su caso—. Luego, un oficial de mayor jerarquía hará lo propio, hasta que llegue al secretario y posteriormente para la firma del juez, con lo cual los días han pasado con holgura.

Ese primer decreto de «admisión» de la demanda como acto válido para la iniciación de un proceso volverá a la mesa de entradas para que se realicen las notificaciones necesarias para hacer conocer al demandado la existencia de «la causa» y para que acuda —a modo de «carga»— a la jurisdicción, presentándose a «estar a derecho», compareciendo o no, y asumiendo las consecuencias legales en caso de no hacerlo: «rebeldía». Para hacerlo tiene un plazo, generalmente conocido como «corto», en el que se cuentan solo los días hábiles y las horas hábiles, lo cual provoca desde un comienzo un transcurrir del tiempo que oscila entre los diez a quince días desde que la demanda es presentada. Esa presentación implicará para el citado a comparecer también un despliegue burocrático similar al que transpusiera el actor antes de la presentación de su demanda.

Podrá irrumpir en esa etapa algún cuestionamiento al propio juez a través de recusaciones³ que pueden encontrar fundamento en alguna causal o bien sin expresar causa, por lo que es posible que el tiempo siga transcurriendo sin que se sepa aún quién ha de ser el juez de la cuestión llevada a la jurisdicción.

También, la comparecencia importará que traspase la mirada del despachante, del oficial y del secretario, para que, al fin, llegue a manos del juez, quien firmará su presentación y le acordará la participación que en derecho corresponda.

Los días han pasado, y al volver la causa a manos del letrado del actor, este pedirá que se corra traslado de la demanda para el ejercicio del derecho de defensa. Sin embargo, si de prolongar los tiempos se trata, podrá al demandado interponer una excepción de arraigo⁴ que determinará una sustanciación

3 Recientemente nos hemos enterado del ejercicio de la recusación sin expresión de causa a un «juzgado vacante», sin que el recusante se haya puesto colorado y sin conocer qué juez a cargo despacharía la presentación de la demanda.

4 Añosa figura cuya genética la ubicamos en tiempos —siglos— anteriores a la liberación de América, ha ido perdiendo vigencia a partir de la consideración del acceso a la tutela judicial como derecho humano, habiéndose dado los primeros pasos en el espacio del Derecho Internacional Privado. Ver al respecto Argerich (1996:631-634); Fernández Arroyo (2014:825-827); Scotti (2015:par. 20, pp. 104-105); Véscovi (2003:par. 306-307, pp. 357-359). A su turno, una lectura profunda

que demandará, cuanto menos y en el mejor de los casos, un mes más para que el juez evalúe y decida si el actor podrá hacer frente a las costas del proceso —sobre todo los honorarios del letrado del demandado— si resultare vencido en su postulación. Con la vigencia de la norma del CC y CN, citada a pie de página, la excepción debería ser desestimada *in limine*. Para el caso de que no cuente con bienes en la provincia o en la Nación, según se trate de uno u otro Código, habrá de conseguir quien preste fianza para asegurar aquellas eventuales costas del proceso.

En general, la interposición de esta excepción ha de hacerse antes de la posible y eventual interposición de otras «excepciones dilatorias» —nunca mejor denominadas— y que, para el caso de que efectivamente fueran deducidas, importarán la sustanciación de las mismas —bilateralización— y posterior decisión del juez acerca de su admisión o rechazo, con lo cual ya estamos en dos o tres meses desde que fuera interpuesta la demanda, pues el propio juez cuenta con un plazo holgado para decidir a su respecto. Una vez resuelta o resueltas las mencionadas excepciones, se correrá traslado de la demanda al accionado a fin de que, ahora sí, ejercite su derecho a contradecir, para lo cual los plazos que se le acuerdan están pensados para un adecuado ejercicio de tal derecho.

Ya han transcurrido varios meses desde aquella interposición de la demanda y para que el juez disponga, a pedido de alguna de las partes, la apertura a prueba de la causa y otorgue a los litigantes plazos para el ofrecimiento. El tiempo transcurrido desde que fuera puesta la demanda ya es abultado, y transcurrirá otro tanto hasta que ambas partes hayan ofrecido las pruebas de las que intentarán valerse para gestar el convencimiento del juez. Tal ofrecimiento —usualmente— no es objeto de un análisis exhaustivo de la condición de hechos controvertidos relevantes y el consecuente juicio de la admisión de las pruebas propuestas, por lo tanto, en muchos casos se despachan todas las ofrecidas, aun aquellas que poco y nada pudieran tener que ver con aquellos hechos.

del artículo 2610. «Igualdad de trato. Los ciudadanos y los residentes permanentes en el extranjero gozan del libre acceso a la jurisdicción para la defensa de sus derechos e intereses, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes en la Argentina. Ninguna caución o depósito, cualquiera sea su denominación, puede ser impuesto en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente en otro Estado. La igualdad de trato se aplica a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de un Estado extranjero». La norma coloca en clara retirada al instituto, desde que no solo operaría con relación a los extranjeros sino que también —obviamente— abarca a los nacionales, a partir de la consideración de la igualdad de trato entre residentes en distintas provincias y con el correlativo respeto al derecho de acceso a la justicia. Ver Lorenzetti (2014:533).

Se formarán cuadernillos de prueba de una y otra parte en los que se acopiarán las que vayan produciendo en un plazo que, si bien está señalado en los códigos, por lo general se prolonga más de lo establecido, pues la asistencia a las audiencias en las que las pruebas se produzcan, depende de la fijación de fechas por parte del despachante, según su propia agenda, y de las efectivas posibilidades de quienes han de concurrir, sea como testigos, sea como absolventes, o bien para los sorteos de los peritos, su designación, asunción del cargo, y luego el plazo necesario para la producción de los dictámenes en los que se reflejan las pericias. Se despacharán los oficios en los que se requieren informes a entes públicos, a oficinas privadas, con el consecuente tiempo necesario para esperar las respuestas que, obviamente, han quedado atrapadas en maquinarias burocráticas que derrochan el tiempo del proceso.

En ocasión de los ofrecimientos de prueba, ocurren o pueden ocurrir impugnaciones a pruebas ofrecidas por los litigantes, o bien desestimaciones oficiosas de pruebas que el juez considere inadmisibles o no permitidas, con los consecuentes recursos de reposición ante tales cuestionamientos. Y ya, en el mejor de los casos, el proceso está a punto de cumplir su primer año.

Así, aquella demanda instaurada hace ya un largo tiempo, inquieta al actor de tal modo que comienza a sospechar acerca de la actuación de su letrado, o de la propia imagen del juez; interroga acerca de quién es, qué tal es como magistrado, y comenta en su entorno sobre los tiempos inconcebibles del proceso. A aquellos a quienes convocó como testigos los calma en sus ansiedades y tensiones y los cuida en su propia salud para que no encuentren escollos al tiempo de comparecer a testimoniar.

Los peritos, por su parte, requieren de gastos para producir sus dictámenes, con lo cual las erogaciones se acrecientan en el medio de río.

Los testigos, a su turno, peticionan que se les compense o indemnicen los gastos de traslado o bien aquello que no podrán ganar el día en que hayan de concurrir ante el juez. Como se ve, los gastos crecen y los folios del expediente también. Es posible agregar la alternativa de la tramitación de un «incidente de tacha» a un testigo o a sus dichos (¿?) (Peyrano, 1980:89), recusación a un perito, con la también factible apertura a prueba de cada uno de ellos y la consecuente imposición de costas.

Estamos holgadamente en el segundo año de proceso y en plena producción de pruebas, y aquella inquietud del justiciable ya ha ingresado en un plano de incertidumbre que, quizás, lo lleve a interrogar a su abogado acerca de qué falta, cuánto falta pagar y qué suerte podrá tener su pretensión. Esas preguntas estarán ya transidas de inseguridad y sospecha hacia todo cuanto le comente su abogado.

La etapa de producción de la prueba demanda, en la mayoría de los casos, más tiempo del señalado en códigos para su concreción, y al cabo cada parte tendrá la oportunidad de hacer el balance de lo discutido, lo probado o no

probado, y de la puntualización específica de cómo habrá el juez de decidir a través de los alegatos para cuya formulación cada parte contará con un plazo extenso y diferenciado del de su adversario, y a cuya conclusión el juez llamará autos para decidir.

Como se ve, el tiempo no ha sido mayormente tenido en miras en el diseño realizado por los Códigos Procesales, sin perjuicio de que en tal esquema se hayan respetado a rajatabla todas las garantías constitucionales y se haya querido salvar de nulidades lo actuado, con un claro olvido del costo y del tiempo transcurrido.

Los plazos otorgados a los jueces para decidir son quizás adecuados, en tanto la complejidad de la causa lo amerite, mas los mismos han sido otorgados sin atender a dicha complejidad o sencillez y, a la par, dichos plazos no siempre son atendidos con la estrictez con la que se atienden los que fueran acordados a las partes para desplegar su actividad. Y aun considerando que el tiempo inquiete al juzgador y despache la decisión dentro de aquel que le fuera otorgado por el codificador, comenzará el trajín de la notificación de la decisión y la eventual y casi segura oposición de recursos ordinarios —apelación o nulidad— que el juez concederá o no, según se trate, para luego remitir la causa al órgano de la revisión.

Este último, a su vez, la recibirá y un vocal de dicho órgano procederá a asumir la dirección del trámite de revisión, disponiendo lo conducente para la expresión y contestación de los agravios, sin perjuicio de la posible recusación a alguno de los miembros del órgano y los consecuentes pasos para su decisión. Es posible también agregar la eventual apertura a prueba en segunda instancia, acotada en algunos códigos y más holgada en otros.

Agotada la etapa por la que las partes ensayan sus argumentos que fundamenten sus posturas acerca del fallo sometido a revisión, se procederá al sorteo del orden en que los miembros del órgano de revisión expresarán sus pareceres, con plazos diferenciados y sometida la cuestión a un «acuerdo» que generalmente no se realiza en los hechos sino que luce como efectuado en la cabecera de la decisión que emita.

Y así, arribamos a una decisión de segunda instancia que se formará por mayoría, y en algunos casos con tan solo la emisión de dos votos, en tanto que, por lo general, uno adhiere al primero emitido. Sin pretender hacer un cálculo preciso de los tiempos transcurridos y gastos irrogados, tanto por las partes como por el propio Estado, en la gestación y mantenimiento de la estructura judicial, la descripción realizada a vuelo de pájaro es solo una muestra de una realidad que pugna por ser revisada en su configuración formal.⁵

⁵ Esa y otras consideraciones fueron tenidas en cuenta al diseñar el «proceso por audiencias» plasmado por la Asociación Iberoamericana de Derecho Procesal, modelo que encontrara acogida en la República Oriental del Uruguay.

Esa sintética descripción de lo que puede ocurrir a partir de la preparación de una demanda, y hasta arribar a una decisión de segunda instancia, ha dejado de lado innumerables contingencias que también pueden teñir al proceso con un matiz complejo si han mediado, por ejemplo, pedidos de suspensión de términos, si se han omitido pasos, notificaciones, si se han interpuesto incidentes de nulidad hacia algún acto procesal o, en fin, los incontables vericuetos que se esconden en la imaginación de los letrados propensos a las demoras, a las alongaderas, a los jueces dispersos en abultadas causas, a los intrincados y laberínticos escollos de los que diariamente dan cuenta los anecdóticos de los letrados que intercambian pareceres acerca de lo que ha ocurrido en alguna de las causas que tramitan ante los estrados judiciales.⁶

Acaso, solo diremos que alguna de aquellas excepciones dilatorias que pudieron haberse opuesto, al ser resueltas, también pueden generar la remisión de la causa al órgano de revisión a fin de resolver —en segundo grado— la cuestión, generándose de tal modo una más de las demoras a las que se expone esa tramitación que en la que nada se compadece con los requerimientos de los tiempos que corren, que agranda las ansiedades de los justiciables acerca de la suerte de su pretensión, y ensanchan la desconfianza hacia el sistema judicial, abarcando en ello al propio letrado que ha de imaginar estilos sencillos para explicar lo que ni él mismo puede entender.

Y aún más, si la recusación ensayada —por caso— no ha sido admitida, ha de ser también sometida a revisión por otro órgano, para lo cual existe igualmente la posibilidad de que el propio juez o la parte ofrezcan pruebas relativas a la postulación de apartamiento, o bien el cuestionamiento que pudiera provenir del juez al que la causa correspondería en caso de que la recusación o excusación sea admitida.

Hay cuestiones que tienen tan estrecho vínculo con determinaciones constitucionales, por ejemplo las de competencia, que pueden —incluso— determinar la apertura de revisiones extraordinarias por Superiores Tribunales o Cortes, lo cual importa todavía más tiempo, más despliegue, más

⁶ «Los milagros los hacen los santos, no los códigos. Solamente a un técnico, como eres tú, se le puede ocurrir que los procedimientos a través de los cuales se administra la justicia, puedan compararse a las máquinas, cuyo rendimiento, siempre que sea exacto el juego de las levas o la relación de los engranajes, se llega a calcular anticipadamente con exactitud matemática. En el proceso, mi querido fabricante de motores en serie, es necesario hacer el cálculo, en cada caso, teniendo en cuenta el humor de los personajes que toman parte en el drama: los jueces, los abogados, los litigantes, los testigos... Cada uno de ellos es un animal vivo, un «unicum» que reacciona a su modo a los estímulos externos: de suerte que, aun cuando las leyes de procedimiento estén hechas con la máxima sabiduría, hay siempre que descartar algo imprevisible en su funcionamiento práctico, lo cual hace aleatorios y aproximativos los cálculos de su resultado, y las hace aparecer como buenas o malas leyes según las acompañe o las abandone la buena voluntad de los hombres». Tal la respuesta que formula «el teórico» a la pregunta que le formulara «el ingenuo» acerca del funcionamiento presagiado al nuevo Código Procesal italiano. Ver Calamandrei (1943:14).

gastos, más folios, más pasos, más insatisfacción del justiciable y más explicaciones a cargo del letrado al que le son requeridas.

Nuestra imaginación es escasa para sintetizar todo cuanto puede ocurrir en la gestación y tramitación de un proceso al que tanto esmero especulativo, conceptual y dogmático se le ha acordado, y resulta de ello un divorcio notable entre aquellos esfuerzos científicos transidos de nobles propósitos, valiosas formulaciones de principios —en su mayoría— montados sobre valores que reflejan garantías para la obtención de una decisión justa, frente a una realidad que se esmera, en cambio, en mostrar resultados menos eficaces, plagados de misterios técnicos que enturbian aquellas elaboraciones cuyo norte ha sido el de realizar la justicia —noble propósito si lo hay— a través de una actuación jurisdiccional límpida, sin mácula de sospecha, con oportunidades semejantes o iguales para ambos contendientes y plena de controles abarcativos de todo cuanto se ha realizado en el proceso.

Las técnicas de litigación —reflejadas en las normas que regulan el proceso— y a las que nos hemos acostumbrado, muestran miradas inquietas que terminan por despreciar aquella faena noble de la dogmática y que se asientan en una realidad de litigación compleja y sinuosa que no acuerda respuestas oportunas, económicas y sencillas,⁷ lo que atenta de tal manera contra todo cuanto se ha construido precisamente para colocar el servicio de justicia en el pedestal que le correspondería.

Nos hemos circunscripto al proceso civil, sin que aquello que refiere a los procesos penales muestre diferencias favorables; antes bien, se trata de lo

7 Así parece haberlo entendido el PE a través del Ministerio de Justicia y Derecho Humanos a partir del plan 2020 en el que es posible leer, por ejemplo: «Justicia Moderna: La demanda al sistema de justicia ha crecido progresivamente en nuestro país, pero las estructuras de los órganos judiciales se han mantenido inalteradas. Desde hace 200 años, los juzgados construyen expedientes escritos y difíciles de comprender, olvidándose que detrás existe un conflicto entre personas que reclama una rápida solución. Es necesario instalar un nuevo modelo organizacional que brinde respuestas en los tiempos y las formas que la ciudadanía exige. Justicia 2020 promueve organizaciones modernas y eficaces que brinden respuestas rápidas y de calidad a los problemas. Fomenta la adopción de mejores prácticas en lo que se refiere a modelos y procedimientos para asegurar la calidad y mejora continua. Se incorporan nuevas tecnologías para modernizar los procesos antiguos y satisfacer las necesidades de la población en forma ágil y eficiente. Justicia 2020 promueve el uso del legajo digital y su gestión electrónica, lo que permite despapelizar a la Justicia argentina, agilizar los trámites y facilitar el acceso remoto a las fuentes de información. La incorporación de tecnología también dará dinamismo a las investigaciones criminales orientadas a desbaratar las redes de corrupción, narcotráfico, lavado de activos y trata de personas, que son un problema crítico para la sociedad. Los procesos judiciales argentinos se caracterizan por ser escritos y lentos; la oralización masiva generará un cambio decisivo. La reforma procesal civil y la puesta en marcha de la reforma procesal penal incorporarán audiencias públicas y transparentes para resolver los conflictos y dar respuestas satisfactorias a la comunidad. La gestión de los registros públicos nacionales es parte esencial de la prestación de un servicio de calidad. Se generan nuevas formas de acceso rápido a través de medios electrónicos, con mecanismos que mejoran el acceso y la transparencia de los trámites, a fin de brindar mayor seguridad jurídica a todos los usuarios».

que, por la incidencia de los medios de comunicación, se expone con mayor énfasis ante una sociedad perpleja, inquieta e incrédula que clama por una reforma sustancial.

Como le gusta señalar a Morello, «el proceso, como la vida, no es lineal ni responde siempre a los mismos patrones; que entre lo esperado y lo sucedido, acampan fenómenos que rompen aquella lógica explicada como rigurosa e insusceptible de desvíos o concesiones».⁸

Apuntemos que las infidelidades no encuentran su origen solo en los sistemas normativos, o en los hábitos —usos de la curia— con los que se trabaja, sino que se instalan también en la actitud, formación y actuación de la judicatura. Bueno es referenciar que: «la honda convicción de que decidir cómo debe ser la formación de un juez implica la definición de cuál sea el tipo de juez que se pretende; un modelo de juez que, al menos para la Asociación de la que formo parte», así lo afirmaba Claudio Movilla. Y continuaba:

se perfila en el marco de la Constitución y en el de las exigencias sociales que en cada momento histórico se demanden; una figura de juez que no puede permanecer anclado en el positivismo legalista, que por supuesto tiene que conocer el ordenamiento jurídico, pero que a su vez, *tiene que conocer mejor aún la sociedad en la que vive y a la que sirve, pues no hay que olvidar que el juez, por esencia, es quien ha de resolver los conflictos que en esa sociedad se generen.* (9 de noviembre de 1991)

En síntesis, un juez formado humana y jurídicamente para actuar en su tiempo y en su espacio, atento a las ocurrencias de la hora y a la dinámica de las fuentes con las que ha desplegar su función, siempre, claro está, al servicio de esa realidad que no puede desconocer.

Cabe asumir que el sistema judicial está sumido en una profunda crisis en la que la desconfianza es el principal sentimiento y —paradójicamente— la ocurrencia a los estrados judiciales ha crecido exponencialmente en tiempos en que la conciencia de los derechos ha impregnado a la sociedad —¡enhorabuena!— y las postulaciones se han diversificado como nunca antes en la historia había ocurrido.

Pero, así como hemos confesado nuestra corta imaginación para describir lo que ocurre, también confesaremos nuestra falta de inteligencia si es que ella se demuestra en la capacidad de síntesis con la que se describen situaciones de cualquier índole. Sin embargo, recurriremos a un párrafo del Marqués de Gerona —José de Castro y Orozco—, quien en 1853 señalara:

8 Morello (2001:453) lo reitera en *Morello, Sosa y Berizonce* (Capítulo 22, p. 485, y Capítulo 7).

Las formas, o mejor dicho, los abusos a que dan lugar, ahogan la voz de los litigantes, despopularizan a nuestros tribunales, y acaban por desacreditar una de las más santas instituciones si no se hacen desaparecer pronto las irregularidades de nuestro procedimiento (...) el verdadero cáncer de nuestras instituciones judiciales son las deformidades ruinosas, el despilfarro y desbarahuste de la sustanciación, máquina de guerra asestada con la fortuna del infeliz litigante, e inmoral juego de suerte y azar, donde frecuentemente triunfa de la razón la malicia, de la legalidad la astucia, de la más insana intención el fraude y la codicia. (Fairen Guillén, 2000:249)

El proceso requiere tiempo, pues es precisamente el tiempo el que pone razón, reflexión y equilibrio a la pasión que desata en el litigante el conflicto, pero ese tiempo no ha de ser injustificado, indebido o irrazonable. El derecho instrumental ha de encontrar el justo equilibrio a fin de que el proceso se desarrolle en un tiempo adecuado y razonable, «sin dilaciones indebidas», «sin dilaciones injustificadas», «sin dilaciones anómalas», «con retardos, retrasos o demoras innecesarias» o tantas otras calificaciones que se le han dado a la prolongación inadecuada de los tiempos procesales. De eso se trata.

