

Un proceso civil sin fronteras

Armonización y Unificación del Derecho Procesal

Oswaldo Alfredo Gozáni

1. Introducción

1.1 El mundo de fines de siglo asiste a un cambio similar al que se produce en cada fin de centuria. Son movimientos trascendentes que afectan e inciden en las sociedades otorgando un modelo nuevo para la vida en relación.

El siglo XXI avizora en modelos que transmite el llamado a la integración, un sistema de simetrías que opera sobre lo que se ha dado en llamar la "globalización". Este trabaja en tres dimensiones distintas: a) la geografía; b) el tiempo, y c) la producción normológica.

1.2 La primera queda de manifiesto con la eliminación de barreras territoriales para aceptar una metamorfosis del poder que no se nutre ya del concepto de "soberanía", sino de pautas y conductas que siguen un estilo de cooperación y, también, porque no, de modas y costumbres.

Este derrumbe de las fronteras tradicionales permite la formación de un derecho que emerge bajo el nombre de "comunitario" o, el más amplio "derecho de la integración".

1.3 El segundo aspecto, el tiempo, es muy diferente. La sensación de perennidad que pretendió establecer un status quo basado en la seguridad y firmeza de lo conocido fronteras adentro; hoy está eliminada o superada por la velocidad de la historia. Aquella creación del Estado pensado para la eternidad queda sin bases cuando el espacio es mayor y las comunicaciones modernas transmiten mucho más rápido los sucesos que afectan al mundo. La superación de unos altera la parsimonia de otros.

Por eso, hoy es posible saber qué le ocurre a cualquier país del mundo con sólo pulsar una tecla del computador. Antes, los tiempos eran mucho más

lentos, fue imprescindible dotar de firmeza y seguridad a las cosas con la excusa de la organización estadual.

1.4 El tercer lugar de la mentada globalización atiende el fenómeno normativo. La producción de normas ahora está influida por la supranacionalidad que admite la "aldea global", pero también, al mismo tiempo, existe una supranormatividad que altera la idea habitual de creación y aplicación de las leyes.

Como esta es la base que inspira la aparición de un derecho procesal sin fronteras, y hasta un arquetipo procedimental común, es preciso abordar la problemática dando respuestas a varios interrogantes que enseguida atenderemos.

2. La producción de leyes, códigos y constituciones en la historia

2.1 En el plano de la evolución normativa existe un punto común donde se reúnen ideales compartidos que han perseguido, desde siempre, afianzar el destino de los hombres a partir del conocimiento de sus derechos:

Fue así como el derecho romano planteó un modelo o arquetipo por el cual cada conflicto hipotético en la sociedad tenía una respuesta legal y un sistema de representación ante los jueces para resolver las controversias suscitadas:

La utopía de la comunidad universal que apresaba el imperio romano entronizó el jus comune: éste se proyectaba en sus lugares de poder y dominación bajo la coherencia intrínseca del orden jurídico homogéneo.

Propiamente, era un método destinado a perdurar; una ética o una moral dispuesta como

modelo y, en definitiva, un conjunto de reglas afianzadas por la fuerza y la persuasión sobre la conveniencia del respeto.

2.2 Es el mismo temperamento que va a tener la iglesia cuando, en la edad media, confluye con sus principios y modifica tipificaciones conocidas dándoles un profundo sentido religioso. Se conservan las reglas y se compilan las disposiciones de varios siglos, bajo la forma totalizadora del inventario: Al mismo tiempo sucede el desmembramiento de los imperios. Las regiones y los intereses se agrupan originando normas particulares fuertemente influidas por los usos y costumbres: Germina un nuevo orden jurídico dispuesto hacia adentro, pero sin mayores creaciones o novedades respecto al dogma del derecho tradicional.

2.3 Tiempo después, sí ocurre un hecho trascendente. Se socava la autoridad y el misterio eclesiástico que poseía, sobre todo, la iglesia católica¹ en adelante, cualquiera podía interpretar el destino mortal de las sagradas escrituras y extraer sus propias conclusiones: Es el tiempo de las ciencias (Copérnico, Newton, entre otros) y de los descubrimientos, con una gran incidencia en las conductas humanas que comienzan a percibir el valor de las idiosincrasias y las pertenencias singulares: Surge la noción de "derecho natural" y la fragmentación de los principios totalizadores que tenía hasta allí el mentado *ius commune*. El primero preconizando la tesis de regular matemáticamente las conductas sociales a partir de una serie de proposiciones jurídicas de la naturaleza humana. La segunda, es consecuencia política de la creación de los Estados al requerir un sistema normativo para autoregularse.

2.4 La recopilación de las leyes fue consecuencia lógica y esperada de la acumulación de poder en las autoridades centrales. Cada uno solicitó una sistemática que evitara el uso de las habitualidades como reglas de conductas, o la aplicación de las costumbres, como modelo para resolver los

conflictos.

Las recopilaciones no creaban un derecho particular, sólo continuaban las disposiciones de otrora dándoles un orden sin demasiada meticulosidad. Son ejemplos de esta ardua tarea, las leyes de indias, o los *digestos*, o el *swabspiegel* que era una simetría absoluta con los hasta allí existentes².

2.5 A mediados del siglo XVIII se avizora un cambio de mentalidad: el derecho reunido en un orden jurídico no respondía con suficiente certeza por la inseguridad que traía el desconocimiento sobre qué leyes estaban vigentes: La era de la certidumbre y el orden da lugar al tiempo de la codificación: Bien se ha dicho que la codificación es uno de los productos más acabados y llamativos del Iluminismo y de la cultura occidental moderna, una de sus expresiones formales más genuinas; se trataría de una obra tardía, más que de una producción antigua o medieval. Esta parece ser la posición más razonable. Se pecaría de anacronismo si se conjetura que la codificación es un fenómeno del mundo antiguo o medieval o propio de cualquier civilización que haya condensado sus normas coercitivas. Desde el momento que las condiciones materiales o ideológicas eran diversas, tal propósito constituiría, como ha puntualizado Bartolomé Clavero, "un imposible histórico, y una interpolación fatal habría sido pensar en códigos antes de una innovación tecnológica como el surgimiento de la imprenta"³: El código dio respuesta al criterio racionalista que caracteriza el tiempo donde transcurre.

