

Problemas actuales del Derecho Procesal

Garantismo vs. Activismo judicial

Por

OSVALDO ALFREDO GOZAINI

2.002

Dedicado a:

La escuela procesal de La Plata y al maestro Augusto Mario Morello

Problemas actuales del derecho procesal

Garantismo vs. Activismo judicial

Por Osvaldo Alfredo Gozaíni *

INTRODUCCIÓN GENERAL

1. Balance de situación

Decir que la situación de la justicia latinoamericana atraviesa malos momentos no constituye novedad alguna; es más, hasta se podría afirmar que es una constante que no ha sabido de buenos tiempos, desde que ellas se manifiestan en las críticas permanentes que se profieren.

Pero también esto no es cierto, porque pese a sus fisuras, contrariedades, falta de estímulos, entre muchos otros desconciertos, nuestros jueces y nuestros abogados han sabido evolucionar, y mostrar permanentemente con hechos el desarrollo y el progreso hacia una justicia más efectiva.

Es cierto que la realidad cotidiana nos enfrenta con situaciones que poco tienen que ver con la seguridad y eficiencia que de todos los operadores jurídicos se espera; también lo es que las estructuras de todo tipo (edilicias, científicas y humanas) que actúan dentro del sistema judicial dejan bastante que desear; y sin embargo, al mismo tiempo, hay muestras manifiestamente evidentes de que Argentina crece y es ejemplo en Latinoamérica, por nuestros jueces, por nuestros juristas, por nuestra legislación, y en definitiva, por los impulsos permanentes para ver más allá de lo fatídico que parece no tener solución.

Argentina no tiene paralelos en América Latina -a excepción de México-, con relación al modo de resolver los conflictos entre personas. Cada provincia dispone de una Ley Fundamental (Constitución) y de un Código Procesal (Civil y Penal, como mínimo). La conflictividad se resuelve así en sistemas orales, escritos y mixtos; con recursos ilimitados o casación restrictiva; beneficiando la inmediatez judicial o confiando en los

* Argentino; nacido en la ciudad de La Plata, pcia. de Buenos Aires, el 12 de febrero de 1955. Abogado por la Universidad Nacional de La Plata (1978) y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires (1987). Tiene publicados veintiocho libros propios en la especialidad de Derecho Procesal, y Derecho Constitucional; y otra veintena de libros en colaboración, algunos de ellos dirigidos especialmente para un área temática (v.gr: recursos, caducidad de la instancia, hábeas data, etc.). Ha escrito más de doscientos (200) artículos de doctrina, entre ensayos, monografías, comentarios de jurisprudencia y análisis de casos. Colabora con los diarios de circulación nacional argentinos: Clarín, El Día (La Plata), La Prensa y La Razón; y las revistas periodísticas Noticias, Negocios, Urgente 24 hs., entre otras. Ha prologado seis libros de autores nacionales. Es profesor titular por concurso de Elementos de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ha sido Director de la Carrera de Abogacía y Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Belgrano (1993/2000). Ha dirigido y dirige actualmente más de 20 tesis de Doctorados y Maestrías. Fue premiado varias veces por los trabajos e investigaciones realizados en temas como "Intereses y Derechos Difusos", "Legitimación del Defensor del Pueblo", "Defensa del Consumidor" y "Títulos ejecutivos, medios de acelerar el cumplimiento". Ha dictado conferencias en el país y el exterior (Uruguay, Perú, Colombia, Brasil, Venezuela, Costa Rica, Panamá, México, Estados Unidos, España e Italia). Fue Investigador principal de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Es miembro titular de varias entidades docentes, profesionales y académicas, destacándose sus participaciones como miembro del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (Asamblea de Delegados 1999/2002); y en la presidencia del órgano de capacitación judicial "Foro de Estudios de Derecho".

funcionarios o auxiliares; actuando la ley o persiguiendo la equidad. En suma, los modelos se aproximan pero no se identifican como comunes.

Este no es un detalle menor, aunque los problemas suelen tener simetrías entre cada jurisdicción. Hay casos auténticamente paradigmáticos como ocurre con la provincia de Buenos Aires, que bajo un modelo procesal del siglo XIX resuelve las crisis de su población colocándolos en un molde idéntico, cuando el centro no tiene relación con la costa, o el conurbano bonaerense no se puede medir con la controversia típica del sur de la provincia. En los hechos, el Gran Buenos Aires se influye e influye con la Capital Federal, sin embargo entre ellos, el sistema de enjuiciamiento es diferente, y hasta totalmente distinto como sucede en los conflictos laborales.

También es verdad que las leyes no ayudan en algunos tópicos particulares de modo que puedan generar confianza en los mecanismos de resolución de controversias; en realidad, algunas leyes propician la especulación (como sucede con los pedidos de quiebra, o los concursos autoconvocados), el desánimo (accidentes de trabajo; juicios de desalojo; ejecutivos, etc.), la incredulidad (jurisdicción penal en prácticamente todo el sistema), entre cuantas más circunstancias que no es momento de analizar.

Este ensayo pretende abordar únicamente el dilema de la confianza institucional, una suerte de manifestación sobre la crisis de respaldo que la justicia expone a los demás, y en particular, la erosión del sistema previsto para el control de constitucionalidad. Es decir, ¿cómo se puede fortalecer un sistema judicial, cuando ni los prestadores del servicio están conforme con lo que tienen y pueden llevar a cabo?, y los destinatarios (en definitiva, la gente) no respetan la magistratura ni ella les merece confianza. ¿Cómo es posible que la justicia mediática sea preferible a la que el Estado aporta?

Está implícito en este cuestionamiento la manera como nos relacionamos, jueces y abogados con la gente, dando por cierto que asumimos un lenguaje original, estructurado y poco receptivo con el usual lenguaje del hombre común.

¿Donde comienza la polémica?

2. Los jueces ¿aplican la ley o hacen justicia? Acaso ¿no es lo mismo?

El derecho procesal tiene entre sus pilares fundacionales explicar el deber de los jueces y los poderes que estos tienen en el proceso judicial.

La teoría procura mostrar las opciones a valorar, y así las polaridades se reflejan entre quienes opinan que los jueces deben aplicar la ley sin importar que ella sea injusta, porque en definitiva, una norma es la expresión de la voluntad general, lo que el pueblo quiere a través de sus representantes y, si tienen éstos legitimidad popular, no pueden los jueces convertirse en legisladores al anular la ley o invalidarla en sus fallos. Un Juez que no aplica la ley -se dice- comete prevaricato; no garantiza ni afianza los preceptos constitucionales.

Otros, en cambio, han dicho que es preferible asignar a la función jurisdiccional el "decir el derecho" (*juris-dictio*), esto es, que se diga en el conflicto entre personas quien tiene razón para obtener una sentencia favorable; y si la ley invocada para una u otra parte apoya la decisión, pues mucho mejor, pero no es lo esencial. Lo más importante es que se haga justicia, observando la equidad antes que aplicar el brocardo "*dura lex sed lex*".

En realidad -dice Lorca Siero- lo distintivo de juzgar es entrar a valorar el hecho y la norma, adecuándolos a la visión personal del que enjuicia. En este orden, enjuiciar es hacer un ejercicio de racionalidad. Aquí estriba el elemento diferencial de la simple

aplicación de la ley en su proceso de ejecución: no hay racionalidad porque viene dada previamente (*Los Jueces y la Constitución*, Madrid, 1999).

Ahora bien, entre una u otra idea no hay tanta distancia, a no ser que se crea que toda ley es injusta, o se persiga lograr desde la sentencia justicias individuales.

La acción de juzgar es, en definitiva, el desenlace esperado por los justiciables. El fin de los movimientos técnicos que los abogados y las partes han cubierto procurando persuadir al Juez de sus respectivas razones.

La polémica que actualmente se instaura interpreta que la cuestión puesta en escena, en realidad es más grave que el conflicto teórico que se plantea. Se afirma que se trata, nada más ni nada menos, de preservar a la Constitución y su régimen de garantías judiciales.

Ya no es únicamente el dilema del Juez que aplica una ley injusta, sino la dimensión que adquiere el pronunciamiento judicial que contiene un alto contenido de subjetividad postergando los preceptos centrales de una ley fundamental.

Decía Radbruch que el conflicto entre justicia y seguridad jurídica pone de manifiesto la tendencia a establecer la preferencia de la ley del poder aunque sea injusta, salvo que el conflicto entre ley y justicia llegue a ser tan insoportable que ceda en favor de ésta última (*Arbitrariedad Legal y derecho suprallegal*, Buenos Aires, 1962)

¿Es cierto que los jueces que aplican su criterio de justicia son autoritarios?

3. Proceso y Constitución

Para resolver la verdad de tan rotunda afirmación, es preciso entonces observar como se relacionan el proceso y la Constitución, para ver si el primero puede afectar al segundo al punto de semejante desatino.

Las leyes fundamentales de cualquier Nación constituyen la guía del ordenamiento jurídico. Son los principios y valores supremos que se persiguen para la formación institucional y, por eso, cada Constitución es la Ley Superior que tiene primacía sobre cualquiera otra disposición.

La supremacía de la Ley Fundamental obliga a las leyes de inferior jerarquía a respetar sus mandamientos; esto está claro y apenas tiene alguna diferencia de criterio cuando se trata de interpretar la influencia de los Tratados y Convenciones Internacionales que se incorporan al derecho interno y pueden, de alguna manera, modificar algunos preceptos constitucionales.

En el caso de Argentina, el artículo 75 inciso 22 de la Constitución no tiene interpretaciones secundarias respecto al lugar que asigna a los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos, dándoles un lugar preponderante, con una jerarquía superior a las leyes.

Con este marco de presentación, surge la noción de "debido proceso", el cual no ha sido indiferente a la influencia supranacional, porque cuando estuvo contemplado desde los preceptos garantistas del artículo 18 -antes de la reforma constitucional de 1994-, siempre se afirmó en la noción invulnerable del derecho a la defensa en juicio, mientras que con la incorporación de los tratados y convenciones apareció un ingrediente antes no previsto, como es la idea de la "jurisdicción transnacional" que aporta reglas y principios

comunes para todos los Estados partes que deben articular sus normas internas con los postulados de los derechos humanos.

En resumen, si tenemos en cuenta que el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional argentina establece la complementariedad de estos tratados y convenciones supranacionales con las garantías y derechos reconocidos en la primera parte de la ley superior, queda demostrado que todas las garantías enumeradas deben formar parte de los mínimos requeridos para el debido proceso legal.

De este modo, las relaciones entre el proceso y la Constitución no son ya tan lineales como antes, cuando se afirmaba que el proceso debido era el que respetaba el derecho de defensa y aplicaba el principio de razonabilidad (seguridad jurídica) en las decisiones.

¿El debido proceso ha cambiado? ¿Son iguales sus contenidos?

4. Debido proceso

Para una mejor interpretación, es conveniente regresar a la doble lectura del principio establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional, de modo tal que, por una parte deben analizarse las condiciones previstas para la seguridad personal y las garantías individuales; y por otra, las que en todo proceso judicial deben mantenerse vigentes.

La defensa en juicio supone varias cuestiones esenciales. Entre ellas se encuentran: el resguardo para el acceso a la justicia (derecho de acción), que otorga un procedimiento y un juez o tribunal para que lo tramite (derecho a la jurisdicción), y que en su amplia conceptualización se integra con los siguientes derechos:

- a) Derecho a un proceso rápido, sencillo y eficaz
- b) Derecho a un proceso con todas las garantías de imparcialidad y justicia.
- c) Derecho a la prueba y a los recursos, o en otros términos, a la regularidad de la instancia.
- d) Derecho de acceso a la justicia, sea como garantía para ser oído en cualquier circunstancia, o como cobertura asistencial para el carente de recursos.
- e) Derecho a ejecutar de inmediato lo resuelto.

Mientras que el *procedimiento penal* contrae algunas garantías especiales, como son:

- a) La presunción de inocencia
- b) A ser informado en el idioma del inculpado de las causas de la acusación
- c) Derecho al abogado o a la autodefensa
- d) A ser juzgado sin dilaciones indebidas
- e) Derecho a la prueba, y a recurrir la sentencia condenatoria
- f) Derecho a la indemnización por error judicial

Hemos desarrollado estas cuestiones en otra obra, pero sirven de recuerdo y afirmación para desarrollar la idea sobre cuáles son las novedades que van surgiendo en el

terreno procesal, que sigue abonado a concepciones antiguas y poco receptivas de estos reclamos sociales.

¿Cómo influyen estas ideas en una reforma procesal?

5. El proceso como garantía

El proceso se integra, necesariamente, con dos partes antagónicas y un tercero imparcial que resolverá con poderes suficientes para dotar su decisión de las notas de definitividad y fuerza compulsoria propia. Es decir: poder y autoridad, componen este aspecto de la práctica judicial.

Para que dicho imperio y "*autorictas*" no excedan límites tolerables, el procesalismo pone la valla del principio de razonabilidad, el cual supone que toda la actividad jurisdiccional se moviliza bajo la legalidad del obrar y fundamentando adecuadamente cada una de sus resoluciones.

Estas son garantías debidas al justiciable que se integran en la noción de "debido proceso formal (o procesal). Mientras que la otra faceta del "proceso debido" que refiere a lo sustancial o material del principio, se manifiesta en el conjunto de exigencias procedimentales que deben garantizarse a cualquier persona que exige el cumplimiento de sus derechos y libertades.

En sus comienzos, el derecho de entrada al proceso (acción, pretensión y demanda), el derecho a ser oído, así como las garantías del Juez predeterminado, la independencia del órgano y su imparcialidad, entre otras, eran vistas como partes del "debido proceso sustancial", actualmente pareciera mejor incluirlos dentro del "derecho a la jurisdicción", por el cual la garantía se amplía al trascenderla del reducto procesal, tal como vimos en el capítulo anterior.

Hoy día, se han ampliado notablemente los deberes de la jurisdicción y, en su consecuencia, los límites de la llamada *tutela judicial efectiva* no se sostienen únicamente en el respeto por el derecho de defensa en juicio.

Precisamente, esta lectura de vanguardia conspira contra el modelo clásico de la estructura procesal y abre brechas que resisten el ímpetu de estas realidades que emergen del reclamo social antes que de una ilusión teórica sin fundamentos.

Por ello, el modelo tradicional que discutió si el proceso era solo cosa entre partes donde el Juez asistía al debate para luego definir con su sentencia el derecho aplicable a uno u otro; y la renovación que trajo la llamada publicización que le asignó al Juez mayores poderes y deberes, obligándolo a dirigir el conflicto para encontrar la verdad real antes que la confirmación de una u otra de las versiones de las partes; entre ambos modelos existen aproximaciones y diferencias que conviene informar para que a nadie lo tome por sorpresa esta supuesta afectación a la Constitución Nacional y sus principios.

No obstante, debe quedar en claro que si hablamos de garantías constitucionales, en definitiva, no hay más garantía que el proceso judicial porque será éste el que en definitiva persiga la consagración de los derechos y libertades que trae la Ley Fundamental.

Derecho Procesal Garantista

6. ¿Qué sostiene el llamado derecho procesal garantista?

Conceptúan que el proceso judicial se basa y argumenta desde la Constitución, de modo tal que a nadie se le puede privar del "debido proceso adjetivo", lo que supone

entablar un conflicto entre dos partes, en igualdad de condición y de oportunidades, frente a un tercero imparcial (independiente) e imparcial (que no ayuda ni beneficia a ninguna de las partes) que resuelve la controversia.

Este Juez que dirige el debate dialéctico entre las partes debe garantizar permanentemente la bilateralidad y el derecho a la contradicción, porque esa es la base del sistema (alguien que pide ante otro que consiente, acepta o discrepa, y frente a alguien que decide).

El proceso es un problema entre partes, y de este modo, cualquier conflicto celebrado ante Jueces o Tribunales, se rige por el principio dispositivo, según el cual, *nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio*, es decir que no hay proceso sin petición de parte, y no puede el Juez promover él mismo un conflicto entre partes.

Al ser el litigio "cosa de partes" solamente éstos aportan los hechos y afirman las realidades. Estas deberán ser confirmadas o verificadas, y el Juez resolver *secundum allegata et probata*, es decir, según lo alegado y probado por las partes.

La prueba de las partes se convierte en una suerte de juego de persuasiones, porque hay que convencer al Juez de la razón, antes que demostrarle la verdad auténtica de las realidades.

Cuando desde otra perspectiva se dice que esto es por demás peligroso porque deja al proceso como un juego de ficciones, donde quizás ninguna esté diciendo la verdad (por ejemplo: un juicio de divorcio), se indica la conveniencia de auspiciar en el Juez iniciativa probatoria, de modo que él pueda requerir de las partes la prueba que necesita para encontrar la verdad.

A esta iniciativa el garantismo dice: "estas ideas llegan del código italiano de 1940, heredero de un ideario fascista, y con una clara tendencia publicista, autoritaria e inquisitiva" (Cfr. Franco Cipriani, *Ideología y modelo del proceso civil*, editorial científica italiana, 1997).

Montero Aroca dice que frente a la idea de que el proceso es cosa de partes, a lo largo del siglo XX se ha ido haciendo referencia a la llamada publicización del proceso, estimándose que esta concepción arranca de Klein y de la Ordenanza Procesal Civil austríaca de 1895. Las bases ideológicas del legislador austríaco, enraizadas en el autoritarismo propio del imperio austro-húngaro de la época y con extraños injertos, como el del socialismo jurídico de Menger, puede resumirse en estos postulados: 1) el proceso es un mal, dado que supone una pérdida de tiempo y de dinero, aparte de llevar a las partes a enfrentamientos con repercusiones en la sociedad, y 2) el proceso afecta a la economía nacional, pues impide la rentabilidad de los bienes paralizados mientras se debate judicialmente sobre su pertenencia.

Estos postulados llevan a la necesidad de resolver de modo rápido el conflicto entre las partes, y para ello el mejor sistema es el que el Juez no se limite a juzgar sino que se convierta en verdadero gestor del proceso, dotado de grandes poderes discrecionales, que han de estar al servicio de garantizar, no sólo los derechos de las partes, sino principalmente a los valores e intereses de la sociedad.

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

Dice Benabentos (*Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*, editorial Juris, Rosario, 2001) que en ese nivel de discusión, se ha llegado a sostener la conveniencia de suprimir el principio de iniciación del proceso a instancia de partes, como se hizo en los países comunistas.

"Naturalmente -agrega- que en el mejor desarrollo del proceso civil está interesado el Estado es algo obvio, y lo es tanto que no ha sido negado por nadie, pero desde esta obviedad no puede llegarse en el razonamiento posterior a la conclusión de negar la plena aplicación del principio dispositivo en el proceso civil, pues ello implicaría negar la misma existencia de la naturaleza privada de los derechos subjetivos materiales en juego".

Sobre esta argumentación, el garantismo sostiene que los jueces inspirados en la publicización en realidad esconden un autoritarismo manifiesto que se hace mucho más evidente en los procesos penales.

"El fenómeno de la publicización se ha basado -entiende Benabentos- en una gravísima confusión entre las facultades materiales y las facultades procesales de dirección del proceso. Una cosa es aumentar los poderes del Juez respecto del proceso mismo (en su regularidad formal, en el control de los presupuestos procesales, en el impulso, por ejemplo) y otra, aumentarlas con relación al contenido del proceso y de modo que pueda llegarse a influir en el contenido de la sentencia".

En alguna medida, el garantismo no cuestiona la dirección procesal que se manifiesta en acciones propias del impulso procesal, el control de la conducta de las partes, las facultades disciplinarias, el control de la admisión formal y sustancial de la demanda, la regularidad de los presupuestos procesales, entre otras facultades generadas por la publicización. En cambio, se opone rotundamente a que el Juez se entrometa en el material litigioso, en la investigación de los hechos, en la determinación de prueba no ofrecida por las partes, en la declaración de la existencia de un derecho que no tenga previa contradicción, en la inversión de reglas procesales como la carga de la prueba.

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

7. ¿Qué es la publicización?

El proceso judicial tiene dos variables. Por un lado se puede interpretar que es una actividad política del Estado por medio de la cual ejerce el poder de resolver el conflicto que tienen las personas que habitan en su suelo. Ese poder es una derivación de la confianza de las personas que antes resolvían por sí mismas las diferencias (siendo una evolución que va desde la venganza privada a la confianza en un tercero que puede ser el más anciano, el buen padre de familia, el jefe del clan, etc.), y por ello, la recepción de esa delegación del poder de juzgar se convierte, al mismo tiempo, en un deber inexcusable.

Por otro lado, el proceso judicial es una garantía constitucional. Preexiste al conflicto y es la reserva de justicia que tiene asegurada cualquier persona cuando encuentra que sus derechos están afectados. Esta garantía puede ser vista desde un modelo estanco y simple, que asegura el derecho de defensa en juicio y con ello, dejar en manos de las personas el ejercicio activo de esa defensa y en el poder del Estado la facultad de ofrecerle un instrumento, medio o lugar donde debatir en igualdad de condiciones y bajo un sistema de absoluta imparcialidad. O bien, se puede exigir del Estado algo más, es decir, que la justicia que ofrece sea útil y efectiva. Que no se destine a un formalismo simplista de dar u ofrecer el instrumento o medio de debate, sino que esos jueces estén atentos y vigilantes al contenido de la contienda, para dar un servicio activo, basado en la prudencia, donde la oportunidad y la justicia deben llegar juntos. Es decir, el proceso judicial es una esperanza que no se puede desvanecer por su ineptitud para llegar a tiempo con sus respuestas.

Desde esta perspectiva, el modelo clásico del litigio ha sido siempre estructurado en tres etapas, donde superada una no es posible regresar a ella (salvo el supuesto de nulidades absolutas), debiendo pasar a otra hasta llegar a la sentencia que culminará, en cada caso, la instancia.

Las normas de procedimiento, esto es, las reglas técnicas no son de suyo, de orden público; algunas sí, pero por regla general ello no sucede y compete a los jueces decidir, en cada caso, si los derechos en juego son o no renunciables.

El juego de etapas tiene consideraciones distintas entre las teorías en juego, que después se analizarán.

En lo que respecta a la etapa probatoria, conviene apuntar que si bien con algunas reserva como para sostener que existan actualmente dos conceptos enfrentados, podemos señalar que el criterio de considerar a la prueba como objeto de demostración se ha puesto en duda para entenderla como mecanismo de confirmación.

Es decir que se abandonaría la idea tradicional de investigación de la verdad para dar lugar a la verificación de las afirmaciones. En esto el abogado desarrolla el principal rol, al tener que averiguar previamente para afirmar en su demanda la pretensión que promueve y obtener sentencia favorable si confirma el contenido de su postulación.