Como dijéramos, no siempre las soluciones al mal funcionamiento de la administración de justicia pueden encontrarse exclusivamente en la reformulación de los códigos, aun cuando estos recojan las mejores construcciones dogmáticas, las mejores ideas que imaginan y crean nuevas técnicas o nuevos instrumentos destinados a la simplificación o a la obtención de respuestas jurisdiccionales más prontas y más justas. No ha de olvidarse que el funcionamiento de un sistema procesal es una obra colectiva en la que intervienen muchos actores, es decir que la actuación de cada uno de ellos es crucial para la armonía de su puesta en marcha. Esto nos recuerda aquello que con particular crudeza apuntaba Vanderbilt:

Estoy convencido de que los criminales, los gangsters, los funcionarios corrompidos, los agitadores comunistas y los ciudadanos apáticos son menos peligrosos para sus comunidades y para todo el país en general, que los jueces, muchos de ellos afables caballeros, que abiertamente o de modo encubierto se oponen a toda innovación en las leyes procesales o en la administración judicial que pueda contribuir a eliminar del derecho toda sutileza técnica, táctica sorpresiva y demora injustificada; y ello, solo por no verse obligados a estudiar nuevas normas procesales o nuevos y más eficaces métodos de trabajo. (Vanderbilt; Borrás, 1959)

Y agregamos nosotros que, aun cuando tales normas alcancen su consagración, dediquen sus mejores armas a desarticularlas a través de la crítica, la omisión de aplicación, la deformación buscada a través de interpretacio-

nes aviesas o la exclamación de que las mismas vulneran el debido proceso, argumentando para sostenerlo sofismas o vulgares razones ideológicas. El verdadero debate radica en la búsqueda de avances técnicos, el diseño de instrumentos válidos y útiles, y no en la mera oposición y crítica, asentadas sobre todo en descalificaciones ideológicas sin propuestas que determinen un avance antes que un retroceso. La civilización se construyó mirando hacia adelante, con el bagaje de la historia, pero no retrocediendo.

Referencias bibliográficas

- Argerich, Guillermo (1996). *El arraigo y su supresión por los tratados internacionales. Doctrina Judicial*. Tomo II. Buenos Aires: La Ley.
- Calamandrei, Piero (1943). *De las buenas relaciones entre jueces y abogados en el nuevo proceso civil*. Trad. de S. Sentís Melendo. Buenos Aires: Depalma.
- Calamandrei, Piero (1961). *El proceso civil bajo el peso del fisco*. Capítulo VII. En *Estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.
- Fairen Guillén, Víctor (2000). *La audiencia previa. Consideraciones Teórico-Prácticas* (Comentarios a Los Arts. 414 a 430 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de Enero del Año 2000). Buenos Aires: Civitas.
- Fernández Arroyo, Diego P. (2014). Disposiciones de Derecho internacional Privado. Capítulo 2. Jurisdicción internacional. En Rivera, Julio C. y Medina, Graciela (Dirs.). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo VI. Buenos Aires: Thomson Reuters – La Ley.
- Lorenzetti, Ricardo (Dir.) (2014). *Código Civil y Comercial comentado*. T. XI. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Morello, Augusto M. (2001). *El respeto a lógica interior del proceso*. DJ, 2001-1.
- Morello, Augusto M.; Sosa, Gualberto L.; Berizonce, Roberto O. (Coords.) (2001). *Códigos Procesales de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, comentados y anotados*. Buenos Aires: Lexis-Nexis.
- Movilla, Claudio (9 de noviembre de 1991). La formación del juez, *El montañés*.
- Peyrano, Jorge W. (1980). *Táctica Procesal*. Rosario: Orbir.
- Scotti, Luciana (2015). *Incidencias del Código Civil y Comercial Derecho Internacional Privado*. Vol. 10. Buenos Aires: Hammurabi.
- Vanderbilt, Arthur; Clavell Borrás (1959). *La justicia emplazada a reformarse*. Trad. de los Dres. Carlos Alberto Benítez y Javier Clavell Borrás. Buenos Aires: Depalma.
- Véscovi, Eduardo (2003). Aspectos generales del sector del Derecho Procesal Civil Internacional. Cap. 8. En Fernández Arroyo, Diego P. (Coord.). *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*. Buenos Aires: Zavalía.

Capítulo IX

Elogio y esfuerzos de las últimas décadas

La gente no puede descubrir
nuevas tierras hasta que tenga
el valor de perder de vista la orilla.

André Gide

Tal como se dijera de los dos sistemas —el *common law* y el *civil law*— elaborados por Occidente en cuanto a que podrían haber sido las dos grandes construcciones culturales logradas a lo largo de los siglos,¹ también podríamos afirmar que el parsimonioso diseño del proceso judicial ha sido, igualmente a lo largo de los siglos, el sistema más adecuado y preciso para dirimir los conflictos entre ciudadanos, o de estos con el Estado. Claro está que anclado en las circunstancias caracterizantes de cada época, mostrando sus más y sus menos.

Cabe agregar a ello que el emplazamiento de la disciplina procesal en el pedestal de la ciencia ha sido producto de un esfuerzo especulativo y creativo que la transformó en el inquietante campo de mayor desarrollo científico jurídico de los últimos tiempos, habiendo transitado por los escalones de la determinación de su objeto, por la definición y desentrañamiento de sus principios y por la estructuración de un método, colocándola en un sitial de privilegio en el abanico de las disciplinas jurídicas.

Hoy es posible afirmar que en poco tiempo avanzó cuanto pudo en el andarivel de la cientificidad y ha llegado la hora de que tal evolución trueque en construcciones más útiles y eficaces que muestren su real madurez.

Lo que creemos que cabe, a esta altura de la evolución del conocimiento de la disciplina, es la depuración del sistema y su adecuación a los tiempos, y tal ha sido la faena desplegada por sus cultores en las últimas décadas.

En el proceso judicial, en este tiempo, anidan valores —justicia, igualdad, libertad, seguridad— acoplados a la clara conciencia de la falibilidad huma-

¹ Dijimos en ocasión anterior a esta: «Al igual que Aftalión, el profesor de la Universidad de Barcelona (José Luis Vázquez Sotelo), recuerda a Lord Mac Millan, quien como canciller de la Universidad de Oxford, calificó a ambos sistemas como “dos de las creaciones más sublimes del espíritu humano”, párrafo que hemos de suscribir» (Cecchini, 2014:261 y citas 42 y 43).

na, que muestran la persistente búsqueda por lograr un diseño que amalgame la economía, la celeridad, transparencia y —por fin— la confianza del ciudadano en el trance de quedar sometido a su protagonismo.

A lo largo de las páginas anteriores hemos querido destacar aquellos esfuerzos realizados en el tránsito de los siglos en su construcción y, a la par, la búsqueda insistente de perfeccionamientos en ángulos que aún muestran falencias, colocando a los sistemas judiciales en constantes crisis de efectividad y eficacia e intentando aproximarse a aquel sistema que acuerde al justiciable la tranquilidad y seguridad para lo cual esa construcción ha de ensamblar el derecho sustantivo con su realización.

Los sistemas realizativos concebidos por diferentes leyes, códigos, reglamentos, y normas que los regulan, no han podido todavía cubrir todos los aspectos deficitarios que a diario exhiben. Antes bien, las exigencias de los tiempos son más intensas que las respuestas que han podido elaborarse para satisfacerlas. Y no precisamente por la parsimonia de la ciencia procesal, de la academia o de la doctrina, sino que la fortaleza que muestra la dogmática decimonónica —en el estudio del Derecho y en su aplicación cotidiana— incide negativamente en la aceptación de nuevos modos de pensar el Derecho, y en particular el procesal, para posibilitar su natural evolución en la persistente búsqueda de instrumentos, institutos o herramientas novedosas que adecúen el proceso a los tiempos en los que ha de operar. Ello sin descartar que, en muchos casos, se inserten intereses proclives a evitar que la funcionalidad y eficacia de los sistemas procesales efectivamente sean posibles, con más —en muchos casos— las tendencias conservadoras de lo conocido con carencia de vocación por avanzar en los perfeccionamientos.

La complejidad de las relaciones y el ensanchamiento de los derechos han provocado —en buena hora— un crecimiento notable y exponencial de la litigiosidad que los sistemas —tal como fueran concebidos— y no ha dado aún las respuestas esperadas por sus destinatarios. Ello induce a agudizar la imaginación y la creatividad para intensificar la búsqueda (Cecchini, 1999).²

La disciplina que ausculta el proceso judicial no ha podido desprenderse de algunas instituciones que mostró a lo largo de siglos, y en este tiempo —muchas de ellas— se yerguen como excesivas en su tramitación, en su dispendio de tiempo y gastos, en tanto es posible reemplazarlas con mecanismos más sencillos y acordes con su trascendencia.

² Ver, asimismo, con provecho: Peyrano (1999).

Señalamos, por caso, el instituto de las excepciones dilatorias (Vazquez Sotelo, 1987)³ o el instituto del arraigo.⁴ En ambos casos ha de brindarse un agradecimiento por los aportes que en su tiempo brindaron al proceso, pero ahora ya no cabe concebirlos tal como fueron diseñados en siglos pasados.

Como deja ver lo señalado, la situación pendular que muestra un sistema judicial cargado de etapas y pasos, con dispendio de tiempo y costos, frente al esfuerzo que en las últimas décadas ha desplegado la doctrina con la creación, o bien la reelaboración, de institutos que se yerguen como instrumentos facilitadores de la respuesta jurisdiccional oportuna y franca, y con el esfuerzo suplementario de no vulnerar el debido proceso, ha merecido una «vuelta de tuerca» en concepciones que muestran rigidez en tiempos de ductilidad o flexibilidad, incorporando —con imaginación y audacia— propuestas que nos inducen a su repaso, y al propio tiempo se han instalado debates nuevos que abarcan interrogantes de profundidad, especulaciones abstractas y planteamientos epistemológicos que exhiben un constante laboreo en el pensamiento procesal.

En tal sentido, podemos advertir que desde instituciones científicas dedicadas al estudio del proceso se han elaborado «códigos tipo», esto es, sistemas normativos destinados a servir como muestras para la adecuación de los sistemas procesales —concretamente, en Latinoamérica— más simples, sencillos, eficaces y de costos relativos más acordes con las escuálidas arcas públicas.

Así, el «Código modelo del proceso civil» y el «Código modelo de los procesos colectivos», ambos para Latinoamérica, han sido dos aportes trascendentes a la construcción de sistemas acordes con las tradiciones (Sturmer, 2008) en procura de efectividad, celeridad y transparencia de las actuaciones (oralidad y publicidad).

De ese modo se ha estructurado un sistema procesal basado en dos audiencias, instalándose una norma que nosotros consideramos fundamental para el posicionamiento tanto del juez como de las partes.

3 Con particular erudición, el catedrático de la Universidad de Barcelona repasa la utilidad prestada por las excepciones dilatorias, no solo en la configuración adecuada y útil de la relación jurídica procesal, sino también en el aporte que desde ellas fue posible la determinante autonomía de la disciplina con Von Bölow. Sin embargo, también señala que aquel útil aporte hoy ha de ser sistematizado de un modo más económico y rápido tal como lo hace el código modelo para Iberoamérica y algunos códigos laborales a través de la audiencia previa.

4 Ver con provecho el comentario al fallo emitido en autos: «Eguiguren Laborde Valeria c/ Chiramberro Larrategui Daniel Carlos s/ Exequatur y reconocimiento de sentencia extranjera» que realiza la Dra. Noodt Taquela, María Blanca bajo el título: «Argentina: réquiem para el arraigo en el Código Civil y Comercial», con una clara referencia al artículo 2610 CC y C. Señala en la ocasión: «La tendencia a la eliminación del arraigo tiene como razón esencial el acceso a la justicia como derecho humano y es probable que ese valor fundamental haya impregnado las soluciones jurisprudenciales que fueron restringiendo la aplicación del instituto, en diversas situaciones que fueron ampliándose sucesivamente» (el destacado es nuestro).

Artículo 14: Interpretación de las normas procesales:

Para interpretar la norma procesal, el Tribunal deberá tener en cuenta que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales. En caso de duda se deberá recurrir a las normas generales teniendo presente los principios generales del derecho y especiales del proceso y de la defensa en el mismo.

Se desprende con claridad el carácter instrumental de la normativa procesal, puesta al servicio de la realización de los derechos sustanciales.

En un sentido similar, pero emplazado en un tiempo diferente, el artículo 693 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe señala: «En caso de silencio u obscuridad de este Código, los jueces arbitrarán la tramitación que deba observarse de acuerdo con el espíritu que lo inspira y con los principios que rigen en materia procesal».⁵

En uno y otro caso, se ha trazado una línea interpretativa de claro corte instrumental, conducida la interpretación de las normas procesales por el sendero de los principios generales (espíritu que lo inspira), los principios procesales consagrados en los códigos, y marcando el derrotero hermenéutico por el que ha de transitar tanto el juez como las partes en la dinámica del desarrollo del proceso.

Asumir la condición instrumental del proceso judicial ha sido un paso decisivo en la evolución de la disciplina, pues ha dejado de ser una suerte de *capitis diminutio* frente a las disciplinas que abordan el Derecho sustancial⁶ para emplazarse como un instrumento necesario destinado precisamente a la realización de los derechos prometidos desde el orden jurídico. He allí lo que nosotros hemos calificado como la maduración de la disciplina procesal.

Tal asunción del carácter instrumental de la disciplina procesal es el paso inicial para entronizarlo en el escaparate que hoy ocupa entre las disciplinas jurídicas, resultando de ello el vínculo particularmente estrecho con las Constituciones y con las reales posibilidades de que los derechos materiales sean conducidos hacia su realización.

Ese carácter instrumental, que pone a la disciplina en el rango de posibilitadora de la realización y reconocimiento de los derechos consagrados en el orden jurídico, ha sido —vaya paradoja— un factor determinante de su

⁵ Hacemos notar que los Dres. Barberio y García Solá, en ocasión de analizar los principios procesales, toman como punto de partida precisamente el artículo mencionado del Código santafesino. Ver notas 4 y 11, Capítulo V de este libro.

⁶ En tiempos no muy lejanos, aquella instrumentalidad conducía al Derecho Procesal a ser calificado como «Derecho adjetivo», contraponiendo al Derecho material como «Derecho sustancial», o «sustantivo», derivando de ello aquella *capitis diminutio* a la que hemos referido.

vertiginosa evolución y expansión en el interés puesto desde las otras ramas del Derecho en su avance y adecuación, flexibilizándolo según sea el espacio al que esté destinado, posicionándolo como baluarte esencial de la pacificación de la convivencia y, como ha calificado Morello al proceso, «escudero de la Constitución».

Aquella maduración de la disciplina ha llevado, como adelantáramos, a la creación y recreación de institutos que han merecido el calificativo de «modernos» en el afán de encontrar la eficacia y eficiencia que cotidianamente no se advierte, lo cual provocó en el espacio doctrinario una faena de intensa magnitud y, a la vez, desde un lugar más especulativo —no por ello desvinculado de la practicidad—, a la instalación de debates que muestran una dialéctica madura en tanto se busca el equilibrio necesario para la adecuación del pensamiento procesal a los tiempos que se viven en esta hora.

De ambos fenómenos hemos de intentar dar cuenta en las páginas que siguen, sin la pretensión de indagar en profundidad cada uno de ellos sino, antes bien, mostrar cómo, desde la construcción del proceso a lo largo de la historia y hasta llegar al presente, estas últimas décadas han sido especialmente ricas en el avance de la disciplina, haciendo de ella un punto de interés superlativo para toda la ciencia jurídica.

Aun cuando hemos adelantado lo dicho precedentemente en el final del Capítulo II, nuestra intención es incursionar con algún grado de precisión acerca de aquellas herramientas modernas que han sido objeto de intensos aportes doctrinarios a lo largo de estos decenios y a la par aportar desde aquí algunos de los debates que inquietan en esta hora a la procesalística de Occidente para extraer de ello los verdaderos elogios que la evolución de la disciplina efectivamente merece. De eso nos ocuparemos en los capítulos que siguen.

Referencias bibliográficas

- Cecchini, Francisco C. (1999). La constitución emplaza a la creación de nuevos instrumentos procesales, tutelas urgentes. En Peyrano, Jorge W. (Dir.). *Medidas autosatisfactivas*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal–Culzoni.
- Cecchini, Francisco C. (1999). *Referencias Procesales*. Paraná: Delta.
- Peyrano, Jorge W. (1999). El inmovilismo procesal. En *El Heraldo*, sitio en Yahoo!
- Sturmer, Rolf (2008). Derecho procesal y culturas jurídicas. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, VII (12), 251.
- Vazquez Sotelo, José Luis (1987). Instituciones saneadoras en el proceso civil español: excepciones dilatorias y comparecencia previa. *Justicia* (1). Barcelona.

Capítulo X

Meditaciones y referencias relativas a un Derecho Procesal nuevo

Mucho se ha escrito y dicho en diversas cátedras acerca del alumbramiento de un nuevo Derecho Procesal ocurrido en las últimas décadas.¹ Y tal alumbramiento no lo ha sido en el espacio geográfico limitado de nuestras fronteras sino —antes bien— en una realidad mucho más vasta. En efecto, desde Europa, desde el norte de América y aun desde el sur de América, se ha producido innumerable cantidad de cambios sociales, políticos, institucionales, económicos, y de otra naturaleza que coadyuvaron para que ese alumbramiento se produzca. Es que los diseños procesales han de acompañar —con premura e imaginación— aquellos cambios variopintos de los que dan cuenta las miradas cotidianas y que muestran como resultado la falta de credibilidad de la ciudadanía en el servicio de justicia.

Quizás la espontaneidad en el quehacer científico constituya un rasgo de irreflexión e incluso de irresponsabilidad. A riesgo de aparecer irreflexivos —no nos atrevemos a avanzar en las calificaciones—, creemos en los cambios y queremos tener fe en el porvenir y en el Derecho que viene.

1 Los sucesivos Congresos Internacionales de Derecho Procesal dan cuenta de eso, y a ellos nos hemos referido en ocasión anterior a esta, ver *Cecchini (2006:267)*. Del mismo modo, ver *Morello (2002)*; en este último texto, los autores, bajo la coordinación de José Domingo Martín Espino, dan cuenta de tales nuevos vientos en la legislación española. En la obra también colectiva, bajo la dirección de Joan Picó i Junoy, *Presente y futuro del proceso civil*, se aborda la realidad judicial de España antes de la puesta en vigencia de la reforma del año 2000, y se muestra con preocupación una realidad mucho menos grave que la que presentan nuestros sistemas judiciales. Igualmente, y con su natural erudición y claridad, nos ilustra Berizonce (1999), en especial el Capítulo VI, bajo el título «Las transformaciones en el modelo procesal». Ver asimismo Berizonce; Morello; Hitters y Nogueira (1983). Con provecho, Álvarez Sacristán (1999). No es posible dejar de señalar que en nuestro país el esfuerzo doctrinario por alentar el avance de la disciplina se advierte en la publicación periódica *Revista de Derecho Procesal*, editada por Rubinzal-Culzoni y dirigida por un Consejo de Redacción integrado por Roland Arazi, Roberto Berizonce, Enrique Falcón, Jorge W. Peyrano, alentada por la Asociación Argentina de Derecho Procesal, con un crecimiento exponencial mostrado desde la Federación de Ateneos de Derecho Procesal, y que desde hace ya varios años ha asumido una tarea de estudio y divulgación, originariamente iniciada por la Escuela de Derecho Procesal de La Plata, de las nuevas propuestas, nuevas herramientas y desarrollos en la materia, dando cuenta así de que la movilización de la academia y la doctrina no cesa en el esfuerzo por la búsqueda de una mejor y más eficaz justicia.

La historia muestra fusiones, mezclas, transiciones, cambios retrocesos y avances. También asoman paradojas,² tales como aquellos efectos que ni buscados, ni previstos, ni supuestos, han aparecido tras los avances, tras la irrupción de nuevas técnicas y descubrimientos, y de los que se ha ocupado Tenner. quien los califica como «efectos rebote». No obstante, esas paradojas no alcanzan para frenar el afán del conocimiento.