2.6 Si bien es posible encontrar codificaciones desde el siglo VII, el rol auténtico de estos modelos orquestados a partir de un sistema y un método, son propios del siglo XVIII que es cuando se inicia la obra en Baviera y Prusia:

Además, no puede descartarse el fenómeno revolucionario de la técnica, que trae consigo importantes manifestaciones y claras repercusiones en la tarea de codificar. En primer lugar, la imprenta

1) La reforma protestante rompió el dogma del papel intermediario de la iglesia e introdujo la inmediatez personal entre el creyente y las escrituras. Las consecuencias de este principio serían inmensas, en especial para el desarrollo de la ciencia, mas allá de las suspicacias de Lutero y Calvino (Cfr. Nuñez, Carlos Raúl, *Codificación, Teconología y Modernidad -La muerte de un paradigma-*, editorial Ara, Lima Perú, 1996, págs. 25 y 26.

(2) Cfr. Ricardo Luis Lorenzetti, *Las normas fundamentales del derecho privado*, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fé, Argentina, 1995, pág. 11.

(3) Bartolomé Clavero, *Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio (quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno)*, Firenze, Italia, 1989. Cfr. Nuñez, ob. cit., pág. 29.

permitió eludir (eliminar) el uso del latín dando espacio a los moldes gráficos y a la expansión de los productos impresos. La ley dejaba de ser conocida por algunos para llegar a una dimensión superior. En segundo término, los primeros códigos revirtieron la obra colosal (por su peso y tamaño) de las recopilaciones, al quedar presentados sistemáticamente con contenidos breves aunados en un sólo concepto: la ley.

2.7 Los códigos se redactan con un obsesivo afán de claridad⁴, donde son ejemplos grandilocuentes el Código Napoleón con su floripondioso lenguaje, y la belleza gramatical del Código Civil de Andrés Bello. Esta es una diferencia intrínseca con las recopilaciones, que desde otra perspectiva, utilizaron una técnica expresiva barroca, con reiteradas insistencias conceptuales (en razón de compilar leyes de naturaleza diversa -civiles, penales, mercantiles, políticas, fiscales, procesales, etc.-) y teñidas de una retórica de difícil lectura:

La codificación tiene un éxito notable. Se difunde por Europa en el siglo XIX y hegemoniza los modelos normativos. Al mismo tiempo, venía acompañando la formación del Estado moderno un suceso paralelo: el constitucionalismo.

Por eso, tanto los códigos como las leyes fundamentales gozan de una similar contextura. Pretenden claridad y orientación y asumen el rol de ser la mejor representación de soberanía de los nuevos Estados. Cada uno tiene su propia constitución y sus códigos de fondo⁵.

2.8 De todas maneras, pese al paralelismo histórico, cada Constitución tiene presente en su propia condición una calidad singular. Esta es la aspiración que refleja Häberle cuando dice tener presente el contenido nacional específico de cada Derecho constitucional de un Estado concreto o país que es lo que, en último término, puede evitar que se incurra en el error de reducir “a común denominador” de forma precipitada justamente aquello que debe ser y permanecer “diferente”; piénsese en los preámbulos de textos legales en cuanto a su dimensión de resumen expositivo de la

historia nacional, en las garantías de las festividades nacionales y en tantos otros textos repletos de símbolos⁶.

2.9 Desde entonces arrolla un movimiento transformador en la política legislativa. Cada Estado retoma valores y prosapias que busca jerarquizar a partir de un sistema básico de derechos fundacionales y fundamentales: Con el mismo objetivo de asegurar el derecho evitando la incertidumbre, se predica y alienta el esquema meditado de los códigos y las constituciones.

Ellos tenían la inmutabilidad del paradigma. Es la idea de resolver de una vez y para siempre bajo la sombrilla de la ley por todos conocida y aceptada.

Una semblanza de cada ordenamiento muestra un orden normativo público en el espacio de las leyes fundamentales destinado a regular al Estado; y otro orden jurídico privado que con los códigos obtenía un estatuto orgánico para disciplinar las relaciones de la sociedad.

2.10 En definitiva, había nacido el paradigma. Concepto bien acuñado a partir de la rigidez constitucional, pues debía permanecer en sus términos como un baluarte de ejemplos sociales y políticos a seguir en la medida que, siendo las libertades la base esencial del sistema, no podía pensarse en modificarlos. Por eso y para eso las constituciones fueron leyes fundamentales afianzadas por los modelos de permanencia y eternidad: El siglo XIX afirmó y desarrolló los sistemas constitucionales. También se consolidaron las normas codificadas del derecho privado. Ambos, aparecían como esquemas sólidos, precisos y eficaces para regular la sociedad civil y el equilibrio entre poderes de un Estado.

Las primeras regulaciones de procedimientos tuvieron la misma intencionalidad: establecer una secuencia ordenada para la presentación y resolución de conflictos intersubjetivos.

2.11 Pero la sociedad no era ya la misma. Existía una clara despersonalización en las relaciones individuales. La explosión demográfica provocaba

(4) Nuñez, ob. cit., pág. 27

(5) Sostiene Nuñez que “la identificación de la Constitución y de los códigos con el Estado Nacional al cual pertenecerían sería uno de los rasgos centrales de la modernidad jurídica durante más de dos siglos. Por otro lado, la dogmática erigida desde la aparición de los códigos evidenciaría un marcado carácter nacional y habría de referirse prioritariamente a la legislación vigente en el Estado que la producía (ob. cit., pág. 49).

