

“XXIX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL”

Comisión: “*El rol del juez en la actualidad*” (tema 3)

Tema: Perfil de los jueces por su participación en el proceso.

Autor: Víctor Rodolfo Trionfetti

Dirección postal: Avenida de Mayo 654, 3º frente, CABA.

Teléfono: 4014-2970

Correo Electrónico: vtrionfetti@jusbaire.gov.ar

Síntesis:

Esta ponencia defiende los poderes-deberes del juez como instrumento fundamental para la eficacia y, eficiencia del proceso y de legitimación social de la actividad jurisdiccional ante la comunidad. La inmediación, la oralidad y la concentración, junto con la gestión temprana, continua, mediante equipos de trabajo y la fidelidad de los registros en el proceso, configuran la plataforma indispensable para garantizar una justicia que transforme los muros en peldaños. Para lograr esto, se requiere un cambio cultural profundo y una política de Estado que lo acompañe.

Jueces de firma vs. Jueces presentes¹

1. Introducción.

“La justicia de la Capital Federal es morosa (...). Para muchos el mal tiene por causa la escasez del personal de los juzgados: para algunos, más conocedores de las intimidades del tribunal, está en la corruptela de la

¹ Por Víctor Rodolfo Trionfetti.

delegación de atribuciones, hoy tan difundida que ya a nadie sorprende ver escribientes realizando actos que corresponden a los jueces...”.

Si el lector piensa que el párrafo transcrito es una crítica a nuestro actual Poder Judicial, se equivoca. El texto es del año 1926 y pertenece a la *Exposición de Motivos del Proyecto de Código de Procedimiento Civil y Comercial para la Capital de la República y Territorios Nacionales*.² Hay, sin embargo, un matiz para destacar: los autores del proyecto consideraban alarmante que un juicio, con sus dos instancias, durase más de un año. ¡Y no existía la informática!

En el año 2008 Eduardo Oteiza, al diagnosticar las causas del fracaso de la oralidad en los procesos civiles en Argentina, expresaba que el “5% del personal del Poder Judicial Nacional son jueces. El promedio es de unos 20 empleados por juez. Esas cifras demuestran que la delegación es un fenómeno que trasciende a las normas procesales que regulan la actividad del juez y las partes. El sistema en su conjunto está estructurado sobre una base burocrática jerárquica en la cual los jueces tienen como principal función resolver, en el mejor de los casos, las cuestiones que documentan en el expediente judicial preparado por sus auxiliares. Papeles y más papeles, funcionarios y más funcionarios y una cultura que se ha acostumbrado a tolerar la falta de inmediación y de concentración, bajo el pretexto de una pretendida realidad y del exceso de tareas, muchas veces generado por esas mismas prácticas, explican el fracaso de las sucesivas reformas”.³ La distancia entre los años 1926 y 2008 no establece más diferencias que la de medir la profundidad de un abismo.

El propósito de esta ponencia es señalar algunas cuestiones que consideramos básicas e indispensables para lograr una justicia más eficiente, eficaz y republicana. Existe desde hace décadas un deseo insatisfecho de creer en un Poder Judicial donde solicitar Justicia no sea una ficción. El punto de partida de este trabajo, al solo efecto de dar marca temporal cierta y documentada, es el año 1926. Más de noventa años de

2 Presentado en la Cámara de Diputados de la Nación en la sesión del día 29 de septiembre de 1926.

3 Oteiza, Eduardo; *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente; Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal* Universidad de Valencia; Federico Carpi, Manuel Ortells, Eds., 2008, T.I.

muy baja calidad en materia de estándares en la tramitación de los procesos judiciales civiles y comerciales.

Sin sacralizarlas, esta ponencia reivindica como herramientas indispensables a la inmediación, la oralidad y la concentración. Ellas son piezas imprescindibles y principios cardinales del proceso judicial. Nuestro abordaje se enfoca en los procesos civiles patrimoniales, pero concedemos que lo expuesto se irradia hacia otra clase de procesos. Los temas analizados requieren un abordaje interdisciplinario y la participación de la sociedad, aquí no nos proponemos deshacer ningún nudo gordiano, pero como el nudo existe y asfixia, ofrecemos posibles herramientas para comenzar a desarmarlo.

En la actualidad existe un colapso estructural de los principios inmediación, oralidad y concentración. La principal actividad de los jueces titulares y subrogantes es firmar. Firman y firman, pero no dirigen. Asumir el cargo para hacer garabatos con una hermosa lapicera no es ser juez.

2. Jueces e intermediación. Conocer, luego decidir.

Nuestra constitución propone un específico itinerario para la actividad jurisdiccional. Conocer, luego decidir. El juez debe conocer el conflicto y no simplemente describirlo tardíamente en los resultados de una sentencia. Para conocer el conflicto, debe comprenderlo. Sólo comprendiendo el conflicto puede resolverlo. Lo hará bien o mal, pero lo hará la persona que ostenta el cargo de juez. Carlos Cossio, nos dice que el derecho es conducta en interferencia intersubjetiva. La frase es sobradamente conocida, pero no por ello ha perdido espesor e importancia. El proceso judicial también es conducta en interferencia intersubjetiva; la relación jurídica procesal pone en interferencia la conducta del juez con la conducta de las partes y de éstas entre sí. Interferir no es obstaculizar, es dirigir racionalmente un debate sobre parámetros de eficacia, eficiencia, economía e igualdad de armas. Sin embargo, en el caso del proceso civil, las prácticas judiciales exhiben que los jueces abdican de interferir con la conducta de las partes y si lo hacen, es desde un lugar formal, mediado, meramente constataivo.

Cossio dice que *“la experiencia jurídica es axiológica, es experiencia de valores positivos porque el Derecho es conducta y una conducta sin valor no puede ser; la experiencia jurídica no es una experiencia de normas*

porque las normas son sólo conceptos con que nos representamos las acciones humanas".⁴ Esta diferencia entre la experiencia desde las normas y la experiencia desde las conductas, es la diferencia entre que nos cuenten cómo es la música y escucharla. La Constitución Nacional dispone que el Poder Judicial *conoce y decide*. He aquí el núcleo del problema. Nuestra principal crítica al actual sistema es que los jueces sólo deciden; en cuanto al *conocer*, esa actividad está sumergida en un mundo burocrático, abovedado, de trabajo en serie que termina por deslegitimar al Poder Judicial, esas rutinas y prácticas demoran el desarrollo del proceso, resultan ineficientes e ineficaces desde el punto de vista de la gestión e impiden la puesta en valor de principios constitucionales. ¿Por qué ocurre este problema? Un problema arrastrado y padecido por un siglo. Para dar una posible respuesta abordaremos, dentro de los límites de esta clase de trabajos, las alternancias históricas del modelo procesal de origen continental europeo, del cual es tributario nuestra legislación procesal nacional.

3. Modelos procesales argentinos.

El denominador común de todos los modelos procesales argentinos ensayados en materia civil es que todos han fracasado.

En la ruta histórica que nos hemos trazado, evitaremos la crónica y los inventarios de fechas, enfatizaremos más bien aquellos acontecimientos que estimamos estructurantes, es decir, los eventos que han permitido (o impedido) un cambio de orientación en el sentido y organización del proceso y configuran la base del actual proceso civil. A fin de no extendernos, para analizar el proceso civil, nuestras fuentes históricas corresponden a su vertiente eurocéntrica y, en particular, al derecho romano como objeto de estudio durante la Baja Edad Media, es decir, a su historiografía.

Somos conscientes de que nuestra herencia procesal se halla ligada a esos orígenes, pero también estamos prevenidos de que ese linaje ha sido alterado por concepciones provenientes de la Ilustración y por una forma de colonialidad que provocan tensión en gran parte de las estructuras jurídicas actuales a partir de contradicciones en el campo de la validez,

⁴ Cossio, Carlos; *La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley*; Editorial Struhart & Cía., San Justo, 2008, pág. 73.

particularmente entre los estándares convencionales y las prácticas locales. Asimismo, resulta incontrastable que las nuevas tecnologías, la existencia de tribunales internacionales y regionales, el derecho de los tratados, la positivización de los derechos humanos, la globalización, la noción de bienes colectivos, de derechos pluriindividuales homogéneos, el crecimiento de tutelas inhibitorias, preventivas o diferenciadas, la inclusión de auditorios subalternizados históricamente y que ahora tiene voz y las cuestiones de bioética, solo para mencionar algunos de los fenómenos más relevantes, también han alterado la ruta de viaje del concepto de proceso civil.