En el Derecho, tal vez forzando las comparaciones, ocurrieron situaciones de similar contorno. Bien que con matices peculiares, los descubrimientos, más productos del deseo de búsqueda de mejor y mayor justicia y no por el conocimiento mismo, se pergeñan propuestas, comparaciones, diseños, y se avizora la consagración de derechos como así el ensanchamiento de viejos y angostos caminos de legitimación y, en fin, un sinnúmero de nuevos rumbos y remozamientos de antiguas arquitecturas, ubicándonos ante un panorama jurídico que cinco décadas ha resultaba inimaginable.

En la vertiente procesal —creemos— ha ocurrido un fenómeno específico si se lo compara con los cambios operados en otras ramas de la disciplina jurídica. Y de eso intentaremos ocuparnos en las líneas que siguen.

Frente a las ramas que podríamos calificar como «clásicas» o, mejor aún, las que cuentan con una mayor edad, es posible advertir que la que tiene por objeto de estudio al proceso o —más admitida— «a la trilogía estructural», o al «trinomio sistemático», o simplemente «al proceso judicial», es de las más jóvenes, y sin embargo el tránsito de la juventud a la adultez ha resultado revolucionario.

Han sido, como dijéramos, varios los factores que han inferido en esa revolución o evolución si no se quiere ser tan estridente. De ellos hemos querido dar cuenta en páginas anteriores³ e intentaremos abocarnos, con un modo sintético y solo como muestra, a lo mucho que se ha hecho —sin la pretensión de complitud, como lo anunciáramos en la presentación— para dar al justiciable un panorama más alentador al tiempo en que tenga que decidir concurrir a la jurisdicción o bien sea convocado a ella desde la instauración de una pretensión que lo infiera.

2 Decía Bertolt Brecht: «La historia ama las paradojas».

3 Ver Capítulo II, última parte. En el mismo hicimos un pequeñísimo avance sobre los desafíos y los arduos intentos de dar respuesta a la obsolescencia de los sistemas procesales tal como se veían hasta la finalización de la primera mitad del siglo XX.

Las motivaciones de los cambios

Además de aquellos cambios «de paradigma» a los que hiciéramos referencia en el Capítulo IV —la constitucionalización del Derecho— y la asunción de la condición instrumental de la disciplina, como también el movimiento de acceso a la justicia del que intentáramos dar prieta cuenta en una ocasión anterior (Cecchini, 2006:379; 2016:,127 y ss.) sin perjuicio de cuanto se ha divulgado —seguramente con mayor erudición y sapiencia que lo que aquí hemos podido transmitir— por autores de mayor valía (Cappelletti, 1993; 2018), se yerguen como las plataformas desde las que notamos aquella madurez de la disciplina y que han sido cimientos para la aparición de una nueva mirada de la ciencia procesal que intenta sacar provecho del avance de las construcciones abstractas para dar paso a técnicas novedosas, al remozamientos de algunas ya conocidas, y con el esfuerzo de divulgación necesario para que sean recogidas tales prédicas por la realidad, sea legislativa o jurisprudencialmente, que vemos con una mirada esperanzada, y de allí nuestra confesada fe en el porvenir.

Pero hay algo más, y es el factor eficiencia de los sistemas procesales, que, visto desde el presente, nos muestra una agudizada falta de credibilidad del destinatario del servicio de justicia, sustancialmente por los altos costos —económicos y de tiempo, que van de la mano— con el aditamento de una cultura del litigio antes que nada, sin la instalación de una tendencia a la autocomposición del conflicto, sustancialmente desde la formación universitaria. Ha de asumirse que siempre los intentos autocompositivos resultan más apropiados que un buen proceso.

Veremos en los párrafos que siguen cómo esos esfuerzos se han visto redoblados desde la doctrina, que —al igual que en tiempos de elaboraciones abstractas y búsqueda de justificaciones científicas— no han sido atendidos en general por el codificador y sí en muchos casos por la jurisprudencia.

Es que desde el pretorio se han abierto puertas a esta prédica doctrinaria con mayor énfasis que desde la legislación, siempre, claro está, en tanto los jueces estén atentos a las construcciones novedosas y adviertan la utilidad de las mismas.

Pero ha habido, también, otro factor, la faena desplegada por las organizaciones académicas, como la Asociación Internacional de Derecho Procesal, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, la propia Asociación Argentina de Derecho Procesal, y las publicaciones que se concretaran desde tales foros, acompañadas por congresos, encuentros y seminarios que apuntalaron la divulgación del pensamiento procesal en sus manifestaciones más modernas.

De muchas de ellas nos han informado las publicaciones específicas⁴ a las que reiteradamente recurriremos para abordar los temas que serán tratados más adelante.

Elogio de la faena creativa y muestra de madurez en la disciplina

En ocasión anterior a esta (Cecchini, 2006:267) hicimos un repaso del esfuerzo imaginativo de un amplio sector de la doctrina que, apoyándose en requerimientos impostergables relativos a la búsqueda de la eficiencia en el desarrollo de las instituciones procesales y en la necesidad —también reclamada por la ciudadanía— de agilizar las respuestas jurisdiccionales, abundó en el análisis de los aportes obtenidos en los congresos internacionales organizados por la Asociación Internacional de Derecho Procesal y en la consecuente evolución de la mirada de la disciplina, con la apoyatura del movimiento de acceso a la justicia, como así de la condición instrumental —hoy ya consolidada— de las instituciones emergentes de la ciencia del proceso y sus derivaciones legislativas, catapultadas por la creciente constitucionalización⁵ del Derecho y, a la par, por las manifestaciones emergentes de las decisiones de órganos supranacionales relativas a los derechos fundamentales, y dio espacio a profundas especulaciones vinculadas con los principios generales del Derecho⁶ y aquellos que se han instalado en las concepciones procesales.

Se han visto también elaboraciones abstractas y de valía universal atinentes a la verdad, a la necesidad de su construcción en el proceso partiendo de la identificación de los hechos, del requerimiento de su comprobación, adosándosele la irrupción de los avances del saber aportado por las más variadas disciplinas científicas, habiendo sido la nuestra —en tal sentido— hospitalaria para tales saberes.

Nótese que esa realidad ha determinado una persistente búsqueda por concebir sistemas procesales que se adecúen a las exigencias actuales de realización de los derechos, en un momento histórico en el que el elenco de los

4 Ver los abundantes aportes realizados desde las publicaciones, por caso, las editadas por el Ateneo de Rosario, la *Revista de Derecho Procesal* y la *Revista del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal*, de Rubinzal-Culzoni.

5 Advertimos que el ya creciente capítulo del andarivel del «Derecho procesal constitucional» ha conducido a diferenciarlo del «Derecho constitucional procesal» (ver Gozaíni (2006:20); y Fix Zamudio (s/f). Asimismo, Sagües (2009:3).

6 Ver con provecho Díez-Picazo y Gullón (2019:137 y ss.). En la oportunidad se ciñe el análisis a los principios generales del Derecho y, sin embargo, configura una útil orientación a la identificación de los principios, aun de aquellos que parecen ser propios de la disciplina procesal.

derechos fundamentales, además del ensanchamiento y conciencia social acerca de los mismos, ha asumido un rol preponderante y determinante de inquietudes doctrinarias novedosas. Y se han aportado así nuevos devaneos y debates que provocaron un crecimiento exponencial del pensamiento procesal, abarcando aun espacios antes exclusivos de la disciplina y hoy compartidos por otras disciplinas jurídicas que han debido asomarse a la ventana procesal con un énfasis desconocido.

Aquellas dimensiones de las que nos alerta Morello (2005:12), «la constitucional, la social y la transnacional, y todo ello con un fuerte carácter preventivo», sin desatender hoy la mirada comparatista (2005:17), la que también nos marcaba Cappelletti (1993),⁷ con lo cual el acicate al estudioso del proceso se intensifica en la orientación antes marcada.

Esos senderos delimitados por los autores que han detectado y descrito la nueva realidad global han sido seguidos por juristas que con talento, imaginación y audacia, formulan propuestas dinamizadoras que rápidamente los abogados levantan, llevándolas a la jurisdicción, y encuentran respuestas alentadoras que desmienten la quietud y las muchas veces denunciada rutina de la jurisdicción, igualmente señalada como enemiga de la dinámica y flexibilidad necesarias de la actividad procesal.

La magistral comparación que formula Morello (2005:24 y ss.) entre la Vida y el Proceso —apuntalado en el pensamiento de Ortega y Gasset— nos ilustra acerca de cuánto porfía el presente respecto de rearmar el instrumental procesal, rediseñarlo; y la doctrina y la jurisprudencia se muestran permeables a tal reclamo.

Al cabo del desarrollo de la segunda parte de *El porvenir del pasado Derecho Procesal* ya citado,⁸ intentamos entonces una prieta síntesis que ahora transcribimos al pie,⁹ con la convicción de que desde allí es posible advertir que

7 Este autor agregaba la mirada comparatista y el acceso de los consumidores a la justicia.

8 Ver nota 4 de este capítulo.

9 «Se nos ocurre posible enunciar que se han elaborado procesos trocando su rostro dialéctico que permanecía inmutable, dando espacio a procesos fisonomía dialéctica invertida, a través de la adultez del proceso monitorio» (Ríos, Gustavo; Jaque a la pendencia, *Jurisprudencia Santafesina*, núm. 8); se ha quebrado la dureza que había adquirido la cosa juzgada con la admisión de la acción revocatoria de la cosa juzgada írrita (Berizonce, Roberto, Cosa juzgada fraudulenta y acción de nulidad, en *Revista Jus*, núm. 10, 1967, La Plata; Couture, Eduardo, *Estudios de Derecho Procesal*, Depalma, T.III, pág. 387; Peyrano, Jorge W., *El Proceso Atípico*, vol. 2 Ed. Universidad; Morello, Mario A., *Pretensión autónoma de sentencia declarativa revocatoria de la cosa juzgada írrita*, ED, 36, pág. 288), dando espacio a los procesos destinados a despejar incertezas con clara vocación preventiva como la acción mere declarativa (Enderle, Guillermo; *La pretensión meramente declarativa*, Ed. Plantense), o la propia «acción preventiva» (Peyrano, Jorge W., La acción preventiva). Modalidad a tener presente si se quiere un sistema jurisdiccional en sintonía con la hora actual, en *Nuevas apostillas procesales*, o del mismo autor *La acción preventiva*, Ed. Lexis-Nexis, Abeledo Perrot). Se

han acentuado los esfuerzos de sistematización de todo lo cautelar que ya comparte —con las tutelas urgentes o cautelares materiales y las sentencias anticipadas— (Peyrano; Jorge W., Medidas autosatisfactiva, publicación del Ateneo de Derecho Procesal de Rosario, Ed. Juris; Morello, Augusto M., *Anticipación de la tutela*, Ed. Platense; Peyrano, Jorge W., *Sentencias anticipatorias*, Ateneo de Derecho Procesal, Rosario, Juris) el género del proceso urgente; abandonándose viejos y estériles debates entre la oralidad y la escritura, y asumiendo que el método de comunicación más apto para el momento es el oral, dejando la escritura para la preparación del proceso y su decisión (Vescovi, Enrique; Estudio comparativo de las nuevas tendencias del Derecho Procesal Civil con especial referencia al proceso latinoamericano, en *JA*, 1996, t. I, pág. 806; Morello, Augusto Mario, El derecho procesal a la vuelta del milenio, en *JA*, 1999. T. IV, pág. 1267; Cecchini, Francisco y Saux, Edgardo; *La oralidad en el proceso civil*, Ed. Panamericana, Santa Fe, 1962). Como una manifestación saludable de fusiones (prevenimos acerca de tener especialmente en cuenta a la costumbre, los hábitos, los estilos forenses y judiciales, y en fin, las costumbres con el propósito de no sentirnos tentados a los trasplantes capaces de producir rechazos, y de los que nos diera cuenta Calamandrei en México en 1953 en *Proceso y Democracia*, Ed. Ejea) se han incorporado audiencias previas sin la vergüenza de extraerla de otras familias (*common law: discovery y pre trial*) (Morello, Augusto M. y otros, *Lectura procesal de temas sustanciales*, Ed. Platense), reparando que tal instituto ya fue recogido por Klein en su rediseño del proceso oral para Austria. Se le ha dado trascendente espacio a la fuente jurisprudencial, con matices unificadores de la casación ejercida por órganos específicos (tribunales de casación, fallos plenos y plenarios en la provincia de Santa Fe) (Peyrano, Jorge W., Tribunales atípicos en la Provincia de Santa Fe en *Procedimiento civil y comercial*, Vol. 1, Ed. Juris), o por la vía del recurso extraordinario por arbitrariedad (Morello, Augusto M., *La Corte Suprema en acción*, y *El proceso justo*, Ed. Abeledo Perrot, como así Cecchini, Francisco C., en *Ley orgánica de los Tribunales de Santa Fe. Comentada*, Ed. Nova Tesis, comentario al art. 42, vol. I) gestado en el más alto tribunal de la república, y que no guardó solo para sí, pues con «Strada» lo transfirió a los superiores tribunales estaduales de la causa. La gestión de la actividad probatoria ha propuesto miradas más dinámicas, en tanto al momento de la aplicación de la regla de juicio, relativos a los esquemas clásicos de la carga de la prueba (Peyrano, Jorge W., Cargas probatorias dinámicas en *Procedimiento...*, ob. cit., Cecchini, Francisco; Cargas probatorias dinámicas, en *Jurisprudencia Santafesina*, T. 36/37, pág. 199) evitando dejar a los jueces encorsetados en su actividad valorativa, incorporándose —incluso— como elemento a considerar la conducta de las partes en el discurrir del proceso. Así también se han abierto puertas a principios generales como el de la interdicción del abuso (Maurino, Alberto; *Abuso de derecho en el proceso*, Ed. La Ley) buscando denodadamente la moralidad a través del ingreso de la teoría de los propios actos y el enaltecimiento de la buena fe y la lealtad al quehacer procesal, como así la necesidad de privilegiar la subsistencia del proceso favoreciendo su validez y vigencia en tanto aparezca una duda acerca de ello (*favor procesum*). Sin pretender agotar con esto la enumeración de los nuevos tiempos del proceso judicial, desde la cúspide del orden jurídico se han instrumentado nuevas herramientas realizativas (Cecchini, Francisco; La constitución emplaza a elaborar nuevas herramientas realizativas... en *Revista de Derecho Procesal*, ob. cit.) que no se agotan en los enunciados del art. 43 (*habeas corpus*, *habeas data*, amparo, acción inhibitoria), con lo cual resulta evidente que la funcionalidad del nuevo derecho procesal, y sobre todo su condición instrumental es posible sintetizarlo con la ayuda del artículo 14 del Código del Proceso de Uruguay: «Interpretación de las normas procesales: Para interpretar la norma procesal el tribunal deberá tener en cuenta que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales. En caso de duda se deberá recurrir a las normas generales teniendo presente los principios generales del derecho y especiales del proceso y la defensa en el mismo». Ese rostro más humano con el que intenta mostrarse hoy la Justicia, teniendo como premisa inicial de trabajo a la Persona como fuente sustancial de su propia existencia, encuentra asiento en la convicción de que desde la mirada constitucional, es preciso agudizar las técnicas interpretativas de las normas —tanto procesales como sustanciales— sin desatender en esa faena los principios que informan tanto el quehacer adjetivo como

el tránsito histórico del proceso ha sido lento, tumultuoso, ha mostrado costados miserables, tal como hemos querido describir en los primeros capítulos de este ensayo, pero a la luz del presente el proceso *es digno de ser elogiado como método destinado a la realización del Derecho, humanizado en la configuración de sus fundamentos y principios y —lo que es más elogiable— hoy se muestra abierto a las reformulaciones asentadas en su instrumentalidad y funcionalidad necesarias para adquirir un rostro más eficiente.*

Como echa de verse, y más allá de aquella mera enunciación de cuanto se ha aportado en las últimas décadas a la revitalización del proceso judicial, nos es posible concluir que la construcción histórica del proceso judicial ha estado teñida de avatares históricos, culturales, políticos, económicos, sociales y aun antropológicos.

Ha sido un derrotero intenso, cambiante y muchas veces volátil, que mostró en el último siglo y medio una configuración científica que le dio una ubicación trascendente a la disciplina, desatando los talentos de los juristas que la posicionaron en ese sitio científico, abordando la conceptualización e indagación de sus institutos con una prolífica producción bibliográfica que ha tenido un destino majestuoso en tanto, en el corto tiempo de un siglo, se desarrolló con una intensidad poco frecuente en las disciplinas jurídicas.

Ha sido también posible que en los últimos decenios, por las circunstancias ya desarrolladas en estas páginas —y quizás otras de las que no hemos podido dar cuenta—, viera una evolución notable, madurara y contextualizara sus avances a los requerimientos de la época, mostrándose portadora, hoy, de una particular riqueza en el pensamiento y las construcciones institucionales.

Destaquemos que la lectura que del Derecho cabe hacer en la hora actual es de conjunción y de armonización, tanto de las especificidades del Derecho sustancial como de los institutos procesales que han de servirlo instrumentalmente bajo el paraguas constitucional. Ha de estar alerta acerca de que el propio orden jurídico se presente como un sistema que se integra con subsistemas enmarcados en las diferentes disciplinas que, en su dinámica realizativa, no operan en solitario sino que —antes bien— han de armonizar en su aplicación y realización de los derechos. Se ha dicho, a este respecto, que las fuentes, en su integridad, han de dialogar.

realizativo, como a los mismos derechos sustanciales prometidos desde el ordenamiento jurídico, teniendo como plataforma inicial hermenéutica a la Constitución y al afán irrenunciable de «afianzar la justicia, tomando para sí y en serio los requerimientos de formación adecuada en la magistratura con institutos como los Consejos de la Magistratura y las escuelas judiciales que, con sus más y sus menos, transitan hacia un objetivo de mejoramiento notable —aunque aún no logrado— de la formación de los funcionarios y magistrados, y que, quisiéramos —expectantes y optimistas— avizorarlo en el horizonte.»

El proceso se presenta como un protagonista principal en esa aspiración realizativa, y es desde su construcción que ha de encontrar las adecuaciones necesarias para satisfacer su finalidad. En tal sentido, reclama con fervor su renovación legislativa y se muestra permeable a cuanto sea menester para lograrlo.

Así, antes de finalizar con nuestro aporte, señalaremos algunos faros de orientación que consideramos propios de este nuevo momento en la disciplina procesal, desde los cuales será posible seguir en el derrotero de perfeccionar los sistemas procesales y —al fin y al cabo— intentar un diseño que se acomode al tiempo presente:

- a) el esfuerzo internacional por la efectividad de los derechos humanos;
- b) la constitucionalización de todo el Derecho;
- c) la entronización constitucional como derecho humano del derecho a la tutela judicial efectiva;
- d) la humanización de los sistemas judiciales con preeminencia protagónica del destinatario del servicio de justicia;
- e) la consideración instrumental del Derecho Procesal, con el consecuente ensanchamiento de las facultades del juez, hoy activo director del proceso;
- f) la funcionalidad y flexibilidad en la interpretación de las normas procesales en tanto no se vulnere el debido proceso;
- g) las bondades de los sistemas alternativos de resolución de conflictos;
- h) los requerimientos de sencillez, plasticidad, ductilidad, e interdisciplinariedad en la gestión de la dinámica del proceso y en especial de la gestión y valoración probatoria;
- i) las bondades de la oralidad y la inmediatez en el desarrollo metodológico del procedimiento;
- j) el reclamo «desburocratizante» de la gestión procedimental, con la necesidad de la incorporación de la informática a esa tarea;
- k) la mirada aperturista y amplia a despachos judiciales montados sobre la urgencia y la consideración de las bondades de la prevención;
- l) una fuerte tonalidad ética en el quehacer judicial y abogadil como exigencia de la moralización del proceso, gestor de la recuperación de la confianza pública al sistema de justicia;
- m) la regulación de aquellos procesos que tienen como sujetos —legitimación ampliada— a quienes detentan intereses homogéneos, difusos y colectivos;
- n) el permanente perfeccionamiento de los sistemas de selección de magistrados y funcionarios judiciales, con criterios que, excediendo la mera acreditación de versación, también incluyan los test de personalidad y verifi-

cación de convicciones morales que muestren conductas éticas, personales y sociales, en los aspirantes;

ñ) la puntualización de los roles, diversos y funcionales, que han de asumir los jueces según sea la materia sometida a sus estrados.