(6) Peter Häberle, Derecho Constitucional Común Europeo, trad. de Emilio Muranda Franco, en Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el tercer milenio, coordinador Antonio-Enrique Perez Luño, editorial Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 212.

una sociedad de masas, en la clara definición de Ortega y Gasset; era un tiempo de anonimatos y una modificación profunda en los comportamientos al incentivarse los modelos económicos y las culturas egocéntricas imponiendo modas y predilecciones.

De pronto, la codificación sufre el impacto. Los sistemas de procedimientos creados hasta allí no hacían más que aplicar reglas precisas y mecánicas que la justicia sólo debía cumplir. Esta situación, fundada en la ideología de la revolución francesa que no confiaba en los jueces más que para ser ciegos artífices de la operatividad legal, no era la misma. Llevaba a injusticias manifiestas por la impermeabilidad de la ley a las circunstancias de hecho.

En adelante los jueces debían elaborar un trabajo sistémico de adecuación a los tiempos y necesidades. El problema estaba en que, desde fines del siglo XVII, a la justicia ordinaria le estaba permitido únicamente aplicar las normas, sin darles alcance ni inteligencia. Ese, no otro, era el mensaje acuñado por Montesquieu.

2.12 La aventura hacia una justicia con mayores poderes y deberes queda reflejada, principalmente, en Italia (1940), y prontamente se transmiten los resultados por toda Europa y América: La inmutabilidad normativa tuvo en los jueces una vía de elusión. En realidad, la interpretación judicial permitió elastizar algunos conceptos y recrear instituciones que estaban presentadas como programas a elaborar. La jurisprudencia, con su encanto e imaginación, amplió los límites codificados y constitucionalizados.

2.13 Esta situación plantea en el siglo XX una auténtica revolución. La sólida estructura de los códigos y la férrea implementación de las leyes fundamentales, perdieron consistencia cuando los jueces iniciaron el proceso de interpretación: La utilización de legislación extranjera, y la asimilación interna de las sentencias de otros países, era imprescindible por el grado de adelanto que algunos tenían respecto a la lectura aplicada de los cambios ideológicos y las transformaciones industriales.

Era tan fenomenal y rápida la celeridad de los tiempos que no había respuesta eficaz para las renovaciones sociales y sus nuevas pertenencias.

Del individualismo dominante en el siglo anterior se posicionaba una cultura que entronizaba lo social.

2.14 De este modo, tanto los códigos con sus monosistemas rígidos y estancos; como las constituciones, con sus declaraciones y principios intangibles para el hombre, observaron como se agrietaron los sistemas: Desde mediados de siglo, por señalar una fecha caprichosa aunque probable, se encuentra en el mundo una increíble inflación legislativa.

2.15 Los pequeños reductos codificados que simplificaron el estudio de las instituciones, se desmorona con la producción normativa individualizada; comienzan los estatutos especiales y una construcción singular que abre surcos en la unidad constitucional o en los códigos vigentes: Era lógico, la aparición de nuevas tecnologías, un mercado económico diversificado, reglas de abastecimiento y consumo diferentes, la producción de bienes y servicios nuevos, el seguro colectivo, entre tantas manifestaciones, no habían sido previstas en las estructuras legales conocidas hasta entonces.

2.16 La visión totalizadora debió replantearse. Ya no era el ciudadano el centro de las preocupaciones; ahora, se despersonaliza para atenderlo en función de sus conductas y necesidades, por eso es regulado, como dice Lorenzetti: “como comprador, como contribuyente, como comerciante, como usuario, como trabajador, etc., y en cada una de esas actividades enfrenta leyes especiales”. De ello se sigue que el consumo de normas especiales es mucho mayor que el de las generales. Si una empresa tiene que celebrar un contrato recurrirá poco a la teoría general del contrato del código civil y mucho más a las normas sobre impuestos, responsabilidad civil, seguros, quiebras, etc. Ello lleva a una crisis del concepto global y abstracto de “ciudadano” y de “pueblo”. Se nos hace difícil saber qué piensa la mayoría y cuáles son los intereses del ciudadano y del pueblo⁷.

2.17 El derecho constitucional también elaboró en sus Normas Fundamentales el mismo concepto de “paradigmas”: Esta teoría ha tenido la virtualidad de resaltar que la idea de los derechos humanos se realiza y desarrolla siempre dentro de una tradición cultural masificada y uniforme⁸.

(7) Lorenzetti, ob. cit., pág. 21

(8) Bien se ha dicho que “los derechos humanos como categorías históricas, que tan sólo pueden predicarse con sentido en contextos temporalmente determinados, nacen con la modernidad en el seno de la atmósfera iluminista que inspiraron las revoluciones burguesas del siglo XVIII. Ese contexto genético confiere a los derechos humanos unos perfiles ideológicos definidos. Los

Claro fue que con las rupturas ideológicas y las situaciones cambiantes en el funcionamiento de las garantías, claramente observado, por ejemplo, en la dinámica de la justicia constitucional, determinó también aquí, que se hablara de una época trastornada. Una sustitución de paradigmas y el tiempo de la descodificación.

2.18 Una situación similar se da en el derecho procesal, y existen muchos ejemplos que testimonian los tiempos de cambio: Estas son voces a las que tenemos que ir adaptándonos: fin de los paradigmas; sociedad postmoderna; recodificación; códigos modelos; justicia alternativa, cada cual tiene tras suyo un llamado a las coincidencias, una brújula puesta hacia otro rumbo donde no se puede conjeturar sobre ensayos pasados ni principios intangibles e inmutables⁹.

3. La postmodernidad y su influencia en los códigos

3.1 La vinculación entre el tiempo y el derecho demuestran cómo la idea de orden y seguridad está implícita en la evolución desarrollada superficialmente en los párrafos precedentes. El positivismo es producto de esta ambición por la certidumbre. Pero también momificó la evolución

normativa impidiendo su adaptación a las nuevas realidades emergentes.

De todos modos las instituciones fueron modernizándose, tomando de otros las adaptaciones y copiando de sus reglas los principios que todavía se marcaban hacia adentro. Esto equivale a decir que el modernismo institucional fue causado por una importación de principios que se dieron al paso de las generaciones. Aún se registraban los cambios para cada nación, como reducto particular que se acomodaba a los cambios y reclamos sociales.