Para ser claros, al oponer los conceptos de averiguación y verificación no queremos decir que los términos estén contrapuestos, sino que tienen significados diferentes, pero que son indudablemente complementarios porque el prefijo latino "a" significa caminar hacia algo y verificar significa caminar hacia la verdad. Entonces, si averiguar significa caminar hacia la verdad, verificar significa presentar esa verdad. Siendo así, primero se averigua y después se verifica, con la necesaria advertencia de que la etapa de averiguación no constituye actividad probatoria, sino procedimiento previo, pero actividad procesal al fin.

En este sentido, se dice que al juez no se le puede pedir que averigüe porque no es esa su misión; hay que darle o presentarle, esto es, afirmarle los hechos averiguados. Y hay que ofrecerle elementos que prueben que esa averiguación ha sido correcta. Realizar tal labor anteprocesal o preprocesal es función del particular o de la policía; normalmente, del primero en cuanto al proceso civil y de la segunda en cuando al derecho penal.

La base de la doctrina estaría en la actividad exclusiva del abogado, y en el rol espectador del Juez. Este, asistiría al conflicto de intereses suscitados entre dos partes sin tener posibilidad de instruir oficiosamente, dado que de admitirse, quebraría el juego limpio que supone otorgar disponibilidad a los litigantes para confirmar cada uno el aserto que porta su pretensión. El activismo judicial, violaría las reglas de bilateralidad y contradicción.

En definitiva, la publicización fue el pasaje del proceso en manos privadas, hacia el interés público. El quid no está asentado, desde entonces, en la mera facultad de ejecutar lo juzgado, sino en un conjunto de atribuciones que dinamizan la función jurisdiccional convirtiéndolo en director del proceso.

8. La autoridad y el autoritarismo

El tema que nos ocupa es uno de aquellos que mayor fascinación trae a la doctrina, porque de sus respuestas depende, en gran medida, el tipo político de proceso que se diseña.

El garantismo sostiene que el Juez no puede tener poderes de conducción que afecten los derechos subjetivos de las partes, es decir, que a partir del decisionismo se

resuelvan situaciones de derecho que debieron ser las partes quienes las articularan y defendieran en idéntica situación actitud de bilateralidad y contradicción.

El principio extrema la regla según la cual el Juez no puede actuar si no es a pedido de parte (*ne procedat iudex ex officio*).

A este primer tipo de intervención suele denominarse: *Juez espectador*, y desde el plano de política procesal se acuña como modelo de ideología liberal, conforme al cual el órgano jurisdiccional debe mantenerse ajeno al conflicto privado para situarse distante e imparcial. Sólo las partes generan y producen la prueba que hace a la demostración de sus respectivas informaciones sin que tenga el Juez actividad investigadora.

Ahora bien, la publicización del proceso modificó este cuadro de presentación que contundentemente sostiene el garantismo.

El Juez neutral, dijimos, fue llamado Juez espectador, por su característica de agente pasivo que asiste al conflicto entre partes tomando de uno y otro la razón que afirme un criterio que incida en su fallo definitivo.

A esta singularización se enfrenta el denominado *Juez dictador*, propio de Estados autoritarios donde predominan el principio de investigación o de aportación de hechos por parte del mismo órgano jurisdiccional.

Este sistema interesa el fenómeno de la desprivatización absoluta del proceso, ingresando no sólo en terreno de lo puramente adjetivo, sino también, en cuanto ocupa al derecho subjetivo (o material).

En una concepción intermedia, sin generar el antagonismo que presuponen las corrientes anteriores, se habla del *Juez director*.

Este sería un magistrado que potencia sus poderes de iniciativa y dirección. Respecto a la instrucción se confirma el papel activo que le toca asumir en el proceso, confiéndole una amplia iniciativa en la verificación de los hechos relevantes para la solución del litigio, tal como fue sometido a su conocimiento, es decir, sin rebasar los límites que marca la *litis contestatio*.

En líneas generales, se robustece el juzgamiento más que la composición, esto es, se dota al juez de poderes - deberes de investigación, sin asignarle otro cuadro que no sea el que las partes concretan.

El uso de estas facultades provoca cierto conflicto con la imparcialidad, la cual resulta respondida con los fines objetivos que persigue el proceso: falla conociendo la verdad más próxima a lo verdaderamente ocurrido (verdad jurídica objetiva).

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

9. El principio dispositivo y la iniciativa probatoria de oficio

Si el dualismo que enfrenta la conducción y dirección del proceso muestra, de alguna manera, el diseño político institucional del ordenamiento adjetivo; al principio dispositivo y la iniciativa de prueba en el Juez, le cabe resolver una cuestión metodológica.

El principio dispositivo cuenta con un bagaje de presupuestos que no lo instalan solamente en el campo de la prueba; sus condiciones y manifestaciones estructuran una experiencia propia que llega, inclusive, a resolver problemas sobre la naturaleza pública o privada del proceso.

Quizás por esta característica, el principio suele interpretarse al conjuro de esa confrontación procesal, como si de ello dependiera la pertenencia del proceso y su adscripción a una corriente determinada. La polarización entre el proceso como "cosa de las partes", a veces, consigue idealizarse en la tipología de lo dispositivo; pero el proceso, como "cosa pública" no tiene réplica contra la disposición del objeto procesal.

El principio dispositivo, a nuestro criterio, debe reducirse a la libertad que tienen las partes en el proceso civil, para deducir de ese marco la esfera de derechos, deberes, posibilidades y cargas que acondicionan el inicio y el desenvolvimiento procedimental.

En puridad de conceptos, el principio dispositivo persigue que sean las partes quienes proporcionen los fundamentos para alcanzar la sentencia, a partir de los autos de postulación, demostración y alegación; de modo tal que, sea consecuencia de ello que el Juez debe tener por verdad lo no controvertido.

La disposición involucra numerosos aspectos que pueden resumirse en dos direcciones: una dirigida hacia la relación jurídica sustancial que traba el proceso; y otra focalizada a lo puramente procedimental o formal.

El primero contiene, los mecanismos de disponibilidad de los hechos e intereses que se portan al proceso con su incidencia en la transformación y extensión del mismo; el restante, atrapa el desenvolvimiento, y la serie de actividades tendientes a probar y alegar.

El principio dispositivo en sentido material (disponibilidad de los derechos) se presenta por los aforismos "*ne procedat iudex ex officio*", y "*nemo iudex sine actore*". En ambos casos supone la libertad de incoar al órgano jurisdiccional sin restricciones de acceso.

La postulación del derecho determina el interés concreto que se tiende tutelar; por su parte, la contestación de la demanda fija el contenido litigioso, de modo tal que el objeto procesal dispuesto por los contradictores se cuadra en los límites que fijan la pretensión y la resistencia.

Si son las partes quienes disponen del material en disputa, son ellas también quienes pueden modificarlo, transformarlo, o extinguirlo. Por eso, puede el demandado allanarse a la pretensión y someterse voluntariamente a las exigencias deducidas en el juicio. También el actor está facultado para desertar del proceso, debiendo contar con la anuencia de la contraparte si el litigio estuviese notificado; ambos pueden transigir, o componer el conflicto ante terceros elegidos (amigables componedores, árbitros, juicios de peritos, etc.).

Asimismo, como la disposición del objeto supedita la actuación del órgano jurisdiccional en los límites de la demanda, también la sentencia está recortada a pronunciarse dentro de esa parcela, sin ir más allá (*ne eat iudex ultra petita partium*) ni por menos de lo pedido (*citra petita*).

El castigo por sentenciar con alguna de estas deficiencias, es decir, resolviendo fuera del marco de congruencia con los hechos litigiosos importa la nulidad del decisorio.

La única libertad que ostenta el Juez radica en el conocimiento y aplicación del derecho, provocando con esta facultad la calificación jurídica del hecho (*iura novit curia*) y la deducción de los efectos consecuentes a partir de las previsiones legales dispuestas.

La característica anticipada por la cual el principio favorece el interés de las partes, determina que la sentencia lograda sólo pueda impugnarse por quien sufre el agravio, es decir, la diferencia negativa entre lo que pidió y fue resuelto. También este principio fija los límites de la intervención de la alzada por cuanto sus facultades de revisión no pueden exceder el marco de la queja (*tantum devolutum quantum appellatum*).

Atendido en su aspecto formal el principio dispositivo informa el proceso civil en distintas etapas de su secuencia. El impulso de las instancias y la aportación de la prueba, especialmente, son ejemplos de esta previsión.

Referir al impulso procesal dentro del principio en comentario lleva a relacionarlo con un modelo de proceso donde el interés privado supedita la actividad jurisdiccional.

La distinción efectuada entre proceso público y proceso privado cobra en la especie una significativa trascendencia porque faculta la injerencia del órgano en la continuidad y celeridad del proceso cuando se ventila una cuestión que importa atraer el interés público.

Por ejemplo, en los procesos penales y laborales, se privilegia la actividad oficiosa por la naturaleza de la cuestión, desplazando el impulso de los actos hacia el tribunal. En cambio, cuando no existen esas consideraciones sociales, el monopolio de la rapidez en la marcha del juicio reposa en la voluntad exclusiva que las partes dispongan.

La mayor preocupación del principio dispositivo radica en la aportación de la prueba, toda vez que, estando a los lineamientos teóricos puros, solamente las partes pueden allegar los medios de confirmación que pretenda desarrollar, sin que el Juez tenga posibilidad alguna de investigación oficiosa (*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*).

El giro hacia la toma de posición directa del Juez en el proceso, muestra como la historia recorre esa visión estática del Juez espectador en oposición al Juez inquisidor del absolutismo, o del Juez dictador de algunos regímenes totalitarios. El tramo final de este camino lo cubre el rol activo del órgano judicial para convertirse en el Juez director.

La iniciativa probatoria no desnaturaliza el principio dispositivo, sino que coexiste con él. En materia probatoria referimos al principio respecto al poder de disposición de los elementos de convicción, sin interesar la relación jurídica procesal.

El producto que se obtiene de esta evolución, no es político como lo entiende GUASP, sino de técnica procesal porque facilita alcanzar los resultados axiológicos del proceso sin someterse a los designios interesados de las partes.

Es cierto que la verdad quizás nunca se alcance en su trascendente y significativa dimensión, pero la aproximación que consigue el Juez a partir de su decisión y compromiso con ella permite avizorar un decisorio más cercano a la justicia y de bases más reales que las expuestas por los litigantes.

10. Las medidas para mejor proveer

Las medidas para mejor proveer responden al principio de autoridad en el proceso desde que entroniza la figura del Juez como rector del instituto. Pero también estas medidas proponen esclarecer hechos, en controversia, de modo tal que, en principio, no puede suprimir la contradicción inicial en base a investigar contingencias o aportar medios que no fuesen ofrecidos por los litigantes. El principio de igualdad quedaría indefenso si el

Juez obrara abusando de la discrecionalidad que obtiene, llegando a ser parcial y sin la debida distancia que caracteriza su gestión desinteresada.

Se afirma también que el órgano jurisdiccional verifica sin averiguar; esto es, comprueba pero no inquiere, porque esas son obligaciones (cargas) del propio interés.

Empero tal rigidez debe instalarse en la distinción imperiosa entre fuentes y medios de prueba, porque unos responden a la disposición de las partes, y otros son resortes exclusivos del órgano judicial.

GUASP decía que el Juez no podía ir en busca de testigos porque no los conoce, y aun conociéndolos lo sabe por declaraciones que los señalan; en cambio, las otras pruebas: confesión, documentos, peritajes, reconocimiento judicial, preexisten al proceso y llegan a él como fuentes que el propio magistrado adopta para su práctica (*Derecho Procesal Civil*, editorial Instituto de Estudios Legislativos, Madrid, 1957, pág. 328))

Las providencias en comentario ostentan, en nuestra opinión, una particularidad inicial que las contiene: ellas no pueden suplir la negligencia de las partes, pero tampoco pueden evadir, a sabiendas, el compromiso hacia la verdad y la justicia.

Las etapas a superar estribarían en el ofrecimiento, la producción, y la incorporación oficiosa de una prueba que propicie el esclarecimiento definitivo de los hechos.

Por eso interpretamos que, aun ante la ausencia de prueba ofrecida, puede el Juez convocarla y producirla si considera que, mediante ella, reportaría un elemento decisivo para solucionar el conflicto.

Asimismo, si llega a su conocimiento la existencia de una prueba que puede trascender en el proceso, y aun siendo ésta de testigos, podrá generar su desenvolvimiento sin quebrar por ello el principio de igualdad procesal, porque con esa decisión no sustituye la actividad de alguna de las partes, sino que tiende a despejar las dudas emergentes de la situación enojosa.

Bajo el marco que presentan nuestros códigos, puede afirmarse que el juez debe procurarse el conocimiento de los hechos controvertidos y conducentes cuando ello le sea imprescindible para poder dictar una sentencia justa, pudiendo a esos fines valerse de todas las medidas de prueba que a su juicio sean razonables y suficientes, a condición de que no medie agravio sustancial para el derecho de defensa, ya que una actividad pasiva o de libertad negativa que adscribe el pronunciamiento final a una solución formal o aparente, no se conforma con el servicio de justicia.

El garantismo resiste estas facultades y se apoya, últimamente, en la derogación efectuada de ellas por la ley de enjuiciamiento civil española (LEC).

Sostienen que un Juez que requiere medidas para mejor proveer sorprende a las partes y abusa de sus facultades de investigación en una etapa que ya fue clausurada. De una u otra forma viola la imparcialidad y suple la negligencia de la parte.

Sin embargo, no es cierto que la LEC haya derogado las medidas para mejor proveer, pues estas se mantienen como "*diligencias finales*", que son actuaciones de prueba complementarias que resultan necesarias por razones diversas.

Explica Ramos Mendez que estas diligencias finales se pueden esquematizar como sigue:

- Las diligencias se acuerdan mediante auto del tribunal sólo a instancia de parte;

- No pueden practicarse pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes, incluidas las que hubieran podido proponerse tras la iniciativa probatoria del tribunal;
- Caben en este momento la práctica de pruebas admitidas que, por causas ajenas a la parte que las ha propuesto, no se hubiesen practicado (Cfr. *Guía para una transición ordenada a la LEC*, editorial Bosch, Barcelona, 2001)

Tampoco se deben admitir y practicar las pruebas pertinentes y útiles, que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia; excepcionalmente, el tribunal puede acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos.

En síntesis, cuando el garantismo sostiene que la nueva LEC española refuerza su argumentación, caen en un error muy grueso porque si hay algo manifiesto de la nueva normativa, es el aumento en los poderes del Juez, y hasta se podría hablar de algún autoritarismo judicial en materia de ejecuciones.

La sistemática dispuesta se enrola como lo ha hecho toda la reforma procesal del mundo, en los poderes y facultades del Juez actuados oportunamente, esto es, en la audiencia preliminar. La prueba se flexibiliza y se admiten variaciones en la apreciación de ella como en la producción de la misma. En materia de decisiones, se advierte la incorporación de tabúes del garantismo, como es la sentencia anticipada, el complemento de la sentencia ya pronunciada, la extensión objetiva de la cosa juzgada, y las sentencias de futuro.

11. La tutela de urgencia

Actualmente se ha abierto una etapa nueva en la evolución del derecho procesal, que algunos denominan derecho procesal posmoderno, dando lugar a nuevas facultades judiciales que quiebran el tradicional esquema de la petición, la réplica y la decisión consecuente.

La bilateralidad se posterga cuando la urgencia es manifiesta y la pretensión tiene motivos y fundamentos más que suficientes para darle cierta razón ab initio, de modo tal que se admite anticipar la sentencia respetar el tránsito de todas las etapas secuenciales del proceso.

No son medidas cautelares, aunque se les parecen; se tratan de medidas urgentes que resuelven sobre la urgencia y la verosimilitud del derecho, impidiendo que el respeto por las formas postergue una decisión que, siendo provisoriamente estimable, se anularía en su eficacia si se dictara tardíamente. Y será tardía, cuando los tiempos del proceso se cumplen en su deleznable mezquindad y sofisma (no olvidemos que los plazos del código, sumado a la contradicción necesaria, lleva a que 48 hs. se puedan convertir en una semana, o 10 días en un larguísimo mes).

Estas tutelas urgentes tienen variables: a) sentencias anticipadas; b) medidas autosatisfactivas; ambas responden a este esquema de urgencia, que el garantismo resiste atacándolas por inconstitucional.

Al no respetar la bilateralidad y la contradicción, no respetarían el debido proceso.

Pero como antes se dijo, el proceso constitucional no es solo defensa en juicio, sino antes que todo, proceso útil y efectivo (no utilitarista ni concreto, sino confiable y eficaz).

12. Síntesis

En suma este breve trabajo que presentamos pretende introducir la problemática actual del derecho procesal en las diversas etapas del procedimiento cuando se tratan de analizar los límites de la potestad jurisdiccional.

Lo desarrollado como introducción, señala la seria y fundada corriente -que no compartimos- para crear una ciencia nueva que se denominaría "*Derecho Procesal Garantista*", cuando en realidad, nosotros creemos que todo proceso es una garantía, y que no puede haber una ciencia que postule estudiar una característica del fenómeno único y extraordinario del conflicto judicial.

En lo que sigue, pretendemos elaborar una teoría simple que se asienta en los siguientes postulados:

- 1) La función jurisdicción es el rol del Estado en el proceso judicial. Los jueces representan esa autoridad investida de un poder que, al mismo tiempo, supone un deber de eficacia y justicia hacia las personas. Por ello, en la tarea de decidir no se puede echar mano a cuestiones técnicas, o sutilezas, que posterguen el derecho a una tutela judicial efectiva.
- 2) En la entrada de estas consideraciones ha de estar presente que no se puede privar a persona alguna de su derecho a tener un proceso y un juez que lo escuche. Por tanto, el problema de la legitimación para actuar tampoco puede seguir leyéndose en la captura tradicional del concepto de "legitimación ad causam" y "legitimación ad processum".
- 3) Es fundamental asegurar la relación efectiva entre el Proceso y la Constitución y, de este modo, lograr que se vaya hacia una unificación o armonización de los principios. Inclusive, no se podrá desatender la influencia del derecho procesal transnacional y la vigencia absoluta en todo tiempo y lugar, de los derechos humanos.

Oswaldo Alfredo Gozaíni

Capítulo I

¿Qué es la jurisdicción?

1. El principio de la historia comienza con la organización voluntaria de la sociedad. El hombre comprende que para vivir en armonía debe solidarizar sus intereses y compartir sus inquietudes. La idea del orden común asume un rol trascendente, y se prohíbe la autotutela, por los graves peligros que esta encierra para la comunidad que se inicia.

El Estado asume la misión de impartir justicia, aun cuando no priva al individuo de manifestarse en actos personales y directos de composición. La autodefensa, por ejemplo, advierte sobre la permanencia de formas directas de justicia.

Un paso avanzado en la evolución del uso directo de la fuerza, fue la llamada Ley del Talión, donde la agresión era devuelta en igual medida que la recibida.

La constitución política del Estado obligó al individuo a postergar en favor de la comunidad el derecho de autosuficiencia. De este modo, se canaliza hacia la función jurisdiccional el ejercicio pleno del derecho de juzgar los conflictos entre los hombres.

El problema posterior se encuentra en que el Estado cumple sucesivas veces la función de tutelar controversias intersubjetivas; sea en la dimensión de sus derechos políticos (V.gr: juicio político), o en la órbita de sus facultades legislativas (V.gr: comisiones investigadoras del Congreso).

Esta situación admite relacionar a la jurisdicción con el Poder Judicial, procurando distanciarla de funciones legislativas o de pura administración. Empero, tal parentesco solo puede utilizarse excepcionalmente, porque existen actos no jurisdiccionales del Poder Judicial, como posibilidades de juzgamiento en los otros poderes del Estado.

Así también, dentro de esta evolución de los medios de resolver en justicia los conflictos, pervive la autocomposición, mediante la cual, las partes de común acuerdo ponen fin al litigio entre ellos planteado.

Difiere de la autotutela en que la decisión no se impone de forma coactiva por la parte más fuerte, sino en solucionar el conflicto a través del acuerdo de voluntades o de la resignación de una de ellas. Por esta razón, los métodos autocompositivos pueden ser unilaterales y bilaterales. Entre los primeros figuran el allanamiento y la renuncia, donde la decisión del interesado genera la inmediata terminación del proceso.

Los bilaterales son el desistimiento, la transacción, la conciliación y la mediación.

La característica primordial es el ejercicio pleno de las partes de sus respectivas voluntades para el acuerdo, sin que las formas procesales aniden en estas decisiones.

Por su parte la mediación supone la injerencia de un tercero, voluntariamente designado por las partes, de quien esperan un dictamen que propicie una fórmula de acercamiento (amigable componedor); o bien, para que emita una opinión resolutive de acatamiento inmediato (árbitro); o simplemente, para que a través de sus buenos oficios las partes concierten alternativas de arreglo (mediación).

La síntesis de lo expuesto, muestra que la jurisdicción acontece en la vida organizada de los pueblos para resolver conflictos de intereses.

2. Al mismo tiempo, se vincula íntimamente como función esencial del Estado.

En uno y otro caso, la simbiosis con el proceso es inmediata, al punto que el proceso no solamente está ligado al nacimiento de la jurisdicción, sino que ambos resultan en todo tiempo y lugar conceptos indisolubles. Sin ésta no existe aquél, puesto que, en el proceso uno de sus sujetos, el situado supra partes, ha de ser indefectiblemente el órgano jurisdiccional.

Advertimos así que la jurisdicción constituye un verdadero poder del Estado, anterior a su misma constitución, siendo al mismo tiempo, un deber para con el ciudadano, a quien se debe respuesta en equidad y razón para con sus problemas intersubjetivos.

En un caso interesa apuntalar la esencia misma de la naturaleza jurisdiccional; en otro, resulta imperioso observar sobre quien recae la función jurisdiccional y el marco socio político donde se configura.

3. La jurisdicción puede ser un PODER

Analizar la jurisdicción como poder supone admitir, liminarmente, que existe una atribución específica del órgano judicial que lo particulariza en el conjunto de poderes del Estado.

En realidad, mas propio sería hablar de función jurisdiccional del Estado, permitiendo entonces afirmar la unidad del Poder Estatal, fraccionado en la clásica división de funciones (legislativa, ejecutiva y judicial).

El punto principal apunta a resolver si la jurisdicción es por sí misma un poder; o si por el contrario, ella solo constituye un ejercicio funcional del Estado.

No debe olvidarse al respecto, como punto de partida al planteo formulado, que la teoría del poder, cuidadosamente elaborada desde la Edad Media, fue abandonada con el advenimiento del concepto de soberanía nacional, del cual se pretende que todo emana.