Los parámetros antes referenciados han sido —creemos— tenidos en cuenta por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal al proponer Códigos modelo, sea para el proceso civil, el penal, e incluso para los procesos colectivos, mostrando la actualidad una clara tendencia a asumir que tales modelos encuentran diseños de alto voltaje en cuanto a la eficiencia del proceso y, sobre todo, a la funcionalidad de las formas y la sencillez de su dinámica.

Dejamos así al amable lector el desafío de encontrar en este aporte cuanto críticamente sea posible aportar e invitamos a la familia de quienes cultivan esta disciplina —sea desde la jurisdicción, desde la faena abogadil o desde la academia— a transitar por el camino ya emprendido y a aportar al perfeccionamiento de este capítulo de las ciencias jurídicas todo aquello que permita lograr sistemas procesales transidos de eficiencia y eficacia, sencillez, agilidad y transparencia, que mejore el servicio de justicia y merezca una mayor confianza por parte del destinatario del mismo.

Referencias bibliográficas

- Álvarez Sacristán, Isidoro (1999). *La Justicia y su eficacia. De la Constitución al proceso*. Madrid: Colex.
- Berizonce, Roberto (1999). *Derecho Procesal Civil Actual*. Prólogo de Augusto Mario Morello. La Plata: Editorial Platense.
- Berizonce, Roberto; Morello, Augusto; Hitters, Juan C. y Nogueira, Carlos (1983). *La Justicia entre dos épocas*. La Plata: Editorial Platense.
- Cappelletti, Mauro (1993). *Dimensiones de la Justicia en el mundo contemporáneo (Cuatro Estudios de Derecho Comparado)*. México: Porrúa.
- (2018). *El proceso civil en el Derecho comparado*. Madrid: Olejnik.
- Cecchini, Francisco Carlos (2006). El porvenir del pasado derecho procesal. Prospectiva del derecho procesal. En *El proceso actual*. Santa Fe, Argentina: Editorial Panamericana.
- (2014) Tiempos de madurez de la ciencia procesal. En *Referencias procesales*. Paraná: Delta.
- (2016). *El fenómeno procesal*. Lecciones II. Santa Fe: Librería Cívica.
- Diez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio (2019). *Sistema de Derecho Civil. Vol. I*. Madrid: Tecnos.
- Fix Zamudio, Héctor (s/f). *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*. Recuperado de: https://www.academia.edu/11680235/INTRODUCCI%C3%93N_AL_DERECHO_PROCESAL_CONSTITUCIONAL
- Gozáini, Osvaldo (2006). *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Morello, Augusto M (2002). *Tendencias dominantes en la litigación civil. Los congresos internacionales de Derecho Procesal*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- (2005). *El nuevo horizonte del Derecho Procesal*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- (2002). La Justicia frente a la realidad. En Martín Espino, José Domingo (Coord.). *El Proceso civil y su reforma*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Sagües, Néstor (2009). *Compendio de Derecho Procesal Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.

Capítulo XI

Elogio del proceso

Tomamos como guía de trabajo los derroteros marcados por los encuentros científicos y académicos en los que no solo se plantean las deficiencias de los sistemas procesales, sino que se postula que el esfuerzo ha de estar dirigido a la modernización e inclusión de herramientas que coloquen a los sistemas procesales al día, privilegiando la eficiencia y rapidez, sin desatender las exigencias impuestas desde el debido proceso o proceso justo. La tarea, gigantesca, realizada por la doctrina —nacional e internacional— no solamente se ancló en la crítica de los sistemas, en la identificación de las deficiencias, sino que se condujo por el sendero de la propuesta de reformas, con debates de contenidos abultados en profundidad, y llegó a propuestas renovadas en institutos y figuras que hacen aportes intensos en la perfectibilidad de los sistemas procesales.

La doctrina (Cappelletti, 1981; Morello, 2005; Berizonce, 1987) ha transitado en estas últimas décadas hacia una búsqueda y diseño, como dijéramos, de institutos que adecuen el proceso a los contextos actuales, algunos tomados de otros ya conocidos, readaptándolos a los tiempos actuales y/o a los contextos regionales específicos; otros —en cambio— emergentes de la imaginación y creatividad de juristas preocupados por la modernización del proceso, y —por fin— en tareas conjuntas, mancomunadas, las Asociaciones que agrupan a preocupados juristas por la modernización de los sistemas procesales, aportando Códigos modelos, con la impronta de adaptación de cada uno de los aportes a los ordenamientos jurídicos impuestos desde la genética del Derecho continental.

La tarea de divulgación y discusión emergente de los congresos, encuentros, seminarios, jornadas ha sido —generalmente— volcada en publicaciones que muestran una orientación moderna, creativa e imaginativa, y que —de manera sintética— intentaremos repasar en las páginas que siguen.

Desde el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal se ha avanzado en la confección, como dijéramos, en Códigos modelos de los que es posible ya extraer experiencias concretas a través de los Códigos vigentes en la República Oriental del Uruguay y en algunas provincias argentinas.

La Asociación Argentina de Derecho Procesal ha colocado a su revista en un plano de imprescindible consulta a partir de los numerosos aportes a las miradas y estudios publicados en sus páginas, siempre conducidas hacia la

formulación de aportes novedosos y profundos de cuanto se ha avanzado en la materia.¹

Los Ateneos de Derecho Procesal reunidos en Federación (FAEP) han sido prolíficos en publicaciones referidas a institutos nuevos o bien adaptados a los tiempos actuales, con miradas múltiples y abiertas a la necesidad de los cambios impuestos desde la realidad.

Fernando Heñín (2009), por caso, ilustra en un moldeado rimero de institutos que los sistemas reclaman: 1) interdicción del abuso (específicamente en la postulación de recusaciones y excusaciones, o en el beneficio de litigar sin gastos); 2) las innúmeras aplicaciones del principio de moralidad en el proceso, haciendo foco en la necesidad de redoblar esfuerzos por la conducta de las partes o de los jueces enmarcados en el deber conducirse con lealtad en el proceso; 3) los procesos urgentes, despachos anticipatorios y autosatisfactivos; 4) las bondades de la audiencia previa o preliminar; 5) la hospitalidad a nuevos instrumentos probatorios; 5) el auxilio en la formación de la convicción a través de la valoración de la conducta de las partes en el proceso.

Bajo la dirección de Jorge W. Peyrano (octubre de 2005) se ha avanzado en el análisis de algunas de las temáticas ya mencionadas y ha hecho suyas las palabras de Carnelutti: «el Derecho de hoy, no es el Derecho de ayer»,² incorporando al análisis figuras tales como las cargas probatorias dinámicas, las flexibilizaciones en algunos principios (congruencia) o las posibilidades de los procesos colectivos.

En *El proceso actual* (Cecchini, 2006) ensayamos una enumeración de nuevos puntos en el horizonte procesal y avanzamos incluso en algunos puntos hacia los que creemos ha de conducirse el moderno Derecho Procesal (Cecchini, 2006:319 y ss.).

Así, en materia de postulaciones es posible señalar los avances que se han hecho, aunque aún no suficientes, en lo referente a los procesos colectivos³ y a la figura de la improponibilidad objetiva de postulaciones en su dialéctica configuración actual con el derecho a la tutela judicial efectiva.

1 Si bien se mira, las revistas que precedieron a esa publicación en la disciplina procesal fueron pródigas en análisis de instituciones vigentes, en la interpretación que la jurisprudencia ha dado a la normativa procesal. En cambio, esta nueva publicación que es la *Revista de Derecho Procesal*, bajo la dirección de Roland Arazí, ha hecho aportes novedosos con un afán modernizador digno de ser destacado.

2 Aunque «debe estar escondido en el germen del derecho presente» (Martínez Paz, Enrique, 1943, en el discurso de apertura del año académico de la Universidad de Córdoba).

3 Posiblemente, junto con la ampliación de la concepción cautelar y urgente, han sido estos capítulos del moderno procesalismo los que con mayor énfasis y creatividad han intentado posicionarse en los tiempos actuales.

La ya indiscutida presencia de la audiencia preliminar o previa, con sus posibilidades de evitación del proceso a través de conciliaciones no obtenidas en la mediación (Fairen Guillén, 2000; Cecchini, 2014:319–341), o bien de simplificación o aclaraciones relativas a las pretensiones, a la fijación de los hechos, como así a las posibilidades de resolución rápida de los presuuestos procesales, y a la dinámica y precisión en la oferta probatoria y de su producción. En este aspecto hemos de diferenciar la audiencia preliminar o previa de aquella primera audiencia instalada en el proceso por audiencias que, aunque con algunas similitudes, es posible distinguirlas toda vez que la primera está instalada en los diseños de los procesos escritos y la segunda es parte integrante del proceso mismo.

Existe una clara tendencia a la incorporación del método oral en el debate, con la plena vigencia de la inmediación, la concentración, economía, celeridad y moralización en el desenvolvimiento de los actos procesales y en las actitudes partivas. Este camino parece ser imprescindible desde que, tanto en España como en varias provincias argentinas, y sobre todo con la armónica convivencia de la oralidad en el andarivel del proceso penal, permitirá inyectar, paulatinamente, en la cultura de la litigación el método oral y la digitalización de los procesos.

Se han formulado valoraciones de intensa profundidad en la determinación precisa de los hechos relevantes y conducentes, y del mismo modo en los criterios relativos a la búsqueda de la verdad.⁴ A partir de ello, la apertura del proceso hacia el conocimiento científico y técnico en términos sencillos, con el objetivo de ampliar el panorama probatorio, valorativo y, eventualmente, argumentativo de las decisiones jurisdiccionales. También se le ha dado hospitalidad a la figura del *amicus curiae* en la afanosa búsqueda de información adicional acerca de las cuestiones en debate, abriendo la puerta a las colaboraciones que tengan tal intencionalidad.

La insistencia de la doctrina más depurada radica en el análisis de los requerimientos de argumentación y fundamentación en las alegaciones partivas como, en especial, en las decisiones judiciales, en términos políticos, en tanto en ello se asienta una demanda del propio sistema democrático, cual es la de evitar las arbitrariedades. La simplificación de los recursos y la hospitalidad a postulaciones recursivas simples o reconducidas, de manera de flexibilizar las exigencias formales en tanto las necesidades de revisión sean plausibles.

4 Michel Taruffo (2011; 2015); en Del Río Saucedo; Taruffo; Castillo González; Bonifaz Alfonso (2012); y en Taruffo; Aramburo Calle (2009), ha sido, quizás, quien con mayor intensidad ha incurrido en las temáticas aludidas en el texto.

En consonancia con los requerimientos de urgencia, se ha visto ensanchado el panorama cautelar y el despacho de medidas urgentes y anticipadas con el claro propósito de la evitación de la frustración en la ejecución, o la evitación de daños o acrecentamiento de aquel ya sufrido.

En la gestión procedimental, la simplificación de las formas de comunicación y la tercerización de la faena meramente burocrática en las actuaciones han ido en avance con el aprovechamiento de las tecnologías actuales.

La selección de magistrados y funcionarios se ha incorporado a la cultura jurídica, sin que los avances esperados sean aún percibidos. En efecto, la sola focalización de la mirada en el conocimiento del Derecho no aporta en plenitud las aptitudes que han de reunirse para aspirar a la magistratura. Ha de completarse con una evaluación del modo de pensar, de la cosmovisión de la realidad, y del posicionamiento moral y ético en tono con las convicciones reales y sinceras que acuerden al aspirante el estándar mínimo para otorgarle las responsabilidades que el ejercicio de la magistratura reclama.

La bifurcación enriquecedora de disciplinas satélites a la procesal, como el Derecho Procesal Laboral, el de Familia, el Constitucional, el Administrativo, a la par de la profunda renovación que se ha impuesto a partir del Código Civil y Comercial —prolífico en normas procesales montadas sobre los valores descritos a lo largo de estas páginas—, y aun el Penal, con una clara tendencia hacia la instauración del sistema de juzgamiento por jurados⁵ —querido ya por el constituyente de 1853—, siempre sin desmedro de mantener la configuración del debido proceso, han sido motores movilizantes para repensar los sistemas procesales.

La producción bibliográfica, abultada como nunca, y la secuencia de congresos, eventos, cursos y jornadas con un creciente público —activo y pasivo— dan cuenta de lo preocupante que ha sido y es la vocación de los estudiosos de nuestra disciplina por avanzar en el perfeccionamiento de los sistemas procesales, vocación que reclama con idéntica intensidad a los otros poderes del Estado, abriendo puertas a lo nuevo, lo actual y de nuestro tiempo.

Han de procurarse nuevos esfuerzos en la formación de los profesionales del Derecho no solo a partir de los diseños curriculares sino desde de una formación humanista más profunda, proclamada y con asiento en las convenciones internacionales, aunadas desde las verdaderas convicciones democráticas, con insistencia hacia los valores esenciales de los ordenamientos jurídicos como la libertad, la igualdad y la solidaridad en todas sus extensiones actuales y por venir.

⁵ Vigente ya en algunas provincias argentinas.

Creemos, por fin, que los esfuerzos presupuestarios no han de mostrarse como obstáculos a los reclamos sociales sobre la modernización de los sistemas procesales y estructuras judiciales; antes bien, han de particularizarse los esfuerzos para la evitación de los procesos en las etapas preliminares con métodos eficientes y con resultados reales, tanto desde la conciliación y la transacción, como en la mediación, asumiendo que el desgaste estatal del proceso encuentra justificación cuando efectivamente han fracasado esos intentos previos.

Cierre

«El Derecho de ayer no es igual al de hoy». Así sintetizaba Carnelutti su pensamiento, insistimos en ello, en el afán de instar a una dinámica constante de la disciplina procesal. Es que, como lo hace Morello, el proceso tiene puntos de similitud con la vida misma.

Los cambios y readaptaciones impuestos por los tiempos se yerguen como mandatos imprescindibles e irrenunciables para los juristas en tanto han de dar respuestas útiles a los ciudadanos ávidos de justicia oportuna y eficaz.

Cabe ahora que la mirada a lo procesal se vea acompañada con los tiempos en los que quepa analizarla.

La ciencia procesal ha avanzado, quizás no todo lo que se quisiera, pero las últimas décadas dan muestra de una preocupación permanente de sus cultores por encontrar instrumentos que la perfeccionen, diseños que armonicen con los valores constitucionales y con las aspiraciones de la sociedad, hoy profundamente descreída de lo vigente, acercándola al ciudadano de tal modo que vea en el proceso judicial aquel escudero de sus derechos, con la efectividad, rapidez y justicia que se proclama en el corazón mismo de las Cartas Constitucionales y el bloque constitucional en su conjunto.

He allí, entonces, el elogio que a la disciplina procesal le cabe y al proceso en particular, habiendo evolucionado y madurado con un profundo afán de aportar a la paz social, el sistema que más se adecúe a las exigencias del presente y que satisfaga los requerimientos —cada vez más estridentes— de la ciudadanía a un servicio de justicia eficaz, oportuno y justo.

Diremos, por fin, y ahora sí como *elogio del proceso judicial*, que se presenta como el puente de unión o punto de convergencia de la sinergia⁶ que se

⁶ Esa que hemos llamado sinergia se advierte en el laboreo que se ha hecho desde la disciplina «madre del Derecho Privado» —el Derecho Civil— con la mirada puesta en la Constitución, y la irrupción de los espacios específicos de la disciplina procesal en el andarivel concreto de la Constitución —Derecho Procesal Constitucional— dando cuenta y muestra cabal de aquella condición

muestra en el orden jurídico — complejo entramado entre el Derecho Privado y el Derecho Público en sus concepciones actuales— y que vincula cada una de las disciplinas o ramas de todo el Derecho con el nudo central o *linfa vital* que es la Constitución.

Nótese que el orden jurídico no se completa con la norma o con la ley, antes bien, se integra con los valores, los principios generales, la diversidad de fuentes en diálogo constante, y la dinámica social y económica que propone una nueva cultura jurídica, un nuevo modo de pensar el Derecho, y para ello se requiere de un método de construcción del Derecho en concreto, para lo cual el proceso judicial es el andarivel en el que convergen todos esos componentes jurídicos.

En ese mismo sentido, advertimos que entre la ciencia y la técnica —la teoría y la práctica— opera una sinergia tal que la una y la otra posibilitan, de manera recíproca, el avance del conocimiento y del pensamiento, en el caso, puesto al servicio de una mejor justicia. Es que la casuística cotidiana muestra las variaciones dinámicas de la realidad, el ingenio se pone al servicio del diseño de instrumentos que concurren en auxilio de esa realidad cambiante, y las construcciones científicas confluyen como marcadores sintetizadores y sistematizadores de lo nuevo y útil, con lo cual se armoniza el desarrollo de la disciplina que tiene por objeto al proceso. Quizás en ello encontremos la vertiginosidad de la maduración de la procesalística.

Para su realización o edificación, la tarea ha de ser desplegada argumentativamente por los operadores, sean partivos o imparciales, en conjunción armónica, colocando en la fragua aquel diálogo fecundo, lo cual da como resultado una decisión jurisdiccional.

He allí la función del proceso. He allí el sentido que debe darse a la concepción del *fenómeno procesal* en sus esencias, la que ha de ser tenida en cuenta al mismo tiempo de su diseño técnico normativo.

Es así como focalizamos el elogio del proceso judicial como sistema civilizado, con un profundo andamiaje moral y racional, enalteciendo los valores constitucionales que, en definitiva, son los de Occidente en su manifestación realizativa de los derechos y aportando lo necesario —desde lo puramente jurídico— para la paz social.

Sabemos que nuestro aporte no ha sido original, ni mucho menos, sino que solo ha pretendido conjugar en esta entrega una visualización de todo cuanto se ha avanzado en los estudios de la disciplina hacia los objetivos que

de puente o punto de convergencia que le hemos atribuido al proceso judicial. Ver Rosatti (2016); Mosset Iturraspe (2011).

claramente han de condensar las apetencias generales, destacando que cuanto de ella sea posible extraer sirva a la sociedad todo lo que sus cultores han intentado dar en la búsqueda de un servicio de justicia más amigable y, por ende, más confiable.

Y lo hemos hecho atendiendo a la referencia que Ortega y Gasset hiciera respecto del progreso: «el progreso no consiste en aniquilar hoy el ayer, sino, al revés, en conservar aquella esencia del ayer que tuvo la virtud de crear ese hoy mejor». La faena, entonces, es la de mejorar el presente con fe en el porvenir.

Referencias bibliográficas

- Berizonce, Roberto (1987). *Efectivo acceso a la Justicia*. Editora Platense.
- Cappelletti, Mauro (1981). Acceso a la justicia. *Revista del Colegio de Abogados de La Plata* (41).
- Cecchini, Francisco (2006). El porvenir del pasado derecho procesal. Prospectiva del derecho procesal. En *El proceso actual*. Santa Fe, Argentina: Panamericana.
- (2014). *Referencias procesales*. Paraná: Delta Editora.
- Del Río Saucedo, Jaime; Tarufo, Michele; Castillo González, Leonel; Bonifaz Alfonso, Leticia (2012). *Proceso y decisión*. Madrid: Marcial Pons.
- Fairen Guillén, Víctor (2000). *La audiencia previa. Consideraciones Teórico-Prácticas* (Comentarios a Los Arts. 414 a 430 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de Enero del Año 2000). Buenos Aires: Civitas.
- Heñin, Fernando (2009). *Modernos Institutos procesales*. Resistencia: Con-Texto.
- Morello, Augusto M. (2005). *El proceso justo*. La Plata: Editora Platense.
- Mosset Iturraspe, Jorge (2011). *Derecho Civil Constitucional*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Peyrano, Jorge W. (octubre de 2005). *Cuestiones Procesales Modernas*. Suplemento Especial. Buenos Aires: La Ley.
- Rosatti, Horacio (2016). *El Código Civil y Comercial desde el Derecho Constitucional*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Taruffo, Michele (2011). *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta.
- (2015). *A prova*. São Paulo: Pons Ediciones do Brasil.
- Tarufo, Michele; Aramburo Calle, Maximiliano (2009). *Páginas sobre la justicia civil*. Madrid: Marcial Pons.

Capítulo XII

Balance

El complemento indicado para dar culminación a este trabajo es hacer una revisión más puntual de aquellos avances que en la técnica procesal se han expuesto a lo largo de la última mitad del siglo XX y de algunas en lo que va del presente. Asimismo, haremos algunas referencias a las inquietudes científicas que se han planteado a partir de la maduración de la disciplina procesal, en tanto las indagaciones que se han formulado abarcan espacios conceptuales, con repercusión en la instrumentación de técnicas que les acuerden sentido y efectividad.