“... La Modernidad no es un concepto que descuide el proceso genérico y abstracto de cambio sino el contenido social de un proceso de cambio específico”

3.2 La “modernidad” se define como una forma concreta de sociedad, que corresponde a la que la tradición occidental ha vivido y desarrollado en los últimos tres siglos. En consecuencia, la modernidad no es un

concepto que describe el proceso genérico y abstracto de cambio sino el contenido social de un proceso de cambio específico. La modernidad es el resultado de una cierta modernización en particular: usamos el término “modernidad” para distinguir, entre todos los cambios y modernizaciones que se han producido en la historia (posiblemente todos con caracteres únicos), uno en particular que da nacimiento a la sociedad que conocemos actualmente como “moderna” dentro del mundo occidental¹⁰.

derechos humanos nacen, como es notorio, con marcada impronta individualista, como libertades individuales que configuran la primera fase o generación de los derechos humanos. Dicha matriz ideológica individualista sufrirá un amplio proceso de erosión e impugnación en las luchas sociales del siglo XIX. Esos movimientos reivindicativos evidenciarán la necesidad de completar el catálogo de derechos: los derechos económicos, sociales y culturales. Estos derechos alcanzarán su paulatina consagración jurídica y política en la sustitución del Estado liberal de Derecho por el Estado social de Derecho” (Antonio Enrique Pérez Luño, Derechos Humanos y Constitucionalismo en la actualidad: ¿Continuidad o cambio de paradigma?, en Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el tercer milenio, cit., pág. 14.

(9) Pertenece a Thomas Kuhn haber planteado en el año 1962 la crisis de los paradigmas (Cfr. The structure of scientific revolution, ed. University of Chicago, Chicago, USA). El término “postmodernidad” fue utilizado por los críticos literarios a comienzos de la década del setenta, y luego lo retomaron filósofos, politólogos, abogados, entre otros. Una obra guía puede ser la de Gianni Vattimo. El fin de la modernidad, ed. Gerisa, Barcelona, 1986). Los códigos modelos son producto de la tarea iniciada en 1967 por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal que redacta bajo la pluma y dirección de los profesores Enrique Vescovi y Adolfo Gelsi Bidart, ambos de la República Oriental del Uruguay, un anteproyecto de normas procesales para el enjuiciamiento civil que se terminó en el año 1988; también el mismo instituto encomendó en el mismo año (1967) a los profesores argentinos Alfredo Vélez Mariconde y Jorge Claría Olmedo la redacción de un código uniforme para el proceso penal. Finalmente, el movimiento denominado de justicia alternativa, pone de relieve las funciones que tienen otros mecanismos diferentes del proceso judicial para solucionar las controversias; se trata del arbitraje, la mediación, la conciliación, los mini juicios, entre muchos más, que en definitiva, permiten mostrar como la “desconfianza en los jueces” lleva a buscar en estos mecanismos una vía de escape o alternativa de composición. Puede señalarse a Mauro Cappelletti como uno de los pioneros en esta semblanza para el cambio.

(10) Fernando de Trazegnies Granda, Postmodernidad y Derecho, editorial Ara, Lima, Peru, 1996, pág. 19.

(11) Lorenzetti, ob. cit. pág. 22.

(12) Cfr. Natalino Irti, La edad de la descodificación, editorial Bosch, Barcelona, 1992, pág. 16 donde cita al pensador austriaco que reproducimos.

3.3 Una de las características manifiestas del modernismo, en materia legislativa, se da en la creación de regulaciones precisas que no toleran ya el tratamiento vertical de los problemas. La horizontalidad, esto es, la regulación para los iguales modificó la estructura normativa tradicional. Se procuró solucionar la crisis del contexto antes que continuar la línea de la determinación híbrida y abstracta.

El Estado, como pilar fundacional y creador de las normas, pierde consistencia al resultar el ciudadano el agente provocador de los cambios y adaptaciones.

En materia procesal, ese cambio de enfoque se profundiza en América Latina con la difusión notable de los medios alternativos para la resolución de conflictos, que pretenden desplazar el centro de gravedad del problema, antes ubicado en la razón judicial, y ahora puesto en la negociación entre partes.

3.4 Bien expresa Lorenzetti que frente a tal estado de cosas el comportamiento racional de los individuos autosuficientes no es vincularse al Estado. Las clases altas y medias viven en countries privados donde el municipio tiene poco que hacer. La policía es sustituida por la guardia contratada; la escuela pública por la privada; el sistema de salud por la medicina prepaga; el crédito estatal por el crédito privado. Últimamente asistimos a la peor deformación: la justicia estatal es sustituida por la justicia privada; la gente se arma y se defiende por sí misma o se contratan policías privados por doquier. Este individuo no necesita al Estado; le molesta, pretende que se lo suprima, porque él está satisfecho sin necesidad de la "acción pública". El Estado le molesta, le cobra impuestos, la ley le impone cargas, responsabilidades; hay que reducirlo al mínimo¹¹.

La legislación sectorizada desmembró la unidad de los códigos y dio origen a la mentada descodificación. Esta política de estrechamiento surcó la ideologías dominantes hasta buena parte del siglo XX. Había llegado una hora nueva: el postmodernismo.

3.5 ¿Qué significa ello y qué influencia tiene para los sistemas normativos y aun para el

constitucionalismo?

Algunos sostienen que postmodernidad supone observar la decadencia (o el fin) de las ideologías para dar paso a un nuevo orden totalizador donde se privilegia el pragmatismo antes que el romanticismo político del siglo pasado.

De aceptar este temperamento, los programas declamados en las leyes fundamentales se afectan directamente por el nuevo llamado al cumplimiento estricto de las consignas. Se persigue llegar a los objetivos antes que emplazarlos como paradigmas.