La idea tiene dos facetas, mientras algunos interpretan que se debe dar prioridad a la tarea de identificar las normas que han de aplicarse en el caso concreto; otros prefieren apuntar al sentido de justicia (equidad) que los jueces imparten.

En los hechos, el Poder Judicial, lato sensu, evidencia en la tripartición de funciones un activismo diferente: aplica las leyes y persigue la paz social. En esencia su finalidad es única: decir el derecho (iuris-dictio).

Sin embargo, la declaración de la norma aplicable no es en todos los casos exclusivo menester de los jueces; también existen órganos legislativos y administrativos que se ocupan de determinar el derecho en una situación determinada. Acontece así que algunos pueden hablar de una jurisdicción judicial, otra ejecutiva y hasta de una parlamentaria, sin perjuicio de otras especiales, como la jurisdicción militar, o la eclesiástica.

Desde esta perspectiva podría negarse la existencia de un poder jurisdiccional, para reducir el concepto a una función que, cuando es realizada por magistrados asume particularidades que en otros no sucede, como son las características de definitividad de las resoluciones; y la posibilidad de hacerlas cumplir de manera compulsiva, en lo que constituye un ejercicio de fuerza legitimada.

En cambio, si pensamos en el origen de la institución vemos la razón que tiene Biscaretti de Ruffia, cuando afirma que "la actividad jurisdiccional resulta, además, una actividad sustitutiva y subrogatoria, en cuanto que el Estado-Juez se mueve solo porque aquellos que deberían haber realizado espontáneamente determinados intereses, actuando así la voluntad de la ley, no lo han hecho, y porque los que miraban a obtener tal realización han sido constreñidos por la prohibición de la autodefensa (afirmada por todos los modernos ordenamientos estatales) a dirigirse al magistrado (según los casos, con una acción o un recurso) para ser reconocidas sus propias pretensiones" (Derecho Constitucional, editorial Tecnos, Madrid, 1987, pág. 520).

Lo cierto es que aun dependiente de la voluntad particular, la jurisdicción expresa el poder de quien se la otorga, esto es el pueblo mismo. Es este quien tuvo la potestad de autojuzgarse, de organizarse, de limitarse y finalmente, de socializarse en base al principio de los derechos compartidos.

Por eso la jurisdicción no deja de ser una función del Estado, pero el poder no le pertenece porque el mismo reside en el pueblo.

4. Habría entonces que distinguir tres conceptos, de un lado el poder, por el otro la potestad y luego la función.

El poder le pertenece al pueblo, y por el principio de autoridad radica en la Nación; la potestad de hacer las leyes corresponde al legislativo; y al ejecutivo cabe la potestad de hacerlas cumplir. Al poder judicial le está atribuida la potestad de aplicar las leyes, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado.

Nuestra organización fundamental, cimenta la noción de PODER en la jurisdicción (cuando la establece en las Cartas Magnas federales), incorporando algunas provincias argentinas el control de la constitucionalidad de las leyes y de la legalidad en los actos administrativos, hechos que afirman la calificación de "Poder del Estado" en el judicial.

5. La jurisdicción también es un DEBER

La contrapartida del concepto anterior se detiene en observar que la finalidad de la jurisdicción es resolver conflictos.

En el derecho argentino tal deber del Estado nacional emana de las disposiciones constitucionales. Sin embargo, entender en esta medida a la jurisdicción reduce notoriamente el desenvolvimiento de la función, en tanto quedan sin respuestas los procesos denominados de jurisdicción voluntaria o aquellos donde la solución al conflicto proviene de la exclusiva composición entre las partes.

Asimismo, si la jurisdicción fuese solamente el deber de solucionar en justicia los litigios, existirían procesos inadaptados a esa regla, como los de la jurisdicción penal.

Ocurre que en el estudio del problema, aparecen estas dos extremas concepciones: de un lado, aquella que podríamos denominar abstracta, donde el derecho público aflora como contenido esencial, dando primacía a la jurisdicción como poder, es decir, resaltando la actuación del derecho objetivo; y por otra senda, la corriente concreta, que privilegia la jurisdicción en terreno del derecho privado, dando preferencia a la concreta tutela de intereses en conflicto, sean estos violados o amenazados.

Ambas concepciones responden a un tiempo histórico determinado, que reconoce no ya un enfrentamiento o polarización, sino un entendimiento común que los integra y complementa.

Por eso autores de esta última generación indican que la jurisdicción "es un poder - deber del Estado. Es un poder en cuanto se manifiesta como la finalidad de lograr la sujeción de todas las personas, incluso el propio Estado, a sus mandatos, como medio para preservar la paz social al impedir que tales personas tengan necesidad de hacerse justicia por mano propia".

"Como de tal forma existe un monopolio por parte del Estado para ejercer la jurisdicción, los individuos tienen la facultad, de raigambre constitucional, de requerir a los órganos particulares la prestación de tutela, que al presentarse como el ejercicio de un derecho, constituye por consiguiente, correlativamente un deber para el propio Estado" (Alfredo J. Di Iorio, *Temas de Derecho Procesal*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1985, pág. 34)

6. Esta apretada síntesis, observa como se origina el conflicto que en la actualidad se plantea para interpretar la función que tienen los jueces en el proceso y, desde otra perspectiva, cuál es la finalidad del derecho procesal.

El punto de partida vuelve a considerar las dos posiciones clásicas: o es la jurisdicción una función del Estado, destinada a una finalidad específica, diversa a la de sus pares en el ejercicio del Poder; o constituye una manifestación auténtica, independiente del Estado, que surge como consecuencia de la restricción cada vez mayor a la acción directa de las partes.

Es decir, mientras por un lado se persigue idealizar la protección de los derechos; por el otro se entiende que hay que hacer justicia sin mirar el contenido intrínseco de las normas.

Lo cierto es que, desde todos los tiempos la actuación del juez en el proceso contrajo innumerables planteos acerca de la autoridad que investía. No era muy claro el origen de su poder y menos aun de la legitimación que daba fundamento a sus " *autorictas*".

La exclusividad para desarrollar la jurisdicción parece una obviedad; pero además es una característica ineludible al estar dotados de los atributos de independencia y definitividad en sus pronunciamientos.

Precisamente se persigue justificar en ambos términos el contenido y esencia de la misión jurisdiccional. No solo el ejercicio monopólico de la tarea de juzgar, sino también la determinación de como se ingresa a la función judicial, o como se verbalizan las potestades en un proceso dado. Igual extensión le cabe al atributo de la cosa juzgada, natural consecuencia del poder de juzgamiento.

Estas consideraciones sobre el contenido esencial de la jurisdicción permiten comprender como esta expresión abarca usualmente dos interpretaciones de alcance distinto.

Por un lado: el OBJETO, representado por la concreta actuación del derecho objetivo, con el fin de tutelar derechos e intereses específicos; por otro: el complejo de los ORGANOS que la realizan.

7. Al cabo de lo expuesto, uno fácilmente podría conciliar su interés otorgando razón a quienes predicán la relatividad del concepto de jurisdicción, o bien, practicando un escepticismo estéril cuyos frutos no reportarían beneficio alguno.

Lo cierto es que en el desarrollo acometido emergen dos manifestaciones principales.

Inicialmente, el saber que es la jurisdicción; luego, la resolución de sus funciones y características donde gran parte de los autores la distinguen de las actividades administrativas y legislativas.

Esta dualidad de intereses en vías de propiciar una fórmula definitiva ha llevado a pendular entre orientaciones objetivas y subjetivas, sea que refieran a la actuación del derecho material, o a la garantía que supone hacia el ordenamiento jurídico.

Se comprueba así, de manera inevitable, que han sido pocos quienes afrontaron el problema desde el plano de los hechos donde acontecen (GUASP), esto es, en terreno del proceso judicial; o bien, ante la realidad social que enfrenta y sus particulares circunstancias (SATTA, SERRA DOMINGUEZ).

Esta modalidad, huelga señalarlo, privó de flexibilidad a los conceptos, para enraizarlos en núcleos estancos, desentendidos del contexto donde anidaron.

Asimismo, todas las teorías desarrolladas* trataron de concretar en un momento la actividad jurisdiccional, sea en la sentencia, en la admisión de la demanda, o en los efectos definitivos que consigue el pronunciamiento sin

* Para un desarrollo de estas teorías, ver nuestra obra: "Derecho Procesal Civil", tomo I volumen 1, editorial Ediar, Buenos Aires, 1992.

detenerse en el análisis de otras particularidades, o en una visión conjunta de ellas, como son: el origen del poder, autoridad o facultad; la naturaleza del juicio jurisdiccional; la esencia misma de la sentencia como acto trascendente de la *jurisdictio*; o los componentes indispensables para su configuración absoluta a través de la perduración inmutable de los criterios alcanzados.

Los autores alemanes (SCHÖNKE, ROSENBERG, KISCH, GOLDSCHMIDT, entre otros) no han prestado mayor importancia al tema, simplificando esos enunciados sobre la base de precisar el ejercicio de la administración de justicia en asuntos de naturaleza civil.

Los franceses, en cambio, ingresaron en el espinoso terreno de explicar el porque y la razón de la justicia administrativa, hecho que les permite -a su criterio- contar con una verdadera jurisdicción diferenciada, aun cuando presente entre las funciones administrativas.

Los italianos y españoles fueron quienes dieron lecciones superiores de profundización y magisterio, pero no encontraron criterios unívocos, abriendo diferentes corrientes.

Entre los latinoamericanos, hemos tributado el esfuerzo de los franceses e italianos, contándose aun así, notables colaboraciones como la de PALACIO en Argentina, o ALCALA ZAMORA en México, que muestran posiciones propias que las singularizan.

8. En nuestra opinión, pensar en la jurisdicción como tutela del derecho subjetivo, adscribe a una corriente superada por los estudios sobre la ACCION, donde se recortan diferencias entre el derecho y el proceso. De todos modos es innegable la inspiración sociológica de ella.

Basar las características esenciales de la *jurisdictio* en responder a una lucha de intereses contrapuestos es recortar la *vexata questio* a un hecho posterior al tema que debemos clarificar, pues el conflicto precede al proceso, tanto como el derecho preexiste a lo procesal; además, no toda situación jurisdiccional tiene como pilar al conflicto o la controversia.

De igual manera, si fuese tan solo una justa composición del litigio, retornamos al punto de inicio, porque la jurisdicción es anterior al tiempo de su máxima expresión con la sentencia, y nadie asegura, en términos de realidad vital, que el pronunciamiento sea justo en lenguaje de reparto equitativo del derecho.

Si en cambio, fuera la jurisdicción el campo de actuación natural del derecho objetivo, su base sería utópica o meramente hipotética, en tanto obraría desde una perspectiva estática donde el individuo sometido a la voluntad del Estado fatalmente realiza sus designios sin libertad ni posibilidad de desconocimiento. Va de suyo que esta posición evade la realidad del acontecimiento, donde la jurisdicción llega a aplicar una justicia correctiva o de equidad, mas que una sanción operada por vía del desconocimiento al precepto.

Estas teorías, por lo general, apuntan a discernir el cometido de la función jurisdiccional, sin resolver el porque esta presente en el entramado legal.

CHIOVENDA trajo consigo una explicación diferente que fue captada y seguida por la doctrina mayoritaria.

La idea responde con suficiencia al mecanismo por el cual la jurisdicción aplica el ordenamiento jurídico, desmenuzando sus generalidades abstractas para convertirlas en singularidades que se concretan e individualizan en un supuesto determinado.

Sin embargo, el desarrollo es parcial y deja numerosos interrogantes, como ocurre con las sentencias declarativas; o en el papel del Estado como parte, entre otras.

Observar a la jurisdicción como instrumento para satisfacer pretensiones, inscribe también un aspecto parcial de su problemática, pues no todo proceso judicial desenvuelve pretensiones *-lato sensu-*, y a veces las partes autocomponen sus conflictos al margen del espíritu de la judicatura.

Por otra parte, parece más aceptable entender que la función procesal es absolutamente jurídica, sin condicionamientos de quienes acuden a ella. La persistencia del conflicto social, no autoriza a imponer la ley sino adecuar, en el marco de la actividad litigiosa, la justa realización del derecho, objetivo final para llegar a la paz social y a la justicia.

De todos modos, esta última posición es la que mayor predicamento tiene a nuestro respecto, sobre todo cuando se aclara que

... "la jurisdicción tiene como función última, material, el satisfacer intereses. Normalmente pretensión y resistencia supondrán intereses incompatibles, y la jurisdicción habrá de establecer cual es el interés protegido por el ordenamiento jurídico; se tratará, pues, de solucionar un conflicto. En otros casos el conflicto no existirá, pero aun así al satisfacer la pretensión o resistencia, o las dos cuando contienen la misma petición, la jurisdicción materialmente satisfará intereses" (Juan Montero Aroca, *Introducción al derecho procesal*, editorial Tecnos, Madrid, 1976, pág. 111)

9. A diferencia de temperamentos relativos, la jurisdicción tiene naturaleza propia y específica, absoluta, si se quiere, en oposición al relativismo mencionado.

Es el papel del Estado en el proceso, agregando que es el rol político que tiene pensado el sistema para los procedimientos y para la función a cumplir en ellos.

Por eso, debemos resolver *ab initio* ¿qué es la jurisdicción?, hasta llegar al mecanismo de actuación, propio, de la función jurisdiccional.

La unidad de intelección llega desde los tiempos del derecho romano: el ejercicio jurisdiccional es único, y se lleva a cabo por jueces y magistrados.

Tal deducción no pretende desconocer actividades similares que orquestan otras áreas del Poder, entendiendo éste como único e intransferible del Estado, aun cuando divida sus funciones específicas.

El derecho político y constitucional consagran la jurisdicción en el Poder Judicial, y ello es un hecho irrefutable que no admite miradas huidizas. A lo sumo, si existen funciones típicamente judiciales en la administración o en el órgano

legislativo, se procura responder dogmáticamente a ellas, sea para excusarlas o justificarlas, o bien para exonerar el desvío otorgándoles un carácter que, por vía de principio, no es jurisdiccional.

La única relatividad que puede encontrar este desenlace deviene de la inestabilidad de la administración de justicia ante Estados absolutos, dictatoriales o totalitarios; pero superados en la historia estos modelos despóticos no cabe duda en recibir el criterio organicista para saber cuando existe jurisdicción.

Claro está que la definición por el órgano que la ostenta es superficial y contingente; pero también lo es que, utilizada como premisa, excluye sin esfuerzo a aquellos que quieran decirse jurisdicentes cuando no tienen la atribución natural que proviene de la misma soberanía del Estado.

El acto jurisdiccional reviste especialidad por el funcionario que ostenta la facultad de actuarlo y porque, precisamente, esa autoridad que inviste constituye la representación misma de la autoridad del Estado.

Ahora bien, dicha asimilación llevaría de suyo que jurisdiccional sería, entonces, el Poder Judicial. Pero aunque la coincidencia existe, normalmente no toda la actividad de éste órgano del Estado desenvuelve funciones jurisdiccionales.

En cierto modo, la dificultad para establecer una absoluta absorción, proviene de la extralimitación de funciones que, de continuo, abusan los poderes legislativo y sobre todo, ejecutivo, llevándolos a desarrollar funciones típicamente judiciales.

Sin embargo, la custodia del orden jurídico resulta consustancial a los jueces, sin importar por ahora la presunta sumisión que existe respecto al interés o iniciativa para activar dicha tutela.

Instalada la jurisdicción en el Poder Judicial, ella misma se convierte en un poder. Pero poder en el sentido de potestad, cuya contracara reconoce un deber hacia el justiciable.

Ese poder-deber esta presente y nutre la esencia misma de la jurisdicción: deben resolverse conflictos de intereses porque se debe evitar el ejercicio de la acción privada de composición, admitiéndose en consecuencia, excepcionalmente, la fuerza en manos del hombre.

Es un poder por la transferencia que obtiene el Estado para que a través de los jueces apliquen el ordenamiento jurídico, común y natural de toda comunidad organizada que persigue la paz social y la seguridad jurídica.

No nos convence el atributo de autoridad (*autorictas*) que otros autores señalan en sustitución del concepto de potestad. Sobre todo cuando advertimos que el criterio se toma del derecho romano donde el juez obtenía ciertas condiciones de idoneidad ("*autorictas patrum*"; "*autorictas prudentium*") que difieren y se distinguen del valor potestad, que supone una fuerza socialmente reconocida.

Además, la potestad se caracteriza por una serie de componentes que constituyen elementos siempre presentes en la jurisdicción; condiciones que no se dan por el simple hecho de la autoridad.

En cambio puede aceptarse a las *autorictas*, como saber o verdad admitida en el seno de una comunidad organizada, donde quien la ostenta goza de

superioridad moral, prestigio y dignidad. Ellas acontecen así, como sucedáneas de la potestad y concurrentes con el órgano jurisdiccional a fin de que sus decisiones se impongan, no tanto por la mera existencia de un procedimiento de ejecución que las respalda, cuanto por la propia autoridad o prestigio del sujeto del que emanan.

Conocido que la jurisdicción es un poder-deber sostenido en un monopolio o exclusividad mentado como atributo de la soberanía, resta por saber para que sirve.

Al respecto existen dos corrientes principales, sin perjuicio de las variaciones precedentemente expuestas: a) resuelve conflictos o controversias; o bien, 2) actúa el derecho objetivo.

Tenemos por cierto que el ejercicio de la actividad jurisdiccional emana de la misma necesidad de conciliar intereses en una sociedad civilizada. Si antes la figura del *pater familias*, del jefe, etc. era de simple pacificador entre individuos con aspiraciones contrapuestas, en la actualidad se privilegian fines específicos de prevención a partir de un ordenamiento jurídico determinado; y de represión tendientes a penetrar en la causa del desvío procurando restablecer el orden primitivo.

Si fuera entonces finalidad de la jurisdicción resolver conflictos o controversias, encontraríamos una gran zona de actuación judicial que no ingresa en el terreno de la mera composición.

A su turno, si fuese de actuación del derecho objetivo, sería forzoso trazar distancias con los otros poderes del Estado que también aplican en su campo normas sustanciales.

Basados en la garantía fundamental que establece la jurisdicción en el concierto de los poderes del Estado se impone considerar la protección suprema que esa atribución significa, de modo tal que la *télesis* esencial de la *jurisdictio*, no sea tanto la de aplicar el orden jurídico preestablecido, como si darle el valor y respeto que esas normas ponderan al conjuro de un cuerpo jurídico superior. De esta forma, a la jurisdicción no solo cabe aplicar las leyes, sino controlar su constitucionalidad y fiscalizar la legalidad de los actos administrativos. Este sería el verdadero contrapeso del Poder Judicial, en el equilibrio pensado para los poderes del Estado.

Capítulo II

¿Qué es la acción?

1. La acción no es más que un acto de contenido estrictamente procesal destinado a efectuar un reclamo a la autoridad jurisdiccional, para que actúe consecuentemente, contra un adversario a quien tendrá que emplazar para someterlo a las reglas del proceso judicial.

Este acto de pedir informa al mismo tiempo una manifestación típica del derecho constitucional de petición. Para obrar así, basta con presentar la demanda, se tenga o no razón, o respaldo normativo alguno; el Estado debe garantizar el acceso.

A igual tiempo, tiene que otorgar un proceso, porque ese es el mandamiento fundamental que nutre los derechos y garantías provenientes de la Constitución Nacional.

Por eso, también la acción es un derecho subjetivo inspirado en el deber del Estado de otorgar tutela jurídica, y para que ésta se cumpla, la acción no sólo afianza el primer espacio abierto, es decir, la entrada al proceso, sino, toda la instancia, lo cual significa llegar a la sentencia sobre el fondo del problema planteado.

Para Quiroga Lavie, el nacimiento de la garantía está implícita como derecho subjetivo público, de modo tal que, en definitiva, la exigencia de la legitimación subjetiva para el ejercicio de las acciones públicas -en el caso argentino del amparo colectivo previsto en el art. 43 de la Constitución nacional- lo es sólo para abrir la acción; la reparación del accionante no se fundamenta en aquella legitimación procesal sino en la violación del derecho objetivo que genera la reacción que da origen al derecho público en cuestión. Ello es así, porque la violación del derecho del sujeto afectado, impacta y lesiona la estructura social (*El Amparo Colectivo*, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 1998, pág. 133).

2. Pero entre ambas cuestiones se abren interrogantes que deben explicarse independientemente.

Por un lado está el derecho subjetivo público que dirigido al Estado le obliga a abrir las puertas de la jurisdicción. Sería esto, ni más ni menos, que el deber estatal a prestar la actividad jurisdiccional.

Sin embargo, captar a la acción como un derecho sin más resultados que la apertura de un proceso, no tiene justificativos lógicos; es preciso confrontar estas consecuencias con la otra parte de la cuestión.

En ella aparece la naturaleza procesal de la acción, con sus presupuestos necesarios para dar vida al proceso incoado y llegar a una sentencia válida entre las partes que no debe ser necesariamente favorable para quien demanda.

La acción cobra naturaleza procesal porque más allá de la garantía que supone, tiene como finalidad la protección jurisdiccional. Es el derecho a la jurisdicción. Entonces, si por la acción existe el proceso, el desarrollo de éste también sucede por la actividad de las partes, de tal manera que la acción resulta del conjunto de las actuaciones de las partes.

En este aspecto, el derecho procesal constitucional es la sumatoria de reclamos constantes para resolver el problema del acceso a la justicia. Sostiene Morello que la consolidación definitiva está en las cartas y tratados internacionales, cuya idea rectora es la de que *toda persona - todas las personas-* han de contar con un remedio efectivo -art. 6º, Declaración Europea de los Derechos del Hombre-, que en sede administrativa y judicial se halle *siempre* en disponibilidad. Ese *right to an effective remedy*, supone el derecho a la tutela, a la jurisdicción, al cabo a la Justicia como quiera que es uno de los derechos fundamentales de la persona, al que se debe atribuir un concepto autónomo -en evolución dinámica- y, por cierto, de complejo significado (*Constitución y Proceso. La nueva edad de las garantías constitucionales*, editorial Platense-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998)..

En su juridicidad la acción es petición del juicio y, en último extremo, exigencia del derecho. Si el derecho no existe sin el juicio, éste no existe sin la acción.

Desde esta perspectiva, resulta muy interesante observar que la acción es un tema de naturaleza estrictamente procesal-constitucional. No puede elaborarse sobre ella una teoría que abandone alguna de estas facetas. Tanto interesa su función como derecho fundamental; como lo es su medida para la eficacia de los presupuestos que todo proceso exige desde el comienzo (V.gr.: legitimación; representación; defensa de un interés jurídicamente relevante; etc.).