Si bien en el Capítulo II del presente hicimos una síntesis del modo en que la disciplina evolucionó, no debería omitirse que en nuestro país, desde los tiempos de la organización nacional —con los sucesivos intentos frustrados desde 1810 hasta 1853— y aun luego de la sanción de la Constitución Nacional, la materia procesal mantuvo un vínculo de muy difícil ruptura con las estructuras y normativas provenientes de la «madre patria». Ese mantenimiento de lo «heredado» se configuró como un «marcador genético» de nuestra cultura, que nos llevó, en no pocas ocasiones, a «copiar» indiscriminadamente modelos foráneos sin tamizarlos.¹

Diremos, sí, y como lo hace magistralmente Nogueira (2010:31 y ss.),² que desde De la Colina, pasando por Jofré, luego Alsina hasta llegar a Palacio y Morello, la literatura procesal vernácula produjo un aporte encomiable al conocimiento (teoría), técnica (el hacer) y práctica (el cómo hacer) que ha colocado a la doctrina procesal argentina en un sitio de trascendencia internacional.

1 Ver «Argentina sepulta la ley de educación que copió de España hace trece años» en *Elmundo.es* del 30/09/2009 (<https://www.elmundo.es/elmundo/2009/09/29/internacional/1254257340.html>). Allí se destaca que en España se derogó en 2006.

2 Con claridad y prolijidad, Nogueira aborda la evolución de la disciplina procesal desde los comienzos de la vida institucional Argentina, y hasta nuestros días. Son muchos los autores y obras bibliográficas las que repasa el autor citado, y que nosotros agregamos a Couture, Gelsi Bidart, Vescovi, Barrios de Angelis, y otros que, desde la otra orilla del Río de la Plata, aportaron ideas y construcciones que también han sido motivo de particular influencia en el avance de nuestra materia. La hora actual, aparte de Roberto Berizonce, han incluirse en el listado a Peyrano, Oteiza, Gozzaini, Arazi, y tantísimos otros que han levantado las banderas de la evolución y profundización de los estudios procesales, siguiendo las aguas sistemáticas sembradas a principio del siglo XX, sobre todo por Jofré. Es posible ver en Gozzaini (2005) un amplísimo repaso de todos los doctrinarios, profesores, catedráticos que se han ocupado con especial brillo de la disciplina, y en particular, en lo que a nuestro país atañe, ver el Capítulo VI.

Es posible ver en esa evolución el diseño esforzado y meticuloso de figuras, institutos, instrumentos que —en la afanosa búsqueda del mejoramiento del sistema de justicia, especialmente en cuanto a su eficacia— han visto la luz, y aun cuando a algunos de ellos los hemos nombrado a lo largo de las páginas que preceden a esta, intentaremos identificarlos en prieta síntesis para extraer de tal identificación la capacidad que ha tenido el «proceso judicial» de albergar y dar hospitalidad a los mismos, sin perder su identidad y mostrando la ductilidad de la que es capaz, siempre obedeciendo a los mandatos constitucionales de los que el proceso judicial es claramente tributario.

Y cabe decirlo, todo cuanto se ha avanzado en tales elaboraciones, no ha provocado una vulneración al debido proceso, antes bien, ha privilegiado la eficacia de su vigencia y ha aportado a su instrumentalidad un acabado matiz de utilidad en tanto desde la técnica y la práctica se han formulado aportes a su desarrollo científico, y viceversa, que la enriquecen y han sido los factores de su maduración. Esa sinergia operada desde la dogmática jurídica con los aportes instrumentales aptos ha transformado la disciplina procesal, y en especial al proceso, en ese verdadero escudero de la libertad, de la igualdad y la solidaridad tal como se presenta en la actualidad, y a la espera de que las elaboraciones legislativas que lo regulen, le acuerden la eficacia y la utilidad que la sociedad reclama.

Los factores determinantes de las transformaciones que se han operado en el espacio de todo el Derecho, y en particular en el terreno del proceso, se han generado, a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, con propuestas de cambios en la dimensión de los derechos fundamentales, fenómeno acompasado con el reposicionamiento de las Constituciones dentro de los ordenamientos jurídicos, con vocación de globalidad y centralidad en la lectura de todo el Derecho.

Sin embargo, y antes que aquellos factores señalados incidieran en la transformación, crecimientos, madurez y por ende adultez de la disciplina procesal, como no podía ser de otro modo, Couture nos indicaba el camino por el que había emprendido ese crecimiento de nuestra ciencia, haciéndolo bajo el interrogante: «¿Crisis del derecho procesal?»³

³ En Alsina (2016), donde se recopilan trabajos al cuidado de Carlos A. Vallefn. En su primer tomo, y bajo aquel título indicado en el texto correspondiente a esta cita, el maestro Couture analiza el estado en el que se encuentra nuestra ciencia, haciéndolo a partir de opiniones encontradas de Eduardo Pallarés y del profesor Allorio. Así, en un tramo de su exposición, indica Couture (y transcribimos): «Panorama de la Doctrina. 7. Esfuerzos colectivos. Desde que terminó la guerra, los procesalistas han emprendido gran cantidad de manifestaciones colectivas. Las conferencias han sido la de Salta, de 1948, la de Londres de 1950 (que, si bien fue de carácter general, abordó el tema magno de la prueba en el proceso penal; detectores de mentira y sueros de la verdad) la de Madrid (1950); y la de Florencia, que se celebran en tanto se escriben estas páginas. Los volúmenes publicados lo han sido en honor de Alsina (1946) de Chioyenda (1948) por duplicado

La tendencia propuesta por el movimiento de acceso a la justicia ha instalado e incentivado la búsqueda de sencillez en el quehacer procesal, abriendo las puertas a instrumentos que faciliten la posibilidad de postular igualitariamente ante los tribunales, con el paralelo del crecimiento en el conocimiento por parte de los ciudadanos, de los derechos reconocidos por el orden jurídico con su divulgación masiva, en busca de trocar al justiciable en el centro del protagonismo, elevando exponencialmente a la justicia de primera instancia en el primer escalón de la creación, en concreto, del derecho, con factores de creciente responsabilidad de los jueces en la oportunidad y complitud de las respuestas, bajo el paraguas de los senderos marcados por las Cortes Supremas y los Tribunales Internacionales (Morello, 2010).⁴

Limitaremos, en los renglones que siguen, la mirada desde lo específicamente procesal e instrumental, aportando una síntesis de algunos de los datos que se han efectivizado en las últimas décadas.

Aportes transformadores

El debido proceso

En cuanto a la conceptualización del «debido proceso judicial», los esfuerzos son hechos en función de encontrar el dibujo o contorno de ese fenómeno tan abstruso (mecanismo complejo), para cuya definición ha de recurrirse a determinaciones paulatinas elaboradas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Es posible que en su identificación anide la divergencia

en Italia y Argentina; de Redenti (1950); de Carnelutti (1950); de Rosemberg (1949 y el presente en honor de Goldschmidt. Han nacido, entre tanto, tres nuevas revistas procesales y anuncian dos más. Las aparecidas han sido la *Revista di diritto e procedura civile*, bajo la dirección de los profesores de Bologna, Redenti, Cicu, Ascarelli y Bigiavi; el *Boletín del Instituto de Derecho Procesal* de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral y la *Revista de Derecho Procesal* de Madrid con la participación directa y muy abundante de los profesores de las universidades españolas. Las que se anuncian lo son en São Paulo y en México. *Echemos la vista atrás, en un simple par de decenios, y advertiremos que, cuantitativamente hablando, los esfuerzos de esta rama del derecho han sido muy superiores a los de las ramas tradicionales y solo admiten parangón con los realizados por la más reciente y pujante de las nuevas ramas que se han desprendido del viejo tronco jurídico: el derecho de trabajo. Si se habla aquí de crisis, ha de serlo, sin duda, de crecimiento y no de decrepitud. Pero como este punto debe referirse al contenido y no al continente, tratemos, ahora, de profundizar la mirada sobre la obra de la doctrina*». Hemos transcrito ese párrafo por varias razones. Una de ellas es la referencia al Boletín de nuestra facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (estuvo bajo la dirección de Eduardo B. Carlos y de Miguel Ángel Rosas Lichtscheim) y la otra es por seguir aquella recomendación de Morello, quien indicaba: «volver a Couture»; y ese párrafo, como tantos otros aportes memorables de ese excepcional procesalista, ratifican esa indicación.

⁴ El lúcido y preciso aporte que realiza el maestro platense abarca todos los factores determinantes de los cambios y movidas que se vislumbran en la totalidad de los espacios del Derecho, incluyendo el Constitucional, el Civil, el Comercial, Penal, Administrativo, Laboral, Ambiental y, en particular, el Derecho Procesal.

que se ha desarrollado en los últimos decenios entre quienes se autocalifican como «garantistas» frente a quienes —por contraste— se denominan «activistas». Se focaliza en ese disenso la extensión de las facultades de los jueces en el desarrollo procedimental, y en función de tal extensión, la devaluación —para los primeros— de la imparcialidad del juzgador, y para los segundos —en cambio— el protagonismo del juzgador en la función de dirección de la actividad procesal y en los esfuerzos por la construcción o ingeniería de la verdad posible en el marco del proceso. Es dable encontrar el desarrollo de tales esfuerzos en obras como *El proceso justo* (Morello, 1994), ocasión en la que el autor concluye en una crítica al garantismo formal haciéndolo con una cita a Bobbio (1991:22).⁵ Tanto en esa oportunidad como en otras,⁶ el autor citado ha desplegado una producción notable y clarificadora para la identificación del debido proceso o proceso justo, con lo cual es factible advertir que la segunda mitad del siglo XX ha ahondado en tal conceptualización, habiendo hecho un esfuerzo similar Eduardo Oteiza (2003) en conjunto con otros destacados procesalistas. Desde las exigencias mínimas para la configuración de un debido proceso —por caso, lo que ha de contener un sistema procesal para ser compatible con el derecho mismo al debido proceso, o el derecho a ser oído en el que se anida la defensa en juicio,⁷ la obtención de una decisión en un plazo razonable, el derecho a la revisión de la decisión, como así la garantía misma del debido proceso, repasando además los avatares de la prueba en el debido proceso. Desde la otra vereda, Alvarado Velloso (2000)⁸ ha desplegado igualmente un esfuerzo notable para divulgar su punto de vista —garantista— explicando sus razones y profundizando las críticas al «activismo judicial», en tanto destaca antagonismos que podrían desvanecerse si se analizan tales razones, de una y otra parte, como lo hace Picó i Junoy (2004:263).⁹ También es posible ver que otros autores han incursionado en

5 «No explicaría la contradicción entre la literatura enaltecedora del tiempo de los derechos del denunciante, del conjunto de los "sin derecho". Pero los derechos de los que habla la primera son solamente los preanunciados en las Asambleas internacionales y en los Congresos; de los que habla la segunda son los que la gran mayoría de la humanidad no posee de hecho.»

6 Morello en *La Corte Suprema en acción*, editado por Abeledo-Perrot; El recurso extraordinario, de Editorial Platense, y tantas otras que el propio autor cita en *El derecho en el primer tramo del siglo XXI*, espigado en la *Revista de Derecho Procesal*, número extraordinario conmemorativo del bicentenario, 2010.

7 La expresión que actualiza Couture (1978:39) y que proviene de la doctrina norteamericana: «*His day in Court*», sintetiza la defensa.

8 Ver asimismo el opúsculo editado por Juris, bajo el título *El garantismo procesal*, Colección «Temas procesales conflictivos», número 4.

9 En catedrático catalán coloca —a mi modo de ver— la cuestión en el justo medio: Advierte sobre la necesidad de diseñar un proceso que preserve las garantías constitucionales de la defensa en juicio, del derecho a la postulación, y de igualdad de las partes, sin que el juzgador debilite su imparcialidad, y a la par tienda técnicamente a la mayor eficacia, y evitar los encasillamientos ideológicos que, por su mala prensa, puedan herir susceptibilidades que provoquen una profun-

el tema de la polémica, como Landoni Sosa (2010:205), quien abunda en razones por las que sustenta la tesis de que, cuando los debates se plantean con virulencia y quienes debaten solo predicen los defectos de la posición contraria,¹⁰ poco o nada se aporta al conocimiento, y lo hace refrescando una cita de Vaz Ferreyra.¹¹ Lo cierto es que la preocupación por la identificación del «debido proceso» es y ha sido una determinante del aporte que desde la doctrina se ha hecho a lo largo de la finalización del siglo XX. No obstante, lo dicho, cierto es que la maduración del Derecho Procesal Constitucional¹² ha conducido a la elaboración de la identificación del debido proceso a andaríveles más específicos, debiendo —aun así— recurrir para su individualización a «la jurisprudencia local, internacional y transnacional» (Gozaíni, 2004).

dización y virulencia en el debate. Tachar de fascista o autoritarios a quienes abogan por un activismo judicial configura una calificación —cuanto menos— excesiva. Ver asimismo el intercambio epistolar entre Monroy Gálvez y Montero Aroca en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, I y III (2–2002 y 4–2004). También, VI (9–2006), y la misma publicación, II (3–2003), IV (6–2004). En su hora, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba celebró jornadas bajo el título «Profundización en Derecho Procesal», donde abordó el tema «Activismo y garantismo procesal», bajo la dirección conjunta de Adolfo Alvarado Velloso y Jorge W. Peyrano, publicándose en el volumen XLVII de la edición de dicha institución.

10 Es útil recordar lo apuntado por Couture en esas magníficas conferencias que en 1949 dictara en la Universidad de París: «En occidente —refería el autor a un pensamiento oriental— un hombre se enamora de una teoría y otro de otra; y ambos proceden a demostrar su teoría y el error de la adversa, con gran cultura y estupidez» (1978:52).

11 Transcribimos la cita realizada por Landoni Sosa a Vaz Ferreyra: «Una de las mayores adquisiciones del pensamiento se realizaría cuando los hombres comprendieran o sintieran que una gran parte de las teorías, opiniones, observaciones, etc., que se tratan como opuestas, no lo son». Rememora también el autor a Joan Picó I Junoy (ver cita nuestra *ut supra*), y a Luis Vargas Silva. Este último autor en su ponencia a las XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal señaló: «No es fácil confrontar argumentaciones en las que encuentro enorme carga emocional y mucho menos, cuando las ideas se presentan de modo que no se puedan cuestionar: primero, por la rispidez del lenguaje utilizado por los "liberales"; segundo, por el papel de perseguidos y víctimas que asumen; tercero por la censura a la posibilidad de enfrentar su idea, y, finalmente, por la estigmatización que utilizan, aunque paradójicamente, se la imputan al contradictor. En síntesis, en algunas sustentaciones de la divergencia, al criticar los códigos procesales civiles actuales por provenir del "fascismo o del comunismo" (para ellos es igual, incluyendo acá el derecho socialista), hay claras falacias argumentativas, que reseñaremos, desde el prisma de sus generadores, es decir, con estribo en sus propias afirmaciones».

12 Hacemos notar que en el espacio específico de la configuración de la «acción» se han pronunciado voces (Palacio) que han indicado que constituye una figura, un concepto capaz de enrolarse en el espacio del derecho constitucional, quedando —en cambio— el concepto de «pretensión» para la disciplina procesal propiamente dicha. Ello ha inducido a una reelaboración desde la actual perspectiva del «derecho a la tutela judicial efectiva». Algo similar ha ocurrido con la conceptualización del «debido proceso», en tanto desde el Derecho Procesal Constitucional se han hecho aportes y avances más completos. Ver Gozaíni (2006; 2017); asimismo Sagües (2016).

Lo cautelar, lo urgente y lo preventivo

Sin pasar por alto aquella visión que cada uno de los procesalistas italianos tuviera de las medidas cautelares, haciendo —en conjunto— una construcción completa de los institutos abordados desde la urgencia,¹³ es claro que, con ese propósito, o sin él, Chiovenda (desde la acción), Carnelutti (desde el procedimiento), y Calamandrei (desde la providencia) formularon la teoría cautelar a la que ahora vemos remozada y actualizada.

En el marco de lo urgente, lo cautelar y lo preventivo, se han producido aportes importantes. Quizás sea el espacio en el que los trabajos destinados a atender con mayor énfasis la eficacia del sistema procesal hayan sido más prolíficos.

Así, se han hecho aportes en materia de urgencias con las figuras de las cautelas materiales. Aquellas que son capaces de abastecer el derecho sustancial pretendido sin perder la condición de instrumentales o tributarias de un proceso principal. Estas, también llamadas decisiones de mérito anticipadas, o «anticipatorias», han sido divulgadas a partir del ejemplo de su hospitalidad brindada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso «Camacho Acosta». No obstante, esa condición de «novedosa» que se le atribuye, no puede dejar de señalarse que ya Vélez Sarsfield en el específico Derecho Alimentario les había entornado la puerta. Muchos son los trabajos doctrinarios que abordaron en profundidad la figura.¹⁴

13 Chiovenda desde la *acción cautelar*, Carnelutti desde el proceso cautelar, y Calamandrei desde la providencia cautelar (jurisdicción), completando de tal modo y —quizás— sin proponérselo la visión de lo cautelar desde la trílogía estructural como objeto de la disciplina.

14 Ver por caso «Medidas cautelares», en *Revista de Derecho Procesal*, 1998; y en el año 2009-2, «Sistemas cautelares y procesos urgentes». Ver asimismo Berizonce (2002). El destacado profesor platense realiza una prolongada cita (N° 1) relativa a los trabajos doctrinarios que se han ocupado de la figura. Decíamos en una oportunidad anterior a esta, y respecto a lo cautelar y urgente, que: «Hay medidas, receptadas por la jurisprudencia, que no integran el elenco de aquellas regladas por el código, y que, sin embargo, han tenido hospitalidad en la jurisdicción atendiendo al ejercicio *del poder cautelar genérico*. Si bien hay códigos que no han incluido una norma que recepte ese poder cautelar genérico, los hay también, como el de Santa Fe, que si bien no muestra una norma como la del artículo 232 del CPCCN., no es menos cierto que el art. 543 —al referir específicamente a las facultades del juez de trámite en el ámbito del proceso oral— incluye la expresión: *medidas cautelares o urgentes*, con lo cual está el legislador admitiendo que las hay de una y otra especie, aunque participando —en apariencia— de un mismo género. Se ha dicho al respecto que "todo lo cautelar es urgente, aunque no todo lo urgente es cautelar" (Peyrano). Y es así, desde que hay medidas como las conocidas como anticipatorias, que —a diferencia de las cautelares típicas— admiten que el juez en los albores de la causa y a petición de parte, acuerde provisoriamente una porción o la totalidad del derecho que ha de ser pretendido al demandar. El ejemplo paradigmático es el de los alimentos provisorios, de los que ya Vélez se ocupara en el art. 375 del CC. Clásicamente se ha dicho que una medida cautelar no puede autoabastecer el derecho sustancial pretendido antes de la tramitación en forma de la causa. No obstante, en situaciones puntuales, se ha admitido ese despacho provisorio, inaudita altera pars, encontrando fundamento, sea en estas medidas anticipatorias (anticipan la tutela jurisdiccional), vulnerando la regla clásica de que

Nosotros hemos hecho algún aporte también en lo relativo a las denominadas «medidas autosatisfactivas» o de «satisfacción urgente». Así dijimos:

En igual sentido y con idéntico fundamento, ha irrumpido también la llamada medida de satisfacción urgente o auto satisfactiva, que la distingue de la anticipatoria en que esta última siempre tributa a un proceso principal, mientras que la primera no tributa a otro proceso, pues se agota con su solo dictado y despacho. Ello, sin perjuicio de la posibilidad de quien viera inferida su esfera de interés, puede solicitar su revocación, revisión, modificación o limitación. Esto es a través de una suerte de postergación del contradictorio. Ella, la medida auto satisfactiva o de satisfacción urgente, ha visto la luz legislativa en el ámbito de la regulación de la interdicción de la violencia doméstica (L: 11529).¹⁵

La última figura, en especial, ha provocado rispideces desde la mirada garantista, en tanto se le atribuye la exclusión del derecho a ser oído. Sin embargo, queda claro que aquel que viera afectada su esfera de interés por el despacho de la medida puede requerir, por vía recursiva, la posibilidad de la bilateralización, salvando de tal modo el contradictorio que solo aparecería postergado, al igual que en los procesos monitorios. Por otra parte, se ha dicho y aclarado que el despacho de una medida auto satisfactiva ha de encontrar justificación en una verosimilitud (*fumus bonis iuris*) más intensa; al decir de algún autor español: «un humo más denso de buen derecho».