En materia de procedimientos, asumir la regla de lo práctico podría alterar la eficacia y seguridad del sistema que, inevitablemente, requiere de principios y presupuestos que son intangibles y inmutables (Por ejemplo: el derecho de defensa en juicio, no puede postergarse por una celeridad imprudente).

3.6 Una variable demostrativa de la forma como opera el cambio se expone en la eliminación de los adagios medievales que fueron fijados en los códigos y las constituciones como principios generales del derecho. Por ejemplo: ignorantia juris non excusat y nemo jus ignorare censetur era un axioma para los jueces. Hoy, es sabido que el conocimiento integral de un ordenamiento jurídico interno es inabordable; sin contar la influencia decisiva para la eficacia de las instituciones que recibe de la legislación internacional y supranacional.

De este modo, los sistemas autosuficientes quedan subsumidos por la pluridimensión de las fuentes de producción legislativa

3.7 Es muy interesante advertir la distancia que presenta Hayek entre los dos tipos de creación de normas, la que sería igual a la que existiría entre formular principios de viabilidad como tiene un "código de tránsito", y el ordenar donde la gente debe estar; o mejor todavía, entre el organizar un sistema de carteles indicadores de caminos, y prescribir a cada uno qué ruta debe seguir¹².

En definitiva, el postmodernismo es un análisis dinámico de las estructuras normativas, donde pervive el síndrome de la eficacia antes que la esencia de las cosas. Pareciera elevarse la

(13) Cfr. Trazegnies Granda, ob. cit., pág. 49.

(14) John Rawls, Justice as fairness: Political not Metaphysical (Justicia como imparcialidad: política no metafísica), en Political and Public Affairs, vol.14, n° 3, 1985, pág. 230. También en Teoría de la justicia, editorial Fondo de Cultura Económica, México.

vanidad que pretende reconstruir desde los cimientos, olvidando todo lo aprendido para comenzar desde la nada¹³.

3.8 Desde esta perspectiva, las constituciones pierden su carácter de norma fundamental de una nación para constituirse en el pilar de todo el ordenamiento jurídico. Ella no pretende ejecutar un proyecto político ni determinar un modelo institucional, pero deja en sus contenidos las bases necesarias para realizarlos.

La misma idea traen los códigos modelos que, auspiciados por el consenso y la necesidad universal para “una justicia de rostro mas humano”, o “mas justa y efectiva”, otorgan cimientos sólidos para construir un sistema procesal de alcances universales.

3.9 Podría ser un criterio similar al que plantea Rawls cuando establece las condiciones o características de la “estructura básica” de la sociedad que, a través del overlapping consensus” puede servir de base para un acuerdo político informado y voluntario entre ciudadanos entendidos como personas libres o iguales¹⁴.

4. Distinción entre unificación y armonización normativa

4.1 El fenómeno de la interdependencia normativa, producto del avance incesante de la sociedad, donde están presentes variables tecnológicas, científicas y hasta las más inesperadas fuentes de motivación para el cambio, obligan a replantear la tradición estática del ideal consagrado en una norma básica, al igual que los modelos procesales donde predominan técnicas consagradas por la costumbre antes que por su eficacia intrínseca.

Actualmente las constituciones han recobrado una fuerte presencia en el concierto mundial. Se han despojado de su vida íntima. fronteras adentro, para proyectarse y ser modelo de otras cartas superiores, generando la interrelación de valores, principios y normas que venimos comentando.

Un buen ejemplo de esta penetración lo indica el derecho constitucional común europeo que, auspiciado por el sistema de la Unión Europea, propicia un modelo estandarizado de principios y valores.

4.2 Surge una guía conceptual que permite a cada Estado orientarse por el fundamento vecino adaptando en su seno una reglamentación específica. Por ejemplo, una ley fundamental puede entronizar el derecho de propiedad, y legislarse internamente a través de disposiciones particulares para la propiedad urbana, rural, latifundios, minifundios, propiedad horizontal, etc.

Implícitamente es un paso de lo individual a lo social. Una solidaridad diferente basada en el respeto de lo singular que no puede colisionar con el derecho de todos.

Este puede ser un principio fundacional nuevo, que no supone abandonar absolutamente el modelo positivista para la regulación legal, sino la recuperación de ciertas partes menos enfatizadas pero esenciales en la tradición explicada.

4.3 La idea de solidaridad introduce un razonamiento social y finalista dentro del campo del derecho privado. Es un hecho patente que este tipo de aproximación ha venido introduciéndose paulatinamente dentro del Derecho Civil, al punto que algunas de sus antiguas ramas clásicas, ante la incapacidad del civilismo para procesar esta injerencia que la siente como extraña a la naturaleza de su disciplina, han abandonado su campo y aun el del derecho propiamente privado para considerarse a sí mismas como parte de una nueva área denominada Derecho Social, que ya no se considera privada aunque todavía no alcanza a ser pública; como si el Derecho Civil, irremediablemente individualista, fuese incompatible con los fines sociales¹⁵.

4.4 Ahora bien, la cooperación indisciplinada de las normas que se nutre de la comparación de resultados antes que de los valores proyectados, no puede resultar absolutamente abierta. No es posible pensar en una gama de derechos únicos que fundan las diversidades cuando el mundo tiene múltiples

1979, págs. 227 y ss.

(15) Trazegnies Granda, ob. cit., pág. 55

(16) Antonio-Enrique Perez Luño, Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución, 4ª editorial, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 285

(17) Se ha convertido en un clásico ineludible la obra de Eduardo García de Enterría, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, editorial Cívitas, Madrid, 1981, donde esclarece el concepto diciendo: “los valores son la base entera del

expresiones de culturas que impiden la formación de un estereotipo.

Pensemos, por el caso, en la libertad como criterio ordenador del orden social. Este es un paradigma que se cae cuando las libertades escogidas difieren entre sí. No es la misma libertad la que prefiere un occidental cristiano respecto a un habitante de países musulmanes; también difiere, a veces, en la consideración regional (V.gr. entre Asia y África).