Esa complejidad, que sólo puede ser aquí mencionada como un llamado de atención al lector, es un aviso sobre las insuficiencias de los abordajes y del extenso camino a transitar. Sesgos, omisiones, visiones anacrónicas todavía interrumpen la observación plena del viaje recorrido por el proceso civil y de la extensión del camino que hay por delante. Basta aquí dar como ejemplo de esas carencias, la subsistente tensión entre la tutela del “*señorío sobre las cosas*” y la desprotección de los seres que persiste en muchas prácticas procesales, por ejemplo reflejada en el modelo policial en que ha sido concebido el juicio de desalojo, ajeno a toda la cuestión social que subyace en muchos de los casos en que ese proceso se manifiesta; tensión cuya falta de tratamiento por la doctrina procesal es inexplicable.⁵

La expresión “*proceso*”, es un concepto que podemos llamar “viajero” y con varios compañeros de travesía, tales como son los conceptos de “*jurisdicción*” y de “*acción*”.⁶ Proceso, jurisdicción y acción, tienen un fuerte nexo con el desarrollo histórico de lo que se entiende por formas de gobierno y con la noción de Estado. Desde la Paz de Westfalia, punto histórico del origen de la soberanía estatal (1648) y hasta nuestro actual mundo globalizado, en donde la noción de Estado y, por lo tanto, de soberanía, han

⁵ No hemos visto aun en ningún trabajo de derecho procesal sobre el desalojo en el ámbito nacional, que incluya o analice la Observación General n°7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, omisión que demuestra la superficialidad con que se examina el tema del juicio de desalojo, lo que naturaliza aspectos de conflictividad social actual. Una excepción a esa omisión, aunque más bien desde una perspectiva convencional es Rolando E. Gialdino, por ejemplo, con su trabajo *Los desalojos y los derechos humanos*, publicado en La Ley, en el *Diario* del 26/02/10.

⁶ Según Bal, los conceptos no son simples etiquetas y cuando se usan mal pierden su fuerza operativa; ella dice que debemos tener en cuenta que los conceptos no están fijos, que viajan entre disciplinas, entre estudios individuales, entre períodos históricos y entre comunidades geográficamente dispersas. El significado, alcance y valor operativo de los conceptos también difiere entre disciplinas y estas diferencias deben ser evaluadas antes, durante y después de cada “viaje”. Bal, Mieke; *Conceptos viajeros en humanidades. Una guía de viaje*. Cendeac; Murcia, España, 2009, pág. 37 y 38.

sido primero redefinidas y luego puesta en crisis, las transformaciones en el Derecho y en el Derecho Procesal han sido intensas y continuas. Sin embargo, hay algunos principios que mantienen un renovado vigor; el de inmediación es quizá el más inmovible porque se afianza en la necesidad del encuentro de las miradas y no en la de las distancias. A pesar de todo y tanto, la justicia sigue pareciéndonos un problema humano, entre humanos y realizado por humanos. No obstante, las formas y concepciones de ese problema, de sus relaciones y formas de abordarlo no han sido homogéneas y con el tiempo fueron profundamente modificadas. El proceso civil, vicario de los cambios sociales, culturales o científicos, casi siempre receptó esos cambios tardíamente. Desde fines del siglo XIX y durante el siglo XX, las principales modificaciones y debates en torno del proceso civil se han concentrado en uno sus aspectos claves: la figura del juez y de las herramientas que éste utiliza para desarrollar su tarea. Incluso el derecho civil hoy en día incorpora al juez como figura radial de todo un sistema: hoy el nuevo Código Civil y Comercial (CCC), podría llamarse *Código Civil, Comercial y Procesal*, desde que en su artículo 1º, define que sus normas están dirigidas a resolver casos y su artículo 3º prescribe cómo debe fallar el juez.⁷

4. El “*ius commune*”.

Desde la baja Edad Media existió en Europa un procedimiento “común” que fue adoptado por los tribunales eclesiásticos e imperiales; sus contornos fueron establecidos y perfeccionados por los integrantes de la llamada escuela de Bolonia y de otras escuelas de Italia influidas por el modelo boloñés.⁸ Palacio enseña que el proceso era llamado “común”

⁷ El CCC, con sus dos mil seiscientos artículos, se refiere al *juez* en trescientos treinta tres, al *juicio* en doscientos treinta y tres y a *demanda* en ciento sesenta y seis; importantes menciones tienen también las voces *jurisdicción*, *judicial*, *cosa juzgada*, *sentencia*, *proceso*, *arbitraje*, etc. Se establecen, además, los principios de los procesos de familias, regulaciones sobre embargos, cautelares, tipo de pretensiones, etc.

⁸ La importancia de los juristas italianos, se debe sobre todo a la universidad de Bolonia y al fundador de la escuela, Irnerio y a otros importantes maestros quienes redescubrieron, a través de la “glosa” y el “comentario” los viejos textos romanos que no tenían carácter de pura erudición, sino que eran institutos de una civilización más avanzada, y adaptaron esos institutos a las nuevas exigencias de una sociedad también nueva y en evolución, tomando conciencia de lo inadecuado de los rudimentarios institutos jurídicos que habían llegado a través de las vicisitudes del alto medioevo (Cfr. Cappelletti, Mauro; *Proceso, Ideologías, Sociedad*. Traducción de Santiago Sentis Melendo y Tomás A. Banzhaf; Ediciones Jurídicas Europa-América, Bs. As., 1974, pág. 332). La formación del proceso romano canónico configura un epifenómeno de la formación del derecho común, este fue producto de estudios realizados por diversas escuelas de derecho, principalmente en Italia, a partir del siglo XI. Fue el casuismo recogido en el Digesto el preferido para el análisis y exégesis que culminaba en glosas o aclaraciones de los pasajes de la obra justiniana que examinaban. Tomás y Valiente menciona que era un derecho de los juristas (glosadores y comentaristas), muy cercanos o aliados al emperador, por ello el peso de ese vínculo político contribuyó a que ese derecho de creación técnica y de expertos tuviese fuerza obligatoria, pues los jueces con

porque se aplicaba residualmente, en tanto no lo derogasen leyes especiales escritas, estatutos municipales o costumbres locales.⁹ Ese proceso fue interferido e influido por los estatutos de las ciudades-estados libres, de los principados y de los reinos, formándose así un tipo de procedimiento general que se aplicó en toda Europa durante los últimos siglos de la Edad Media hasta la Revolución Francesa y más allá de ese acontecimiento.¹⁰ Hace notar Palacio que el proceso romanocanónico o común si bien tenía base en el proceso romano, receptaba también aspectos del derecho germánico.¹¹

4.1. Características del “*ius commune*”.

¿Cuáles eran las características de este *ius commune*? Ante todo existía un predominio total y absoluto de la escritura. La frase “*lo que no está en el expediente no está en el mundo*”¹² tiene origen en ese procedimiento. Todavía y hasta con regocijo se invoca la frase, a pesar de su decrépito arcaísmo. Aquella concepción del proceso provocaba que toda la actividad procesal se expresara en actas y escritos, toda otra expresión resultaba jurídicamente irrelevante o nula.¹³

Una segunda característica del proceso común era la de impedir toda relación personal, directa y pública de los jueces con las partes, los testigos, expertos y otras fuentes de prueba. No existía ninguna posibilidad de valorar la conducta de las partes o de reflexiones indiciarias para fijar los hechos, la sentencia se basaba exclusivamente en lo que estaba escrito. Cappelletti con ironía se pregunta, *¿por qué no confiar entonces la preparación de los autos y actas a personas diversas del juez?* Surgen, ante esas condiciones, los actuarios, notarios, secretarios, relatores, etc.; personajes que toman el

frecuencia estaban obligados a cumplir los consejos de los doctores y la doctrina que éstos establecían. (cfr. Tomás y Valiente, Francisco; *Manual de Historia del Derecho Español*; 4ta. Edición; Tecnos, 2016; Madrid, pág.194 y sgtes.).

⁹ Palacio, Lino; *Derecho Procesal Civil*; Abeledo Perrot; segunda edición, Buenos Aires, 1994; tomo I, pág. 84. En igual sentido, Cappelletti, Mauro; *Proceso, Ideologías, Sociedad*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf; Ediciones Jurídicas Europa-América, Bs. As., 1974, pág. XV, pág. 332, nota n° 51.

¹⁰ *Ibidem*, pág. 35.

¹¹ Palacio, pág. 84 y 85.

¹² *Quod non est in actis non est in mundo*.

¹³ *Ibidem*, pág. 35 y 36. El principio escriturario fue consagrado definitivamente por una decretal del Papa Inocencio III dictada en el año 1206.

lugar del juez en el examen de los testimonios *in camera*, traduciendo (inevitablemente, con frecuentes alteraciones) las palabras vivas al lenguaje escrito, por lo común al latín. El tribunal se topaba con “papeles” recién al final de procedimiento. La consecuencia obvia era la existencia de un muro de papeles y delegación erigido entre el juez y el resto de las personas implicadas en el proceso. Ese muro aislaba al juez de los hechos y de la realidad social.¹⁴ Un doble aislamiento del juez: por su clase y por su actividad. Sorprende observar hoy en las prácticas de nuestros tribunales un parecido de familia tan cercano con el proceso medieval, aunque el plástico haya reemplazado a la piedra.