Es menester agregar que esta idea de la acción, como garantía fundamental para el acceso a la justicia, no reconoce categoría de derechos o intereses a tutelar, es decir, no atiende la famosa diferencia entre derechos subjetivos e intereses plenos y debilitados. Tan sólo es un marco referencial que muestra el fenómeno de entrada al proceso como una cuestión que atañe a las garantías mínimas que todo proceso debe resguardar. Por eso, cuando los intereses se expanden a toda la sociedad, y no se puede trazar la relación entre titular y derecho reclamado (no olvidemos que el proceso tradicional tutela intereses privados bajo la consigna de respetar el derecho de petición de quien es el legítimo titular del derecho invocado), la necesidad de garantizar el acceso a la justicia resulta ineludible. El derecho o interés difuso se identifica por corresponder a los sujetos de un grupo indeterminado. Mientras que los derechos de incidencia colectiva (para adoptar el signado de la Constitución Nacional) reconocen y definen un sector particular del gravamen. Para lograr su defensa o protección, deben precisarse como derechos antes que simples intereses, o bien, aceptar que hay intereses que por su cualidad merecen ser atendidos de inmediato sin importar el carácter que inviste la persona o el grupo que para sí los reclama. En uno u otro caso, no puede trabarse el derecho a ser oídos poniendo obstáculos de corte eminentemente técnico (*Cfr. nuestra obra, Derecho Procesal Constitucional*, editorial de Belgrano, Buenos Aires, 2000).

3. Emplazada la acción entre los derechos básicos de la persona, la conexión con el proceso se da a través de la demanda. Esta, a su vez, presenta la pretensión, que es el objeto sobre el cual tendrá que resolver el Juez de la causa.

Entablada la litis nos adentramos en el proceso, donde debe reafirmarse la condición de garantía a través de mínimos inmodificables que consoliden la noción del "debido proceso" constitucional.

Ahora la garantía inicial debe proyectarse. No es suficiente para su plenitud quedarse en la admisión formal del interés a tutelar. La *defensa judicial efectiva* exige que las partes del proceso debatan en posiciones iguales, tengan idénticas posibilidades de alegación y prueba, y que la sentencia que resuelva el conflicto suscitado sea suficientemente motivada.

Esta protección judicial hemos de ubicarla en torno del derecho a la jurisdicción, y se resume en: a) derecho al juez predeterminado con anterioridad a la causa (garantía del juez natural); b) que el magistrado asuma su competencia sin desbordes paralizantes (excusamientos incausados); c) que den curso a la instancia judicial con la asignación del trámite pertinente; d) que satisfagan con prudencia el control de la legitimación en el proceso; e) que, en su oportunidad, valore a conciencia y razón las pruebas cumplidas en la litis; f) finalmente, que produzca una sentencia fundada en derecho y con adecuada constatación de las circunstancias efectivamente comprobadas.

En este campo, inclusive, se han desarrollado extensiones dinámicas que interpretaron las reglas del debido proceso legal, donde podemos reseñar, entre otras garantías, las siguientes: a) la prevalencia del carácter bilateral del proceso a fines de evitar toda actuación esquivada con el principio de igualdad; b) la eficacia del servicio jurisdiccional; c) la colaboración y ayuda legal del abogado, que se representa en la asistencia letrada idónea y en la defensa jurídica gratuita; d) sobrellevar las complejidades del actual proceso común a una dimensión acorde con los requerimientos del proceso justo (*due process of law*), que consigan, en suma, armar un procedimiento útil y efectivo.

La tutela judicial efectiva surge del art. 24 de la Constitución italiana, después adoptada por el mismo numeral de la ley fundamental española de 1978. Con ello se pretende asegurar algo más que el derecho de acceso a la instancia jurisdiccional (que supone ver al proceso como garantía anterior a la jurisdicción); se trata de afirmar la legalidad absoluta durante el proceso.

El jurista peruano Víctor Ticona Postigo afirma -con acierto- que en sentido estricto el debido proceso no comprende el acceso a la justicia (derecho a la tutela jurisdiccional antes del proceso) ni el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, pues todos estos aspectos están comprendidos dentro del derecho genérico a la tutela jurisdiccional efectiva. Asimismo, sostiene que, el derecho a esta tutela es un concepto más amplio que el de debido proceso, no obstante que ambos se refieren a derechos fundamentales de toda persona. Desde que se reconoce el derecho a la tutela jurisdiccional antes del proceso y durante el proceso (*El debido proceso y la demanda civil*, tomo I, editorial Rodhas, Lima, 1998).

En materia penal, a partir de la comprensión del derecho de defensa (art. 18, Constitución Argentina), la Corte Suprema de Justicia llega a sostener en la base de la jurisprudencia americana que: *la garantía constitucional de la defensa en juicio, especialmente cuando se trata de un pronunciamiento condenatorio en causa penal, requiere que haya tenido lugar válidamente en el proceso, la acusación, defensa, prueba y sentencia final.*

4. Queda supuesto que si es una garantía el derecho de acceder a las instancias jurisdiccionales, también lo son los pasos que continúan el desarrollo.

Tema que, particularmente la Constitución española, lo consagra como el derecho a la tutela judicial efectiva.

Este derecho fundamental tiene como contenido esencial el de lograr de los órganos judiciales una respuesta a todas las pretensiones planteadas, so riesgo de provocar el "desamparo procesal" (equivalente en mi país a la *efectiva privación de justicia*).

Dice Morello que el ejercicio del acceso a la justicia no es libre, ni discrecional, sino reglado; condicionado -por la ley- a requisitos necesarios para que los valores coimplicados (orden, seguridad, igualdad de trato) sean asimismo preservados. Las acciones (pretensiones) y los recursos -en general- cuyo uso o el poder valerse el justiciable del proceso está (debe estar) resguardado por la exigencia de determinados presupuestos, si son razonables han de ser acatados porque ello se impone por los ordenamientos procesales de modo general, uniforme, sin odiosas discriminaciones. O lo que es similar, tales requisitos no pueden ser fijados arbitrariamente por el legislador; deben responder a la naturaleza del proceso y a las finalidades que justifiquen su exigencia, y han de interpretarse de acuerdo con esas finalidades, evitando que se conviertan en meros obstáculos procesales (*Estudios de Derecho Procesal*, tomo II, editorial Platense-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998).

Para el derecho procesal constitucional, el derecho a la jurisdicción supone privilegiar la actuación del juez en cualquiera de las actividades esenciales que dinamizan su obrar, es decir que, dadas las características que tiene el proceso constitucional, no es posible pensar que se obstruya su intervención sobre la base de normas de pura técnica o que precisen rituales tradicionales del procedimiento común u ordinario.

5. Desde otro punto de vista, se trata de sostener que la jurisdicción no está solamente para resolver conflictos entre personas (y aun cuando fuese ésta su única misión, debiera -debe- garantizar el libre acceso y el camino abierto para reinstalar el derecho que a cada parte le corresponde), sino también, fiscalizar la supremacía constitucional y ejercer el control de legalidad de los actos administrativos y de particulares.

Es esta una función de complementación del ordenamiento jurídico - sostiene Gimeno Sendra-, por ello, a todo juez o tribunal le corresponde extraer nuevos significados a las normas, de manera que cobren todo su sentido lógico y actual, con independencia de que hayan sido expresamente previstos por la *mens legislatoris* (*Constitución y Proceso*, editorial Tecnos, Madrid, 1988).

Quiroga Lavié afirma que, por encima del planteo épico que tiene el proceso tradicional, también sirve para lograr el equilibrio del sistema social, y por ello no tiene por qué presuponer el conflicto previo como lo presupone el proceso específicamente privado. No se trata de que sólo haya que resolver conflictos y suprimir interferencias; se trata de lograr que el sistema social no pierda energía, que vigorice su funcionamiento, que se equilibre (*El amparo colectivo*, editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998).

El derecho a la jurisdicción precisa también la garantía a *tener jueces*, lo cual se ocupa de afirmar algo más que la simple entrada al proceso prestando oídos para que escuchen la súplica (en rigor, un juez que provea la demanda).

Este primer aspecto puede ubicarse en un tramo anterior ya referido, esto es, como *derecho al proceso* o a la jurisdicción antes del proceso.

El estudio de Horacio D. Rosatti es muy puntual y preciso para profundizar esta temática. Sostiene entre otros valiosos conceptos, que el derecho a la jurisdicción antes del proceso se puede conformar como "derecho a exigir del Estado -monopolizador del servicio de administración de justicia- el cumplimiento de los presupuestos jurídicos y fácticos necesarios para satisfacer el cometido jurisdiccional ante la eventualidad de una litis concreta" (*El derecho a la jurisdicción antes del proceso*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1984).

El trecho siguiente para la caracterización se vincula con el *derecho a un proceso debido*, es decir, a sustanciar (tramitar) un procedimiento que, en la lucha por obtener el reconocimiento de los derechos, le permita a las partes debatir sin resultar sorprendidos por actos de autoridad que vulneren la posibilidad de llegar a una sentencia sobre el fondo del problema.

Son éstas las garantías constitucionales del proceso que veremos más adelante.

Sería este el espacio que ocupa la garantía del debido proceso (*due process of law*) y que se traduce en el artículo 18 de la Constitución Nacional. Agrega Rosatti que la exigencia (entendida como derecho al proceso) supone también la obligación estatal de no frustrar, impedir, menoscabar, obstaculizar o dificultar el acceso de un particular desavenido -o un grupo social- a la arteria cultural que significa el proceso, única posibilidad lícita de obtener el resultado querido por la norma cuando su realización fisiológica se ha visto impedida. Porque en el fondo, detrás de la negación al servicio de justicia se oculta una negación a la cultura (op. cit.).

El tercer lado que perfila el derecho a la jurisdicción contempla al proceso en funcionamiento desde la óptica de las facultades de los jueces. Constituye, de alguna manera, el grado de compromiso que establece la Constitución y el sistema legal interno con las potestades y deberes establecidos para asegurar el cumplimiento efectivo de cada una de las garantías, la supremacía de las normas fundamentales y la tutela efectiva de los derechos humanos.

6. Recapitemos lo expuesto: las garantías constitucionales que preservan la eficacia y el cumplimiento de los derechos depende de los instrumentos establecidos para hacer efectiva la tutela prometida.

Ese mecanismo instrumental es el proceso, observado en este plano, como única garantía posible.

De todos modos conviene advertir, como bien lo apunta Gelsi Bidart, que el proceso funciona como un medio de frontera del orden jurídico: lo que no se desea aplicar pero no hay otro medio (re-medio) que hacerlo; de ahí, de esa renuencia a su utilización, porque mejor sería la aplicación directa y espontánea del orden jurídico, que se haya hablado de patología

o de mal menor, cuando del proceso se trata (*De derechos, deberes y garantías del hombre común*, editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1987).

Ahora bien, para lograr llegada a los jueces y obtener las decisiones correspondientes es preciso tener ciertas aptitudes (presupuestos procesales, como la legitimación, entre otras), pero éstas nunca pueden alterar o frustrar los derechos que se quieren proteger.

Por eso sostenemos que la acción es un derecho constitucional afincado en el derecho de peticionar a las autoridades, y sostenido específicamente por las garantías fundamentales que reporta toda Constitución.

A su vez, para referirnos a las garantías de la jurisdicción tenemos que señalar cuáles son los reaseguros que muestran los jueces hacia las demás garantías, recordando para ello que, en esencia, la eficacia de los derechos fundamentales se reflejan en la posibilidad concreta de actuar los controles cuando ellos se vulneran o amenazan.

Dice Hernández Valle que también la garantía es un control; pero este no agota todas las garantías, dado que unas veces aquél actúa como única garantía, pero en otras, más bien hace operativas garantías preexistentes o pone en operación otras subsiguientes, por medio también de un control *a posteriori*. Por ello conviene aclarar la confusión tan frecuente que realiza la doctrina en esta materia, al identificar un sector de las garantías constitucionales con todos los medios para la defensa de la Constitución (*Derecho Procesal Constitucional*, editorial Juricentro, San José de Costa Rica, 1995).

Ese proceso puesto en marcha lo dirige la magistratura; por tanto, el enfoque real del "derecho a la jurisdicción", supone el acceso a los jueces; o desde otro punto de vista, puede focalizarse desde la perspectiva del justiciable que confía en la justicia y acude a ella para ser protegido.

Cappelletti y Vigoriti destacan que el derecho de las partes a un juicio justo ante un juez independiente e imparcial es una garantía incuestionable de la parte incluida en el concepto del derecho al debido proceso, deduciendo el derecho al juez independiente e imparcial de los arts. 3, 24, 101 a 110 de la constitución italiana, conceptualmente separado del derecho al juez natural garantizado por el art. 25 (*Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*, editorial Giuffrè, Milán, 1994).

7. La confianza es un aditamento a la garantía, por eso es tan importante tener cubierto este espacio de la sociología procesal. Una justicia confiable reporta aspectos positivos (neutralidad, idoneidad, equidad, etc.) y negativos (comisionado, de excepción, arbitrario, injusto, etc.) que, puestos en su lugar, consiguen dar una mayor cobertura al proceso judicial.

Es decir, cuando la figura del juez puede por sí misma garantizar las necesidades de la sociedad y del Estado de Derecho, la tutela prometida constitucionalmente está segura y tiene pacífica aceptación.

En cambio, cuando el origen de las magistraturas no es habitual ni ordinario, sino excepcional y contingente; cuando los jueces no responden al principio de absoluto desinterés o disponen arbitrariamente y sin fundamentos, el

proceso ya no es "debido". Se viola la garantía fundamental y, por ello, todo el juicio se descalifica.

De suyo, también, la secuencia reposa en otra circunstancia que interesa al mismo sistema, pues como derecho fundamental, o como derecho subjetivo de la libertad, esta garantía de la jurisdicción tutela por un lado los intereses comprometidos procesalmente y que esperan un resultado equitativo; y por otro encierra un significado institucional al velar por la preservación de intereses propios de la magistratura y del Estado de Derecho, en cuanto que permite -como sostiene Sánchez Cruzat- la fijación del juez competente, impidiendo la sustracción de un caso determinado del juez natural, y en cuanto busca la realización de la justicia, a través de un proceso regular (*Derecho Fundamental al proceso debido y el tribunal constitucional*, editorial Aranzadi, Pamplona, 1992).

8. La imparcialidad e independencia del juez son nexos imprescindibles para concretar las garantías. En todo proceso constitucional es importante conservar la libertad de criterio porque cualquier limitación estorba o elimina la fortaleza del derecho fundamental.

En el ejercicio de la potestad jurisdiccional ningún juez puede hallarse en condición sumisa, soportando las indicaciones interesadas que otros le aporten; individualmente, tampoco podría estar subordinado a decisiones producidas por otros, salvo las provenientes del sistema jurisprudencial (*stare decisis*, o doctrina del precedente obligatorio, también, los fallos plenarios).

En suma, las garantías de la jurisdicción consideran la libertad de actuación del órgano judicial respecto a otros; y respecto al propio sistema procesal. Mientras por un lado se espera el máximo de respeto por las garantías de imparcialidad e independencia; por el otro, se pretende que el control de constitucionalidad (o la tutela de los derechos fundamentales) no sufra limitaciones absurdas.

Resumiendo: hay diferentes variables que influyen en el grado de independencia funcional que referimos en este punto, y básicamente son: 1) un primer aspecto comprendido dentro de las estructuras procesales que influye sobre las cuestiones que son materia de litigio; 2) otra que decide sobre la independencia institucional y las distintas formas de acceso a la jurisdicción; 3) una tercera, asentada en la autonomía de los jueces respecto a los demás poderes estatales; vinculando en este espacio los problemas de cumplimiento de la sentencia o ejecución de la condena; 4) la propia independencia institucional puede estar limitada o influida por la estructura interna, si la organización es dependiente de otro poder público (a este respecto, una primera medida más drástica es el control de las decisiones del sistema judicial estableciendo el control de revisión de las sentencias por estructuras ajenas a la jurisdicción).

9. Un proceso efectivo es también un conjunto de garantías puestas en funcionamiento. Sin embargo, la plenitud del sistema no requiere que operen todas al mismo tiempo, es más, no existe la idea que lleve a todo el derecho procesal la base de constitucionalizar cualquier proceso.

Con ello queremos significar que los procedimientos siguen la suerte que le marca cada ordenamiento en particular, pero que las reglas mínimas que consideran al debido proceso no pueden -ni deben- estar ausentes.

Para la protección efectiva de las garantías constitucionales del proceso (todo proceso) es necesario, en consecuencia, ir elaborando una serie de precisiones que indiquen al operador cuáles son estos requisitos mínimos.

- a) Desde la posición de "partes" o "interesados" (aquellos que están afectados por la amenaza o lesión a un derecho fundamental) la garantía más importante es el derecho de defensa. Obviamente, como una proyección necesaria para la correcta implementación del derecho, la asistencia jurídica idónea es tan necesaria como la primera.
- b) Para la jurisdicción, a las cualidades mencionadas de independencia e imparcialidad, debe agregarse la dinámica de la función judicial, obligando de alguna manera a los jueces a *asumir el rol constitucional* que tienen y ejercen. Con esto, se quiere evitar la aplicación de normas ordinarias del proceso común a otros que tienen finalidades de promoción o protección de derechos constitucionales. También, en este sector y enlazados con las garantías del debido proceso, aparecen el derecho a obtener una resolución fundada que ponga fin al conflicto; que los defectos subsanables no se conviertan en insubsanables por inactividad del órgano; que la resolución judicial dictada sea efectivamente cumplida y se respete la cosa juzgada emergente; en suma, se trata de propiciar como un deber judicial el de promover y colaborar en la realización de la efectividad de la tutela.

En síntesis, una protección efectiva de los derechos y garantías supone presentes el derecho de acceder a la justicia sin restricciones irritantes; que el juez privilegie este principio constitucional del *favor actionis* o *pro actione*. Que en la búsqueda por un servicio judicial efectivo el órgano colabore en la realización de la tutela; que el proceso se desarrolle sin ficciones absurdas como ocurre con ciertos actos procesales; y que, finalmente, la sentencia dictada sea razonable y motivada, ejes principales e ineludibles en un auténtico proceso constitucional.

Es, entonces, un conjunto de garantías que superan la noción simplista de los derechos fundamentales clásicos, que veía a estos como un debate dialéctico entre libertad y autoridad; ahora, se trata de resaltar el aspecto positivo que vincula a los jueces a un obrar también positivo, casi asistencial.

Capítulo III

¿Qué es el proceso?

1. El proceso cumple una función de servicio. Es cierto que tiene principios y presupuestos que lo especifican en la teoría general, pero ellos no pueden instalarse en terrenos estancos, o de poca movilidad, porque precisamente su vida se desarrolla en la transformación social. Un proceso purista e ideológico, formal e hipotético, no cumple con la función garantista que tiene.

De ahí que el proceso no tenga un fin por sí mismo, sino para realizar el derecho que viene a consolidar.

No debe creerse -dice Gelsi Bidart- que por ser el proceso un instrumento que se construye para una finalidad que le es extrínseca, él mismo (la garantía) no tenga una propia finalidad. Ello así, en la medida que un mismo fin puede lograrse por diferentes caminos o medios, lo cual pone de relieve que el fin no integra la consistencia del medio, aunque ésta debe ser adecuada para alcanzarlo. Por ende, cada medio ha de utilizarse según su propio modo de ser, respetándolo y cambiándolo para que mejor llegue al fin perseguido. Cabe modificar el medio siempre que se mantengan sus aspectos fundamentales, pero no cambiando alguno de éstos, de tal manera que se pierda la manera de ser o consistir del instrumento. Si ello se hace, estamos ante un medio diferente, mejor o peor, pero no ante el mismo (op. cit.).

Tradicionalmente, se acepta que el proceso es la herramienta que permite la actuación del derecho. Sin embargo, hoy día pueden señalarse otras funciones.

No decimos que el proceso abandone el rol que permite ejercer los derechos materiales; ni que haya perdido su condición de modelo técnico; se trata simplemente de advertir que su fisonomía debe resultar permeable a las exigencias del tiempo en que ocurre, de forma tal que no sea un mero procedimiento, sino una garantía esencial para los derechos humanos.

En definitiva, el proceso jurisdiccional tiene suprema importancia para el derecho procesal constitucional porque es la auténtica protección de las garantías. Desde este punto de vista, hasta podría afirmarse que es la única garantía.

Con su habitual agudeza, sostiene Gelsi Bidart que el proceso es, ni más ni menos, un medio o instrumento de garantía, al servicio de todos los derechos invocados o alegados por un hombre cualquiera. Tiene en sí, pues, un sentido de universalidad: garantía para todo y cada hombre, con relación a cualquiera de sus derechos...Se trata de un instrumento para hacer funcionar al orden jurídico en casos concretos, individuales de la realidad, cuando los involucrados en el mismo no quieren o no pueden efectuar esa aplicación adecuadamente (op. cit.).

2. El proceso resulta una garantía, porque es un instrumento anterior al conflicto y una vía de acción específica cuando se producen las amenazas o violaciones a los derechos fundamentales.

Así presentado, el concepto se relaciona con la eficacia de la tutela (protección procesal); cuestión que muestra dos facetas sucesivas: una que se vincula con la entrada y puesta en marcha del aparato judicial (acción y derecho de acción); y otra que enlaza las garantías mínimas que debe suponer y desarrollar todo procedimiento (el principio del debido proceso).

Ahora bien, ambas cuestiones, también conocidas como derecho a la acción y a la jurisdicción (expuestas precedentemente), constituyen contenidos esenciales; lo que equivale a decir que no son meras proposiciones de principios o procedimientos, sino componentes indispensables para la eficacia del proceso como tal.

Peter Häberle ha puesto de relieve que, aunque doctrina y jurisprudencia coinciden en atender el contenido esencial mencionado como aspectos de las "garantías" o del "derecho de defensa"; también supone constituir un mandato a los poderes públicos, de naturaleza positiva, cuyo contenido principal es el desarrollo de los derechos fundamentales. En otras palabras, son límites para el accionar de gobierno, sea por reglamentos o legislación. Así, por ejemplo, cuando en Alemania se habla de los contenidos esenciales, se proporcionan bases para que ninguna legislación pueda afectar un derecho fundamental en esos mínimos inescrutables (*Derecho Constitucional común europeo*, en "Derechos Humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio, editorial Marcial Pons, Madrid, 1996).

¿A qué nos referimos cuando hablamos de cambios sustanciales en la interpretación que reconoce un proceso útil y efectivo?