4.5 Así las cosas, la unidad preconizada desde los valores fundamentales tiene algo de caótico por qué niega per se la creación y la inteligencia aplicada. No obstante, si la influencia se recibe con posibilidades de discusión y sistematización, evidentemente será posible hablar de una coexistencia visible de normas, principios y valores iguales en cualquier parte del mundo.

Perez Luño resiste esta tendencia sosteniendo que: Toda cultura tiende a ofrecer resistencia a aquello que le es ajeno, procurando así perpetuar sus modelos operativos. De ahí que la cultura jurídica tradicional ligada a un método interpretativo orientado hacia la subsunción de los hechos en los esquemas formales de una normativa analítica y casuística, se vea desorientada al tener que proyectar sus métodos interpretativos a las disposiciones constitucionales, enunciadas en términos más generales y amplios para conseguir la máxima fuerza expansiva y flexibilidad¹⁶.

4.6 Basados en esta prevención, en miras a darle posibilidades reales a un mundo unificado desde las constituciones y sistemas normativos, conviene establecer en que lugares de las normas fundamentales están las orientaciones a seguir, y cuáles serían los modelos procesales que afiancen el cumplimiento de las garantías.

Las cláusulas generales, que en Argentina se manifiestan como "Declaraciones, Derechos y Garantías", constituyen valores superiores -para expresarlo con la fórmula de la constitución española- que no pueden supeditarse a quedar

vigentes con la reglamentación precisa.

En tal caso, una norma programática será un principio, porque requiere de una vía de acción específica. Mientras que los valores son válidos por sí mismos (directamente operativos)¹⁷. Las normas, por su parte, se expresan a través de las garantías mínimas, es decir, las herramientas procesales indispensables para la defensa de los derechos humanos.

4.7 En conjunto, la constitución es un todo orgánico que tiene presunción de inmediata operatividad, aun en los principios, pues más allá de la obligación que ellas pueden contener en orden a una actividad complementaria, y aunque tal obligación no esté cumplida ni la normativa reglamentaria se dicte, toda norma programática impide actuar o hacer algo en oposición a ellas. La ausencia de consumación, además, genera una omisión inconstitucional¹⁸.

4.8 Ahora bien, si a estas normas fundamentales que guían varias disposiciones procesales (V.gr: el debido proceso) las ponemos a discusión y consenso, pronto se observará que existen diferencias metodológicas, y estructuras diversas para las potestades y deberes de los jueces, que seguramente, afectarán horizontalmente una planificación general.

Por tanto, si bien estimamos factible unificar desde el punto de vista constitucional un modelo común cuyo piso de asentamiento sean los derechos humanos consolidados en convenios y tratados internacionales; en materia procesal resultaría mejor armonizar los sistemas y permitir adecuaciones puntuales para cada lugar o circunstancia.

5. La armonización como punto de referencia

5.1 Los derechos humanos han igualado la normativa fundamental de los Estados, otorgando una base similar que progresa y desarrolla las

ordenamiento, la que ha de prestar a éste su sentido propio, la que ha de presidir, por tanto, toda su interpretación y aplicación" (pág. 98).

(18) German J. Bidart Campos, Tratado elemental de derecho constitucional argentino, tomo III (El derecho internacional de los derechos humanos y la reforma constitucional de 1994), editorial Ediar, Bs.As., 1995, pág. 310.

(19) Gustavo Zagrebelsky, I diritti fondamentali oggi, en "Materiali per una storia della cultura giuridica, vol. XXII/1, 1992, pág. 187. Cfr. Francisco Javier Ansuátegui Roig, ¿Crisis del positivismo jurídico? Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli, en Derechos y libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, n° 2, marzo, 1994, págs. 113 y ss.

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.

5.2 De todos modos es innegable la influencia de dichas variables, al punto que algunos autores hablan de un tránsito del Estado de derecho decimonónico al Estado constitucional.

Partiendo de la idea de que el Estado constitucional constituye una versión del Estado de derecho, Zagrebelsky analiza las características esenciales del segundo, para proceder a continuación a efectuar un contraste con la situación actual. Este autor expresa que "vivimos en un contexto ideológico todavía dominado por los principios, o por la ideología, del positivismo jurídico, mientras los caracteres del ordenamiento jurídico actual ya no son conforme a tal ideología....El centro de la construcción jurídico-política ya no radica en el Estado soberano, sino en la Constitución"¹⁹.

5.3 El análisis de cada aspecto demuestra la significativa influencia que tiene la norma fundamental en el orden jurídico interno.

No importa hablar del respeto insoslayable que merece el principio de la supremacía constitucional, sino de advertir de qué manera cada principio, normas y valores, determinan la suerte de muchísimas instituciones del derecho de fondo y procesal, llevándolas a adecuar sus precisiones a esa suerte de llamado ideológico que no es posible trastornar.

Un ejemplo de ello puede encontrarse en el capítulo nuevo de la Constitución Nacional de la

República Argentina, que introduce bajo el título de "nuevos derechos y garantías" una serie de disposiciones que llevan a resolver el destino de múltiples situaciones, sobre la base de cada principio orientador (V.gr. los derechos laborales y las desigualdades económicas; la participación popular en la economía de mercado; la regulación de los derechos derivados del ambiente y la ecología; la defensa del consumidor y del usuario de bienes y servicios; la regulación de la salud y los derechos del paciente; la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados; la calidad y eficiencia de los servicios públicos; la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios; los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos y controversias; las garantías procesales; etc., etc.).

5.4 En el mismo sentido, la norma fundamental no limita únicamente el obrar del Estado, pues también recae sobre las relaciones entre particulares; por eso se habla de derechos oponibles "frente a los demás".

Bidart Campos dice, al respecto. Hoy, son muchas las constituciones que, además de reconocer derechos, enuncian obligaciones o deberes de las personas, no sólo en sus relaciones con el estado sino frente a otros seres humanos o al conjunto social, lo que carecería de sentido si no se consintiera que la constitución es un complejo normativo cuya fuerza vinculante se dirige ambivalentemente a los poderes públicos y a los particulares"²⁰.