En este marco, y creemos que algunas medidas urgentes como las que hemos destacado —la auto satisfactiva— adquieran para un sector importante de la opinión doctrinaria (Peyrano, 2010:133): el carácter de «tutelas diferenciadas»,¹⁶ lo cierto es que en torno a tal categoría procesal se han despertado algunas especulaciones que, en ciertos casos coincidentes y en otros con algunas divergencias, han dado pábulo a encontrar en el espectro

lo cautelar no podía anticipar la satisfacción del derecho pretendido en el proceso, al par que en la llamada medida cautelar innovativa, se tiende a incidir en el estado de cosas existente al tiempo de su despacho, modificándolo. En todos los casos es el poder cautelar genérico al que hicieramos referencia en párrafos anteriores, el que se yergue como asiento normativo de su admisibilidad. No puede soslayarse que en el marco de estas medidas que tienden a anticipar la tutela, el juicio de verosimilitud ha de agudizarse, aproximándose a lo altamente probable, rondando en las cercanías de la certeza» (*Revista del Foro de jóvenes abogados de Santa Fe*).

15 *Revista del Foro de jóvenes abogados de Santa Fe*, bajo el título «Aproximación a las medidas cautelares y a los procesos urgentes».

16 Aquellos institutos procesales que comprenden «un grupo de herramientas que surgen ante nuevas necesidades procesales al modo que lo hicieran en el devenir histórico los procesos ejecutivos, los abreviados, los de familia o los laborales, por caso», como sintéticamente lo destaca Cecchini (2013:99). Ver asimismo Berizonce, Roberto; Tutelas procesales diferenciadas, Rubinzal-Culzoni (2009) y Peyrano, Jorge W. ¿Qué es y qué no es una tutela diferenciada en la Argentina?, en www.elateneo.org.ar

procesal análisis de figuras que se muestran con peculiaridades que las diferencian de las tutelas ordinarias o clásicas (Cecchini, 2013:15, y en especial 33).

«Prevenir, evitando la concreción de un daño aún no causado» podría ser el pórtico de las «acciones preventivas», a las que un amplio espectro de la doctrina ha dado sustento. Recurriendo a esa prolífica doctrina, y con aportes de sustentación propios, Jorge W. Peyrano (2004) aborda la figura y destaca que, en amplísimos espacios del Derecho, sea Privado (responsabilidad por daños), o Público (relaciones administrativas o de Derecho Ambiental), la acción preventiva ha encontrado configuración y notable utilidad.

La clasificación que hiciera Calamandrei entre medidas conservativas e innovativas condujo a la irrupción en la doctrina y la jurisprudencia de la llamada «medida cautelar innovativa» (Peyrano, 1981),¹⁷ cuyo objetivo es incidir sobre una situación de hecho existente al momento de la interposición de la demanda —o antes de ella—, operando sus efectos para la evitación de que el transcurso del tiempo procedimental incida sobre los intereses en conflicto. Con ella se aleja al quehacer jurisdiccional de aquel dogma que señalaba que el poder judicial se presentaba como un ingeniero social del pasado, aproximando al juez al despacho de medidas que eviten un daño que podría, en el futuro, dar lugar a un conflicto, lo cual permite la evitación del daño antes de que este se concrete.

Los aportes antes referidos, como otros de los que puede dar cuenta una abundante doctrina y jurisprudencia, encuentran asiento legal en el poder cautelar genérico, para cuyo desarrollo y análisis se han hecho aportes sustantivos (De los Santos, 1997:3; Rivas, 2007:399 y ss.). Este poder cautelar genérico albergó la categoría de las medidas cautelares innominadas, de las que el propio Código Civil y Comercial se ha ocupado con particular prodigalidad (Rojas, 2017).

Con un matiz particular, se ha presentado en el horizonte de las medidas requeridas con urgencia la llamada medida anti cautelar, cuyo destino y finalidad es obturar una actividad cautelar abusiva. Es decir que se yergue como una medida cuyo objeto es el de evitar que la eventual solicitud del despacho de una o varias medidas cautelares que pudieran obstaculizar el normal desempeño patrimonial del demandado o ya en trance de ser ejecutado (cautelado o a cautelar) sufra un perjuicio innecesario o excesivo. Al decir de Peyrano, la vía es la postulación de una medida auto satisfactiva preventiva, por la que se invocará una situación de vulnerabilidad cautelar, lo cual llevará ínsita la invocación de la evitación del abuso cautelar de modo urgente, y la invocación y acreditación —*prima facie*— de que cuenta con bienes suficientes para

17 Asimismo, ver comentario a fallo que formula en *El Proceso Atípico*, Editorial Universidad, Tercera parte, pág. 115.

atender el crédito en el que, eventualmente, se asentará la potencial petición de una medida cautelar excesiva, abusiva y perjudicial (Peyrano, 2004).¹⁸

Ello, a su vez, dio pábulo a la consideración de la cosa juzgada provisional, con lo cual aquella tradicional o clásica distinción entre la cosa juzgada material y la cosa juzgada formal también encontró una crisis conceptual (Rivas, 1998).

Respecto del proceso monitorio, este encontró hospitalidad legislativa como nueva y ágil respuesta al tráfico negocial frente a un proceso ejecutivo que fue complejizándose en su desarrollo.

En tanto, en el espacio del Derecho Ambiental se pergeñaron medidas similares a las cautelares clásicas, pero con asiento en principios que este nuevo capítulo del Derecho ha consagrado. Véase que las regulaciones legales consagran la facultad officiosa del juez de despachar medidas cautelares, de diferente índole y con facultades notablemente ampliadas con sustento en el principio precautorio propio del Derecho Ambiental. Ello en función de la extensión de los derechos protegidos que involucran a una multiplicidad de sujetos que pueden ser ajenos al proceso y aun abarcar a generaciones futuras. He allí el efecto que provocara el Derecho Ambiental en torno al ensanchamiento de las legitimaciones.

Tales facultades cautelares abarcan medidas innominadas, a sabiendas de que no es posible que el legislador anticipe en la norma cuáles son las medidas aptas para despachar en cada caso.

En el espacio del Derecho Administrativo se dio albergue a las llamadas «medidas cautelares positivas», a partir de las cuales el órgano jurisdiccional está constreñido a imponer a la Administración Pública la obligación de dictar medidas que se compadezcan con la real interpretación de las normas administrativas, atendiendo a la finalidad de las mismas más que a su positiva descripción exegética (García de Enterría, septiembre–diciembre de 1991).

También en el ámbito del Derecho Administrativo se ha configurado lo que alguna doctrina ha llamado «precautelar» o «subcautelar», en tanto el órgano jurisdiccional ha de requerir de la Administración la remisión de los antecedentes y un informe acerca de la petición cautelar propiciada por el administrado, con la consiguiente orden a la Administración de abstenerse de aplicar la norma puesta en entresijo a fin de evitar la producción o agravamiento de un daño al administrado, y ello hasta tanto la propia jurisdicción analice la admisión o desestimación de la medida cautelar postulada (Gugliemino, mayo–agosto de 2000).¹⁹

18 Ver especialmente el Capítulo VII.

19 Citado por Carbone, Carlos, en La tutela diferenciada ante la revolución pos-cautelar: procesos urgentes sub cautelares y mini diferenciados. En <http://www.espanito.com/la-tutela-diferenciada-ante-la-revolucion-pos-cautelar-procesos.html>

Como se ve, el ensanchamiento que ha provocado la consideración de la tutela judicial efectiva como derecho fundamental, la constitucionalización del derecho y el nuevo posicionamiento del juzgador en función de tales dos fenómenos, en la materia cautelar, urgente y la tutela diferenciada, ha sido de una envergadura notable, por lo que puede así advertirse que este espacio de lo urgente y lo cautelar muestra el nuevo paradigma desde el cual ha de ser auscultado el Derecho.

Es así como se ha intentado dar respuesta a requerimientos del justiciable en este tiempo veloz y con un proceso que —lento o no— implica siempre tiempo.

El debate entre el método escrito y el método oral

Embargó a la ciencia, durante centurias, el debate acerca de cuál de los métodos de comunicación dentro del proceso era el más adecuado.

Si el escrito, que se mostraba más seguro en cuanto a lo ocurrido en el transcurso del proceso, toda vez que lo actuado —a través de «actas»— estaba plasmado escriturariamente, y ello mostraba un devenir procesal seguro y perenne, susceptible de ser revisado palmo a palmo, tanto por las partes como por el juez y —especialmente— por el órgano de la revisión. Este método acuñó la expresión de que lo que no estaba en el expediente no estaba en el mundo. Significaba con ello el encorsetamiento de todo cuanto se había «actuado» (o, lo que es lo mismo, se había estampado en actas) en la causa, y era lo único posible de tener en consideración al tiempo del dictado de la sentencia como al tiempo de la revisión.

El oral, de más antigua alcurnia, proveniente de los orígenes mismo del proceso tal como se lo fue pergeñando a lo largo de los siglos, había florecido en sistemas procesales que fueron influidos por el canonismo o el romano canónico —y que permitía un contacto más «inmediato» entre el juez y las partes, mostrándose de tal modo más humano, más nítido en cuanto posibilitaba un «proceso de actos y no de actas», pero también significaba una falta de posibilidades de revisión plena del proceso al tiempo de someterlo al test de corrección por los órganos encargados, pues lo oralmente comunicado en el proceso no había quedado plasmado por escrito.

En el transcurso de los años, se advierte una inclinación de los sistemas al método oral en los espacios en que ello es más beneficioso para la finalidad del proceso, especialmente en la producción de la prueba y las alegaciones finales, y así la moderna doctrina ha indicado con mayor eficacia al que se ha denominado «proceso por audiencias». En él se «mixture» lo escrito — las postulaciones (demanda, contestación, reconvencción y contestación a la reconvencción)— con lo oral (preparación y demás funciones de la audiencia preliminar que se verá inmediatamente, como así la producción de pruebas

y alegaciones partivas), y auxiliado con los métodos tecnológicos de audio y video puestos al servicio de la revisión.

En el amanecer del proceso, la audiencia previa o preliminar

Desde la Edad Media, con la problemática generada en los conflictos comerciales, la evitación de la prolongación del proceso más allá, en el tiempo, de lo que la lógica indica, fue un factor preocupante para los diseñadores de la legislación procesal. A este respecto, Fairén Guillén nos introduce en un repaso histórico, muy enclavado en la cuestión española, pero sin desatender algunos antecedentes italianos y alemanes que incursionaron en idéntica preocupación. Así fue cómo la audiencia previa o preliminar encontró sus orígenes y su desarrollo en el Derecho continental. Sin embargo, el antecedente a tener en cuenta es el que muestra la Ordenanza Procesal Civil Austríaca, en la que Klein (en Fairén Guillén, 2000:25, especialmente nota 4), advertido de que la etapa de la depuración del proceso oral ante un órgano colegiado implicaba una demora en el desarrollo del proceso, introdujo la audiencia previa o preliminar cuyo objetivo era el de «limpiar el tejido procesal de obstáculos que, en la audiencia o juicio principal, pudieran falsear su curso y aun detenerlo», tal como lo sintetiza Fairén Guillén.

En el Código Procesal Civil de la Nación se incorporó la audiencia preliminar a través del artículo 360 (según Ley 25488), y se determina en la norma la intermediación y la oralidad, la concentración, el intento conciliatorio con protagonismo del propio magistrado, la recepción de la prueba confesional, la depuración del resto de la prueba con la previa fijación de los hechos y —en su caso— el declarar la cuestión de puro derecho. Del texto se desprende el sano objetivo del legislador de intentar una conciliación que evite la continuación del proceso, con el consecuente ahorro de tiempo y costos, como así precisar las cuestiones a debatir y la prueba a producir en términos de utilidad para la evitación de costos y tiempo. En fin, la intención ha sido clara y loable, y acerca de todas las ponderaciones respecto de la figura de la audiencia previa o preliminar cabe remitir a la doctrina que de modo claro y mayoritario ha aportado ponderaciones (Falcon, 2011:438, en especial nota 18).

La figura de la audiencia previa o preliminar (Cecchini, 2014:332),²⁰ más allá del vínculo que pudiera ostentar con el *Discovery o pre trial* (Sereni, 1958:26

20 Bajo el título «La audiencia judicial», en el acápite 2.2. hemos querido formular una somera síntesis del sentido y objetivos de la audiencia preliminar o previa, con el auxilio inestimable de la bibliografía referida a esa temática.

y ss.)²¹ del Derecho anglosajón, ha sido tomada por el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica en el diseño del llamado proceso por audiencias.

La incorporación del instituto de la audiencia previa o preliminar desató algunos interrogantes e incluso discusiones en torno a su condición de facultativa u obligatoria, en lo que, a su ubicación temporal en la secuencia procedimental, y —lo que nos parece aún sin conciliar— si en ella han de postularse, si no hubieran sido introducidas al contestar la demanda, las excepciones dilatorias, y si es en su propio desarrollo que el juez ha de resolverlas (Vázquez Sotelo, 2010:19 y ss.). He allí el vínculo que encuentra la doctrina con la figura de origen portugués del «despacho saneador» (ídem) y que a la postre se vincula con la «comparecencia previa». Todo ello en torno a si ha de diseñarse aquella audiencia previa en el corazón de un proceso oral o si ha de incorporarse —como un objeto extraño— en un proceso escrito. Nos hemos mostrado siempre partidarios de un proceso oral, con lo cual entendemos que el mejor diseño ha sido el del ya mencionado Código modelo.²²

En torno a las postulaciones

Se han destacado dos institutos que encuentran un vínculo estrecho entre sí: la figura llamada «improponibilidad objetiva de pretensiones», doctrina que renueva la figura del defecto absoluto en la facultad de juzgar, esto es, cuando la pretensión no es susceptible de ser sometida a un proceso, sea por su condición de ilícita o de prohibida por la ley —a salvo cuando la pretensión precisamente tiene por destino la descalificación constitucional de la ley que la prohíbe— (Peyrano, 1984:36) o bien en tanto la ley le ha restado o la ha privado de «la acción», en términos de no ser factible de ser postulada ante el órgano jurisdiccional, como son, por caso, las obligaciones naturales.

21 El autor hace un claro desarrollo de cómo se inicia un proceso, y al cabo de las primeras etapas, orales, en las que las partes exponen, por parte del actor, la intención de demandar, el demandado, la de oponerse y alegar hechos y pretensiones contrarias, se llega al *pre-trial phasis*, ocasión en la que las partes aclaran y precisan las diversas alegaciones, y sobre todo, preparan y obtienen el material probatorio a presentar en el trial y tratan de conocer cuáles son los hechos que el adversario se propone probar en el trial y con cuales medios.

22 *El código procesal civil para Iberoamérica, historia, antecedentes y exposición de motivos*, edición supervisada y actualizada por E. Véscovi, Editorial Fundación de cultura universitaria, publicación del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. En él se establece una audiencia conciliatoria previa a la interposición de la demanda por parte del actor, quien ha de solicitarla, y luego (en el proceso ordinario) según el art. 300 la celebración de la primera de las audiencias en las que ha de insistirse en el intento de conciliación (función pacificadora); la contestación y prueba relativa a la interposición posible de excepciones dilatoria con su consecuente resolución (función saneadora), y la fijación de los hechos como así de las pruebas conducentes. La abreviación de los trámites es sobradamente notable.

La figura tiene particular relevancia en tanto el juicio de procedibilidad ha de ser estricto y operar en caso de duda en favor de la apertura de la jurisdicción, toda vez que se está frente al ejercicio de la tutela judicial, con todo el bagaje constitucional que conlleva. La otra figura tiene vinculación con esta puesto que refiere a la judicialización de decisiones emitidas por otros órganos del Estado, mientras que aparece el órgano judicial como un evaluador necesario de la proyección que la pretensión tiene en cuanto a las facultades —sean del Poder Ejecutivo o del Legislativo—, pudiendo presentarse como una cuestión no judicializable.²³

Se ha avanzado también en el diseño de la acción de nulidad de sentencia firme, en tanto en el desarrollo del proceso se haya instalado un fraude (*Couture*, 1989:387) o un «entuerto» (*Peyrano*, 1984). La vulneración de los efectos de la cosa juzgada queda así sujeta a una posible revisión si aquel efecto de la decisión en entresijo ha sido obtenido —tanto la propia decisión como su efecto— en flagrante violación del debido proceso. Morello le ha acordado la denominación de «nulidad de sentencia írrita».

Como descendiente del «juicio de jactancia»,²⁴ la acción meramente declarativa o —con mayor precisión— «pretensión meramente declarativa» aparece como una figura definida y útil para la postulación que busca clarificar o declarar un derecho que se presenta con matices dudosos, porque con ella la pretensión se limita a la declaración de un derecho cuya configuración acarrea incertezas. A tal institución se le han dedicado notables páginas doctrinarias de alto valor didáctico y ha encontrado particular utilidad en lo que se ha denominado «acción de declaración de certeza» en la búsqueda del análisis —a través de un proceso y por un juez— de la constitucionalidad o no de una norma (*Enderle*, 2005).

Estaría incompleta esta enumeración si no hacemos una referencia a las acciones de amparo, o de *habeas data* y *habeas corpus* que ha instalado el texto constitucional con la reforma de 1994, calificándolas como procesos rápidos y expeditos cuyo destino son el de amparar —en el primer caso— la

23 No podemos olvidar que —por caso— el Poder Ejecutivo goza de facultades discrecionales en la confección y ejecución de políticas públicas que no siempre pueden ser objeto de revisión o discusión en el ámbito de la jurisdicción.

24 «Acción de atribuirse, fuera de juicio, una persona capaz de ser demandada derechos propios sobre bienes de otra persona o afirmar la tenencia de créditos contra ella. Tal acción, no siendo cierta, da derecho al perjudicado a conminar al jactancioso para que, en plazo determinado, le promueva juicio y demuestre el derecho que alega, bajo pena de su caducidad. Es lo que algunos autores denominan acción provocatoria. No todas las leyes procesales regulan el juicio de jactancia. El Código de Procedimiento Civil federal argentino lo admitía y regulaba sus trámites en los arts. 425 ss., pero el Código Procesal Civil y Comercial vigente ha sustituido el juicio de jactancia por la acción meramente declarativa ejercitable en juicio sumarísimo, encaminada a hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica». La referencia se corresponde con lo señalado en la *Enciclopedia Jurídica* online gratuita y libre.

vulneración o limitación de un derecho de jerarquía constitucional, y —en el segundo— el de posibilitar a quien aparezca indebidamente en una base de datos o listado operado por un organismo del Estado y aun por un ente privado. La incorporación al texto constitucional aleja a las figuras de aquella visión que consideraba que tales acciones debían ser reguladas por una ley especial, con lo cual el efecto fue el de transformarlas, en particular a la acción de amparo, en un proceso casi ordinario, con el efecto de desvirtuación que ello implicó.²⁵

La añosa figura de *habeas corpus* importa el reclamo o pretensión sin sujeción de reglas formales rígidas, antes bien, elásticas, cuyo objeto es el de salvaguardar la libertad ambulatoria o física ante una detención ilegítima o ilegal. Se ha visto también ampliado a la garantía de una detención sin sometimientos a malos tratos o indignas condiciones de la privación de la libertad.

El *habeas data*, figura estrechamente vinculada con el avance tecnológico, se presenta como un amparo especial, y en ese sentido Morello²⁶ ha recurrido a un párrafo de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza para identificarla:

Más allá de su similitud terminológica, las figuras de *habeas corpus* y del *habeas data* tienen las siguientes semejanzas: así como en el primero se pide que se traiga el cuerpo, se indagan los motivos de la privación de la libertad y se hace cesar de inmediato la ilegalidad de la detención, en el segundo se impetra que se presenten los datos, se verifica la exactitud, pertinencia y actualidad de los mismos y se exige la inmediata rectificación del que fuera inexacto o desactualizado.

Finalmente, cabe señalar que la consideración del derecho a la tutela judicial efectiva, como derecho fundamental, ha incidido en la amplitud de las posibles postulaciones, con la consecuente expansión de las legitimaciones²⁷ antes estrechamente encorsetadas a la invocación de un derecho subjetivo (Montero Aroca, 1994) para hoy extenderse a la invocación de intereses difusos, individuales u homogéneos colectivos.