La respuesta tiene distintos ítems que abordar, los que demostrarían que los conceptos tradicionales afincados en la teoría general del derecho procesal, han sufrido modificaciones y que, por ello, la pretensión de remozar la ciencia con el intrincado concepto de "derecho procesal garantista", es una idea forzada que no encuentra utilidad y menos aun actualidad científica.

Un resumen del planteo se muestra en las siguientes diferencias

El proceso garantista sostiene

- El carácter privado del conflicto
- Que el juez no puede intervenir con Decisiones que afecten la disponibilidad de las partes.
- Que el impulso procesal radica en las partes
- Que el Juez puede sanear los vicios procesales
- Que el Juez no tiene iniciativa probatoria

El proceso moderno se afirma en

- * La condición de derecho público del proceso
- * La calidad de director que asume el Juez en el proceso
- * El impulso de oficio, más allá del interés personal de las partes en la controversia
- * El deber de depurar los vicios del proceso
- * El deber de buscar la verdad con todos los medios disponibles.

- Que la carga de la prueba pesa exclusivamente sobre las partes
 - Que la cosa juzgada es *inter alios acta*
- * La posibilidad de establecer con justicia una flexibilidad en la carga de la prueba
 - * La posibilidad de extender a terceros la cosa juzgada

3. Con esta presentación, el criterio que captura los principios procesales clásicos y pretende con ellos responder a los problemas actuales, se encuentra con severas dificultades.

El principal problema está en que la habitual preferencia por la protección de los derechos individuales (típica raigambre en el derecho subjetivo codificado) hoy no es la principal atención del fenómeno que pretende resolver un conflicto.

Con ello queremos decir que, si el proceso tradicional tutela intereses privados bajo la consigna de respetar el derecho de petición de quien es el legítimo titular del derecho invocado; hoy se aceptan otras pretensiones indirectas que se conciben en una dimensión más amplia en el derecho de pedir.

El concepto clásico de la entrada al proceso, en definitiva, trata de reducir toda la cuestión del acceso a la jurisdicción, a un problema de consistencia jurídica, que determina la adecuación entre la titularidad jurídica que se afirma y el objeto jurídico que se pretende.

Es el sistema codificado de reafirmación del derecho subjetivo que surge con el constitucionalismo liberal de fines del siglo XVII y se consolida en los inicios del siglo XIX, con los derechos individuales.

La puerta de acceso al proceso viene determinada por "alguien" a quien se conoce, se personaliza, y sobre el que se proyectan los requisitos de acreditar la pertenencia exclusiva del derecho invocado (legitimación *ad causam*). Por supuesto, también sobre él, los ordenamientos procesales requieren que la pretensión esbozada lo encuentre en una relación de causalidad suficiente y adecuada con los hechos que presenta.

Es decir, se vincula sucesivamente a la persona, la cosa y las acciones para que tengan una relación jurídica que admita la tutela judicial.

El derecho subjetivo es el único que logra calidez receptiva en el sistema jurisdiccional, porque tiene y define una personalidad procesal. Se conoce a la persona, se sabe de sus derechos y de los conflictos que individualmente le aquejan y necesitan de resolución por la justicia.

Resulta, entonces, la protección otorgada de una lógica indiscutible, donde predomina asimismo un factor ideológico que le sirve de soporte.

La certeza del derecho está asegurada a través del *status* de persona que convive en un contexto social.

Así se desenvuelven los sistemas codificados, sobre todo los que nacen a partir el código civil francés, al que tanto apego tuvo Vélez Sarsfield, el codificador argentino.

Es un sistema teórico por el cual el derecho está constituido por un sistema de proposiciones donde las normas atribuyen predicados jurídicos a sujetos determinados.

El derecho privado no tiene matices. Todo se desliza desde la pertenencia y, por eso, se entroniza el derecho de propiedad, de indiscutida raíz individualista.

En cambio, la dimensión social que tuvo el proceso en su evolución, advirtió que estos derechos subjetivos, originarios y exclusivos que se podían oponer frente al Estado, requerían de un reconocimiento superior. Así se incorporan en el fenómeno constitucional como derechos de una primera generación, receptados generalmente, en los dogmas fundamentales de las Normas Supremas de un Estado.

Esta nueva columna significó una variable impensada. En efecto, al encontrarse adscriptos a un sistema organizacional "de todos", los derechos subjetivos, antes personales y exclusivos, comenzaron a ser de muchos, dando lugar a los denominados *derechos subjetivos públicos*.

Sin embargo, persiste la idea de reconocer las individualidades, aun cuando fueran agrupadas o compartieran sus intereses.

Todo esto contribuyó para determinar la convicción que por detrás del concepto de derecho subjetivo existía una concreta y efectiva realidad que estaba desprotegida.

La necesidad de proteger esos intereses dispersos o *anónimos*, fue el tránsito hacia una nueva etapa. La solidaridad es el valor principal que se pondera, así como la libertad lo fue para los derechos fundamentales del Estado liberal y la igualdad para los derechos socioeconómicos y culturales.

No debe interpretarse el fenómeno como un *debilitamiento* de los derechos individuales (subjetivos), sino su fortalecimiento a partir de la comprensión que supone reunir varios integrantes en conflicto por una misma situación.

4. El tránsito de la defensa de las individualidades que tipificó buena parte de los códigos de fondo, hacia la tutela de los derechos difusos, obedece a claras situaciones de indefensión de los derechos sociales o colectivos.

Una de ellas llega con la grave repercusión de las guerras mundiales, las que advierten como las individualidades eran incapaces de frenar las intemperancias de la conflagración. Tanto como le sucedió al Pacto de Versalles de 1919 que, bajo la Sociedad de las Naciones, no pudo impedir el sacrificio general de derechos y el furibundo envilecimiento de la dignidad humana.

El resurgimiento de los derechos del hombre viene con las Declaraciones Americana y Universal de mediados del siglo XX, que dan lugar a una nueva categoría de derechos: los derechos humanos, entre los que se encontraban los que se llamó de la tercera generación.

Estos, fueron destinados a tutelar una diversidad de conflictos de masa, una generalidad de perjuicios que no tenían un particular damnificado, sino a toda un grupo o categoría social.

Por eso suelen llamarse también intereses difundidos, expresando en consecuencia el aspecto de indeterminación, o propagación subjetiva del motivo a defender.

Son los derechos a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, los derechos del consumidor de bienes y servicios, los derechos que provienen del arte, los derechos de las razas y de las culturas, entre otros notables por su dimensión.

Lo característico de ellos es que aparecen considerados en declaraciones sobre Derechos Humanos, pactos y convenciones internacionales; se trasladan después a las Cartas Fundamentales, y recién al final, consiguen organizar un sistema autonómico de cobertura normativa. A veces, el pasaje en el último tramo es inverso. Se dá primero la ley y después el reconocimiento constitucional.

La traspersonalización caracteriza el objeto, pero es la dimensión del grupo subjetivo lo que determina la verdadera noción de *difuso* o *colectivo*, pues entre ambos, hay cierta identificación que confunde y corresponde esclarecer.

El derecho o interés difuso se identifica por corresponder a los sujetos de un grupo indeterminado. Mientras que los derechos de incidencia colectiva (para adoptar el signado de la Constitución Nacional) reconocen y definen un sector particular del gravamen.

Por ello, resulta más correcto hablar de derechos o intereses cuya pertenencia es difusa o colectiva. En el primer grupo hallamos aquellos derechos que no tienen un titular efectivo, sino varios que tienen, algo así, como cuotas indeterminadas del interés que persiguen (V.gr.: medio ambiente, ecología, salubridad, etc.). Mientras que son colectivos los que pueden protegerse a través de asociaciones o grupos que asumen la representación correspondiente del interés agraviado (V.gr.: derechos del consumidor, defensa de la competencia, discriminación, etc.).

En síntesis: *el acceso a la justicia no se puede continuar atendiendo en el enclave clásico de ver si quien pide es el dueño objetivo del derecho (subjetivo). Esto es correcto para algunas situaciones de defensa personal de intereses particulares; pero no se puede aplicar como criterio general que restrinja el presupuesto procesal de entrada al proceso.*

Será en adelante más importante atender la pretensión que la persona que reclama un resarcimiento o una restitución. Es decir, antes que analizar la legitimación habrá que observar qué es lo que se pide, y deducir desde allí, el derecho a la jurisdicción.

5. Resuelta la entrada al proceso, suceden otras problemáticas que van cambiando. El tema más polémico se presenta en la prueba.

Hemos sostenido que, sin calificar a la prueba como un mero procedimiento de fijación normal de los hechos controvertidos, el análisis debe estar circunscripto a su finalidad, es decir, al fin de producir en el ánimo del juzgador una certeza, no lógica ni matemática, sino psicológica sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados.

De este modo, a las partes les corresponde asumir la demostración de los presupuestos de hecho contenidos en la norma sustancial fundante de sus respectivas pretensiones (carga probatoria), sin perjuicio de la iniciativa personal que el director del proceso decida, ante la insuficiencia, y en vista de arribar a la verdad jurídica objetiva (concepto este, un tanto huidizo, pero que refleja en cada uno de sus vocablos la finalidad última que se persigue con la actividad).

Se inspira la idea en la posibilidad de otorgar al Juez impulso propio sin quedar restringido por el principio *judex debet judicare secundum allegata et probata a partibus*.

La postergación del dogma sostenido en el principio dispositivo se debe a la priorización de la dirección material del proceso (en oposición al criterio de dirección formal) con la cual el magistrado, una vez instaurado un proceso civil, el modo, el ritmo y el impulso del proceso mismo son separados de la disponibilidad, inmediata o mediata de las partes, y por consiguiente también de las maniobras dilatorias y retardatorias de alguna de las partes.

Ambos temperamentos, como vemos, enfrentan el concepto de "pertenencia" del proceso; para los primeros, el litigio es una cosa privada, en tanto los segundos se definen como publicistas, desprivatizando el objeto del proceso.

Esta idea ha progresado notoriamente en el mundo, desplazando prácticamente por completo la idea del Juez neutral y desinteresado. A pesar de que el garantismo sostenga que la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española retorna al principio dispositivo a ultranza y evita los actos que llamó de "autoritarismo judicial", demostrando así que el progresismo publicista va camino al abandono, creemos absolutamente errada dicha afirmación tal como veremos más adelante.

Decía el profesor de París ROGER PERROT en oportunidad del Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en Würzburg (Alemania) en 1983, que el rol activo del Juez contemporáneo, enfrenta a aquel otro, neutro y pasivo que aguardaba que los litigantes le aportaran todo el material probatorio. Este magistrado es hoy una imagen caduca, y, si bien el órgano judicial no puede establecer más allá de las pretensiones de las partes, el Juez moderno está llamado, sin embargo, a desempeñar un incanjeable papel en la búsqueda de prueba, en la medida que es su deber descubrir la verdad (o hacer todo lo posible para descubrirla).

En suma, la visión individualista de la prueba se abandona por la solidaridad que proviene del principio de publicización, que privilegia la colaboración de las partes en la búsqueda de una solución real -no formal- del conflicto que los enfrenta.

CAPPELLETTI examina esta característica y señala lo siguiente: "La abolición, aun total del poder monopolístico de las partes respecto de las pruebas, es un aspecto -quizás el más importante- de la sustracción a las partes del poder de dirección "formal" del proceso. Este no es ya cosa de las partes, como era típicamente el lento proceso común y el proceso "liberal" del siglo XIX. Les queda a las partes (normalmente) privadas, el poder exclusivo de elegir entre pedir o no la tutela jurisdiccional de un (pretendido) derecho suyo; les queda a ellas el poder exclusivo de determinar los límites esenciales de la acción -límites subjetivos (personal), objetivos (petitum), causales (causa petendi)- y por consiguiente los límites esenciales de la decisión y del fallo. El Juez no

puede, en principio, ni obrar de oficio, ni sobrepasar aquellos límites queridos y determinados por las partes privadas. Subsiste, por consiguiente, en sustancia, para el proceso civil su núcleo o, si se prefiere, su objeto privado. Pero sobre este núcleo, dejado a la exclusiva potencia de disposición del sujeto (normalmente) privado, se construye una "cáscara", una envoltura -un proceder-, que está en cambio sustraído a aquella potencia de disposición; una vez instaurado un proceso civil, el modo, el ritmo, el impulso del proceso mismo son separados de la disponibilidad, inmediata o mediata de las partes, y por consiguiente también de las maniobras dilatorias y retardatorias de alguna de las partes, regulados en cambio por la ley misma con normas absolutas, o bien -y más a menudo- por el Juez con poderes discrecionales, en el ejercicio de los cuales él podrá y deber tener en cuenta las concretas exigencias del caso, en un espíritu no de vejación, sino de activa colaboración con las partes" (*La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, editorial Ejea, Buenos Aires, 1972)

Capítulo IV

¿Cuáles son las nuevas garantías procesales?

1. Encontrará el lector que se aproxima a estas reflexiones nuestra evidente desazón con las reglas actuales del proceso judicial latinoamericano. Pero, al mismo tiempo, advertirá la esperanza fundada por encontrar un destino común, tal como se relata al final de este ensayo.

La desazón llega de la experiencia; la ilusión proviene del trabajo doctrinario y ejemplar de los juristas iberoamericanos.

En efecto, no podemos soslayar en esta somera presentación el cuadro abierto para un nuevo emplazamiento de las garantías procesales. Con ello pretendemos considerar otra lectura, una interpretación diferente al cuadro de presupuestos y principios procesales imperantes.

2. Comencemos el análisis con el fenómeno de las garantías. Ellas tienen distintas posibilidades de atención. O se estudian como derechos subjetivos (garantías en particular), o como derechos colectivos (garantías colectivas), o bien como instrumentos de tutela (garantías procesales).

Estos tres caminos en la consideración de las "garantías", son asimismo, interactuantes, en la medida que funcionan en completa armonía; ya sea en la preservación del reducto inalienable del hombre como persona humana; en la vigencia efectiva de una sociedad estable que reclama el principio de seguridad jurídica; o, en su caso, para saber que aquellas cuentan con un mecanismo de actuación inmediato, libre y sin restricciones que hacen a las "garantías procesales".

Respectivamente, son las garantías individuales (o de la libertad); garantías colectivas (o del orden social y jurídico); y las garantías de procedimientos.

A su vez, analizadas por separado, comprueban problemas singulares pero soluciones convergentes, dando por supuesto que cualquiera sea la adscripción que tenga el intérprete respecto al significado y alcance que percibe de la noción de "garantías", no puede eludir su directa, inmediata y necesaria aplicación con la persona a quien se dirige. De suyo, esta existencia precede a la formación del conjunto social, siendo ese el momento cuando las garantías se desprenden del sentido aislado e individual para resolver cuestiones colectivas.

En síntesis, el triple campo operacional de las "garantías" no significa establecer compartimientos estancos e infranqueables, todo lo contrario. Pero, tanto las garantías individuales, como las colectivas y las procesales tienen prolegómenos particulares que han de resolver para dar efectividad y equilibrio a la actuación conjunta.

No obstante es importante recordar que las garantías constitucionales tienen otras características: a) son *unilaterales*, por cuanto están exclusivamente a cargo del poder público, a través de sus distintos órganos y dependencias que desarrollan las funciones de gobierno; son éstos los que deben responder por la efectividad y, por tanto, son los únicos obligados por su condición de sujetos pasivos de las garantías; b) son *irrenunciables*, en la medida que nadie puede renunciar el derecho a

disfrutarlas; c) son *permanentes* como atributo implícito del derecho protegido, pues mientras el derecho exista cuanta con la garantía que lo respalda en su eficacia; d) son *generales*, porque proteger a todo ser humano; y e) son *supremas*, porque las instituye una Norma Constitucional y las privilegian todos los instrumentos internacionales y supranacionales sobre derechos humanos.

3. La noción de "garantía" entendida ampliamente, pareciera simplificarse con el reaseguro que tiene la sociedad sobre ciertos derechos inalienables e imprescriptibles que pertenecen a todos sin posibilidad de renuncia o violación.

Como tales surgirían de una relación entre gobierno y sociedad, donde los primeros actúan la voluntad del pueblo a través del ejercicio soberano de la representación democrática, y los restantes resuelven la vida social desarrollando fines y personalidades específicas.

Esa vinculación tiene un déficit acuciante, pues la sola mención de potestades absolutas del hombre que el Estado no puede superar sin violar los límites establecidos constitucionalmente, no sirven para "garantizar" el pleno cumplimiento de las prioridades fundamentales.

La experiencia demuestra sin necesidad de mayores explicaciones el evidente valor declamativo que tienen los dogmas constitucionales cuando el juego de las garantías no funciona en sus tres dimensiones (individual, social y procesal).

Desde este punto de vista, nominar a las "garantías individuales" como potestades insuperables remonta al viejo esquema del "individualismo" que establece derechos a partir de sujetos obligados (personas físicas o morales) y Estados (gobiernos) responsables.

Por eso, es preciso remontar el criterio antes expuesto, y permitir que en la garantía individual se abandone el temperamento rígido y estanco de la defensa reparatoria (*ex post facto*) para auspiciar una tutela preventiva que eluda la necesidad del daño como presupuesto procesal.

4. Así como los derechos individuales responden a un período histórico después consagrado en el constitucionalismo; también las garantías sociales son producto de un tiempo preciso que las incorpora.

En efecto, el individualismo había surtido grandes resultados en la conciencia de la persona humana acerca de los valores que tenía por su sola condición. El Estado actuaba únicamente en el conflicto intersubjetivo dejando al hombre libre de hacer y realizarse.

La igualdad (todo hombre es igual ante la ley predicaron los revolucionarios franceses de 1789) era la síntesis alcanzada.

Estas garantías no son exclusivas, sino que se asignan por una correspondencia con un grupo social determinado (vgr: derecho de huelga, de agremiación, de protección a la familia, a la salud, a la educación, etc.).

Tal como sucedió con la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es fruto de esta época (1948), y condicionará el obrar futuro del mundo.

Las garantías sociales encontraron respuesta en procesos también denominados sociales (procedimiento laboral, por ejemplo).

5. Tanto garantías individuales como sociales son definitivamente consagraciones fundamentales que obran en la más pura abstracción si no cuentan con un elemental sistema de puesta en marcha o, al menos, de la posibilidad de reclamo efectivo.

Por tanto, las garantías procesales son el reducto de la eficacia y resumen de toda la noción de garantía constitucional. El medio, instrumento, recurso, o cualquiera sea la forma mejor adaptada para la tutela que se persigue, no puede restringirse ni limitarse, por eso, cualquier reglamentación que desvirtúa esta finalidad, agrede directamente la finalidad esencial.

Conviene agregar que buena parte de la doctrina prefiere referir en este sector a "garantías de la seguridad jurídica", que en buen romance parece más ajustado a las realidades que impone el tiempo actual; o también de "garantías de justicia", con idéntica disposición que la anterior.

Las garantías procesales, a nuestro entender, reposan en tres señalamientos:

- 1) necesidad de tener un tribunal a quien poder reclamar efectivamente, sin cortapisas de orden técnico alguno, o condicionamientos sustanciales irrazonables (acceso a la jurisdicción),
- 2) el debido proceso, bifurcado a su vez en las garantías correspondientes al sector de la magistratura -independencia e imparcialidad-; al sector de la defensa -derecho al abogado, derecho a una sentencia justa-; y al sector del procedimiento propiamente dicho -bilateralidad, contradicción, audiencia, proceso rápido y sin dilaciones indebidas,
- 3) tutela efectiva con mecanismos urgentes como el amparo o el hábeas corpus, entre otros aspectos que ocupan esta parcela-.

Sin embargo, la plenitud del sistema no requiere que operen todas al mismo tiempo, es más, no existe la idea que lleve a todo el derecho procesal la base de constitucionalizar cualquier proceso.

Con ello queremos significar que los procedimientos siguen la suerte que le marca cada ordenamiento en particular, pero que las reglas mínimas que consideran al debido proceso no pueden -ni deben- estar ausentes.

6. Para la protección efectiva de las garantías constitucionales del proceso (todo proceso) es necesario, en consecuencia, ir elaborando una serie de precisiones que indiquen al operador cuáles son estos requisitos mínimos.

Desde la posición de "partes" o "interesados" (aquellos que están afectados por la amenaza o lesión a un derecho fundamental) la garantía más importante es el

derecho de defensa. Obviamente, como una proyección necesaria para la correcta implementación del derecho, la asistencia jurídica idónea es tan necesaria como la primera.

Para la jurisdicción, a las cualidades mencionadas de independencia e imparcialidad, debe agregarse la dinámica de la función judicial, obligando de alguna manera a los jueces a *asumir el rol constitucional* que tienen y ejercen. Con esto, se quiere evitar la aplicación de normas ordinarias del proceso común a otros que tienen finalidades de promoción o protección de derechos constitucionales. También, en este sector y enlazados con las garantías del debido proceso, aparecen el derecho a obtener una resolución fundada que ponga fin al conflicto; que los defectos subsanables no se conviertan en insubsanables por inactividad del órgano; que la resolución judicial dictada sea efectivamente cumplida y se respete la cosa juzgada emergente; en suma, se trata de propiciar como un deber judicial el de promover y colaborar en la realización de la efectividad de la tutela.

En síntesis, una protección efectiva de los derechos y garantías supone presentes el derecho de acceder a la justicia sin restricciones irritantes; que el juez privilegie este principio constitucional del *favor actionis* o *pro actione*. Que en la búsqueda por un servicio judicial efectivo el órgano colabore en la realización de la tutela; que el proceso se desarrolle sin ficciones absurdas como ocurre con ciertos actos procesales; y que, finalmente, la sentencia dictada sea razonable y motivada, ejes principales e ineludibles en un auténtico proceso constitucional.

Es, entonces, un conjunto de garantías que superan la noción simplista de los derechos fundamentales clásicos, que veía a estos como un debate dialéctico entre libertad y autoridad; ahora, se trata de resaltar el aspecto positivo que vincula a los jueces a un obrar también positivo, casi asistencial.

7. La garantía de defensa

El derecho de defensa puede ser valorado desde diferentes posiciones. Etimológicamente significa oponerse al peligro de un daño, o al rechazo de una agresión. La defensa tiene así la noción de protegerse a sí mismo, como una necesidad natural del instinto de conservación o supervivencia.

Algunos sostienen que la idea de defensa es anterior a cualquier configuración jurídica, porque nos demuestra de que modo el término supone una exigencia insuperable y connatural de reacción en el hombre, que implica una actitud o disposición de rechazo a la actuación de otro que pretende obtener algo, que se denomina *ofensa*, la que pasa a constituirse en su antecedente lógicamente necesario.