La distancia entre el juez y el conflicto, aún pervive y está representada por mostradores, escritorios, puertas, cucardas, diplomas, banderas, atriles, desniveles, tarimas, platos honoríficos, banderas, cuadros de próceres, amanuenses, séquitos, uniformes y quietas bibliotecas, demoras, grandilocuentes gerundios y, sobre todo, por ausencias. La ausencia del juez en el proceso.

Una tercera característica del *ius comune* está representada por el sistema de la prueba legal, por el cual la valoración de la evidencia estaba predeterminada de manera abstracta y matemática. Así, un testigo no resultaba una prueba apta (con la sola excepción del Papa). Plena prueba lo hacía el testimonio no contradicho de dos personas y tratándose de testigos de oídas, cinco o siete personas eran requeridas para formar esa plena prueba. Estos casos variaban según el lugar o época y la prueba de ciertos derechos requería el testimonio de un número mayor de personas. Por ejemplo, se requerían hasta doce o hasta cuarenta y cuatro personas para hacer prueba contra un cardenal; mientras que eran necesarios ocho o dieciséis *burgueses* para prevalecer contra un conde o un barón. En cuanto al testimonio de mujeres, prescindiendo de su número, era inadmisibile o valorado como prueba insuficiente y debía ser integrada por el testimonio de por lo menos un hombre.

Existía una jerarquía de la prueba que reflejaba la jerarquía de la sociedad. El testimonio del noble prevalecía sobre el plebeyo, el eclesiástico

¹⁴ *Ibidem*, pág. 36.

sobre el laico; el rico sobre el pobre, el viejo sobre el joven, el cristiano sobre el hebreo. Toda prueba estaba legalmente determinada en proporciones aritméticas: *probatio plena*, *probatio semiplena*, un cuarto o un octavo de prueba.¹⁵ El juez no ponderaba la prueba, se limitaba a contarla. Existía una especie de “geometría” de la prueba, en donde el juez no tomaba contacto personal con ninguna fuente de prueba personal, no se acercaba a lugares o cosas, no interrogaba espontánea y libremente a las partes, no apreciaba conductas, ni mundo; todo era visto por el monóculo de la escritura, en donde la ley sustituía al juez como sujeto humano y lo transformaba en un instrumento de cómputo de pruebas establecidas de manera abstracta, apriorística y ritual. El cómputo era matemático, con baremos basados en la jerarquía social, cuya estructura se apoyaba sobre la discriminación según el número, sexo, edad, religión, estado social y económico. Así se llegaba a la “verdad”.

Debemos ser justos: para la mentalidad de la época, el sistema de la prueba legal representaba una mejora respecto del duelo o de las ordalías (juicios de Dios) del proceso germánico, y por esa razón para los juristas de los siglos XII y XIII el proceso común era innovador.¹⁶ Lo preocupante es que aun hoy para algunos tecnócratas el método resulte plausible, ¡luego de novecientos años durante los cuales han ocurrido cosas importantes para la humanidad! Aquella dimensión cuantitativa de la justicia y el consiguiente concepto de cantidad suponían la pretensión de exactitud, donde la asunción de que lo “*justo*” era lo exacto, como con inteligencia señala Ana Messuti.¹⁷ El objeto del juicio, “*para una Justicia que se sirve de la balanza, será entonces aquello que se represente, no aquello que se le “presente” tal cual se le presente. Los objetos sometidos a su juicio tendrán el carácter de*

¹⁵ *Ibidem*, pág. 36.

¹⁶ Cfr. Cappelletti, *ob. cit.*, páginas 334 y siguientes.

¹⁷ Messuti, Ana; *La justicia deconstruida*; Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2008. Dice la autora: “La exactitud, es decir, la certeza, es el objetivo último del pensamiento calculante, el pensamiento que calcula, que mide, frente al pensamiento meditante, que medita, que reflexiona. La imagen de una Justicia con un instrumento de cálculo sugiere una operación precisa, la búsqueda de un resultado cierto, un resultado “justo”, pero en el sentido de exacto. El sujeto que piensa el pensamiento calculante, que se sirve del cálculo para llegar a una conclusión, entre en relación con todo lo que interviene en el cálculo reduciéndolo a mero objeto de su representación. El pensamiento calculante es un pensamiento representador. La Justicia calculante necesita tener certeza de todo aquello que se ha representado. Por ello la Justicia, sujeto del pensamiento calculante, ha de distanciarse todo lo posible de los referentes reales de su representación”. *Ob. cit.* pág. 30.

objetos representados".¹⁸ Todo rostro humano en estos procesos es sustituido por una burocracia que bajo el ritual de las formas y los cálculos pensemos en los actuales baremos o fórmulas esotéricas para las indemnizaciones- aniquilan cualquier posibilidad de conocer un conflicto donde existen conductas humanas en interferencia intersubjetiva. Percibir un patrón de manchas de tinta o de píxeles llamado escritura no nos acerca demasiado al conflicto humano, si la intención de nuestra mirada está ansiosa por ubicar el lugar en donde poner la firma y alejar cualquier incómoda pregunta que perturbe nuestra segura e insípida rutina.

La cuarta característica del proceso común era su desarrollo fragmentario y discontinuo. Con un juez ausente/distante, los abogados eran quienes controlaban un trámite donde los abusos, estrategias dilatorias y traslados interminables eran frecuentes. La posibilidad impugnatoria de prácticamente toda cuestión contribuía a la fragmentariedad y a la suspensión del procedimiento. El proceso ofrecía múltiples caminos, bifurcaciones o alternativas fútiles o accesorias, que lo convertían en un laberinto. Cappelletti usa la metáfora del árbol con múltiples ramas para describir el proceso romano canónico¹⁹.

Por último, la convergencia de las características antes mencionadas provocaba la extensa duración del proceso por décadas e incluso se convertía un litigio intergeneracional y parte de una herencia. En esas condiciones la jurisdicción más que pacificadora era adormecedora.

5. El movimiento reformador en Alemania y Austria.

Los cambios más importantes en la concepción del proceso civil comienzan entre fines del siglo XIX y principios del siglo XX. Sostiene Cappelletti que esos cambios fueron la expresión genuina de una nueva sociedad liberal y burguesa, una obra colectiva y social más que el producto de aportes individuales.²⁰ Este movimiento reformador utilizó como término y carta de presentación la expresión "*oralidad*". Se trataba de una reacción

¹⁸ *Ibidem*, pág. 31.

¹⁹ Cfr. Cappelletti, *ob. cit.*, pág. 38.

²⁰ Cappelletti, *ob. cit.*, pág. 41. Imposible en este trabajo exhibir toda la problemática de esta época, en donde surgen los partidos políticos, se redefine el mapa europeo, EEUU surge como potencia mundial (y desaparece como tal España), ocurre la Revolución Rusa y tiene lugar la Primera Guerra Mundial, además, de inventos que cambian las nociones de distancia y comunicación, como son el automóvil, el avión y el teléfono.

que iba más allá de dejar de lado un tipo de proceso en donde la forma escrita era central.²¹ En realidad, se quería dejar atrás las restantes características del proceso romano-canónico, es decir, la delegación, la fragmentariedad, el secreto, la prueba tasada, la lentitud, etc. Los ideales inspiradores del movimiento también fueron la “*inmediación*” o la relación directa, personal y pública entre el órgano decisor por un lado y las partes, los testigos y las demás fuentes de prueba, por el otro lado. A ese cambio de paradigmas se añade la postulación de la “*libre valoración de las pruebas*”, es decir, la apreciación crítica del juez que así transforma su carácter de contable en sujeto que siente y aprecia, desvinculando su tarea de reglas apriorísticas, que son sustituidas por la observación directa de los elementos probatorios en audiencia pública. Esto cambios casi naturalmente llevan a incorporar la idea de “*concentración*” del procedimiento en una audiencia única o en pocas audiencias orales y preparadas con suficiencia en una fase preliminar en que no se descarta la actividad escrita.²²

El movimiento reformador se materializó en el Código Alemán de 1877²³ y el Código Austríaco de 1895. La influencia de esos códigos ha sido realmente importante, principalmente del Código Austríaco que acentuó la función del juez como encargado de asegurar el orden y rapidez en el procedimiento y en promover la igualdad social efectiva de las partes en el proceso.²⁴ Las reformas en materia procesal ocurridas Alemania y Austria constituyeron un gran avance para reducir los tiempos de duración del

21 Calamandrei al comentar el *Proyecto* de Chiovenda precisa que la *oralidad* es una palabra programática y llena de contenido, que no comprende solamente el retorno de la palabra hablada, como forma de expresión predominante en lugar de la escritura, sino que es, además, la *concentración* del procedimiento y la *inmediación* en las relaciones entre partes y jueces, y sobre todo, la restauración de la autoridad del juez y la ampliación de los poderes de investigación. Calamandrei, Piero; *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, v. 1, Librería “El Foro”; Buenos Aires, 1996, págs. 90 y 91.