5.5 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 ²¹.

Una de las cuestiones esenciales quedaría simplificada de aceptarse que no son los detalles técnicos los que afianzan el sistema hipotético, sino la voluntad auténtica de encontrar un referente común que posibilite la integración procesal.

(20) Germán J. Bidart Campos, *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, editorial Ediar, Bs. As., 1995, pág. 153.

(21) Es muy importante acotar que la idea para un proceso universal no puede tener polarizada la crítica hacia los sistemas de enjuiciamientos locales. Tal pensamiento pondría en pugna cuestiones que no son analizadas en este ensayo. De todos modos, es útil no distraerse con este reparo, en la medida que los ideales cosmopolitas, igualitarios y solidarios que son propios del universalismo, cuando se enfrentan a las individualidades y sus reivindicaciones, encuentran, rápidamente, ámbitos y contextos que caracterizan la vida contemporánea. En este aspecto, es muy diferente la situación en América latina respecto a lo que está sucediendo en Europa: mientras el primer continente comienza una era de integración y comunitarismo, desarrolla los derechos humanos declarados y proclamados por cada Estado parte, estabiliza sus economías regionales, afirma las democracias recientes.

Por tanto, y en razón de ser ésta la causa principal que obstaculiza el proyecto, es mejor ponderar armonías antes que unificaciones. Si no es posible la homogeneidad por los avatares que sufre un proceso de construcción hacia un sistema aun no consolidado (V.gr.: pensar en un código procesal para el Mercosur sería una idea plausible evidente, pero ausente de toda consideración fáctica, porque el Mercado común del sur recién está en vías de implementarse), pueden encontrarse ordenadores y clarificadores en otros mecanismos impulsores como son la consolidación de valores, normas y principios que pueden actuar en armonía.

6. El paradigma de la universalidad

6.1 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

“... No son los detalles técnicos los que afianzan el sistema hipotético, señale voluntad auténtica de encontrar un referente común que posibilite la integración procesal”

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”²².

6.2 Peter Häberle explica minuciosamente el método como se ha ido incorporando en el derecho constitucional, este sistema uniforme, que denomina “teoría de la recepción jurídica”.

Ante todo -dice- se requiere una primera división teórica dicotómica que diferencie entre vías y procedimientos de recepción entre los actores o estados receptores, por un lado (incluyendo aquí desde los poderes constituyentes hasta los votos especiales de los magistrados de los tribunales

constitucionales, pasando por los juristas y pensadores clásicos - antiguos y modernos-) y, por otro, entre materias y contenidos susceptibles de recepción (todos los cuales se refieren a la temática y materias más relevantes del arquetipo Estado constitucional, sin olvidar

aquí las variantes nacionales particulares que abarcan asimismo desde los preámbulos hasta las estructuras federales y regionales y algunos elementos particulares del “derecho eclesiástico, considerado como derecho constitucional cultural). Sus contenidos pueden versar sobre materias y tener forma de textos jurídicos, teorías, sentencias y praxis administrativa²².

6.3 Una de las características esenciales de este movimiento consiste en superar la barrera del

y también, bloquea mejoras con las situaciones de pobreza emergentes, las desigualdades manifiestas, entre otras penurias de similar gravedad: no obstante todo esto, existe una idea sólida para la integración. En cambio, Europa, sobre todo la oriental, tiene grietas o fisuras evidentes en la universalidad pretendida. Y son lógicas por la aparición de nuevos Estados que quieren su personalidad, sus rasgos distintivos y su propia consideración. Darles un rumbo dirigido desde el derecho común podría significar cierta hostilidad a sus destinos soberanos.

Una demostración de las dificultades puede encontrarse en la aprobación del Tratado de Maastricht, que lleva a las críticas de sectores diversos: a) aquellos que en defensa de los viejos estados nacionales, creen que el tratado va demasiado lejos en el camino de la unidad europea (nacionalistas franceses o daneses); o por el contrario, es demasiado tímido hacia el proceso de la unidad (federalistas europeos, en general); b) aquellos que consideran que el tratado configura un modelo económico neoliberal (izquierda socialista y sectores sindicales) o los que consideran que el tratado protege excesivamente los derechos sociales y los reequilibrios regionales (conservadores británicos). Cfr. Francesc de Carreras Serra, Por una Constitución Europea, en Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el tercer milenio, cit., pág. 234.

(22). 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.

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.

6.4 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.

6.5 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.

7. Sistemas procesales y su incidencia en la armonización

7.1 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.

7.2 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,

23) Peter Häberle, Elementos teóricos para un modelo general de recepción jurídica, en Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio, ob. cit., págs. 160 y ss.

todas ellas, de lograr una regulación común para las relaciones entre sujetos.

7.3 Bien se ha dicho que se puede considerar que el objeto de la idea de Derecho está constituido por la determinación de un sistema de ir transfiriendo progresivamente, en términos jurídicos, contenidos esenciales que reflejan principios de organización que establecen esquemas de actuación que van surgiendo del fondo de la conciencia social y que transmiten la necesidad de llegar a la realidad de un orden que pueda proporcionar soluciones a un contexto social en progresiva y constante evolución, que lleva a actualizar en normas lo que en un momento anterior no eran sino enunciados de principios²⁴.

Teniendo en cuenta la diversidad social y los sistemas procesales reconocidos en cada contexto, podremos trasladar la iniciativa y aplicarla midiendo sus reales posibilidades.

7.4 Las familias procesales presentan características diferenciales²⁵ que permite dividir las en grupos:

a) Sistema anglosajón: donde predomina la oralidad, con amplia facultades de las partes y muy pocas del Juez (sólo debe resolver). Es un proceso por audiencias donde las etapas previas tienen gran importancia para la elaboración probatoria. Existe buena disposición para negociar y facilitar acuerdos que eliminan la disputa: así como la sentencia puede ejecutarse a través del tribunal, que para ello, sí tiene potestades importantes (contempt of court).