Más adelante, la defensa asume un rol estrictamente procesal, como contrapartida de la acción entablada, de forma tal que, ante la demanda se debe garantizar el correcto emplazamiento para que, tomado conocimiento de las pretensiones, se puedan asumir posiciones de lucha o aceptación (bilateralidad del proceso); o bien, cuando impuesta la acusación el sujeto pueda contraponer argumentos a los que se le atribuyen para tipificar un delito.

Como se puede apreciar, en estas líneas queda de manifiesto que la defensa no es acción en estricto sentido, sino posibilidad de reaccionar ante un ataque. Por eso, en los términos tradicionales de lucha o controversia como se reconoce al

proceso judicial, el derecho de defensa garantiza la legalidad del procedimiento cuando ambas partes tienen iguales posibilidades de alegación y réplica.

La vigencia del derecho a la defensa asegura a las partes la posibilidad de sostener argumentalmente sus respectivas pretensiones y rebatir los fundamentos que la parte contraria haya podido formular en apoyo de las suyas, pero sin que sea necesario que de facto tenga lugar una efectiva controversia argumental entre los litigantes que, por unas u otras razones, puede o no producirse (T.C. español, sentencia del 16 de junio de 1997)

Desde otro punto de vista, la defensa puede interpretar la garantía efectiva de tutelar los derechos. Es decir, así como en el concepto anterior se tiene en cuenta a los sujetos, en este espacio el amparo es hacia los derechos.

La extensión de la garantía no debe ser puramente subjetiva, esto es que el alcance de la tutela no sea únicamente en beneficio de la parte y de terceros; requiere para su correcta implementación el control efectivo del órgano jurisdiccional en cada uno de los procedimientos que tramite, o en cualquiera de las etapas que transite el proceso.

Por eso debieran revisarse algunas instituciones típicas de la ausencia o del incomparecimiento, que fuerzan al juez o tribunal a juzgar sobre sofismas o ficciones que, en derecho, han resguardado el derecho de defensa.

La vigencia de la garantía en cada etapa del proceso se funda en el precepto constitucional que lo consagra como derecho constitucional fundamental y refuerza ese derecho de defensa. Este supone, con carácter general, no sólo en el conjunto del procedimiento, sino en cada una de sus fases cuya resolución afecte a los derechos e intereses legítimos de una persona, ésta debe ser oída y deben respetarse el resto de las garantías procesales ya aludidas.

Naturalmente -sostiene Carocca Perez- el legislador dispone de cierta libertad al momento de configurar las garantías en los concretos procedimientos, pues lo que se exige es que se dé a las partes la posibilidad de efectuar sus alegaciones y de proponer y practicar pruebas...de modo que se produciría indefensión, cuando se priva a las partes de los trámites de alegación, prueba o de contradicción contemplados expresamente en las normas procesales (*Garantía constitucional de la defensa procesal*, editorial Bosch, Barcelona, 1997).

8. El derecho a la asistencia jurídica idónea

La garantía de defensa que impregna el sentido fundamental del debido proceso, obliga a responder con acierto y eficacia al problema de la asistencia letrada idónea.

Hoy no se trata solamente de evitar la indefensión, sino, también, de lograr que quienes actúan ante la justicia estén asesorados adecuadamente, permanentemente instruidos, y técnicamente capaces de soportar las exigencias, vaguedades y ambigüedades del proceso judicial. La Constitución española es un ejemplo palmario de esta constatación, pues en palabras de su Tribunal Constitucional "el derecho de defensa y asistencia de letrado que el párrafo 2º del art. 24 de la Constitución reconoce de forma incondicionada a todos es, por tanto, predicable en el ámbito procesal penal no sólo de los acusados, sino también de quienes

comparecen como acusadores particulares ejerciendo la acción como perjudicados por el hecho punible. A ellos hay que añadir que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en su art. 6.3, c, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 14.3, d, al referirse a los derechos mismos que han de garantizarse a todo acusado, incluye entre ellos el de ser asistido por un defensor de su elección. Por lo que el derecho de defensa y asistencia de letrado consagrado en el art. 24.2 de la Constitución, interpretado de acuerdo con los textos internacionales mencionados, por imperativo del art. 10.2 de la misma, comporta de forma esencial el que el interesado pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentar su propia defensa, máxime cuando la actuación procesal se supedita al requisito de la postulación" (T.C., sentencia del 24 de Julio de 1981, Sala I).

La cuestión no admite diferencias entre "causas civiles y penales", porque el compromiso constitucional se funda en un concepto previo, por el cual todo proceso judicial debe solventar la "garantía" de protección del justiciable y efectivo cumplimiento del orden jurídico.

No se trata en la actualidad de dar "formas legales", aparentemente solidarias y respetuosas con el proceso justo (o debido), sino de garantizar el servicio a través de medidas que respalden las garantías fundamentales que el proceso ampara.

En consecuencia, la noción garantista que se preserva en esta dimensión ocupa dos aspectos centrales, de tipo positivo; y otra proyección de tipo negativo. Las primeras se refieren: a) el derecho al abogado, y b) la defensa técnica idónea.

Mientras que la contracara está en: c) la garantía para que no se produzca indefensión, y d) la asistencia jurídica gratuita.

8.1) El derecho al abogado

La ausencia de conocimientos técnicos del procesado (o de la parte) obliga a cubrir el déficit con el patrocinio letrado, adopción que significa una serie de circunstancias donde obran relacionadas tanto decisiones individuales como institucionales tendientes a validar el proceso jurisdiccional.

En efecto, la representación procesal se instala en el primer plano de las exigencias. Su inexistencia obliga al Estado a cubrir el vacío dispuesto, y por tanto si el cambio o asignación (según se trate de sustitución del abogado particular por el defensor público, o la directa designación de éste) no tiene en cuenta las garantías implícitas de conocimiento y aceptación, se quiebra de alguna manera, la confianza que debe primar en esa relación tan íntima que tienen defendidos y defensores.

Por ello, la garantía de la defensa en juicio supone que quien se encuentra sometido a enjuiciamiento pueda contar, al menos ante los tribunales de justicia, con asistencia profesional. En este sentido, son violatorias de esa garantía fundamental aquellas actuaciones en las cuales no son observadas las formas sustanciales del procedimiento, tales como hacer saber al procesado el derecho de designar defensor, cuando no se lo designara de oficio, o cuando no tuviese oportunidad de actuar el previamente designado.

¿Qué importancia tiene la designación de abogado de confianza? ¿basta con la asistencia letrada? o ¿puede el imputado ser suficientemente informado de sus derechos y decidir los casos en que requiera del patrocinio profesional?.

En el caso, nos interesa apuntar a un acto específico del procedimiento. Cuando debe producirse la declaración indagatoria ¿debe estar el encartado asistido por abogado? y en su caso ¿quién debe acompañarlo? ¿el que resulta por él mismo seleccionado? o en su ausencia ¿suple el defensor oficial el cargo?.

Conforme las posiciones que se adopten, pueden formularse respuestas diversas. A veces, se sostuvo que la falta de noticia cierta a la defensa, impide el ejercicio inicial de ese ministerio y priva potencialmente al imputado de comunicación, asesoramiento técnico y control de legalidad, en un acto que, siendo de estricta defensa material, se constituye en la piedra basal sobre la que se apoya la estructura del proceso, por lo que el perjuicio quiebra el resguardo del art. 18 de la Ley Fundamental.

Sin embargo, otros indican que en la ley procesal la protección a la garantía de la defensa en juicio no reside en el conocimiento del defensor designado, previo a la indagatoria sobre el hecho, sino en la adecuada información al imputado de la multiplicidad de facultades y derechos que regulan el caso -de los que es exclusivo titular- lo que posibilita que decida sobre su ejercicio en aquellos supuestos que son de imposición obligatoria, y el declarar acompañado de su defensor es precisamente uno de ellos.

La tesis defiende el acto formal de notificación al imputado de los derechos que le asisten, sosteniendo que en la declaración indagatoria, por ser un acto personalísimo, puede optar por hacerlo sin asistencia alguna. Frente a ella, otros sostienen que *debe* comunicarse al abogado discernido, en cuyo caso se produce cierta vacilación para concretar si es suficiente con la notificación, o se requiere, además, la presencia efectiva en el acto de la indagatoria.

Fuente legal de las posturas sería el Código Procesal penal de Córdoba, cuyo art. 293 refiere a la "opción" que tiene la defensa para estar o no en la actuación suscitada. Dicho ordenamiento podría tener influencia directa sobre el actual sistema procesal nacional, en el sentido de que la normativa de aplicación es idéntica, con la diferencia de haberse suprimido el párrafo que dice *"si alguno de ellos lo pidiere..."*, circunstancia que se interpreta -a menos que fuere producto de una omisión del legislador- como una expresa indicación de que el código nacional en modo alguno pretende exigir que el imputado advierta que acepta declarar sin su defensor, sino que basta con la conformidad para el acto, luego de ser informado de todos sus derechos.

Entre los principios básicos de las Naciones Unidas se especifica claramente que *"...A toda persona arrestada, o presa, se le facilitarán oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación..."*

8.2) La defensa técnica idónea

Seguidamente, la existencia de abogado si bien cubre formalmente la exigencia constitucional, no es suficiente cuando la intervención es deficitaria o directamente inidónea.

Precisamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en el "caso Gordillo" (setiembre 29/987) dijo que *"no basta para cumplir con las exigencias básicas del debido proceso que el acusado haya tenido patrocinio letrado de manera formal, sino que es menester que aquél haya recibido una efectiva y sustancial asistencia de parte de su defensor"*. Agregándose que *"frente a la expresa manifestación del recluso de su intención de recurrir a la vía extraordinaria local y federal encontrándose en término para hacerlo, ante la negativa del defensor oficial de no poder cumplir su cometido por no contar con tiempo material, le corresponde al tribunal reemplazar al letrado y brindar la posibilidad real de apelación, pues de lo contrario se viola el derecho de defensa en juicio"*.

No se trata específicamente de derechos procesales (o de situaciones procesales), sino de derechos constitucionales los que están en juego (proximidad que tiene emparentamiento con los contenidos del derecho procesal constitucional), por tanto, es deber de los jueces priorizar la asistencia idónea, más allá de las decisiones personales de autodefensa.

Esta deducción obedece a una causa justa que impera en todo debate ante la jurisdicción. La igualdad de armas entre el imputado y el Ministerio Fiscal no es equilibrada cuando el encartado actúa solitario. También esa soledad posible en la indagatoria violenta un razonable punto de cualificación en la defensa técnica.

Vittorio Denti, uno de los más prestigiosos juristas italianos, dice que la renuncia voluntaria a la defensa no puede auspiciarse en los tribunales porqué se trata de un derecho constitucional que le impone al imputado ejercer los poderes procesales necesarios para defenderse en juicio e influir positivamente en la formación de la convicción del juez. Y además, porque la defensa en juicio es una garantía, que como exigencia de un adecuado desarrollo del proceso por un interés público general que trasciende los intereses del imputado, solamente es satisfecho cuando el contradictorio es efectivo y existe igualdad de armas real (*La difesa come diritto e come garanzie dell'autodifesa nel processo penale*, editorial Zanichelli, Bologna, 1977).

En el sonado caso "Airey" fallado por el Tribunal de la Comisión Europea de Derechos Humanos (9-10-80) ya se había dicho que la necesidad de que la protección de los derechos reconocidos en los términos del convenio (que es válido en su lectura e inteligencia para todos los que se encuentran incorporados a nuestro derecho interno) no sean utópicos o ideales, sino que estén consagrados como derechos reales y efectivos.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, muestra su preocupación por garantizar la defensa material y técnica de la persona, en los arts. 8.2 d y 8.2 e.

De modo tal que cuando la complejidad del caso requiera una defensa técnica ante los tribunales para defender adecuadamente la pretensión que se invoca, esta asistencia jurídica se impone como requisito de plenitud para la garantía de defensa.

Esto implica también, el derecho del procesado a elegir su defensor y a que represente con eficacia sus intereses, pudiendo suponer violación del derecho al debido proceso, en ciertas circunstancias, el que el Tribunal impida que una parte

sea asistida por abogado, lo que únicamente se justificaría en procedimientos simples y de naturaleza no penal.

En síntesis, para nosotros el derecho a la defensa y la asistencia letrada se desenvuelve en un plano material, no procesal, porque la Constitución no fue pensada para auspiciar derechos declamativos o ideales, no es menester la prédica de abstracciones o hipótesis sostenidas en la sola formulación; todo lo contrario, en cuanto aquí interesa, el derecho al abogado abarca en materia penal un campo más intenso de obligaciones emergentes que, para la justicia supone informar la apertura del proceso penal y de los motivos de acusación, dotar de asistencia técnica oficial o disponer la libre selección por el encartado; preparar la tesis defensiva y concurrir a todos los actos de adquisición probatoria, entre otros.

8.3) La autodefensa

Como una proyección de la garantía de asistencia letrada en el proceso, se encuentra la limitación razonable a la prohibición de autodefensa.

No se trata, claro está, de propiciar la sustitución de la parte por el representante legal abogado, sino de fomentar que, en toda la sustanciación de un procedimiento jurisdiccional, aquellas cuenten con el adecuado asesoramiento técnico que les permita decidir con criterio los caminos a seguir.

Es particularmente interesante hurgar el porqué de una polémica que, aparentemente, no debería sufrir resistencia alguna. Pareciera difícil admitir la autodefensa técnica cuando no se tienen, adecuadamente, conocimientos profesionales.

Ocurre que el modelo de enjuiciamiento reconoce uno de sus orígenes en el código de procedimiento penal francés por el cual el derecho a la designación de abogado era potestativo del imputado, de modo tal que si decidía no hacerlo valer, el sumario permanecía absolutamente secreto para él y sin posibilidad alguna de contradictorio hasta el momento del juicio oral en el que el Tribunal habría de proceder a designarle un abogado de oficio.

La idea pilar sostenía que nadie podía mejor defenderse que quien sabía de los fundamentos y firmeza de la acusación, de forma que, conociendo los hechos imputados y la calificación jurídica, estaba en condiciones de obrar por sí mismo.

Esta pauta fue tomada por la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, otorgando esa disponibilidad hasta el auto de procesamiento. Por tanto (situación que perdura en el actual sistema) la intervención del defensor esta jalonada en tres etapas bien definidas, la defensa técnica prohibida (antes del procesamiento), la defensa permitida (a partir del procesamiento) y la defensa técnica obligatoria que había de suceder con el trámite de calificación provisional.

Lo más importante del punto -que en otros países justifica grandes polémicas- se encuentra en saber si la autoayuda supone indefensión, en la medida que la técnica y el conocimiento del derecho tiene matices especiales que resuelven los problemas desde una visión diferente a la que provienen de juicios no profesionales.

Esta singularidad y el perfil propio que tiene el procedimiento penal constatan la difícil misión del juez para equilibrar los conflictos entre particulares, o

con el Estado en ejercicio del *jus puniendi*, porque el déficit en una de las partes interesadas es manifiesto. No tiene objetividad ni crítica legalmente fundada aquél que, por sus propios medios, compromete su suerte y destino a la tesis de la sola creencia de estar asistido en derecho.

En consecuencia, es inconveniente para la noción del derecho de defensa en juicio sostener que el precepto se cumple dando posibilidad de autorepresentación, porque ello trasciende el espíritu de una dispensa legal pensada para hipótesis de menor compromiso procesal.

La autodefensa, por sí misma, no se detiene en el voluntarismo simplista de quien lo resuelve; por el contrario, ella contrae una obligación constitucional de asistencia, por la cual, cuando se proclama la garantía de la defensa en juicio se pronuncia un llamado al patrocinio letrado.

Desde otro punto de vista, el derecho al proceso justo (o debido), en relación con la defensa procesal, no pretende omitir recaudos insertos en la misma garantía fundamental; al contrario, la idea es primar una interpretación que expanda la tutela y no la aprisione, elimine o rechace por una decisión caprichosa, o una simple conjetura legal sólo auspiciada por los mecanismos sofistas que soportan las ficciones de la ley.

En definitiva, el órgano judicial debe guardar un celo especial para que esté presente el abogado y no se produzca indefensión a lo largo de todo el proceso, es decir, en todas sus fases o instancias. Igualmente, la falta de defensa letrada no supone violar la garantía de defensa, cuando no existe una indefensión material o un perjuicio evidente para el justiciable. Por tanto, sostiene Serrano Hoyo, repitiendo conceptos del Tribunal Constitucional español que, este derecho de asistencia letrada no es autónomo sino que necesita como requisito adicional que se haya producido indefensión (*La prohibición de indefensión y su incidencia en el proceso*, editorial Comares, Granada, 1997).

Debiéramos agregar que, frente a una cultura jurídica como la nuestra, donde predomina el patrocinio letrado en causas civiles y penales, la cuestión puede parecer baladí; sin embargo, es importante plantearlo para despejar toda duda respecto a que se necesita tener asistencia técnica específica en todo tipo de procesos.

Ahora bien, ¿que ocurre cuando la parte no coincide con el asesoramiento que se le presta? ¿puede continuar el proceso por sí sola? ¿debe sustituir al abogado?. Si no fuera, por lo dicho anteriormente, el problema estaría en ver si es factible renunciar voluntariamente a la defensa técnica y asumir la autodefensa.

En estos casos, se plantea saber si tal decisión violenta la garantía del debido proceso al estar ausente el equilibrio de armas entre las partes en conflicto, sean ellas litigantes de un proceso privado, o fiscal e imputado en causas de naturaleza penal.

"El problema, de gran trascendencia teórica y práctica, se planteó con toda su crudeza en el derecho comparado hace un par de décadas, en los denominados procesos políticos, cuando algunos encausados se negaron a aceptar la designación de abogados de oficio, a quienes consideraban representantes del sistema que ellos estimaban combatir. La duda, entonces, era si a pesar de esa defensa, es decir, ejercer su autodefensa, de todos modos debía procederse a la designación de tales defensores técnicos de oficio. La cuestión se traduce, en el fondo, en establecer si

existe siempre una subordinación de la defensa técnica a la autodefensa, a la voluntad manifestada por la parte o sí, por el contrario, aquélla en algún momento puede desarrollarse con independencia de esta última" (Carocca Perez)

Habría que admitir que el proceso penal difiere del civil en que la postulación y fundamento de las pretensiones se ejerce simultáneamente por el abogado y su patrocinado. Es decir, mientras en el proceso civil la dirección y presentación de la causa sigue el curso indicado por el letrado; en lo penal la institución de la defensa contiene dos manifestaciones bien definidas: la que muestra el ejercicio de una defensa "privada" o material; y la que expresa la defensa "pública" o formal. De esta forma, aun cuando ambas coincidan en la búsqueda por afianzar la libertad, lo cierto es que responden a sustentos diferentes, porque el imputado ejerce la autodefensa estimulado por un análisis confrontado entre hechos y posibilidades emergentes sobre los cuales tiene pleno y acabado conocimiento (en su fuero íntimo sabe de su responsabilidad o inocencia); y el abogado a través de la defensa técnica prioriza los afanes de la sociedad que tienden a evitar la indefensión.

El carácter bifronte de la defensa obliga por implicancia a resolver que tipo de vinculación une al imputado (o a la parte) con su abogado.

Adviértase que el Estado tiene obligación de dotar de asistencia letrada al imputado que no la designa, circunstancia que lleva a pensar en un marcado carácter público del servicio.

Así lo expresa Gimeno cuando sostiene que, el oficio de defensor, tanto por su origen (en el proceso penal acusatorio la sociedad exige que todo acusado sea defendido por letrado), como por su finalidad (hacer valer un derecho constitucional, como lo es el de la libertad del ciudadano), es una institución perteneciente al campo del derecho público, lo que sin duda explica el grado de autonomía que el abogado defensor ostenta dentro del proceso penal (*Constitución y proceso*, editorial Tecnos, Madrid, 1988).

Por ello, cualquier decisión individual que pretenda soslayar la intervención letrada del proceso (de cualquier proceso) deviene nula, toda vez que vulnera un principio de raigambre constitucional que, por lo demás, obliga a la jurisdicción a cubrirla con los oficios de la defensoría pública.

No obstante, es posible atender particularidades del proceso penal que pueden justificar el apartamiento del abogado en un determinado acto procesal, pero sin llegar al extremo de la renuncia absoluta para todo el procedimiento.

Sostenemos nuestra discrepancia con este criterio, al contravenir el principio de igualdad y bosquejar un sofisma de garantía basado en la mera información de los derechos que se tienen.

Es claro, nos parece, que la única renuncia posible esta sobre el abogado discernido oficiosamente, para suplirlo por el "de confianza", o viceversa.

Un aporte más a esta consagración del derecho efectivo al abogado presente, se bosqueja en el clamor de la denominada justicia administrativa reclamando el patrocinio letrado obligatorio de todo administrado en crisis frente al Estado.

En verdad, la decisión del legislador de no requerir la asistencia de letrado en los juicios de aparente sencillez procesal puede resultar encomiable como deseo de acercar la justicia a los ciudadanos, pero advirtiendo que en esos juicios se

ventilan intereses sociales, dignos de tutela, como el derecho a la integridad física o el derecho a la vivienda en otros casos. Sin embargo, cabe introducir alguna fisura en esa conformidad, observando que la ignorancia de la técnica de defensa procesal puede conducir a apreciar la más grave indefensión judicial de los derechos e intereses legítimos del ciudadano si se le permite caminar por sí solo en el complejo laberinto jurisdiccional.

8.4) La asistencia jurídica gratuita

Teniendo presente lo expuesto, y guiados por nuestras instituciones procesales, la asistencia letrada es una obligación impuesta como deber técnico para satisfacer la validez del proceso. Cuando alguien no tiene patrocinio letrado el juez o tribunal tiene que ordenar el patrocinio.

No obstante, en España el Tribunal Constitucional ha declarado que:

"El hecho de poder comparecer personalmente ante un juez o tribunal no es causa que haga decaer ese derecho a la asistencia letrada, pues el cumplimiento de los presupuestos de validez de los actos procesales no basta necesariamente para satisfacer las exigencias de su derecho fundamental garantizado por la Constitución. En relación con ello, es de considerar que las normas legales deben interpretarse en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales y, en virtud de ello, corresponde tener presente que el art. 10 de la LECiv. al establecer excepciones a la norma general de intervención preceptiva de abogado en los procesos, no está obligando a las partes a que actúen personalmente sino concediéndoles la facultad de elegir la autodefensa o la defensa técnica, siendo ambos medios idóneos para realizar actos procesales válidos; en su consecuencia, el derecho de asistencia letrada permanece incólume en tales supuestos, quedando su ejercicio en la disponibilidad de la parte" (T.C., sentencia del 22 de abril de 1987).

El hecho de comparecer personalmente ante un juez o tribunal no elimina el derecho a tener abogado, pues para el cumplimiento de los actos procesales el patrocinio letrado es imprescindible para dar validez a esas actuaciones.