La aparición de estas nuevas bases de sustentación de legitimaciones ampliadas, desde la perspectiva de la defensa del medio ambiente, del patrimonio histórico o cultural, de los consumidores, etc., indujo, casi por inercia y decantación, a incursionar en la configuración de los procesos colectivos. Son

25 La transformó en una acción de «desamparo», según lo ha señalado por Genaro Carrió, citado por Morello en *Constitución y Proceso – La nueva edad de las garantías constitucionales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 217, último párrafo.

26 Ídem, p. 226.

27 *La legitimación*, en homenaje al profesor doctor Lino Enrique Palacio, bajo la coordinación de Augusto M. Morello, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996. Ver asimismo el trabajo de Vallefin, Carlos A. *La legitimación en las acciones de interés público*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

aquellos en los que la pluralidad de sujetos con ciertos intereses comunes o un accionar colectivo importó —sobre todo desde el ensanchamiento de derechos operados a partir de la reubicación de las Constituciones en el ordenamiento jurídico y, nuevamente, por la notoria incidencia del movimiento de acceso a la justicia expandiendo el elenco instrumental del derecho y en especial desde las herramientas procesales acompasadamente diseñadas— la búsqueda de métodos procedimentales que atendieran esas nuevas realidades. A ese fenómeno, y desde una perspectiva muy vasta y con un acopio bibliográfico notable, la profesora Andrea Meroi (2008) le ha dedicado un amplio y profundo análisis.²⁸

Con relación a la prueba y su valoración

El capítulo de la prueba en el proceso se ha visto especialmente inferido por los avances tecnológicos, los conocimientos científicos aportados a lo largo del siglo XX de un modo incomparable con lo conocido durante toda la historia de la humanidad, lo cual incidió de modo estridente en la búsqueda de la verdad en el marco del proceso. Los litigantes y los jueces cuentan con elementos de búsqueda del pasado que atropellan e imponen reconfiguraciones en la materia probatoria, y en tal aspecto, la disciplina procesal ha abierto las puertas hacia una más eficaz y traslúcida actividad probatoria. Esa circunstancia ha determinado también la necesidad de incluir en el proceso, y en particular en el capítulo de la prueba, una mirada completa e interdisciplinaria, que abarque de una manera global los aportes del conocimiento y de la tecnología que hoy nos impregna.

Derivan de ello, también, las profundas especulaciones e interrogantes que propone el pensamiento procesal hacia la verdad misma —aquella posible en el marco de un proceso— y hacia la valoración de los elementos de conocimiento que se aportan en un proceso, puestos al servicio del juzgador en la faena de su valoración. Y es precisamente en este espacio en el que instalan nuevos o renovados institutos, prueba difícil (Peyrano, 2003),²⁹ pruebas

28 Con relación al punto de partida de la procesalística para abordar esta temática tan rica y amplia, Morello, Augusto M., en *Tendencia dominantes en la litigación civil - los congresos internacionales de Derecho Procesal*, realiza una sintética y completa referencia a uno de los temas convocantes al Congreso Internacional llevado a cabo en Würzburg, Alemania, en 1983 (destaquemos que fue previo a la caída del muro de Berlín), ocasión en la que se analizó la defensa o tutela de los intereses difusos, abriendo de tal modo las puertas a la imaginación e inquietud de la disciplina para configurar un modo singular de tramitar aquellas cuestiones que involucran a una pluralidad de personas con intereses homogéneos y colectivos o individuales. Ver asimismo Maurino, Gustavo; Nino, Ezequiel y Sigal, Martín, *Las acciones colectivas*, Lexis Nexis, 2005, y en especial la introducción o prólogo del Dr. Martín Böhmer en su condición de director del CIPPEC.

29 Refiere a hechos antiguos, o realizados en un ámbito de máxima privacidad. etcétera.

livianas (*leviores*) (Peyrano, 1982:93) la prueba científica (Verbic, 2008)³⁰ la prueba ilícita,³¹ como así la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.³² Igualmente, los devaneos acerca de qué verdad es aquella a la que el proceso ha de aspirar, o bien, si no es posible —en los limitados recortes que impone un proceso judicial—, la búsqueda de la verdad posible. (Taruffo, 2008)³³

Y es en este espacio asimismo en el que se ha instalado la admisión, primero por vía pretoriana³⁴ y luego a través de acordada de la Corte Suprema de la Nación —N° 28/2004— y aun legal, por caso, en la provincia de Buenos Aires, de la figura del «amigo del tribunal» (*amicus curiae*). Esta figura tiende a abrir las puertas de la jurisdicción a terceros —personas o instituciones— que quieran aportar elementos de conocimiento a los fines de abundar en el espectro de la formación de la convicción.

Acerca de los métodos de valoración de la prueba, más allá de aquellos que tradicionalmente son señalados en los cursos —tanto de grado como de posgrado—, como el de las pruebas legales o tarifadas, el de la libre convicción y el de la sana crítica, hemos de destacar que se han formulado análisis de particular interés por su profundidad acerca de la faena valorativa de la prueba que introducen nuevas facetas facilitadoras de dicha actividad.³⁵

30 También Morello, en *Dificultades de la prueba en procesos complejos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, obra colectiva dirigida por Roland Arazi, *Prueba ilícita y prueba científica*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2008; obra colectiva coordinada por Jorge Rojas, bajo el título *La prueba*, en especial, el capítulo «Prueba científica», pág. 367 y ss. Ver asimismo Cappelletti, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Buenos Aires, Ejea, trad. de S. Sentís Melendo, 1972, pág. 137 y ss.

31 Conocida como el «fruto del árbol venenoso», esto es, aquella prueba a la que la parte ha accedido ilegalmente.

32 De la cual se ha aportado una abundante bibliografía, especialmente desde la perspectiva de la responsabilidad médica, espacio en el que aparecieron las primeras elaboraciones, y que el Código Civil y Comercial ha recogido. Frente a la institución o figura, se han levantado voces adversas, generándose así un nuevo debate entre las posiciones activistas y garantistas en ese particular capítulo de la prueba. En contra de la admisión de esta teoría se han mostrado quienes se enrolan en el garantismo, y cabe a este respecto ver García Grande, Maximiliano, *Las cargas probatorias dinámicas - Inaplicabilidad*, Juris, 2005, con presentación de Adolfo Alvarado Velloso.

33 Ver especialmente capítulo I, apartado 3. Con relación a esta temática, que claramente excede el marco de lo procedimental, para incursionar en una temática con connotaciones ius filosóficas, tal como lo hace el ya nombrado autor —Taruffo—, ver Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid, Marcial Pons, con prólogo, precisamente de Michele Taruffo. El vínculo estrecho entre prueba, verdad y justificación de la decisión son objeto de un profundo análisis que no resulta ajeno al ámbito procesal, aun cuando lo exceda.

34 Por caso, en las causas «Mendoza», cuyo objeto ha sido y es la limpieza del Riachuelo; y en la causa «Clarín», en la que se discutió la constitucionalidad de la ley de medios. Los contornos destinados al esclarecimiento de la cuestión en el proceso que posee esta figura del amigo del tribunal se compadecen con una apertura democrática y participativa al que ha de dársele la bienvenida, como también a la figura de la Audiencia Pública en el terreno administrativo.

35 Ver Ferrer Beltrán, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, colección Filosofía y Derecho, Madrid, Marcial Pons. Y del mismo modo, Taruffo (2008). En la oportunidad, el prestigioso jurista nos acerca una visión más amplia y completa de la identificación de la prueba, en sus matices

En la construcción de la decisión

«*Hoc volo, sic iubeo, sit pro ratione voluntas*». Es posible traducirlo como «lo quiero, así lo mando, baste mi voluntad como razón», lo cual se traduce como el emblema de una autoridad despótica.³⁶

La imposición del deber de motivación o fundamentación razonable de las decisiones jurisdiccionales encuentra un claro sustento democrático, toda vez que procura evitar la arbitrariedad solo fundada en la voluntad y sin argumentación intelectual.

La sentencia es una amalgama entre la inteligencia y la voluntad, y encuentra en la primera las razones, los motivos, la justificación, la fundamentación racional de la decisión que se manifiesta como expresión de una voluntad precedida de razones. A través del desarrollo de la teoría de la argumentación, se ha avanzado notablemente en el trance de dar razones a una decisión, o —antes bien— desde la perspectiva partiva, tanto actor o demandado, han de ahondar en la manifestación de razones, argumentando para sostener aquello que entienden debe ser el hilo conductor que ha de recorrer el juzgador para arribar a la decisión que cada parte aspira (Cecchini, 2017:59).³⁷

Es precisamente en ese espacio en el que se enmarca —con variadas aristas— la doctrina de la sentencia arbitraria que ha desplegado la Corte Suprema de Justicia, y a la que Carrió le ha dado un análisis sistemático que tiende a clarificar, desbrozando decisiones de ese tribunal. Lo arbitrario se fundamenta en la voluntad sin asiento intelectual o argumentativo y racional.³⁸

La valoración de la prueba se ha enriquecido con el avance que se ha hecho en el análisis de la «valoración de la conducta de las partes en el proceso como elemento de convicción»,³⁹ capítulo en el que se inserta el principio de moralidad procesal y cuyo sustento es el de marcar una admonición des-

que la especifican, haciendo una referencia a la temática vinculada con la verdad (que también ha tratado en otros aportes valiosos como *Proceso y decisión, Páginas sobre la justicia civil*, y *La prueba de los hechos*, las dos primeras editadas por Marcial Pons, en colección *Proceso y Derecho*, y la última nombrada por Editorial Trotta). Nosotros hemos formulado una síntesis de las cuestiones vinculadas con «Los desafíos actuales de la prueba en el proceso», en Cecchini (2014:81 y ss).

36 Citas en latín de Juvenal. Calamandrei, Piero, al prologar la obra *Proceso y Democracia*, Buenos Aires, Ejea, 1960, trad. Héctor Fix Zamudio, lo señala como «*sic volo, sic iubeo*», y destaca la necesidad democrática de la motivación de la sentencia, impuesta como deber en muchas Constituciones.

37 En aquella ocasión hemos analizado la temática probatoria desde perspectivas diferentes, sea desde la función del proceso, desde la mirada de las partes, o del juez, desde la faena de la valoración —partiva o judicial—, sea en la instancia de creación o en la instancia de revisión.

38 Ver Guzmán, Néstor L. «Discrecionalidad y valoración de la prueba», en la obra dirigida por Jorge Rojas en homenaje a Roland Arazi, bajo el título de *La prueba*, editada por Rubinzal-Culzoni, 2016, pág. 557. Asimismo, en la misma obra colectiva, el trabajo de José María Salgado, bajo el título «Sentencia razonablemente fundada y verdad de los hechos», pág. 579.

39 Ver con provecho los trabajos aportados en la publicación colectiva del Ateneo de Derecho Procesal de Rosario bajo el nombre de *Valoración judicial de la conducta procesal*, Dir. Jorge W. Peyrano, Rubinzal-Culzoni, 2005.

tinada a evitar que tanto con el proceso como en el proceso, abusando de las facultades que la ley acuerda a quienes lo protagonizan, se conduzcan de un modo obstruccionista a su normal desarrollo, retaceen la colaboración que exige el sendero de la buena fe y la lealtad, o procedan de forma irregular, sea en la etapa procesal que fuere.

Ha sido tal doctrina, aunada a la conocida como «teoría de los propios actos», la que ha dado muestras de avances en la maleta instrumental con la que el juez ha de contar al tiempo de dar razones para decidir como lo hace.

En materia de interrogaciones, sea a las partes o a terceros (testigos, por caso), también se han abierto puertas a la examinación cruzada o a la recepción del testimonio de la parte, dándonos cuenta de un avance en tanto ello aleja las anacrónicas formas instaladas en los códigos decimonónicos para la producción de tales pruebas.

Además, aquí, en este espacio de la construcción de la decisión, es donde se instala la regla de juicio (Micheli, 1989:188):⁴⁰ la carga de la prueba, en cuyo derrotero clásico —aquel que indica que «la carga de la prueba recae sobre quien ha alegado un hecho, sea este constitutivo, impeditivo, extintivo o modificativo», lo cual significa que tanto actor como demandado han de estar atentos a tal distribución de la carga probatoria— se ha instalado la distribución dinámica de la carga probatoria, en tanto si alguna de las partes a la que no le cabía clásicamente la carga, se encuentra en mejores condiciones para aportar la prueba, esa carga se desplaza y le cabe a quien disponga más fácilmente de la prueba y —en consecuencia— tendrá la carga de aportarla.⁴¹ Esta teoría, descalificada por quienes sostienen que configuraría un cambio en la distribución natural y clásica de la carga probatoria, la *tendencia garantista*, y que, pese a tan crítica posición y criterio, el Código Civil y Comercial le ha dado hospitalidad (De Los Santos, 2013:35) con las limitaciones que el propio Código señala, por ejemplo, agregando la advertencia del juzgador hacia las partes de que en los casos en que se ha establecido ese cambio dinámico de la carga probatoria, acudirá a tal prescripción, pudiendo hacerlo en el curso de la audiencia previa. La temática encuentra una clara vinculación con la consagración del deber de buena fe y de lealtad, del que derivan también

40 En la oportunidad, el autor señala la distribución de la carga probatoria como *derecho para la aplicación del Derecho*, de lo que resulta claro que se trata de una regla de juicio a la que el juez ha de acudir frente a la incerteza que el análisis *facto* le provoca. También concluye que se trata de una regla de naturaleza procesal instalada en el *iter* decisonal del proceso. En cambio, se ha sostenido que la carga de probar deviene de la norma material que describe el hecho sobre el que —en caso de probarse— recaerán las consecuencias que la propia norma sustancial prescribe. Ver Vargas, Roberto L., *La carga de la prueba*, Edino, Guayaquil, 1988, impreso en Colombia.

41 Ver Cecchini, Francisco C., comentario a fallo en Jurisprudencia Santafesina, N° 36/37 bajo el título de «Cargas probatorias dinámicas».

aquellas especulaciones relativas al deber de decir verdad de las partes en el proceso. (Michelli, 1998:150).⁴²

Igualmente, en el espacio de la decisión judicial se han hecho aportes inquietantes sobre su fenomenología (Price, 2012) y sobre los llamados cambios de paradigmas operados en la globalidad del Derecho, trocándolo en un terreno más amplio, más arduo, más complejo e incluso más caótico. (Lorenzetti, 2006:29 y ss.).

La exigencia constitucional de la motivación suficiente, o de la decisión razonablemente fundada, ha generado un amplio espectro de investigación referido al control constitucional —en sus dos manifestaciones clásicas (difuso y concentrado), derivándose de él el arduo problema de la interpretación— (Couture, 1989:15; Guastini, 1997:121) sea de lo fáctico, su determinación y fijación, valoración probatoria, y de la norma jurídica, con los conflictos entre valores y principios —sostenida dicha faena con la argumentación.⁴³

En este aspecto hemos de destacar que las últimas décadas han demarcado la ruta a seguir en cuanto a la difícil tarea de la interpretación normativa formulando una diferenciación: a) en cuanto a la interpretación de la ley material, ha de tomarse en consideración que desde los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se predica una hermenéutica

42 A la misma cuestión le ha dedicado su análisis Couture, Eduardo J.; *Estudios de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Depalma, T. III, 1998, pág. 235.

43 Bien que muy específicamente en la interpretación de la ley sustancial, se ha producido un avance en la necesidad argumentativa de las decisiones judiciales, fundamentalmente desde la terminación de la segunda gran guerra del siglo XX, con los juicios de «Nuremberg», y luego de la caída del muro de Berlín con aquel caso de «Guardianes del muro», dando paso al pensamiento de Radbruch: «la injusticia extrema no es derecho». Pero, esa movida de tonalidad filosófica que, como dijéramos, se enmarca en la aplicación del derecho material, abarca también al derecho procesal, en cuanto a que los jueces han de tomar en consideración circunstancias plenas, globales, y a la vez contextuales, en lo que a la integración de la decisión refiere. El sostén de tales complejas vertientes de la decisión, ha de ser la justificación, esto es, la argumentación que le acuerde basamento racional y focalizado al caso específico. Es así como las teorías argumentativas han arribado a la identificación del «juez intérprete», tal como lo desarrolla Rabbi-Balbi Cabanillas; Renato en «Argumentación jurídica y Estado Constitucional de Derecho», en *Derecho Procesal y Teoría General del Derecho*, publicación de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, dirección de Jorge Rojas, 2015. Cabe así transcribir un párrafo del trabajo citado, «la pregunta que estas perspectivas postulan, (...) es si cabe huir deliberadamente del juez aplicador y del juez creador para recalcar en el juez intérprete de, como se anticipó, todos los hechos arrimados a la causa; todas las razones (y sinrazones) vertidas en el proceso; todas las normas que integran el ordenamiento jurídico; su jurisprudencia y aportes doctrinarios que amalgaman (...) la tradición jurídica a la que pertenece y en la que actúa, de modo que la norma del caso (...) no resulte aquel texto ya escrito y conocido por todos ni, tampoco, un documento novedoso, absolutamente original. Se trata, por el contrario de arribar a una lectura que, sin traicionar su sentido originario, contemplen los ingredientes que aportan la historia, el contexto y las circunstancias de cada. Actualizando su cabal contenido».

finalista —respecto del objetivo tenido en miras por la norma— y contextual;⁴⁴ y b) con relación a la norma procesal, creemos que recordar el artículo 14 del Código modelo —ya antes citado en el Capítulo IX— reproducido en el mismo artículo 14 del Código General del Proceso (Uruguay), en los que se destaca, en el interior de su formulación, el carácter instrumental del Derecho Procesal, toda vez que indica: «Para interpretar la norma procesal, el Tribunal deberá tener en cuenta que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales». Como epígrafe de relevo, señala que ante la duda ha de recurrirse a los principios generales, y en especial del proceso.

En consonancia con ese instrumento interpretativo auxiliar, ya el Código Procesal santafesino de 1963 indica (artículo 693) que «en caso de silencio u oscuridad de este Código, los jueces arbitrarán la tramitación que daba observarse de acuerdo con el espíritu que lo inspira y con los principios que rigen la materia procesal».

En la revisión de la decisión

Asimismo, a la hora de la revisión de la decisión, se han incorporado institutos «atípicos», o —al decir de Couture— figuras mitológicas que, con la excepcionalidad de su utilización, cuando así cabe traerlos al ruedo, aportan lo suyo para posibilitar la eficacia y aun posibilitan arribar de un modo más acelerado a una decisión final.

Así, por caso, el recurso de revocatoria *in extremis*⁴⁵ y, compaginado con la llamada «reconducción de postulaciones», la elaboración del conocido como recurso indiferente, en el que se instala el brocardico *iura novit curiae* en tanto será el propio director del proceso quien reconducirá la postulación (Peyrano, 2002:99) revisora o impugnativa a su andarivel adecuado. Las dos figuras

44 Así lo destaca Morello, Augusto M. en *La eficacia del proceso*, de Editorial Hammurabi, 2001, pág. 15, con citas a fallos del alto tribunal.

45 El laboreo acerca de este recurso atípico ha sido particularmente amplio, pues se aleja de la estructura con la que tradicionalmente se lo conoce, e importa la admisión de la revisión de la decisión —sea esta de dirección en el proceso, sea de decisión aún firme por obra de la preclusión—, por parte del propio órgano que emitió el acto impugnado, y aun cuando haya estado precedido de sustanciación. Se lo ha concebido como un remedio excepcional, y destinado a evitar una demora en los tiempos procesales, achicar los costos cuando con la decisión impugnada se ha cometido un error grosero, flagrante o notablemente injusto. Ha sido Peyrano, Jorge W., quien se ha ocupado de darle sustento en el «principio de máximo rendimiento», el que, conforme él mismo lo alerta, la Suprema Corte de Justicia de la Nación recurriera en el caso «Casal» (f:328-3399). Ver del autor citado *Nuevas tácticas procesales*, Editorial Nova Tesis, 2010, pág. 113, y especialmente el aporte en la *Revista de Derecho Procesal* (1-2011), pág. 61, bajo el título de «Orientaciones legislativas en materia de reposición "in extremis"». Al analizar el recurso de revocatoria, De Benedetto, Tomás M., en *Recursos ordinarios y extraordinarios*, que publicara la Editorial Rubizal-Culzoni, 2005, bajo la dirección de Roland Arazi y con el título «Recurso de reposición o revocatoria», le ha acordado párrafos interesantes.

proviene de la creatividad pretoriana, con lo cual la falta de norma que le acuerde asiento no ha de configurar un obstáculo para su instrumentación en el caso concreto.⁴⁶

También desde la regulación de los procesos laborales, la inclusión en las normas procesales civiles del recurso o apelación diferida,⁴⁷ que significa la postergación de la impugnación hasta la revisión de la sentencia definitiva, de forma de evitar la remisión de los autos al órgano de grado e interrumpir el normal tránsito del proceso.