22 Cfr. Cappelletti, ob. cit., pág. 43.

23 Conocido en nuestro ámbito académico gracias a la traducción que Ernesto Krotoschin realizó de libro de Wach, basado en las conferencias que éste dictó en 1879 ante miembros y abogados alemanes (Wach, Adolf; *Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana*; Ediciones Jurídicas Europa-América; Bs. As., 1958).

24 Los párrafos 182 y 183 del código austríaco contenían las normas principales relativas papel activo del juez y su aspecto social. Se atribuye al juez el poder-deber de llegar a una decisión basada en el análisis completo de todos los hechos pertinentes al mérito de la causa. Se establece el principio de saneamiento: el juez debe hacer presente a las partes los errores procesales o incompletitudes en la exposición de los hechos en los cuales ellas han incurrido; incluso de oficio, está facultado para ordenar la comparecencia personal de las partes y la producción de documentos, citar a testigos, disponer peritaciones, etc. Estos párrafos fueron recogidos casi literalmente por el código alemán en una serie de enmiendas de los años 1909, 1924 y 1933. Los códigos alemán y austríaco influyeron sobre el código húngaro de 1911, noruego de 1915, danés de 1916, yugoslavo de 1929, la ley suiza de procedimiento federal de 1947 (Cfr. Cappelletti, ob. cit., páginas 44 y 45, notas n° 38, 39 y 40). En similar sentido, Palacio, ob. cit. pág. 93.

proceso. Es cierto que aún subsisten, como ocurre en Alemania, problemas por la duración de los pleitos, pero sus causas se hallan más en la tardía o insuficiente preparación de las audiencias y a la falta de intervención proactiva de los jueces solicitando explicaciones y aclaraciones, tal como posibilita la legislación.²⁵ Los modelos procesales, aun los de mayor excelencia, carecen de posibilidad de dar frutos si no se tienen en cuenta comportamientos institucionales previos y la necesidad de asumir verdaderos compromisos con el servicio de justicia, pues con solo la retórica del cambio como mera puesta en escena de simulacros de gestiones eficientes, las mejoras no ocurren.

6. El modelo de proceso romano-canónico en Argentina.

En nuestro país, durante el virreinato y el período patrio las instituciones procesales, si bien adaptadas a la situación local, estuvieron diseñadas según las leyes españolas. Tal como hace notar Leguisamon, esas leyes se aplicaron de modo supletorio hasta 1953, en cuanto no contrariaran la legislación nacional.²⁶ El modelo procesal español, concebido bajo la matriz romano-canónico, influyó notablemente en nuestro país, consolidándose de esa forma un sistema escrito, lento, delegado, con amplias e innecesarias posibilidades impugnativas y con funciones judiciales pasivas y orientadas exclusivamente a la decisión formal y no al conocimiento del objeto del proceso.

Aunque la historia del derecho procesal nacional puede ser analizada en tres períodos: colonial, patrio y el de la codificación; nosotros nos concentraremos en esta última fase porque en ella apreciamos la concreta influencia de la recepción del modelo romano-canónico en nuestros códigos procesales nacionales. Nuestro período de codificación procesal se realizó con sustento en las competencias establecidas en la Constitución Nacional.

²⁵ El Código Procesal Civil alemán (ZPO) tiene como uno de sus pilares al artículo 139 que regula el impulso y dinámica del proceso en general, y que instaura el principio de *dirección procesal material* pero la práctica judicial y una jurisprudencia ambigua en torno a la extensión de las facultades judiciales derivadas de la mencionada norma (sobre todo en lo que se llama *deber de aviso*) han obstaculizado en alguna medida la eficacia del sistema (Cfr. Pérez Ragone, Álvaro; Ortiz Portillo, Juan Carlos, en su *Estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo*, en *Código Procesal Civil alemán*, trad. por los mismos autores; Konrad Adenauer Stiftung; Uruguay, 2006, páginas 17 y siguientes).

²⁶ Para un examen de la legislación procesal durante el virreinato del Río de la Plata y la época patria véase Palacio, ob. cit., t.1, pág. 97 y siguientes y Leguisamón, Héctor Eduardo; *La evolución del Derecho Procesal Civil Nacional desde la gesta de Mayo de 1810*; La Ley, Sup. Act 23/11/2004, 22/11/2004, 1 - Sup. Act 25/11/2004, 22/11/2004, 1 - Sup. Act 29/11/2004, 22/11/2004, 3.

La forma federal de estado adoptada por la Nación determinó que la legislación procesal, tanto en sus aspectos orgánicos como procedimentales quedase distribuida entre las provincias y la Nación, y las competencias determinadas según la regla del art. 67, inciso 11 de la Constitución Nacional (1853/1860). Esa cualidad de nuestro federalismo junto con el principio de separación de poderes, perfilan los contornos de la función jurisdiccional y de las normas procesales nacionales.

Concluido el período constitucional de 1853/1860, el Congreso de la Nación dictó las primeras normas de organización de los tribunales federales. Se trataba de normas asistémicas, que mezclaban el aspecto orgánico (composición y competencia de tribunales) con algunas reglas de procedimiento. Para esa época el Congreso, debía atender variados asuntos, además de la cuestión de los tribunales y procedimientos federales. A raíz de la capitalización de la ciudad de Buenos Aires (ley 1029) también estaba a cargo del parlamento nacional reglamentar las cuestiones de organización y de procedimientos de los tribunales que en la Capital Federal cumplían funciones equivalentes a la de los órganos jurisdiccionales provinciales, tal como se lo imponía el artículo 67, inciso 27 de la Constitución Nacional vigente a esa época.²⁷ Esa doble dirección de las normas procesales emanadas del Congreso de la Nación, muchas veces aplicables conjuntamente al ámbito federal y a la jurisdicción ordinaria de la Ciudad de Buenos Aires, fijó la genealogía de las normas procesales y en muchos aspectos proyecta todavía su influencia en la actual legislación procesal nacional. Entre las normas federales destinadas a la organización y procedimientos de los tribunales federales podemos mencionar la ley 27 (1862) -aun con influencia sobre el actual modelo de jurisdicción y control de

²⁷ La "cuestión de la Capital", como es denominada por los historiadores, tuvo diversas etapas de marchas y contramarchas; aún hoy existen conflictos sobre este tema, en razón de las innovaciones introducidas por la reforma constitucional federal de 1994. En el año 1826, época del Congreso General Constituyente de las Provincias Unidas del Río de la Plata en Sud América, se designó como capital del Estado Nacional a la Ciudad de Buenos Aires. Luego, el 3 de mayo de 1853 el Soberano Congreso General Constituyente de la Confederación Argentina, aprobó por unanimidad la Ley sobre la Capital de la Confederación, manteniéndose a la Ciudad de Buenos Aires como capital de la Nación y precisándose los límites de aquella. Por fin, en el año 1880 el Congreso de la Nación sanciona la ley 1029 y, a su vez, en octubre de ese año, la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires dicta la ley 1355 por la cual, cumpliendo con la Constitución Nacional, lo previsto en el art. 8º de la ley 1029 y lo solicitado por el Presidente de la Nación, Nicolás Avellaneda, cedió el territorio del municipio del Ciudad de Buenos Aires a la Nación por haber sido declarado Capital de la República. Para el caso de que no se realizase la cesión, existía otra ley nacional, la N°1030, que disponía convocar a una Convención nacional para reformar el art. 3º de la Constitución Nacional, para fijar en su texto la capital de la República.

constitucionalidad-, la ley 48 (1863) y, en lo aquí principalmente importa, la ley 50, sancionada junto con la anterior, el 14 de septiembre de 1863.

7. La ley 50.

La ley 50, vigente desde 1863 hasta el año 1968 en que fue derogada por la ley 17.454 (1967), estuvo destinada a regular los procedimientos civiles y criminales²⁸ ante la justicia federal y tomó como modelo el sistema publicístico. La mayoría de sus normas, por ejemplo las disposiciones preliminares y comunes a todos los juicios, las relativas a sentencias, términos, recusaciones, demandas de menor cuantía, notificaciones, apelaciones, recurso de nulidad, juicio ejecutivo y de apremio, entre otras, tenían origen directo en la ley de enjuiciamiento comercial española de 1830. El procedimiento probatorio, la rescisión, la revocatoria, las medidas para mejor proveer, el trámite en segunda instancias y el recurso de revisión eran copia fiel de la Ley de procedimiento para el Cantón de Ginebra de 1819 y del Reglamento del consejo Real de España de 1846. En menor grado, la ley 50 también se inspiraba en la ley española de Enjuiciamiento Civil de 1855.²⁹

El carácter publicístico de la ley 50 se reflejaba en la posición del juez, quien se hallaba investido de amplios poderes directivos y de investigación, que no menguaban el respeto a los principios de iniciativa del proceso a cargo del actor, su intervención como parte y la vigencia del principio de congruencia.³⁰

28 En el año 1888, con el dictado de un código especial para los procedimientos penales para los tribunales federales y nacionales ordinarios de la Capital Federal y territorios nacionales (ley 2.372) se suprimió el Título XXX de la ley 50, correspondiente a la materia criminal (arts. 352 a 372), subsistiendo el resto de su articulado en forma sistemática para regir en los procedimientos civiles.