El problema, no obstante, debe enfocarse desde posiciones distintas, toda vez que la intervención del abogado es ineludible en los procesos penales, y muestra algunas flexibilidades en materia civil.

Es sabido que, desde las primeras actuaciones suscitadas en el procedimiento punitivo, todo acusado debe saber que tiene el derecho de nombrar un defensor, aunque pueda autodefenderse -si con ello no obsta a la buena tramitación de la causa-; y si no lo hace el juez debe designarle un abogado de oficio.

En todos los casos, la garantía que presta el asesoramiento no basta si no está acreditada suficientemente la idoneidad (efectividad) de lo actuado. No supone esta actividad que el imputado sea liberado o sobreseído, sino que, a partir de los actos impulsados desde la defensa, haya tenido posibilidad concreta de ser oído.

En la obra de Alejandro Carrió se pueden encontrar numerosos precedentes jurisprudenciales que son analizados magníficamente por el autor, observando en cada caso, como se exige el recaudo de la defensa efectiva. El tema se torna muy interesante cuando se confronta con el precedente del tribunal constitucional español destacado al comienzo.

En efecto, dice Carrió, explicando las diferencias, que el criterio de designarle un defensor al procesado aun en contra de su voluntad, o el de

suplir sus omisiones -deliberadas o inconscientes- de defenderse, está en realidad en línea con una postura propia de los países cuyo sistema de enjuiciamiento penal proviene de los originados en la Europa continental. De acuerdo a esa postura, el proceso penal es visto como algo más que una contienda entre particulares que la justicia ha de decidir. El Estado debe asumir un rol mucho más activo y determinar en forma previa y a través de un funcionario judicial -llámese Juez de instrucción o Fiscal- cuáles han sido los hechos y qué pruebas son las relevantes para decidir la culpabilidad o inocencia del acusado. No será este último por consiguiente, quien tome las decisiones más relevantes relativas la forma en que debe defenderse, si lo hará o no personalmente, qué pruebas introducirá en su defensa, etcétera. En consecuencia, con este criterio se entiende por ejemplo, que para el sistema del anterior Código de Procedimientos en materia penal, una confesión judicial aun prestada libremente y con todas las garantías del caso, no fuera suficiente para considerar cerrada la contienda. El juicio del acusado debía igualmente tener lugar, y aquella confesión sólo valdría como prueba si la existencia del delito estaba legalmente comprobada y la confesión concordaba con sus circunstancias y accidentes (art. 316 inciso 7º).

Los sistemas de enjuiciamiento anglosajones muestran en este aspecto una apreciable diferencia. La encuesta oficial previa al juicio, propia de los sistemas continentales, es reemplazada por un breve informe policial. El acusado es quien toma las decisiones básicas relativas a la prueba que presentará en su defensa, si habrá de defenderse personalmente o por abogado, si el juicio será por jurados o por jueces de derecho, e incluso si habrá en realidad un juicio, pudiendo aquél declararse culpable en forma previa y evitar así dispendio jurisdiccional. De acuerdo a esta ideología, es natural que el Estado no adopte una actitud tuitiva y acuerde plena virtualidad a las decisiones del procesado, incluso en relación con aquellas que lo perjudiquen (Cfr. *Garantías constitucionales en el proceso penal*, editorial Hammurabi (2ª), Buenos Aires, 1997).

Esta idea de "efectividad", en algunos países, España por ejemplo, se asume como un derecho constitucional público y subjetivo, en virtud del cual todo imputado tiene derecho a designar un abogado defensor de su confianza, que lo atienda desde el primer acto de imputación y durante todo el proceso, es decir, hasta la terminación de la ejecución en su caso, y, para el supuesto de que no lo pueda designar por el motivo que fuere, incluido el económico, tiene derecho a que se le asigne uno de oficio

Podemos sostener que, con pequeñas diferencias, el sistema rige y se aplica también en el procedimiento local.

Pero veamos la situación en la óptica del proceso civil, o directamente, en los supuestos de procesos constitucionales donde la materia a resolver no ventila -por vía de principio- derechos subjetivos propios.

En mi país, el código procesal establece la obligatoriedad del abogado como un problema de representación en juicio. La garantía de defensa se cubre con la sola presencia de partes efectivamente asistidas de letrado o con poderes suficientes de representación.

Las normas que regulan estas cuestiones son de orden técnico, porque lo atinente a la garantía constitucional para tener un "debido proceso" está diseñado como un derecho público subjetivo que el juez o tribunal tiene el deber de cubrir

con la designación de un Defensor de Pobres o ausentes, según el caso, que son los funcionarios destinados a preservar la garantía de bilateralidad y contradicción.

En España la designación de abogado de oficio se reconoce, incluso en aquellos supuestos en los que legalmente no sea preceptiva su intervención, en cuyo caso, el juez o tribunal, mediante auto motivado, lo convoca para garantizar la igualdad de partes en el proceso. Viene así a darse reconocimiento legal a la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional, en consonancia con lo previsto en el art. 6.3.c del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En dicho precepto se reconoce el derecho a la asistencia letrada gratuita, cuando la parte carezca de recursos para pagarlo, y cuando lo exijan los *intereses de la justicia*, lo cual significa que la designación de abogado de oficio no se supedita al hecho de que la intervención del abogado sea legalmente obligatoria.

La defensa en juicio esta en el artículo 18 de la Constitución Nacional argentina, pero no es específica en parte alguna este derecho a la asistencia letrada idónea, aun cuando pudiera colegirse entre las garantías implícitas. Tampoco se habla del acceso ilimitado a la justicia (a no ser una expansión inédita del art. 43), ni de resolver por la vía del artículo 16, las dificultades del carente de recursos.

Cada tema es objeto de una dispensa legal, como lo tiene el código procesal civil y comercial de la nación en los artículos 78 a 87, donde rescatamos alguna jurisprudencia tuitiva que dice:

"Si bien para conceder el beneficio de litigar sin gastos deben ser acreditadas las exigencias legales, como se trata de una institución que está destinada a asegurar la defensa en juicio, no es dable exigir la prueba acabada de la carencia de recursos necesarios para hacer frente a los gastos que origine la actividad jurisdiccional, siendo suficiente la testifical producida en estas actuaciones, reveladora de indicios que bastan para apreciar 'prima facie' la capacidad económica de los reclamantes. Por lo demás, nada impide que la oponente justifique mediante prueba contraria a la aquí producida, la improcedencia del beneficio, en virtud de lo dispuesto por el art. 82, párrafo 3º del CPC" (CNCiv., sala C, octubre 14/982).

Establecen la gratuidad de la justicia, entre otros, el art. 119 de la Constitución española que dice:

La justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley, y, en todo caso, respecto a quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar.

El 12 de julio de 1996 entró en vigor la nueva ley 1/1996, de asistencia jurídica gratuita, aprobada el 10 de enero de 1996, ley que da configuración legal al derecho constitucional reconocido en el artículo 119 de la Constitución española

¿Qué importancia tiene esta diferencia?. La primera y fundamental es que, el Estado que asume la responsabilidad de prestar justicia gratuitamente, acepta el rol asistencial o solidario que debe tener una prestación tan importante para la vida en sociedad. Esto supone privilegiar la tarea de gobierno antes que descargar en las personas o en las entidades vinculadas al sistema, la obligación de prestar asistencia jurídica.

En segundo término, puede afirmarse que al igual que los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad de armas, al estar asistido de abogado, de los que la gratuidad es instrumento y concreción, este derecho es no sólo garantía de los particulares, sino también de los intereses generales de la justicia, en tanto que tiende a asegurar los principios de contradicción e igualdad procesal entre las partes litigantes y a facilitar así al órgano judicial la búsqueda de una sentencia ajustada a derecho; aunque sin duda, su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia, para interponer pretensiones u oponerse a ellas, a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello. Más ampliamente, trata de asegurar que ninguna persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar.

9. Y en definitiva, lo que toda persona pretende es tener derecho a que el proceso sea rápido, sencillo y eficaz.

Esto no es pura declamación, está previsto en numerosas cláusulas de tratados y convenciones internacionales.

Ahora bien, este proceso no ha de ser un simple procedimiento tomado de los ordenamientos procesales, es preciso que, para responder al fin garantista que propone, cumpla al menos, dos principios esenciales: el de propiciar la eficacia del servicio jurisdiccional a través de un proceso sin restricciones (legitimación amplia, prueba conducente y efectiva, sentencia útil y motivada); y de lograr que el enjuiciamiento llegue en su tiempo, que no es otro que el de los intereses que las partes persiguen cuando ponen el conflicto en conocimiento de los tribunales.

Ambos preceptos han de trabajar en armonía, de no serlo, cualquier infracción al derecho fundamental de simplicidad, celeridad y eficacia en los procesos serviría para advertir una crisis manifiesta en el derecho al proceso debido; y de resultar así, bastaría con condenar al órgano judicial que infringe cualquiera de estos deberes.

Para desgranar el principio es necesario ir comprendiendo el alcance que tiene cada una de las exigencias: rapidez, sencillez y eficacia.

9.1 El problema de la **rapidez** no supone adherirlo a la *dilación indebida*, como veremos inmediatamente. Tan sólo se trata de establecer un plazo razonable, adecuado a las circunstancias de cada conflicto, pero siempre asociado al principio de economía procesal y de eficacia de la institución.

Debe quedar en claro que la rapidez no supone establecer una finitud perentoria, vencida la cual el proceso quedaría anulado. Solamente es un marco referencial que significa distribuir en cada etapa del procedimiento la mayor parte de actos de impulso y desarrollo, de modo tal que se permita, en el menor número de ellos, alcanzar el estado de resolver sin prolongar los trámites.

En el art. 6.1 del Convenio de Roma, promovido por el Consejo de Europa, los Estados contratantes coincidieron en atribuir la condición de derecho humano a la garantía procesal consistente en obtener una decisión judicial en un plazo razonable; y consecuentemente, asumieron la obligación de Derecho Internacional Público, de articular los mecanismos jurídicos necesarios para que las causas que se sustancien

ante sus órganos jurisdiccionales sean resueltas en un plazo que, permitiendo el adecuado ejercicio del derecho de defensa, incorpore el factor temporal indispensable para no hacer ilusoria la tutela judicial.

La obligación de celeridad se asume como un deber de la jurisdicción y como una potestad del justiciable, por tanto, asume esa doble configuración de compromiso judicial por la rapidez y de derecho esencial del hombre.

De esta síntesis se desprende que el art. 6.1 del CEDH puede ser considerado como un derecho humano o como una obligación internacional, pero aquello que lo caracteriza es precisamente que se trata de una *garantía procesal* y, por consiguiente, que genera una expectativa individual ante la actuación de los Poderes públicos, así como los mecanismos para hacerla efectiva.

Sancionar la demora inusitada no resuelve el problema. Se comprueba con la ineficacia del articulado procesal en los institutos de la pérdida de jurisdicción y la sanción por mal desempeño, donde no existe, prácticamente, jurisprudencia señera.

En suma, el resultado de un proceso sea para otorgar una satisfacción jurídica a las partes, ora para cumplimentar el deber jurisdiccional de resolver los conflictos intersubjetivos, debe ser pronunciado en un lapso de tiempo compatible con la naturaleza del objeto litigioso; en caso contrario, la tutela judicial sería ilusoria, haciendo cierto el aforismo que dice "injusta la sentencia que juzga cuando ya no debe juzgar".

9.2 La **sencillez** es una de las dificultades superiores para comprenderlo en la noción de "debido proceso". Sencillo puede ser simple, respondiendo así a la idea de simplificar el trámite judicial de manera que pueda ser comprensible para todo neófito en lidias o conflictos ante la justicia.

El modelo puede ser oral u escrito, pero tiene que resultar entendido por quien debe acudir al proceso. La simplicidad de las formas y la comprensión del método empleado para el debate es el problema acuciante en la actualidad, por el cual se observa en los trámites y procedimientos más ficciones que realidades.

Por ello debe quedar en claro que el argumento dogmático que trasunta el "debido proceso" cuando preconiza el ideal de información y derecho de defensa, no puede resultar bastante para una sociedad moderna que exige participación plena y reconocimiento efectivo sobre las formas del juicio.

Es decir, aquél mínimo inderogable del "*due process of law*" que asienta en la "*notice*" y "*hearing*", esto es, en la notificación y puesta en conocimiento y derecho de audiencia condensado en el aforismo anglosajón "*day on court*" (*día en la Corte*) no son eficaces si quien ha sido notificado y concurre a la audiencia no está en condiciones de defenderse por sí mismo, sin que esto suponga proclamar la autodefensa o la eliminación del abogado como garantía para un proceso justo.

Notice, en su acepción legal estricta, significa información concerniente a un hecho, comunicado de manera cierta a un individuo por una persona autorizada o derivado de manera cierta por una fuente adecuada que puede ser reputado por la ley, como efectuado de manera cierta cuando la persona que se espera sea afectada por ésta conozca de la existencia del hecho en cuestión.

Hearing, puede ser entendido como el procedimiento menos riguroso que un juicio (*trial*), desarrollado generalmente de manera pública, en el cual las partes pueden presentar y actuar pruebas definiendo la materia del proceso, tanto en la parte de derecho como de los hechos (conceptos tomados de Luis Marcelo De Bernardis, obra citada al final del capítulo).

9.3 La **eficacia** es un concepto pragmático. Se mide con resultados. De seguir este piso de marcha seguramente la noción de "debido proceso" golpearía su realidad ante cada litigio, frente a los avatares que sufre con su eficacia intrínseca.

Pero la eficacia que referimos debe valorarse desde una perspectiva constitucional. No hay un proceso debido por sí mismo. No se encuentra el derecho a proteger específicamente, El proceso se le debe a la sociedad y a cada individuo en particular, por eso, antes del conflicto, es una garantía y puesto en marcha, "mide" su eficacia en relación con los derechos que viene a tutelar.

En el fondo, la cuestión "debida" resuelve su efectividad confrontada con el mérito que obtiene el tratamiento de los derechos en juego. El procedimiento será importante pero no por sí mismo, sino antes bien, como un modelo técnico solvente para debatir los conflictos que la sociedad y las personas tienen.

Una vez más queda de manifiesto la doble naturaleza del "debido proceso", con su status negativo (libertad frente al Estado) como por su status positivo (pretensión frente al Estado).

Si cotejamos la "eficacia" como valor declamado, un buen signo lo obtenemos del art. 24 constitucional de España, por el cual surge el famoso derecho a la "tutela judicial efectiva". Este concepto, se ha dicho, obliga a los procesalistas a realizar el esfuerzo de abandonar la interpretación del principio a los moldes acuñados en el derecho procesal, porque necesariamente al tratarse de un derecho cívico, de un derecho subjetivo público, debe engarzarse con naturalidad y con vigor en el ámbito del derecho procesal constitucional.

La consideración del derecho al proceso debido, al proceso dotado de las suficientes garantías, como derecho encuadrado en los derechos de seguridad frente a los derechos personalísimos, o los derechos cívico-políticos, o los derechos de sociedad, de comunicación o de participación en la tradicional clasificación de Gregorio Peces Barba, plantea la cuestión de la necesidad de su desarrollo legal.

A diferencia de aquellos otros derechos fundamentales cuyo ejercicio, dependiendo de la voluntad humana no necesita de ninguna intermediación, y exigen un desarrollo legal como presupuesto para su ejercicio, el derecho al proceso se desenvuelve necesariamente dentro de la actividad procesal enmarcada por las leyes reguladoras de los procesos jurisdiccionales.

Se advierte así la aparente contradicción al constatar que si el derecho al proceso debido no necesita leyes complementarias de desarrollo en su condición de derecho fundamental, sin embargo la actualización de su contenido sólo es posible dentro de los formalismos procesales definidos por el Estado a través de la ley, para posibilitar al ciudadano en ejercicio de este derecho, actuar ante la Administración de Justicia, de modo que el derecho al proceso se escinde en el cauce de una multiplicación de preceptos legales, operación no urgida por ningún otro derecho fundamental (Bandrés Sánchez-Cruzat, op. cit.)

Capítulo V

La tendencia hacia un proceso único y uniforme

1. Los derechos humanos han igualado la normativa fundamental de los Estados, otorgando una base similar que progresa y desarrolla las instituciones del constitucionalismo clásico.

Los tratados y convenciones, a su turno, bosquejaron ideales y modelos para la eficacia procesal, tales como la duración razonable del proceso, el derecho a la fundamentación de los fallos judiciales, las garantías de imparcialidad, entre tantas otras que fueron adoptadas por los modernos códigos de procedimientos.

Desde esta perspectiva se podría hablar de "unificación" normativa plasmada en las constituciones y en los ordenamientos rituales de enjuiciamientos. Sin embargo, se declaman principios y valores que, puestos en marcha, no tienen la misma inteligencia aplicada.

Reconociendo el sentido orientador que asumen las constituciones y, fundamentalmente, el sentido finalista que aportan los tratados y convenciones de derecho internacional, se puede teorizar sobre resultados eventuales en un proceso universal.

2. Evidentemente, si los derechos humanos reflejan el fenómeno cultural más importante del milenio, en la medida que han transformado los sistemas legales de protección y defensa del hombre y permitieron, progresivamente, desarrollar el establecimiento de un criterio nuevo para la legitimidad internacional; de suyo, cada norma fundamental adecuada a dichos preceptos reposa en un derecho internacional contemporáneo que por su capacidad de adaptación no puede quedar vulnerada ni condicionada por subjetivismos internos.

De igual manera, si las garantías o reaseguros de los derechos del hombre provienen de las vías procesales que se instrumenten, sería bueno pensar en un proceso común, o al menos, en un sistema de principios tutores para la eficacia perseguida.

Es decir, asistimos al cumplimiento de la promesa kantiana del "derecho cosmopolita", como "derecho público de la humanidad en general" (Cfr. José Manuel Pureza, *¿Derecho cosmopolita o uniformador? Derechos humanos, Estado de Derecho y democracia en la posguerra fría*, en *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, ob. cit., pág. 123).

Una de las características esenciales de este movimiento consiste en superar la barrera del concepto de "soberanía" plasmado en el siglo XIX. No es el Estado el centro de las construcciones del dogmatismo jurídico, sino la sociedad que reclama y produce desde su propia fuerza, expresada en las variables que encuentra en el modelo pluralista de participación directa y semidirecta de la democracia moderna.

La Constitución abandona así la idea tradicional de ser la suprema orientación del orden jurídico interno. Ahora, tiene un rol más integrado con la mentada globalización, acorde con las realidades emergentes del cambio social y puesta al servicio de todos los habitantes de un país y de todos aquellos que se encuentren en paridad de circunstancias en el concierto universal.

Recordemos tomando palabras de la presentación del anteproyecto del "código procesal civil modelo para Iberoamérica" que, también en materias procesales, la sociedad percibe que los rituales anteriores ya no sirven, porque las formas hoy no se aprecian ni por su antigüedad, ni por su majestad, sino exclusivamente por su eficacia.

3. Además de los derechos humanos, existen otras fuentes de integración normativa que las aporta el derecho comparado. En este campo, vemos como las constituciones van tomando instituciones o principios de otras, amparándose en el concepto de sociedad abierta que les permite adaptar los preceptos a sus necesidades, sin alterar el perfil o finalidad de las normas copiadas.

En este contexto, se involucran con el sistema de implementación ordenada y sistemática, la interpretación judicial de los derechos humanos. Ya sea efectuada por las cortes de justicia transnacional o por los tribunales de cada estado.

La discrecionalidad para admitir un derecho determinado como fundamental no es habitual ni común en los instrumentos internacionales. El basamento que los involucra parte de la premisa del consenso generalizado, de manera que las diferencias han de hallarse en la aplicación interna, más que en la práctica institucional.

En consecuencia, el significado actual de la constitución es otro. El Estado tiene deberes negativos, como la obligación de abstenerse de ejecutar o provocar actos que atenten contra las libertades fundamentales. Seguidamente, los poderes legislativos cumplen la función de adecuar las necesidades del medio y la sociedad brindándoles a través de una norma expresa, los derechos que reclaman para su justo ejercicio. La jurisdicción, por su parte, tiene el deber de ofrecer un proceso adecuado, que posibilite un acceso sin restricciones, un recurso efectivo, un litigio sustanciado sin sofismas rituales, y un pronunciamiento que tienda a aplicar los derechos superiores que hacen a la conformación humana y a su dignidad.

4. Emplazados en lo dicho precedentemente, fácilmente se colige que la aspiración de preservar y proteger a los derechos humanos no ofrece resistencias de ninguna naturaleza. Lo mismo sucede cuando se menciona a las constituciones como cartabones elementales de soporte para concretar esa finalidad.

Pero esta característica es un componente medular, casi obvio, por lo cual poco ayuda para diseñar otro aspecto del derecho común perseguido. El fenómeno a resolver consistirá en sostener, con la misma confianza que inspiran los derechos fundamentales, que una vía instrumental como es el proceso puede colaborar en el afianzamiento de esa tutela universal.

Esto es un referente indispensable que no podremos soslayar en razón que, una cosa es implementar un sistema normativo homogéneo y concreto donde se

tienen consensuados y aceptados los términos de la vinculación (V.gr.: Tratado de Asunción -Mercosur-; Unión Europea; Nafta, entre otros), y otro muy diferente, es lograr que los efectos jurídicos que esas integraciones generen obtengan el mismo consenso que tienen los fines inspiradores de la unificación, cuando se trata de aplicarlos bajo el principio de igualdad.

En este aspecto, la igualdad puede resultar una quimera, porqué la idea del derecho como norma que diseña valores difiere del derecho como regla. Aquí se impone contemplar la forma que tienen las organizaciones y la posibilidad que tienen, todas ellas, de lograr una regulación común para las relaciones entre sujetos

5. Sin embargo, la tendencia unificadora encuentra dificultades difíciles de superar. Por ejemplo, en Argentina y México el régimen federal de gobierno permite a cada territorio autónomo (provincias o distritos) tener su propio régimen procesal.

Por eso ha sido preferible razonar sobre la base de principios comunes que se amparan en la armonización. Estos factores aglutinantes conducen hacia cierta preservación de las zonas neutras, es decir, aquellas que no están influenciadas por sistema alguno y que, por su real valía, tienen consideración por sí mismas.

Es el caso de la regla moral, las garantías constitucionales de defensa en juicio, celeridad en los procedimientos y sentencias fundamentadas, entre otras.

También se nutre de las variadas convenciones internacionales que establecen normas de cooperación entre Estados y el reconocimiento y eficacia de las sentencias extranjeras en suelo natal.