De la «proscripción del abuso de las facultades en el proceso» —al que se le atribuye la condición de principio procesal— deriva, conforme se ha señalado, el llamado «recurso *ad-infinitum*» (Peyrano, 2011:445). Se configura en tanto pueda observarse en la interposición «insistente, reiterada y desviada en su finalidad» de recursos o impugnaciones «deletéreas» si su interposición «envenenan el devenir natural del proceso». Estos son algunos de los instrumentos que, con sustentos razonables en su construcción y consideración, se han hecho presentes en el quehacer procesal impugnativo de hoy.

En el elenco de principios procesales

Aquellas referencias que hicieramos en el Capítulo V relativas a los principios, se han visto ampliadas puesto que se han «descubierto» nuevos principios, tales como el de máximo rendimiento (Peyrano, 2011:445; 2010:113), como derivación del más genérico de economía y celeridad, que tiene en el horizonte aprovechar todas las potencialidades que pudiera tener una actuación o un acto procesal.

Cabe referir además al principio denominado favor *procesum*, definido como «aquel que indica que en caso de duda tiene que darse o mantenerse la vida del proceso o darle viabilidad al acto intentado por quiere mantenerlo vivo, o deduzca alguna alternativa que favorezca el derecho de defensa en juicio» (Constantino, 2011:561). Resulta claro que, si la proscripción del abuso del Derecho se ha instalado como principio en la teoría general del Derecho, cabe que se lo considere del mismo modo como precipitado útil del principio de moralidad, de buena fe, y como exigencia de la lealtad dentro del espacio procesal.

Se lo ha entronizado también como nuevo principio procesal al que se denomina «no exigibilidad de otra conducta» (Peyrano, 2010:121), que representa una «dispensa de la falta de realización de una conducta cuya ausencia,

46 Consultar Carrillo, Hernán, *Sobre usos no conformes del recurso de revocatoria: la revocatoria in extremis*, edición especial bajo el título de Cuestiones procesales modernas, Dir. Jorge W. Peyrano, editado por La Ley, pág. 74

47 Frecuente admisión y regulación en los Códigos Procesales Laborales.

de otro modo, pudo haber involucrado una desventaja procesal para la parte omisa», tal como la sintetiza e identifica el autor citado.

El «principio de contextualidad» (Cecchini, 2014:343) es aquel que ha de tomar en consideración el juzgador al momento de decidir, auscultando la realidad concreta y específica de las partes en litigio en lo que, a sus circunstancias personales, pudiendo emerger de la condición social, cultural, educativa, económica que rodean a las partes, aspectos puntuales que pueden condicionar la decisión, sin desatender el sentido finalístico de la norma en la que ha de subsumir la cuestión a resolver.⁴⁸ No nos es posible dejar de referenciar el corrimiento de los absolutos, para dar espacio a las relatividades en la materia procesal —y quizás en todo el equipaje del conocimiento, y en particular el jurídico—,⁴⁹ alejándose de ese modo de la dogmática demasiado enquistada en la formación jurídica de hace algunas décadas. Así, se tiene en cuenta el dinamismo de las relaciones sociales que en el presente se ubican entre las más movilizadas de las que la historia da cuenta.

Pero no podemos menos que hacer una referencia a lo que podríamos calificar como un reverdecimiento en nuestra comarca y en Occidente de la oralidad,⁵⁰ la intermediación, la concentración, la economía, la moralidad, la celeridad y la publicidad, concebidos como principios y que a esta hora están nuevamente en la vidriera de la procesalística. Es que el profundo descreimiento de la ciudadanía en los sistemas procesales vigentes hasta este tiempo muestra un reclamo unánime de transformación y que los cimientos de tal sendero se encuentran en aquel reverdecimiento al que referimos.⁵¹

48 No está de más recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado: «las leyes no pueden ser interpretadas solo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción y esta conclusión se impone con mayor fundamento respecto a la Constitución Nacional que tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempos de su sanción», *in re* «Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ amparo», Fallos:333:2306.

49 Por caso, bueno es recordar a Benjamín Cardozo, quien, desde la perspectiva de los valores y los principios, ha profundizado en la necesidad de observar la realidad desde perspectivas diversas para que tal observación no padezca de incompleta y por tanto injusta. Ver Villamor Morgan Evans, Elisenda, «Una aproximación al pensamiento interpretativo de Benjamín Nathan Cardozo», en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/831225.pdf>

50 Ver Storme, Marcel, *Más voz y menos letra: en defensa de la oralidad en los procesos judiciales*, trad. Esther Monzó, Universitat Jaume I, España. Principia su aporte quien Presidiera la Asociación Internacional de Derecho Procesal señalando que «ni Sócrates ni Jesucristo, jamás escribieron ni una sola línea».

51 Ver por caso Picó i Junoy, Joan, «La oralidad en el proceso civil español», al exponer en el XXIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, Río Hondo, 2017. Encabezó su exposición con la frase de Chiovenda: «La oralidad es imprescindible al juez como el aire para respirar».

En torno a la figura del juez

«El derecho puede crear un sistema perfecto en cuanto a su justicia; pero si ese sistema ha de ser aplicado en última instancia por hombres, el derecho valdrá lo que valgan esos hombres». De ese modo sintetizaba Couture (1978)⁵² la más profunda de las preocupaciones a la que el Derecho, y en particular la disciplina procesal, ha de prestarle atención.

En este punto, también la procesalística de los últimos decenios ha incurrido de diversas maneras y, en muchos casos, ha ampliado las diferencias que separan a «garantistas» de «activistas». En primer lugar, se han incorporado a los sistemas judiciales mecanismos destinados a la selección de los jueces, y ello a través de Consejos cuya función, entre otras, es la de someter a quienes tienen la intención de ocupar cargos en la magistratura a exámenes o concursos en los que puedan detectarse las capacidades que se suponen necesarias para integrar la judicatura.⁵³

Paralelamente, se han expandido los cursos de formación destinados a elevar las calidades profesionales de quienes aspiran a tan altas responsabilidades. Lo que creemos que aparece aún en la columna del debe de este balance es la determinación de las calidades y cualidades morales y éticas de los jueces o de quienes aspiran a serlo.

Se han planteado debates acerca de cuáles son las facultades de dirección del juez en el proceso, entendiendo un sector de la doctrina —garantismo— que, para preservar la imparcialidad, las facultades de los jueces han de acotarse al mantenimiento de la igualdad de las partes en lo que a sus posibilidades postulativas, probatorias, alegatorias y recursivas respecta, y como consecuencia, no podrá el juez inmiscuirse en una búsqueda de la verdad a costa de su propia imparcialidad. Otro sector, —activista— acuerda al juzgador facultades de dirección de configuración más ancha, más activa, en las que se incluyen las de despachar la producción de pruebas a través de las conocidas como «medidas para mejor proveer», consagradas en la mayoría de los códigos procesales y cuyo destino es el de esclarecer la convicción sobre los hechos en debate.

La *publicización* del proceso judicial ha configurado un hito que abarca también a la visión que del juez ha de tenerse en esta hora, y acerca de ello, por caso, Ost (2007:101)⁵⁴ ha diferenciado entre aquel juez Júpiter, el juez

52 En esas cuatro conferencias pronunciadas por el prestigioso y malogrado profesor uruguayo, conforman la más preclara síntesis del fenómeno procesal. Es quizás la razón por la que insistentemente Morello reclama «volver a Couture».

53 Cucatto, Mariana, «El rol de juez en la actualidad: la formación del operador jurídico. La Escuela Judicial», y Rojas, Jorge y Quintana, María del Valle, «La función decisoria del juez en la actualidad», ambas ponencias presentadas en el XXIX Congreso de Derecho Procesal llevado a cabo en la ciudad de Río Hondo, 2017.

54 Cada uno de los modelos sintetizan la visión del Derecho desde la perspectiva del modelo de juez o —quizás— a la inversa, esto es, la actitud y posibilidades del juez según sea el modelo de la

Hércules y el juez Hermes, habiendo generado una particular influencia en esa mirada acerca del rol del juez. Más próximo a nuestra mirada procesal de la temática, se han aportado miradas específicas sobre el rol del juez en el proceso, ubicándolo como director del mismo con facultades coonestadas con una dispositividad atenuada, sobre todo en su vocación por la verdad.⁵⁵

Ahora sí, cierre final

Ha sido nuestra intención mostrar una disciplina procesal activa, molesta con la realidad y empeñada en mejorar lo que es perfectible si se agudiza el oído al modo en el que suena el sistema judicial.

Mostrar además un fenómeno cultural que ha estado presente a lo largo de los siglos de civilización como *ha sido y es el proceso*, que adquirió rostros diversos pero que hoy merece elogios si se advierte que su ductilidad y funcionalidad acuerdan hospitalidad a instrumentos, cambios y novedosas propuestas en todas sus aristas sin perder su identidad y alejándose de los dogmatismos a los que nos habituó durante siglos.

Los debates de los que hemos dado cuanta, y la diversidad de miradas, como es la creatividad e inventiva a la que hemos asistido en los últimos decenios, nos hacen suponer que el porvenir del proceso es alentador.

Creemos también que de este modo está cancelando la procesalística una deuda que mantenía desde hace años con el Derecho, lo cual satisface en alguna medida aquella inquietud que se planteaba Calamandrei al decir: «¡Cuánto ha hecho el Derecho por el proceso!, pero ¿qué ha hecho el proceso por el Derecho?».

Y no quisiéramos concluir con este aporte sin formular un interrogante destinado al debate que, sin ser original ni la primera vez que se formula, ahora con la maduración de la disciplina procesal, su adultez científica, sería útil plantear: ¿no será la hora de repensar en la unificación de las formas procesales en todo el territorio, sin caer en provincianismos que no se compatocen con la búsqueda de respuestas jurisdiccionales en términos igualitarios para todos los habitantes de la República, tomando en consideración que los contextos históricos, sociales, políticos, culturales que determinaran

concepción del Derecho. Así, siendo Júpiter el modelo que responde a la concepción del derecho como una pirámide, a partir de la cual ha de mirar el juez hacia su cúspide para la conformación de la actividad de juzgar; y en cambio Hércules se muestra como un embudo, como el paladín de la construcción de la paz social, mostrándose tal figura compatible a la concepción realista del Derecho: «*la ley dice lo que los jueces dicen que dice*». La figura de Hermes aparece como el mensajero de los Dioses, inserto en un entramado complejo de datos y una multiplicidad de fuentes.

⁵⁵ Ver ponencias de Verbic, Francisco, «El rol del juez en la actualidad»; Trionfetti, Víctor R., «Jueces de firma vs. Jueces presentes»; todas en el XXIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, Río Hondo, 2017. Asimismo, Peyrano, 2001 y 2010:37.

esa reserva de las provincias para legislar en la materia procesal han mutado notablemente, preguntándonos así si no ha decaído en su utilidad.⁵⁶

Y bien, hemos intentado dar cuenta de los esfuerzos que desde la disciplina procesal se han hecho para que el proceso efectivamente se presente en este tiempo como el instrumento de realización de los derechos, con más carga de humanismo, de moralidad y transparencia, y abundando en los valores esenciales de la sociedad de hoy.

Sabemos que nuestro aporte no ha sido original, ni mucho menos, sino que solo ha pretendido condensar en esta entrega una visualización de todo cuanto se ha avanzado en los estudios de la disciplina hacia los objetivos que claramente han de conjugar las apetencias generales, destacando que cuanto de ella sea posible extraer sirva a la sociedad todo lo que sus cultores han intentado dar, en la búsqueda de un servicio de justicia más amigable y, por ende, más confiable, y notablemente más democrático. Ese instrumento, que es el proceso, ha de ser objeto de elogios, y eso es lo que hemos pretendido.

Decía Couture, en semblanza a Irureta Goyena: «Hoy, que nuestra generación debe interpretar esa mezcla de ideal y de material, de libertad y de autoridad, de hombre y de norma jurídica, podemos decir que el sentido de la lucha no es la lucha por el derecho. El derecho no es un valor; el valor es la justicia. La lucha, entonces, es la lucha por la justicia. El día que encontremos en conflicto el derecho y la justicia, nuestro deber es luchar del lado de la justicia» (1991:184).

No habrá, tampoco, que desatender la del dramaturgo francés, Víctor Hugo, quien arengaba: «Atreveos: el progreso solamente se logra así».

56 El interrogante lo hacemos desde la perspectiva de que, por caso, Europa ha mostrado una vocación «unificadora» en tanto las normas procesales son susceptibles de aunarse en diferentes países de la Comunidad, y sin pretender aún diseñar un código único, sí unificar institutos y configuraciones legislativas que faciliten la convivencia entre aquellas naciones que componen ese conglomerado que se yergue como la construcción política más trascendente del siglo XX.

Referencias bibliográficas

- Alsina, Hugo (2016). *Fundamentos del derecho procesal*. Buenos Aires: Ediar. Obra colectiva.
- Alvarado Velloso, Adolfo (2000). *Introducción al estudio del derecho procesal*. T. I. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Berizonce, Roberto (2002). La tutela anticipatoria en la Argentina. En Grief, Jaime (Coord.). *Medidas Cautelares*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Bobbio, Norberto (1991). *El tiempo de los derechos*. Trad. de Rafael de Asís. Prólogo de Gregorio Peces-Barba. Madrid: Sistema.
- Cecchini, Ignacio M. (2013). La tutela judicial efectiva ante la urgencia de la realización de los derechos. En Ateneo de Derecho Procesal de Rosario y la Federación de Ateneos Procesales. *Nuevas herramientas procesales*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- (2014). *Referencias procesales*. Paraná: Delta.
- (2017). Reflexiones acerca de la prueba. En Peyrano, Jorge (Dir.). *Elementos de derecho probatorio*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Costantino, Juan (2011). El favor processum: ¿nuevo principio procesal? En *Principios Procesales*. T. I. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Couture, Eduardo (1978). *Introducción al estudio del proceso civil*. Buenos Aires: Depalma.
- (1991). *El arte del derecho y otras meditaciones*. Fundación de cultura universitaria.
- (1989). *Estudios de derecho procesal civil*. T. III. Buenos Aires: Depalma.
- De los Santos, Mabel (1997). La medida cautelar genérica o innominada. En *Tratado de las medidas cautelares*. Vol. IV. Santa Fe: Editorial Jurídica Panamericana.
- (2013). Las cargas probatorias dinámicas en el proyecto de código civil y comercial. En Ateneo de Derecho Procesal Rosario y Federación de Ateneos procesales. *Nuevas herramientas procesales*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Enderle, Guillermo (2005). *La pretensión meramente declarativa*. Buenos Aires: Editorial Platense.
- Fairén Guillen, Víctor (2000). *La audiencia previa. Consideraciones teórico-prácticas*. Buenos Aires: Civitas.
- Falcon, Enrique (2011). *Tratado de derecho procesal civil y comercial*. T. II. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- García de Enterría, Eduardo (septiembre-diciembre de 1991). Nuevas medidas cautelares positivas. La imposición por vía cautelara a la Administración de la obligación de continuar un procedimiento eliminando un obstáculo inicial sin apariencia de buen derecho. En *Revista de Administración Pública* (126).
- Gozzaini, Osvaldo (2005). *Los protagonistas del Derecho Procesal – Desde Chiovenda hasta nuestros días*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Gozáini, Osvaldo Alfredo (2006). *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Gozáini, Osvaldo Alfredo (2017). *El debido proceso, visto desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Guastini, Ricardo (1997). Problemas de interpretación. *Revista Isonomía* (7). Trad. de Miguel Carbonel.

- Gugliemino, Osvaldo (mayo-agosto de 2000). Medidas cautelares contra la Administración Pública. *Revista de Actualidad en el Derecho Público* (13), 100. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Landoni Sosa, Ángel (2010). Activismo y Garantismo en el proceso civil moderno. *Revista de Derecho Procesal*, «El derecho procesal en vísperas del bicentenario», número extraordinario. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Lorenzetti, Ricardo L. (2006). *Teoría de la decisión judicial*. Primera parte, La era del desorden. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Michelli, Gian Antonio (1998). *La carga de la prueba*. Trad. de S. Sentís Melendo. Bogotá: Temis.
- Montero Aroca, Juan (1994). *La legitimación en el proceso civil (intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*. Buenos Aires: Civitas, colección «Estudios de Derecho Procesal», N° 5.
- Morello, Mario A. (1994). *El proceso justo – de la garantía formal a la tutela efectiva de los derechos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- (2010). El derecho en el primer tramo del siglo XXI. *Revista de Derecho Procesal*, «El derecho procesal en vísperas del bicentenario», número extraordinario. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Nogueira, Carlos Alberto (2010). El bicentenario de la literatura procesal argentina. *Revista de Derecho Procesal*, «El derecho procesal en vísperas del bicentenario», número extraordinario. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Oteiza, Eduardo (2003). *El debido proceso*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Ost, François (2007). Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. En *Academia. Revista sobre la enseñanza del derecho*, 4(8), 101.
- Peyrano; Jorge W. (1981). *Medida cautelar innovativa*. Buenos Aires: Depalma.
- (1982). Aproximación a la teoría de las pruebas leviores. En *Estrategia procesal civil*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- (1984). *El proceso atípico*. Vol. I. Universidad.
- (2001). El perfil del juez civil del siglo XXI. En *Jurisprudencia Argentina*. Boletín del 10/10. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- (2002). Iura novit curiae procesal. La reconducción de postulaciones. En *Procedimiento Civil y Comercial, conflictos procesales*. Rosario: Juris.
- (2003). La prueba difícil. En *Jurisprudencia Argentina*, 2003-III-1089.
- (2004). *La acción preventiva*. Buenos Aires: Lexis-Nexis.
- (2010). *Nuevas tácticas procesales*. Rosario: Nova Tesis.
- (2011). Anotaciones sobre una válida derivación del principio que proscribe el abuso procesal: el llamado recurso «ad-infinitum». En *Principios procesales*. T. II. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Picó I Junoy, Joan (2004). El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, III(4), 253.
- Price, Jorge Eduardo D. (2012). *La decisión judicial*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Rivas, Adolfo (1998). Una revolución procesal. En *Revista de Derecho Procesal, Medidas Cautelares*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- (2007). *Medidas cautelares*. Cap. XV. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Rojas, Jorge (2017). Las medidas cautelares en el Código Civil y Comercial. En *Revista de Derecho Procesal* (1). Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.

- Sagües, Néstor (2016). *Compendio de Derecho Procesal Constitucional*. 2da. reimpresión. Buenos Aires: Astrea.
- Taruffo, Michelle (2008). *La Prueba. Colección Filosofía y Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Vazquez Sotelo, José Luis (2010). Instituciones saneadoras del proceso civil español: excepciones dilatorias y comparecencia previa. *Revista Justicia* (87).
- Verbic, Francisco (2008). *La prueba científica en el proceso judicial*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal–Culzoni.

Sobre el autor

En la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral se ha desempeñado como Jefe de trabajos prácticos, Profesor adjunto y Profesor ordinario de Derecho Procesal. En la Facultad de Derecho de Universidad Católica de Santa Fe, como Profesor de Teoría General del Proceso.

Ha sido secretario penal de la Justicia Federal, juez de primera instancia en lo Civil, vocal del Tribunal colegiado de Familia y de la Cámara de Apelaciones de Circuito.

Autor de numerosos libros y de artículos de doctrina, vinculados a la materia procesal.

Integrante de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, del Ateneo de Derecho Procesal del Litoral. Ha participado en comisiones de reforma al Código Civil y Comercial de la Provincia.

Asistente a seminarios, congresos, jornadas sobre la materia, en la Argentina y en el exterior. Expositor en numerosas conferencias, charlas y cursos afines.

A partir de un repaso histórico del proceso, el autor avanza en los aspectos esenciales que lo configuran, mostrando las virtudes y, al par, las que llama «infidelidades» que se han instalado en su dinámica. Intenta el autor saldar —en lo posible— la deuda que plantea Piero Calamandrei a partir de aquella exclamación: «¡Cuánto ha hecho el Derecho por el proceso!», y enseguida se preguntaba: «¿Qué ha hecho el proceso por el Derecho?».

Es oportuno recordar a Jefferson: «Ninguna sociedad puede hacer una Constitución perpetua o aun un Derecho perpetuo. La tierra pertenece siempre a la generación viviente», pues reclama el autor la necesidad de un constante perfeccionamiento de los sistemas procesales, y en ello encuentra los motivos de los elogios.