29 Cfr. Sartorio, José; *La ley 50 y sus complementarias de procedimiento federal*; Tipográfica Editora Argentina; segunda edición; Buenos Aires, 1955, págs. 39 y sgtes. El riguroso trabajo de investigación de fuentes de Sartorio desmiente las afirmaciones que Tomas Jofré hiciera sobre los orígenes de la ley 50, quien atribuía que esa ley era reflejo de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 (Ver, Jofré, Tomas; *Manual de Procedimiento (civil y penal)*, t. 1, 5ta. Edición; Editorial La Ley; Buenos Aires, 1941, páginas 73 y 74). Díaz, distingue esta diferencia en el origen de las fuentes identificadas por los autores citados (Díaz, Clemente; *Instituciones de Derecho Procesal*, t. I, Abeledo Perrot, Bs. As., 1968, pág. 400, nota n° 40).

30 El texto original de la ley 50 incluía la prisión por deudas civiles y mercantiles, pero esa situación –hoy claramente inconstitucional e inconveniente- resultaba ajena a los aspectos de las facultades de conocimiento e intermediación del juez, que es el eje del presente trabajo. La prisión por deudas civiles y mercantiles, prevista en el título XXVI de la ley 50, fue derogada por la ley 514 del 26 de junio de 1872. También, para dar otro ejemplo de invalidez, era que el mismo juez ante quien declaraban los testigos, pudiera disponer, por sospecha de soborno o de falso testimonio, “la prisión de los presuntos reos” (art. 134). En cuanto a los poderes del juez para la dirección del proceso estos estaban dispersos en toda la ley pero su énfasis estaba ubicado en la fase formativa y probatoria del proceso. Se puede mencionar la posibilidad de abrir la causa a prueba aun cuando las partes no lo pidan (art. 91), incluso si las partes se opusiesen (art. 207), el deber de fijar los hechos precisos y conducentes sobre los que recaerá la prueba de testigos (art. 119). El balance que hoy puede hacerse de la ley 50 nos muestra un cuerpo procesal con una plataforma sistémica acertada –el sostenimiento del principio publicista- con muchas normas que no han perdido actualidad en cuanto regulaban determinados poderes-deberes del juez; también había grandes desaciertos técnicos en otras normas que, derechamente infringían garantías constitucionales y el principio de imparcialidad, al sustituir el principio de validación por el de verificación oficiosa de los hechos, es decir, un trámite

8. El Código de Procedimiento Civil y Comercial aplicable por la justicia ordinaria de la Capital Federal.

El segundo andarivel desde el cual las leyes nacionales dieron fisonomía a un modelo de proceso -modelo que podemos denominar de conocimiento plenario- comprendió a la legislación procesal destinada a la reglamentar la actuación de los tribunales nacionales ordinarios en la Capital Federal. Analizar este último aspecto permite hallar respuestas acerca de cómo ingresa el proceso romano-canónico en el ámbito nacional y cómo ese modelo se instala en el discurso académico, en las concepciones doctrinarias y en las decisiones y conductas de los jueces. Esa influencia ha contribuido a consolidar una práctica institucional, un perfil de juez y una forma de concebir la actuación de la justicia, luego profundizada con prácticas corporativas orientadas hacia los privilegios, al nepotismo y a la complicidad con los gobiernos de facto.

Con esto no queremos decir que el modelo romano-canónico -y sus matices- resulte responsable de todas las deficiencias del Poder Judicial, pero indudablemente ha sido en gran parte la causa de que esas deficiencias se hayan producido y subsistan. Hay que recordar un aspecto histórico importante de cómo empezó toda la cuestión en el ámbito de la Capital Federal: al momento de producirse la capitalización de la Ciudad de Buenos Aires se mantuvieron en la ciudad el funcionamiento los juzgados y tribunales provinciales con sus correspondientes normas de organización y procedimiento. Así lo estableció el art. 7º de la ley 1029 (1880). Esa era una época de transición y la medida adoptada por el art. 7º de la ley 1029, daba tiempo al Congreso de la Nación para que, como preveía el artículo 67 inciso 27 de la Constitución Nacional, aquél pudiera ejercer una legislación exclusiva en todo el territorio de la capital y dictase las normas procesales correspondientes para la actuación de la justicia ordinaria en la Capital Federal.

Los modos de esa transición, con la subsistencia de tribunales provinciales en la Capital Federal, resultó determinante para el afianzamiento de un proceso civil con las características del proceso

puramente inquisitivo.

romano-canónico.³¹ En ese momento el mundo procesal local estaba dominado por corrientes *procedimentalista*, corrientes a las que sólo interesaba el estudio de la práctica forense y de los aspectos formales del litigio. Pensar en los poderes-deberes del juez en esa época era simplemente imposible para el común de los abogados y académicos.

En el año 1880 en la Capital Federal regía el mismo Código de procedimientos en materia civil y comercial que regía en la provincia de Buenos Aires desde 1873. Código que había sido redactado por los miembros de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires³² y tuvo como única fuente a la Ley de Enjuiciamiento civil española de 1855.³³ La importancia de analizar la norma española es evidente, pues ésta materialmente resultó “trasladada” a la Capital Federal en el envase del código provincial.

Para el año 1886, la ley nacional N° 1893, en su artículo 318 ratificó la situación al disponer que “*Los Tribunales de la Capital se regirán por las leyes de Procedimientos Civiles, Comerciales y Criminales que actualmente rigen para los de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto sean compatibles con la presente ley y hasta tanto se dicten por el Congreso las que hayan de subrogarlas*”. El carácter provisorio de la aplicación del código provincial “*hasta tanto*” decía la norma transcripta-, era de similar tenor al expresado por el artículo 7 de la ley 1029 y por la ley 1444. Era una “transitoriedad” que duró ochenta y dos años. El Código de Procedimientos Civil y Comercial de

31 En el año 1926, al presentar su Proyecto de Código de Procedimiento Civil, Tomas Jofré indicaba en el correspondiente prólogo: “*los quince códigos de procedimiento que rigen en la República se inspiran en idénticos principios y están análogamente redactados. El primero fue copiado, en efecto, de la ley española de 1855; y los otros lo fueron del primero, salvo modificaciones de detalle para darles individualidad que los distinga*”. Ese primer código al que alude Jofré era el de la provincia de Buenos Aires, también aplicable, como se ha indicado más arriba, en la Capital Federal por la justicia nacional ordinaria.

32 Cfr. Palacio, ob. cit. pág. 108 y Díaz, Clemente. ob. cit. pág., 401. En las disposiciones transitorias de la Constitución de la provincia de Bs. As. (1873) se establecía la posibilidad de que, en caso de omisión legislativa para el período de sesiones del año 1874, la Suprema Corte de la provincia presentase al año siguiente los proyectos de leyes orgánicas y de procedimientos (art. 226, Constitución de la Provincia de Buenos Aires 1873). El proyecto fue originariamente redactado por José L. Domínguez, paso por varias modificaciones hasta que fue sancionado el 22 de octubre de 1878. Sin embargo, una nueva reforma fue sancionada en 1880, entrando en vigencia en septiembre de 1880.

También en la Exposición de Motivos del Proyecto de Código de Procedimientos Civil y Comercial para la Capital Federal y Territorios Nacionales se menciona como un antecedente negativo y anacrónico de la legislación procesal vigente a la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855.

33 Cfr. Díaz, Clemente, ob. cit. pág. 406. También en la Exposición de Motivos del Proyecto de Código de Procedimientos Civil y Comercial para la Capital Federal y Territorios Nacionales se menciona como un antecedente negativo y anacrónico de la legislación procesal vigente a la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855. Véase también Oteiza, Eduardo; “*Oralidad y escritura...*”.

la Provincia de Buenos Aires se aplicó por la justicia ordinaria de la Capital Federal hasta el 1º de febrero de 1968, momento en que entró en vigencia la ley 17.454 que sustituyó el Código de procedimientos en materia civil y comercial por el Código Procesal Civil y Comercial.