6. Diseñar un proceso universal parece muy difícil teniendo en cuenta el grado de evolución y confianza en cada sistema de procedimientos. Pero, a sabiendas de lo conflictivo, puede esbozarse un proyecto que tome en cuenta las actuales deficiencias para encarar, con su rectificación, una política de ajustes que generen un modelo consensual.

El proceso latinoamericano, y particularmente el argentino, se caracteriza por un conflicto de intereses suscitados entre dos partes, que el Juez presencia sin tener posibilidad de instruir oficiosamente, dado que de admitirse, quebraría el juego limpio que supone otorgar disponibilidad a los litigantes para confirmar cada uno el aserto que porta su pretensión. Algunos sostienen que de tolerarse el activismo judicial, se violarían las reglas de bilateralidad y contradicción, tal como dijimos al comienzo de este ensayo, al presentar las ideas del derecho procesal garantista.

Este sendero hacia un proceso sin conflictos permite sugerir la conveniencia de instaurar un rumbo novedoso para la solución a eventuales desencuentros entre los miembros de una sociedad. No se trata de que "todos" sepan que el conflicto existe, como ocurre en el principio de publicidad que consagra el derecho procesal tendiente a elevar el dicho de la "justicia de cara al pueblo"; sino de ofrecer confianza y reserva, para obtener en la intimidad necesaria un hallazgo común de coincidencias.

En síntesis, si debiéramos optar entre un proceso universal que, intrínsecamente, lleva mucho de uniformidad; y un modelo o "tipo", preferimos a éste. Porque su objetivo es facilitar los mecanismos que cada uno encuentre en su seno para armonizarlos con sus estructuras y particularidades (sean éstas geográficas, históricas, culturales, económicas, o de otra naturaleza). Y además, porque un modelo presenta valores y principios incanjeables que abrevan en fuentes indiscutidas del sentir mundial (por ejemplo, los derechos humanos) y que sirven para incorporar en la figura seleccionada, las interpretaciones que provienen de la jurisprudencia internacional que ya no tiene ni encuentra fronteras insuperables.

7. La situación mundial someramente visualizada permite adscribir a una idea fuerza que se fundamenta en dos tópicos esenciales: justicia para todos e igualdad sin fronteras.

El presupuesto inevitable para construir a partir de estos cimientos señala la necesidad de hacerlo reconociendo el grado de avance en que se encuentran los procesos de integración y comunitarismo, que son anticipos de la unificación global.

Surge así con nítida evidencia la asimetría entre los procesos europeos y americanos por tomar sólo la polaridad entre dos continentes que, tradicionalmente, reciben mutuas influencias.

Un caso manifiesto de la distancia se encuentra en la metodología implementada. Mientras Europa reconoce la necesidad de tener en su base un órgano de justicia comunitaria con cuatro funciones que, progresivamente, desarrollan y facilitan el proceso de integración; América Latina reglamenta como sistema para la solución de controversias un conjunto de normas que no tiene un órgano jurisdiccional determinado, aunque se preferencia el arbitraje como arquetipo.

Estas cuatro funciones son: a) justicia administrativa, que le permite anular por ilegalidad los actos normativos de las instituciones; o denunciar sus inactividades ilegales; o apreciar la validez de los actos de aquellas por vía de excepción o reenvío a las jurisdicciones locales; o atender recursos de plena jurisdicción; b) justicia constitucional, por la cual delimita y defiende las competencias respectivas de los Estados miembros y de las instituciones de la Unión Europea; c) justicia internacional, que obliga a los Estados a llevar cualquier tipo de controversias o conflictos ante el órgano comunitario; d) justicia reguladora, que desde un punto de vista técnico, resuelve anticipadamente problemas de interpretación a través de una vía prejudicial por la cual se determina el alcance y contenido del derecho comunitario. Además de estas funciones, no debe olvidarse que el órgano jurisdiccional es el tribunal superior de justicia con independencia orgánica y autonomía financiera que, globalmente, genera un sistema judicial propio que no perjudica ni altera las soberanías jurisdiccionales locales (principio de subsidiariedad).

El reclamo por una justicia comunitaria para el Mercosur tiene múltiples adhesiones. Citamos sólo a los más representativos: María Cristina Boldorini, *Protocolo de Brasilia para la solución de controversias*, en "Revista de Derecho Privado y Comunitario" n° 6, 1994, págs. 471/87; Alberto Luis Daverede, *El sistema de solución de conflictos en el Mercosur*, en Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, n°

8, 1993 -serie Congresos y Conferencias-; Heber Arbuet Vignali, *La solución de controversias en el Mercosur*, en el libro homenaje a Eduardo Jiménez de Aréchaga, *Derecho internacional en un mundo en transformación*, editorial Fondo de Cultura Económica, Montevideo, 1994, tomo II págs. 1229/1261; Martha Jardí Abella, *La solución de conflictos en el Mercosur*, en Estudios Multidisciplinarios sobre el Mercosur, editorial Fondo de Cultura Económica, Montevideo, 1995, págs. 353/383; Angel Landoni Sosa (coordinador), *Curso de derecho procesal internacional*, editorial Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 1997, págs. 113/131; Roberto Bloch, *Aportes para la resolución de conflictos en el Mercosur*, en Jurisprudencia Argentina, 1995-II, págs. 881/886; Eduardo D. Oteiza, *Críticas al sistema arbitral del Protocolo de Brasilia*, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1992-1; Roque J. Caivano, *El arbitraje y los procesos de integración (Su futuro en el Mercosur)*, en Jurisprudencia Argentina 1996-II, págs. 783/795, entre muchos más.

8. Otra diferencia radica en que la integración americana ha comenzado dando preferencia a los problemas económicos; postergando otras definiciones hasta alcanzar una maduración confiable en dichos aspectos.

Los organismos creados por el MERCOSUR son ejemplos manifiestos de la desconfianza interna que reina, no obstante lo cual, la integración es más fuerte y progresa.

Recién con el Protocolo de Brasilia se crea un Tribunal arbitral previsto para resolver los conflictos emergentes. Este puede aplicar un derecho supranacional pero no tiene posibilidades de ejecutar por sí mismo las decisiones que adopte.

En 1995, el protocolo de Ouro Preto incorporó otras reglas de cooperación judicial, y especialmente las referidas a medidas cautelares.

Lejos estamos de tener un proceso común en el ámbito institucional creado por el Mercosur. El Tribunal Arbitral, por su parte, no posee las características necesarias para alcanzar la fuerza jurisprudencial que tuvo y tiene el Tribunal Europeo.

En otras regiones americanas, en cambio, coexisten modelos y sistemas de resolución de controversias que, entre sí, tampoco guardan armonía procesal.

Son los casos del "Tribunal de Justicia Centroamericano" con sede en Managua, y el "Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena" situado en Quito.

De este cuadro surge una primera conclusión: *No es posible tomar del marco integrador progresivo y constante que tiene el MERCOSUR una fórmula procesal que permita encontrar un proceso único para Latinoamérica, toda vez que, siquiera aún, se han establecido las bases de organización de una justicia reconocida por los Estados partes.*

9. Por eso es necesario efectuar una mirada en las legislaciones locales para observar el grado de adelanto entre los países respecto a los códigos que dan vida a cada sistema procesal.

Con la advertencia del federalismo existente en México y Argentina, que como ya hemos dicho, permite contar varios ordenamientos dentro de un mismo país; en el resto de latinoamérica no existe una corriente dominante en las reformas adoptadas.

El Código procesal modelo creado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal ha llevado sus aguas a la República Oriental del Uruguay desde el 20 de noviembre de 1989.

Algunas instituciones (V.gr. audiencia preliminar, sistema recursivo, efectos de las impugnaciones, etc.) fueron insertas en códigos nuevos como el del Perú, que es el sistema que mejor ha incorporado sus principios, aun cuando no los sigue a pie juntillas. Lo mismo puede decirse de Bolivia (V.gr. con su ley de abreviación procesal civil y de asistencia familiar del 28 de febrero de 1997) que transfiere el proceso por audiencias a los asuntos de familia, y el proceso monitorio para las obligaciones documentadas.

En Argentina el código vigente, en materia federal, es del año 1967 con reformas posteriores que no han vulnerado sus líneas maestras (proceso escrito, iniciativa probatoria de las partes aunque el Juez cuenta con potestades muy poco utilizadas, contradicción permanente que alienta la impugnación de todas las resoluciones judiciales provocando la eliminación casi total del principio de celeridad, escala recursiva demasiado amplia -pueden llegarse a contar cinco instancias-, entre otras características). Debe recordarse que este código rige para la Capital de la nación y en áreas provinciales donde existen justicia federal, por lo cual es el sistema preferente.

No obstante, varias provincias han tomado del código modelo la estructura central de sus procedimientos. De este modo, las provincias de Tierra del Fuego, Santa Cruz, Río Negro (parcialmente) y un proyecto elaborado para La Pampa, siguen la línea desarrollada por aquél instrumento unificador.

Finalmente, Brasil que tiene un código único desde la aprobación del proyecto Buzaid de 1973, ha logrado doce reformas en el sistema que lo aproximan bastante al código modelo.

10. En sus grandes líneas, el código modelo esclarece que tiene la intención de proponer puntos de partida para una reflexión a nivel continental, sobre los principales problemas del proceso que son comunes, para llegar a algunas posibles determinaciones, también comunes, o al menos, emanadas de la deliberación de todos.

Reproducimos, con afán de claridad conceptual, algunas ideas sobre el contenido:

☞ El Juez es un sujeto de derecho esencialmente imparcial, que debe reunir particulares aptitudes en el ramo del Derecho y actuar con plena autoridad en el ejercicio de sus funciones.

☞ Sólo el abogado puede asistir o defender ante la Justicia, cualquiera sea la materia o la naturaleza del proceso; su presencia es indispensable en el mismo.

☞ El poder jurisdiccional corresponde a todos los tribunales por igual. La distribución de su alcance ha de inspirarse por razones de división de trabajo, por el número de asuntos especialmente, alguna especialización y, eventualmente, su modo de actuación (oral o escrito).

☞ Todo sujeto debe tener libre acceso al Tribunal; todo derecho alegado ha de poder sustentarse por aquél y definirse y aplicarse por éste. El proceso es el medio fundamental para la afirmación de los derechos humanos y éstos deben también consagrarse en su programación.

☞ El proceso es una estructura de sujetos dispares y en él ha de reconocerse su actividad primordialmente conjunta y solo sucesiva cuando se trate de actos fundamentales y unilaterales de cada proceso (v.gr.: demanda, contestación, sentencia). A pesar de ello, se procurará la mayor coincidencia temporal de los mismos (preferencia de la audiencia sobre la actuación escrita y sucesiva); enfoque sintético y de conjunto.

☞ La instrumentalidad del proceso, al servicio de todo el Derecho sustantivo, no implica diversidad de procesos, sino más bien su unificación; él proceso no tiene preferencia por una u otra materia, ni a ésta corresponde señalar las estructuras procesales, sino meramente sus necesidades (v.gr.: importancia de medidas provisionales o cautelares; necesidad de suma abreviación; etc.). Las soluciones son establecidas y brindadas por el Derecho Procesal. El criterio ha de ser la reducción de las diversas formas, a su mínimo indispensable.

☞ La reforma del proceso debe procurar su apertura a las posibilidades de la época, cuyos logros científicos deben tener amplia aceptación en el mismo; así, por ejemplo, la apertura de la prueba (todo elemento que sirva para demostrar la existencia de un hecho, ha de ser admitido); la colaboración de técnicos y hombres de ciencia (asistentes sociales, consejeros matrimoniales para la conciliación, psicólogos, etc.); la racionalización del modo de operar de los tribunales como si fuesen modernas empresas; la incorporación de medios actuales de fichaje y registro; etc.

☞ El proceso en los conflictos sociales y colectivos, nacionales o internacionales, se encuentra en este momento en una encrucijada fundamental para la `lucha por el derecho`. Para ello se hace indispensable su acercamiento a la vida cotidiana, de modo que las partes ingresen a él, como a un medio racional y comprensible para dilucidar sus derechos y sus posibilidades de real comunicación entre los sujetos del proceso, dando mayor flexibilidad y oportunidad para el intercambio entre el Juez y las partes.

☞ Una de las mayores exigencias de nuestra época radica en la abreviación de los trámites, en la obtención de un resultado relativamente rápido. El proceso actual no está a la altura del `jet` (no hablemos del espacio) y no puede estarlo, porque en él no se trata de un pensamiento cristalizado en técnica, sino de un pensamiento que debe lograr elementos del pasado, para en base a su estudio determinarlos y realizar la estimación (jurídica) de las situaciones planteadas. Pero cuando se piensa en la abreviación del proceso, se considera especialmente el tramo a seguir para llegar al `juicio` realizado aquél (salvo en pocas situaciones de hecho muy complejos o en algunos problemas difíciles de derecho) se desprende de dicha tramitación.

☞ Para las partes, el proceso es un tránsito obligado pero que podría, en su mente ser prescindible, para llegar al cumplimiento o a la ejecución de la sentencia. La autoridad del Tribunal desaparece si esto no puede asegurarse y verificarse; el problema de la eficacia de la justicia es otro de los temas básicos de la reforma procesal.

11. La confrontación entre sistemas procesales; las circunstancias actuales por las que transita la integración americana; el movimiento continental en materia de justicia constitucional y el desarrollo que tienen las transformaciones judiciales, todo en conjunto, permite proyectar un mecanismo articulado de normas y procedimientos que puedan ser la base de un proceso común latinoamericano.

No se trata, claro está, de provocar desde la legislación interna la toma de disposiciones armonizadas del derecho nacional respectivo, ni de crear por este medio un derecho comunitario nuevo y unificado que sustituya al derecho local, sino más bien, de reconciliar o nivelar las legislaciones nacionales existentes. Quizás precisamente por eso una de sus características sea la flexibilidad.

Los sistemas procesales tienen, a su vez, proyectos de armonización o unificación como el comentado "Código Modelo" iberoamericano; así como dos estudios más que, brevemente, conviene recordar.

11.1 El "**Proyecto de Code Judiciaire**" uniforme para la Comunidad Europea, bosquejado en 1993, presenta una serie de disposiciones o reglas elementales para un procedimiento, cuyas líneas maestras son: la conciliación; la demanda u sus formas; el objeto litigioso; la prueba documental y el testimonio; la tecnología en materia probatoria; el desistimiento del proceso; los efectos de la ausencia a comparecer o la rebeldía; los gastos procesales; las medidas provisionales; la ejecución de sentencia; las astreintes; y otras disposiciones generales como son los plazos, las nulidades o las potestades y deberes de los jueces.

Este anteproyecto regula parcialmente un proceso tipo, y opera mientras no esté implementado, como un marco referencial del derecho comunitario.

11.2 El más reciente de los ensayos elaborados corresponde a los profesores Hazard y Taruffo, dado a conocer bajo el nombre de "**Transnational rules of civil procedure**" en el año 1997.

Son 42 reglas divididas en varios capítulos que regulan las etapas del juicio hasta su ejecución.

El proceso adopta la oralidad y el sistema de audiencias. Se dirige por un tribunal colegiado, que algunas veces, puede estar acompañado de jueces legos con funciones de jurado. La demanda se presenta por escrito y con toda la prueba propuesta. Inmediatamente, se abre una etapa de conciliación que, de no alcanzarse, permite reunir a los abogados de las partes para intercambiar pruebas (discovery). Esta audiencia puede repetirse.

El modelo se aproxima bastante al sistema procesal de Estados Unidos de América, pero adolece de regulaciones necesarias para un sistema completo (nada se dice respecto de la jurisdicción voluntaria, arbitral, concursal, monitorio; falta la intervención de terceros, las citaciones en garantía, etc.).

12. Basados en los esquemas predisuestos y en vías de formular principios elementales para un proceso común, se puede presentar el siguiente bosquejo preliminar.

Los principios a instalar serían:

➤ *Inmediación* con amplios poderes del Juez para intentar la conciliación entre las partes. La remisión a mediadores o árbitros cuando el problema presente posibilidades de arreglo extrajudicial y el Juez considere que es conveniente la intervención de un gestor de conflictos profesional. Potestades suficientes para el emplazamiento procesal y la imposición de sanciones por desobediencia o incumplimiento de los mandatos dispuestos.

➤ *Concentración* de las etapas de contradicción y probatorias. Es decir que, todas las defensas o excepciones que se interpongan debieran resolverse en la audiencia o asignándoles "efecto diferido"; las pruebas se sustancian en pocos actos y las que habitualmente se presentan por escrito debieran anticiparse a la audiencia permitiendo su complemento verbal cuando resulte necesario (por ejemplo, con el testimonio de peritos). Las partes han de tener posibilidades reales de intercambiar pruebas, convenir pautas de desarrollo, notificarse sin formalidades, es decir, en pocas palabras, eliminar las ficciones reiteradas del proceso escrito, canjeando la técnica por la eficacia y rapidez.

➤ *Disposición sobre el objeto litigioso*, de forma tal que las partes puedan resolver las cuestiones en controversia sobre la base de un modelo simple que no tenga clasificaciones inútiles como la amplitud del conocimiento. Se trata de proponer una técnica de debate que gire alrededor del foco problemático. En este aspecto, la audiencia preliminar es el centro neurálgico del procedimiento.

➤ *Lealtad y buena fe procesal*, porque un proceso que no respete estos principios no puede tener lógica funcional alguna. La colaboración entre las partes y el ejercicio razonable de la garantía de defensa en juicio, ponderan la eficacia del modelo que se propone.

➤ *Esquema de procedimiento:*

1. demanda, contestación, defensas y excepciones P por escrito

2. Proceso por audiencias P a) Preliminar: con cuatro funciones:

- i. conciliación
- ii. saneamiento
- iii. fijación de hechos litigiosos
- iv. determinación de la prueba

b) Complementarias: para resolver el proceso en el menor tiempo posible. Apelaciones diferidas. Actuación directa de las partes (cross examination). Poderes sancionatorios del Juez.

3. Sentencia. Ejecución dictada por escrito. Con ejecución provisional. Limitación recursiva o recurso indiferente.

13. La globalización que plantea un proceso universal exige la aplicación de un mismo instrumento en regiones diferentes. Por ello la fórmula debe partir conociendo cada situación particular, advirtiendo en el proceso de incorporación, las dificultades provenientes de las circunstancias que cada país atraviese.

Argentina y México son naciones federadas que impiden la unificación general por la diversidad de códigos y sistemas procesales. No obstante, este sería un obstáculo que puede superarse dando primacía al derecho transnacional, eludiendo el dogma de la soberanía.

Lo mismo puede aplicarse al principio de territorialidad y la jurisdicción competente.

El segundo inconveniente es el factor político. Puede afirmarse que las posibilidades de desarrollo en este momento dependen más de condiciones políticas y sociales que de variables económicas.

En América latina, y particularmente en Argentina, ni la economía, ni los grupos sociales son los que dominan la estrategia reformista. Todo lo contrario, son los sistemas políticos los que tienen la fuerza y decisión para impulsar toda renovación.

Esta es una cuestión vital en un intento de asimilación procesal extraña, en la medida que los factores políticos pierden hegemonía decisoria al tener que recibir un modelo consensuado. Por ello, al tener que repensar el político su participación en los cambios copernicanos, difícil resulta que acepte sin desafíos el protagonismo que siempre exige.

14. De todos modos, también la armonización procesal es una cuestión de imagen institucional. A un país le interesa estar dentro de un movimiento universal. Hoy las apatías son medidas con gestos certeros, donde no manda la simple indiferencia.

La realimentación que proyectan estos modelos hacia el cambio implican, por lo general, aceptar la necesidad de adaptar los sistemas. Inmediatamente, se estudian los efectos de esos instrumentos comunitarios sobre las realidades económicas, sociales y políticas, y así, como una escala de naipes, la iniciativa de uno da lugar a las modificaciones de otros; o a las presiones de grupos para que el País no quede aislado.

Cada ciclo tiene particularidades, pero en todos ellos no se descalifica el proyecto de unificación o armonización, porque no es de buena imagen rechazar

aquello que la comunidad universal acepta. A lo sumo, se postergan las decisiones y comienzan las etapas de transición.

Argentina se encuentra, actualmente, en esta etapa. No hay códigos uniformes pero sí esquemas hegemónicos (que soportan la escritura dispuesta por el ordenamiento procesal de la Nación). La influencia del código modelo es manifiesta en los anteproyectos que se conocen, y la doctrina reclama por una justicia comunitaria que esta, por ahora, totalmente postergada.

15. Por las características descritas puede colegirse que en América Latina los esfuerzos por conseguir un modelo procesal unificado tiene numerosos obstáculos. En cambio, podría alentarse un sistema armonizado que tome en cuenta los adelantos conseguidos a través de la doctrina, y algunas experiencias particulares como el caso uruguayo y su Código General del Proceso.

La distribución de obligaciones entre los Estados para aspirar a dicha meta debiera partir desde abajo hacia arriba. Esto es, procurando que los órganos y mecanismos locales de cada país vayan armonizando sus fisonomías a las que diseña el derecho supranacional.

Un punto de partida distinto sería propiciar que, a través del establecimiento de un tribunal comunitario y un método de debate predispuesto, se imponga a los Estados partes a acatarlo.

De este modo, la armonización se realizaría desde la cumbre impuesta hacia abajo, Es decir, obligando a los miembros a adecuar sus procedimientos internos con las normas de carácter transnacional.

Esto último pareciera de difícil construcción, sobre todo, por las peculiaridades que tienen las naciones americanas y su afincado criterio sobre los conceptos soberanos.

Sin embargo, nada es imposible, en la medida que existen influencias recíprocas que ponen en cabeza de cada uno la necesidad de adaptarse para no quedar fuera del sistema.

En síntesis, para implementar la armonización se requiere de un proceso gradual que solucione, paso a paso, las dificultades locales, la concreción de legislación interna de ensamble y adecuación al integracionismo, y sobre todo, la decisión política de llevar a cabo la transformación a partir de un modelo pensando para todos.

Por eso, la progresividad supone ir efectuando modificaciones sustanciales en el derecho interno que garanticen la salvaguarda de los derechos previstos para la comunidad o región donde ha de insertarse. Inclusive, la jurisprudencia de sus tribunales debiera seguir esta pauta o idea fuerza, y verse obligados a inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y, por lo tanto, no podrían admitirse medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y afianzados por las normas fundamentales de estos Estados.

Igualmente, los instrumentos internacionales que conciernan a la protección de los derechos humanos en los que hayan colaborado o se hayan adherido los Estados partes, pueden proporcionar indicaciones que conviene tener en cuenta en

el marco del derecho comunitario. Siempre en la línea de crear progresivamente y forzar un cambio metodológico no impuesto, sino consensuado por la gradualidad de su incorporación.