En el ínterin, es decir de 1886 a 1968, existieron una serie de reformas y contrarreformas sobre la base del modelo aplicable. La más importante de ellas fue la ley 14.237, que entró vigencia el 1º de febrero de 1954. Según Clemente Díaz, la ley *“representó dentro de las naturales limitaciones de una reforma parcial, una seria innovación sistemática incorporando al acervo procesal corrientes avanzadas del pensamiento científico, y aunque recibida con aplauso y elogio por la doctrina, la praxis forense, que tal vez no estuviera preparada para la recepción de la reforma, reaccionó exitosamente desprestigiando dos preceptos institucionalmente fundamentales, con lo que la reforma de la Ley 14.237 naufragó en forma lamentable, más por un problema de hombres que de instituciones”*.³⁴ Díaz se refiere concretamente a los artículos 21 y 23 de la Ley 14.237, a los que llama la *“manzana de la discordia”*.³⁵

La ley 14.237 fue, al fin de cuentas, una reforma parcial de un sistema obsoleto, situación que se agravó luego de la modificación de la ley por el decreto ley 23.398/56, el que volvió a un sistema conservador y con un modelo de juez relegado a proclamar a la parte victoriosa. Como ha dicho Sentis Melendo, el decreto-ley nº 23.928 fue una reforma de la reforma. El cambio representó un retorno a la concepción privatista del proceso civil, exagerándose las facultades de las partes sin el contrapeso de poderes-deberes del juez, que pasó a tener una función que iba de la quietud a la de tímido espectador, quedando librado la suerte del proceso exclusivamente a

³⁴ Díaz, Clemente; ob. cit. pág. 408 y 409. Díaz sostenía que la ley 14.237 se inscribía dentro de lo que él clasifica como reformismo ecléctico, es decir, aquel que sólo produce una fragmentación del sistema y no su transformación (cfr. Díaz, Clemente, ob. cit., pág. 421 y siguientes). La reforma introducida por la ley 14.237 y, luego, las modificaciones a ésta, productos del decreto-ley nº 23.928 fueron objeto de numerosos trabajos en época de su sanción, pero sin lugar a dudas el trabajo más exhaustivo desde el punto científico es el realizado por Santiago Sentis Melendo en su obra *El Proceso Civil. Ensayo sobre la reforma procesal argentina*, publicado en el año 1957 por EJEA.

³⁵ El artículo 21 de la ley 14.237 establecía la posibilidad de que el juez, en juicios de alimentos, litisexpensas y tenencia, fijase una audiencia para avenir a las partes o requiriese explicaciones sobre el objeto litigioso; en caso de incomparecencia los jueces podían hacer uso de la fuerza pública. El fin de la norma era plausible, no lo era la forma de resolver la incomparecencia que hoy en día, en la mayoría de los casos, se realiza con la valoración de la conducta de las partes o con el desistimiento del proceso. En cuanto al artículo 23 de la ley 14.237, establecía nada menos que la audiencia preliminar, instituto que hoy se considera por la doctrina procesal como medular en la articulación de un proceso racional y eficaz.

la parte más hábil; era un proceso, por lo tanto, ajeno a la realización de un debate racional y en busca de una solución justa; era un proceso sustraído del interés público en afianzar la justicia y resolver los conflictos de la comunidad.³⁶ Buenas o malas, estas reformas o *remiendos* -como fueron llamadas por la doctrina de la época-³⁷, no cambiaron lo sustancial. Así, durante alrededor de ocho décadas el proceso ordinario y la concepción de la jurisdicción, tuvieron su molde en proceso civil y comercial bonaerense engendrado bajo una de las más puras cepas del proceso romano-canónico: la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855. He allí es nuestro pedigrí procesal.

9. La Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855.

Como un gigantesco cincel, la Ley de Enjuiciamiento Civil española, desde fines del siglo XIX marcó profundamente la fisonomía de la mayoría de las normas procesales, prácticas judiciales y las vetustas miradas académicas de la Argentina. El resultado no fue una obra de arte sino un paquidermo burocrático que arrastra su destructivo cuerpo hasta el presente. La ley española fue molde y espejo de lo que debía ser el proceso y la actividad jurisdiccional, influyó, o más bien fue recibida, hospedada y vigorizada, con cada norma positiva procesal, en un ambiente jurídico que le era propicio, pues se hallaba preparado y formado sobre un derecho indiano y patrio que contenían la estructura del proceso romano-canónico.

No todos aplaudieron el modelo de jurisdicción y de proceso que ofrecía la ley española. En nuestro medio, a principios del siglo XX, Tomas Jofré tenía en claro el valor de la oralidad, la inmediación y la concentración, y comprendía la necesidad de dotar de poderes-deberes de dirección a los jueces. La formación chiovendiana de Jofré explica su rechazo de un modelo procesal como el español; el jurista puntano advirtió que el modelo importado desde la provincia de Buenos Aires establecía un proceso privatístico, delegativo, escrito y saturado de posibilidades para inútiles impugnaciones y revisiones. Más tarde Sartorio diría la Ley de

³⁶ Cfr. Díaz, Clemente, ob. cit. pág. 409, nota n° 70 y pág. 410, nota n° 72.

³⁷ Además, tanto la ley 4128 como la ley 14.237 eran producto de una técnica legislativa con graves deficiencias; ambas leyes legislaban sobre instituciones procesales sin realizar derogaciones expresas de los textos vigentes, dejando al intérprete con la menuda labor de establecer sobre numerosos aspectos del proceso qué resultaba aplicable de las anteriores leyes.

Enjuiciamiento Civil española de 1855 que era “*fruto de una influencia social excesivamente conservadora, deficiente en su técnica y enderezada hacia atrás, buscando en el siglo XIX el tramontano reflejo medieval de los códigos visigodos y Alfonsino*”.³⁸

Debemos tener en cuenta que al comenzar la codificación procesal en España existían dos corrientes o tradiciones procesales a disposición del legislador. Una de esas tradiciones estaba basada en el proceso romano canónico y encontraba hospedaje en la *Tercera Partida*, dedicada a las cuestiones procesales.³⁹ La otra corriente se sostenía en la concepción de un proceso rápido, sencillo y sin formalismos inútiles que privilegiaba la idea de sumariedad y sencillez, tal como había establecido tempranamente la Decretal “*Saepe contingit*” del Papa Clemente V, en los inicios del siglo XIV. Esta clase de juicios era común en el ámbito mercantil. De las opciones disponibles, la codificación procesal española, con fugaces excepciones, dio predominio a la vigencia del modelo romano-canónico.⁴⁰

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855,⁴¹ fue obra de una comisión dirigida por el jurista Pedro Gómez de la Serna quien presidió la comisión encargada de su redacción. En la exposición de motivos de la ley, redactada exclusivamente por la pluma Gómez de la Serna, éste refería que el principio cardinal que fue considerado por la comisión redactora de la ley fue el de conservar las orientaciones procesales encerradas en “*nuestras mejores leyes*”, que para él eran principalmente las contenidas en las Partidas.⁴² En la opinión de Gómez de la Serna, desde el año 1263 nada importante en materia procesal había ocurrido en el mundo conocido. Fue así que la Ley de Enjuiciamiento española tomó la matriz del proceso romano-canónico y

38 Sartorio, ob. cit. Pág. 40 y 41.

39 Las Partidas, cuya autoría –discutida por cierto– se atribuye a Alfonso X, forman parte del movimiento de integración de los diferentes sistemas normativos que regían en España. La obra está dividida en siete partes y se asume que fue concluida en el año 1263. Traducida al catalán en el siglo XIV, al portugués y al gallego, en incluso al inglés en los siglos XIX y XX llegó a aplicarse incluso en los Estados Unidos de América en los territorios que pertenecieron a España (Cfr. Tomás y Valiente, ob. cit. Págs. 237 y sgtes.; también puede verse Montero Aroca, Juan; *Trabajos de Derecho Procesal*; Librería Bosch; Barcelona, 1988, pág. 264 y 268 y sgtes.).

40 Tomás y Valiente, ob. cit. págs. 527 y 528.

41 Promulgada en octubre de 1855, comenzó a regir a partir del 1º de enero de 1856.

42 Tomás y Valiente, ob. cit., pág. 530.

con ello, la pesada letanía de esa clase de juicios. “*El resultado fue una ley torpe y mal construida, con su centro de gravedad en el antiguo y solemne juicio ordinario: es decir, en el peor modelo que hubiera podido elegir*”.⁴³ Para nuestra desgracia, hizo el destino ayudado por la falta de seso, que la ley española fuera ambrosía en el paladar de los procesalistas del Río de la Plata.

10. La ley 17.454.⁴⁴

La ley 17.454 fue obra de una comisión que se formó por resolución del 15 de diciembre de 1966 emanada de la entonces Secretaría de Estado de Justicia. A la comisión se le encargó la redacción de propuestas de reformas urgentes en el ámbito del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Capital. En particular se buscó que la reforma contribuyera a acelerar los juicios. Del trabajo de la comisión, de la cual Lino Palacio era su Subsecretario, surgió la idea de la conveniencia de establecer un ordenamiento procesal único para la justicia federal y para la nacional ordinaria radicada en la Capital Federal.⁴⁵

Entre los objetivos tenidos en cuenta por la comisión, los más relevantes fueron el aumento de las facultades del juez, la moralización del proceso y la simplificación del procedimiento. Debemos decir que para esa época, ya existían normas para lograr la simplificación del procedimiento; esas normas no fueron modificadas por posteriores reformas. Tampoco fueron utilizadas por los jueces. Díaz, criticó la forma en que se establecía la dirección del proceso, consideraba que los jueces, para ser directores del proceso deben tener poderes-deberes y no simples potestades para la inmediación, el impulso procesal, la facultad de investigación, etc., que es lo que venía a ofrecer el Código de 1968.⁴⁶

43 Tomás y Valiente, ob. cit., pág. 531.

44 La ley 17.454 del 20 de septiembre de 1967 dispuso la entrada en vigor del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para el día 1º de febrero de 1968 (art. 809, ley 17.454). Uno de los efectos más importantes de la ley 17.454 fue la derogación de la ley 50. Debemos destacar aspectos contextuales del Código de 1968, pues no podemos dejar de mencionar que el código germinó bajo una dictadura, ajeno a cualquier debate democrático. Para esos días los bastones eran demasiado largos para lograr un clima de diálogo. Fue un código, eso sí, elaborado por expertos en derecho procesal, con una mirada centrada en el principio dispositivo y con varias contradicciones sistémicas. Sus autores tampoco creían en la inmediación, ni en la oralidad.

45 Palacio, Lino; ob. cit., páginas 164 y 165.

46 Díaz, Clemente, ob. cit. pág. 434.

Palacio, señala que los *“redactores del proyecto, por otra parte, no pretendieron trasplantar estructuras o fórmulas normativas ajenas a la idiosincrasia nacional”*⁴⁷. Sin embargo, Palacio no explica -raro en él, dado su probada capacidad expositiva y claridad pedagógica- cuál era esa *“idiosincrasia nacional”*. En esa pequeña, pero profunda frase, queda expuesta la ausencia de un debate democrático robusto y necesaria en torno al nuevo código. El resultado fue que unos pocos y solitarios expertos establecieron un nuevo modelo de proceso para millones de personas.⁴⁸

Si queda duda de la posición de los autores del Código de 1968, Palacio la aclara al decir *“...que, pese a la indiscutible bondad de ciertos principios procesales, como los de inmediación y oralidad, se prefirió prescindir de ellos o limitar su vigencia en términos conciliables con la razonable capacidad de trabajo que cabe exigir a jueces y funcionarios”*.⁴⁹ De forma axiomática, la inmediación y oralidad pasaron a ser tan bondadosas, como prescindibles. Tampoco logramos saber qué entendían los miembros de la comisión con la frase *“la razonable capacidad de trabajo que cabe exigir a jueces y funcionarios”* (“y de empleados”, agregamos nosotros para suplir cierto clasismo). No tenemos esas respuestas, sí el resultado: el nuevo código no mejoró la *“capacidad razonable de trabajo”*, sea lo que ésta fuera. Otras reformas trataron de solucionar, con nuevos parches esos problemas (v.gr.: mediación previa obligatoria, supresión del proceso sumario, audiencia preliminar, etc.). Los resultados son conocidos por cualquier abogado que litigue.

Oteiza refiere que Carlo Colombo -uno de los ideólogos y redactores de la reforma-, *“sostenía su desconfianza sobre la posibilidad de implantar la oralidad. La realidad, afirmaba, en caso de diseñarse un proceso que recepte la oralidad puede generar a un nuevo desencanto”*⁵⁰, a ello, Oteiza

47 Palacio ob. cit., pág. 169.

48 Es probable que se desee refutar mis críticas rememorando que el Código de Vélez Sarsfield se aprobó a libro cerrado por el Congreso de la Nación. Pero era el Congreso de la Nación. Es cierto, que también esto puede ser discutido: en esa época el voto no era secreto, ni universal, ni obligatorio, no votaban las mujeres, etc. Para establecer analogías, primero hay que poner cada cosa en su contexto. En este ensayo solo bosquejamos tales aspectos.

49 Palacio, ob. cit., pág. 169.

50 Oteiza, Eduardo; ob. cit., pág. 8.

observa: *“No explica Colombo cuales eran las razones que impedían enfrentar aquello que define como la realidad, ni intenta desentrañar las causas del evitable desencanto que hubiera podido haber significado intentar una reforma sustancial en el proceso civil. La invocación a la realidad sin explicaciones puede significar simplemente la falta de convicción sobre la capacidad de realizar los esfuerzos indispensables que deben dedicarse a una reforma del sistema”*.⁵¹ Recordemos para las conclusiones esa *“falta de convicción”*.

Clemente Díaz tuvo un visión diferente a la de los autores de la ley 17.454, pues si bien aquél concedió que el Código de 1968 marcó una nueva época procesal en el orden nacional, enseguida previno que la ley 17.454 no subsanaba todos los males que aquejaban a la administración de justicia de la Capital Federal; Díaz entendió que *“más que de un problema de leyes, se trata de un problema de hombres”* y el Código que la ley sancionaba, no era una obra perfecta, solo sirve para preparar el ambiente hacia una nueva reforma.⁵²

En síntesis, el Código procesal de 1968 se inclinó por el predominio del sistema escrito y relegó la oralidad, a la oralidad actuada y delegada. En cuanto a las facultades de dirección del proceso por parte del juez, ellas fueron sólo bosquejadas y sin herramientas claras y precisas que permitan desplegarlas, menos a través de la oralidad y la concentración. Por otro lado, se instauraron tres clases de procesos de conocimientos, diseñándose un sistema de normas, que, como un plano inclinado, hicieron que el proceso ordinario fuera prácticamente el dominante y, ante la falta de oralidad efectiva, el proceso sumario terminase fungiendo de proceso ordinario con carátula de sumario.

11. Las reformas introducidas por las leyes 22.434(1981), 24.573 (1995) y 24.588 (2001).

Al hablar acerca de las reformas introducidas a la ley 17.454, Oteiza⁵³ observa que la ley 22.434 del año 1981 se concentró sobre dos ejes

⁵¹ Oteiza, Eduardo; ob. cit., pág. 8.

⁵² Clemente Díaz, ob. cit. pág. 417 y sgtes.

⁵³ Oteiza, Eduardo; Ob. Cit., pág. 8.

principales. Uno de ellos fue aumentar la delegación de algunas actividades que estaban reservadas al juez y, así, permitirle dedicar su tiempo a las audiencias. El otro punto fue establecer la nulidad de la audiencia de absolución de posiciones, para el supuesto en que el juez no estuviese presente. Ninguno de estos propósitos logró funcionar.⁵⁴ La reforma se sabotó a sí misma, pues por un lado imponía a los jueces ir a las audiencias, pero también permitía que estos fueran exceptuados de concurrir a esas audiencias por los tribunales de superintendencia. Además, el proyecto usaba como plataforma de cambio un instituto del paleoprocesalismo al concentrar la actividad oral en una prueba anacrónica y pantomímica, como es la audiencia de absolución de posiciones, rémora embalsamada del viejo juramento promisorio. Creemos que en lugar de seguir usando el arcón de los recuerdos, la reforma debió poner en valor el interrogatorio libre entre las partes y dotar al juez de suficientes elementos para que pudiese requerir explicaciones a los frentes y demás intervinientes en el proceso.

La ley 24.573 introdujo la audiencia preliminar y la conciliación previa obligatoria. En razón del objeto de este trabajo, nos interesa analizar la primera de esas modificaciones. La audiencia preliminar estaba insinuada en los proyectos de comienzo del siglo XX. La ley 24.573 intentó ser vehemente en la importancia de la audiencia preliminar. No lo logró. A pesar de sancionarse con nulidad la realización de la audiencia sin la presencia del juez, la reforma fracasó rotundamente.⁵⁵ La inmediación, concentración y oralidad que se propugnaba sucumbió bajo un mecanismo que tiene su propia lógica interna, independiente de las necesidades de los litigantes y de los mandatos del legislador. Todo apercibimiento a los jueces para que desplieguen el principio de inmediación ha fracasado y fracasó una vez más.

12. La inmediación, una política de Estado.

⁵⁴ Oteiza, Eduardo; *ibídem*.

⁵⁵ Masciotra, Mario; *Podere-Deberes de la actividad jurisdiccional*. Revista de Derecho Procesal, número 2015-1; Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, pág.17-43. Masciotra señala el fracaso de las reformas planteadas por las leyes 24.573 y 24.588 y refiere que no alcanza con las modificaciones legislativas para "modificar estándares culturales, ni comportamientos humanos acendradamente arraigados en una formación jurídica liberal, que mostro siempre al proceso civil como un supuesto de máxima aplicación del sistema dispositivo". Ob. cit., pág. 38 y 39.

“Nuestra justicia requiere imperiosamente una reforma fundamental. Tenemos que apartarnos de los modelos corrientes, no por antiguos, sino por fracasados [...]. Hay que introducir la oralidad en el juicio, que debe completarse con la flexibilidad en los trámites, las concordancias entre las leyes de forma y de fondo, el sincronismo en los procedimientos, la limitación de los recursos, la disminución de los gastos y la aproximación del juez al litigante”.⁵⁶ Jofré escribió las palabras que acabamos de citar en el año 1941, sus propuestas daban en el centro de los problemas. En el año 2017, debemos ratificarlas y profundizarlas. Oteiza nos convence en dejar de mirar los síntomas para enfocarnos en las causas, cuando dice que *“La cultura de los operadores del sistema y la falta de atención del Estado a las necesidades de la Administración de Justicia han contribuido a los sucesivos fracasos”*.⁵⁷ ¿Cuáles pueden ser entonces los perfiles de esa cultura que portan los operadores del sistema y que provocan el fracaso de la oralidad? Veamos. La oralidad no es otra cosa que el más espacioso y bello salón de esa casa llamada inmediación. El fracaso, entendemos, está en la ausencia de inmediación y, por extensión, ausencia de oralidad y de concentración, es decir, de ausencia de aplicación real de los principios rectores que vertebran un proceso racional y republicano.

13. Los ladrillos de la inmediación.

La inmediación tiene distintos aspectos, todos imprescindible para hacerla posible. Veamos con mayor detenimiento este tema.

El primer aspecto se puede denominar *físico*. Parece descabellado señalarlo, pero forma parte de la “cultura de tribunales” y por eso lo consideramos un aspecto importante: el cuerpo del juez/jueza debe estar en el juzgado o en donde sea que se realice una actividad jurisdiccional vinculada con las causas que están bajo su competencia (por ejemplo: reconocimientos judiciales, reconstrucciones de hechos, audiencias fuera de la sede del juzgado). Parece algo sencillo de lograr, pero vaya Ud. a las ocho de la mañana a tribunales a encontrar esos cuerpos. Por supuesto, hay muchas excepciones, pero no las suficientes para que sean regla. En cuanto

⁵⁶ Jofré, Tomás; *“Manual de Procedimiento...”*, pág. 41.

⁵⁷ Oteiza, *“Oralidad y escritura...”*, pág. 14.

a la capacitación, no es necesario viajar tanto al extranjero para comprender los problemas del prójimo. Conocer los problemas de nuestro país requiere de una experiencia social compartida, pero aquí, no en lugares lejanos. Una práctica que deberían poner en marcha los diferentes consejos de la magistratura es promover cursos virtuales⁵⁸, así lograría satisfacer el inagotable deseo de los magistrados de capacitarse al ritmo de Marco Polo y los mantendría cerca de los tribunales, a donde tienen que ir trabajar. También el presupuesto del Poder Judicial se ahorraría una buena suma en subvencionar costos de pasajes y estadías cuyo monto es, frente la situación del país, vergonzoso.

La segunda cuestión es de índole *intelectual*. El juez debe conocer y *comprender* qué asunto tiene que resolver o, en todo caso, debe esforzarse por lograr esa comprensión. Se asume el cargo y se jura por la Constitución Nacional para conocer y decidir. Conocer sin intermediación, deja vacío de sentido el propósito mismo del cargo y del juramento; en cuanto al decidir sin conocer, el resultado es pura inercia burocrática.

Otro de los aspectos es el *cultural*. La cultura no es erudición epidérmica o esa habilidad para recitar listas de fallos con sus sagas particulares de inconsistencias. La cultura es, en cambio, cierta cosmovisión descentrada y precavida de las anteojeras epistémicas eurocéntricas, que sin negarlas, pero también sin universalizarlas, puedan servir como herramientas para abordar realidades y contextos locales o, ser apartadas, para encontrar la mejor manera de resolver humanamente un conflicto jurídico. Cultura es experiencia social compartida y, siguiendo a Raymond Williams,⁵⁹ entendemos que la cultura siempre tiene algo de común, es decir, no es corporativa, puede ser rehecha y redefinida por la práctica colectiva, no es una cultura en la que los valores dictados por unos pocos y asumidos y vividos de una forma pasiva por la mayoría.

Por fin, está la más importante de las cuestiones, el aspecto *ético*. Como el tema atraviesa el territorio de los compromisos, de los sentidos y de

⁵⁸ Las Universidades de Tres de Febrero y de Quilmes cuentan con excelentes campus virtuales con las que se pueden celebrar convenios, también la Corte Interamericana de Derechos Humanos brinda esta posibilidad. Sería bueno que la Facultad de Derecho saliese de su molición y también brindase este servicio.

⁵⁹ Cfr. Eagleton, Terry; *La idea de cultura*; Paidós, Bs.As., 2001, pág. 176.

los caminos que cada uno decide trazar, es también el aspecto más complejo del problema. La ética le propone al juez cierta clase de conductas y lo interpela para desandar otras, algunos de esos comportamientos están expresados en códigos específicos como, por ejemplo, el Código Iberoamericano de Ética Judicial, pero ningún catálogo de conductas puede transformar el simulacro en autenticidad. ¿Cuál es la actitud ética que consideramos más importante? Entendemos que el juez debe asumir como una tarea indelegable la comprensión de los procesos, esa tarea debe ser temprana, oportuna y continua. La cercanía con el conflicto es una dimensión ética sustantiva de la tarea de los jueces.

Al abordar las posibilidades de una reforma procesal desde el punto de vista sistémico, Enrique Falcón nos orienta al señalar que lo primero que debe establecerse es la razón para la reforma y, satisfecha esa incógnita, se presentan dos problemas. El primero es el logro del cambio y para ello la necesidad de una política para ese cambio, una motivación para lograrlo y la importancia del abordaje interdisciplinario. Una política de cambio significa, dice Falcón, el compromiso de los más altos estamentos del Estado de tomar la cuestión como una cuestión de Estado, de un proyecto trascendente a personas y gobiernos. Como ejemplo, Falcón cita la política de Estado que consiguió la educación gratuita y laica. El otro problema transita por determinar cómo se hace ese cambio, lo que requiere de un diagnóstico, de objetivos y de planificación.⁶⁰

Hace más de noventa años que nuestro país está sometido, en materia procesal civil a una *resistencia retrograda a asumir nuevas responsabilidades*.⁶¹ No es ahora el momento de nuevas normas, sino de fijar una real política de Estado. Esto requiere un compromiso de los tres poderes del Estado y del Consejo de la Magistratura. Y esto último lleva a otro problema: el funcionamiento del Consejo de la Magistratura, que merece una profunda revisión. El proceso civil merece una reforma integral que sienta sus nuevas bases, con una discusión que apunte a dar valor a las nociones de *conocimiento y comprensión* (las que requieren un estudio muy

⁶⁰ Falcón, Enrique M., *La reforma procesal desde el punto de vista sistémico*. Revista de Derecho Procesal, volumen especial conmemorativo del Bicentenario. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010, páginas 129-148.

⁶¹ Masciotra, Mario; ob. cit., pág. 41.

profundo). No descartamos las cuestiones vinculadas con la *decisión*, pero ese aspecto se ha transformado en un coto saturado de verborragia por la teoría de la argumentación, la teoría de los juegos, el análisis económico del derecho y todas las prótesis y teorías “*resuelve problemas*”, inherentes a tal campo, cuya hipertrofia contrasta con la ausencia de debates y trabajos acerca de cómo conocen los jueces que deciden. Y por ahora deciden no conocer.

Desafortunadamente, un nuevo Anteproyecto de CPCCN agrava aún más el problema al proponer la creación de la “oficina judicial”, una especie de almacén de ramos generales que suprime el trabajo en equipo en los juzgados, en donde la complejidad de tareas y de seguimiento de causas en sus tres niveles (documentación, notificación, gestión/decisión), requiere de varias personas, la mayoría abogados, involucradas en forma continua en diferentes niveles. Una oficina ponedora de sellos y de despachos tipo, no reemplaza la calidad de aquella forma de trabajo. La complejidad de los conflictos jurídicos que son traídos a la justicia hoy en día exige dejar de lado las torres, los fortines de aislamientos, la señalética de oficina y **buscar el trabajo plural y cercano**, en equipo, donde el juez lidera acompañado.

14. Conclusiones.

Las bases de una futura reforma procesal debe estar en consolidar como pauta de trabajo jurisdiccional la inmediación, la oralidad y la concentración, acompañadas con la tecnología que garantice la fidelidad de los registros de las audiencias a través de su registro audiovisuales (y también de los reconocimientos judiciales), la velocidad y eficacia de las notificaciones, el resguardo múltiple de las actuaciones y su consulta inmediata, garantizando una apertura republicana. Sólo faltan jueces y juezas que se animen a este digno desafío.

En este sentido, proponemos (i) reformar los poderes-deberes, (ii) la necesidad de estudiar y debatir el principio publicístico para una futura reforma procesal, (iii) redefinir el binomio preclusión/objeto del proceso; (iv) establecer el deber de asistencia e intervención de los jueces en todas las audiencias y su registro audiovisual con pleno acceso, según los casos, a toda la comunidad; y por último, (iv) analizar formas de gestión oportunas y eficaces a través del sistema de equipos de trabajo sobre estos ejes:

confianza, capacidad técnica/ética, compromiso y proximidad. El resto del camino está en la capacitación y concientización de los miembros del Poder Judicial para poner en valor la inmediatez, la oralidad y concentración en la labor de gestión diaria y en una política de Estado vehemente que acompañe los cambios.

-*-