Este sistema del Common Law se rige, esencialmente, por la doctrina de los precedentes jurisprudenciales (stare decisis), lo que determina que su estudio sistemático se rige, preferentemente, por el estudio de casos, antes que de normas.

b) Sistema soviético: Es un proceso similar, pero con una gran influencia del Estado representado por sus jueces. Es el órgano de gobierno el que los designa y le atribuye potestades y deberes muy exacerbados. Rige en los países de Europa oriental, y en China y áreas de influencia.

c) El Civil Law se divide en dos subgrupos: los que tienen sistemas escritos (casi toda Latinoamérica); y los que han incorporado la oralidad en sus procesos (son predominantemente orales).

En los procedimientos escritos las facultades del juez son muy amplias, pero poco utilizadas. El proceso queda atrapado en etapas bien demarcadas, excesivamente burocráticas, y de una gran lentitud. Los recursos admitidos son demasiados lo cual genera una multiplicidad de instancias que ahogan la esperanza de rapidez y eficacia procesal.

En los sistemas de juicio oral y público del civil law, se establece un proceso con régimen de audiencias y claras potestades del Juez para dirigir, ordenar y resolver de la forma más ágil y rápida que le resulta posible. Por lo general, tienen una segunda instancia de casación, y en cuestiones de constitucionalidad operan los Tribunales Constitucionales que partieron de la inspiración de Hans Kelsen.

7.5 Cada mecanismo se diferencia, aunque puede observarse una tendencia unificadora en América Latina que nace con el modelo propuesto en el "Código procesal civil modelo"; y en Europa, con el "Código Judicial uniforme".

Estas dos constataciones no eliminan la posibilidad que también presenta el sistema soviético, sobre todo si recordamos y tenemos en cuenta los trabajos presentados en el Congreso de Lublin (Polonia) en 1993.

7.6 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 aglutinantes²⁶ conducen hacia cierta preservación de las zonas

(24) José A. Giron Larrucea, Cuestiones de Derecho Comunitario Europeo, editorial Universidad de Sevilla, 1997, pág. 22

(25) Cfr. René David, Les grands systèmes de Droit contemporains, 6ª ed. París, 1974, Enrique Vescovi, Nuevas tendencias y realidades del proceso civil, en "Revista Uruguaya de Derecho Procesal", Montevideo, 1994 n° 4, págs. 461 y ss.

(26) Cfr. Enrique Vescovi, Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano, editorial UNAM, México, 1978, pág. 10.

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.

7.7 En cuanto a los orígenes, el derecho procesal latinoamericano no se ha renovado. Apenas ha conseguido repetir con algunas instituciones el modelo conocido de la ley de enjuiciamiento civil española. Esta condición histórica nos coloca sobre bases preparadas e identificadas con una cultura y con un devenir particular que no tiene, necesariamente, que ser igual a nuestra idiosincracia. Vano sería descartar de plano el antecedente en razón de nuestra propia historia, pero el derecho procesal que hemos recibido germinó sobre resonancias europeas y apenas lo hemos modificado en reformas parciales, importantes y oportunas, pero sin fuerzas para ir al corazón del problema.

Esta forma de llegar a nuestros pilares fundacionales cercenó la creación. Los móviles sociales y políticos fueron los recibidos desde España (en realidad de toda Europa) y hemos glorificado la conquista del control de constitucionalidad americano cuando, adscripto a nuestros sistemas, pensamos se habían resuelto los problemas del equilibrio entre poderes del Estado.

7.8 Lo escrito resultó el soporte de nuestra cultura y la técnica dispuesta el fundamento de la seguridad institucional. Todo fue gracia de la producción legislativa, aunque bueno es reconocerlo, la jurisprudencia modificó en varias oportunidades, algunas interpretaciones o creaciones francamente inusitadas.

La idea conservacionista del modelo previsto nos ha llevado a pensar soluciones sobre el esquema de lo predispuesto. Así, en nuestro país, se muestran los intentos reformistas de grandes y queridos maestros como Colombo y Morello, que descansan en el código procesal civil y comercial de la vieja

ley 17.454 con todas sus modificaciones, para instalar desde ellas una recreación posible.

7.9 Nosotros queremos poner la vista en un punto diferente, en la perspectiva de lograr un proceso común que, todavía, no podemos llamarlo universal.

Continuar con la línea trazada nos obliga a insistir con un procedimiento muy similar al romano del siglo III; en cambio, si mostramos los errores del pasado, lo increíble de la incertidumbre actual, la función equívoca de algunas instituciones pensadas para otra cosa, etc., podremos bosquejar un piso de marcha propio, adecuado a nuestras necesidades, adaptado al tiempo que transcurre y sujeto a las flexiones del mismo.

Por suerte, América Latina tiene un paso avanzado en los modelos orquestados en Uruguay y Perú. El común del código procesal modelo para Iberoamérica viene reportando sus frutos, para evidenciarse como esquema fundacional en un tiempo carente de fuerzas e impulsos renovadores.

7.10 No obstante, los códigos tienen el defecto de clausurar la dinámica de los procedimientos. Se sienta una base es verdad, pero al mismo tiempo, queda sepultado el casuismo renovador con sus alternas posibilidades de solución. Un código es un estereotipo, a veces, una prueba de talento legislativo y doctrinario. Lo peligroso es que se tomen como paradigmas insustituibles²⁷.

Si nos preguntaran, entonces, qué camino seguir para uniformar o unificar los sistemas procesales, diríamos que sería bastante con formular principios y valores, marcos referenciales y pautas o guías de interpretación y aplicación para un sistema efectivo, actual, confiable y sin predomios técnicos.

8. Proceso universal. Modelos alternativos

8.1 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

(27). Cfr. Carlos Ramos Nuñez, *Codificación, tecnología y posmodernidad (La muerte de un paradigma)*, editorial Ara, Lima, 1996, págs. 10 y ss.

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 pretensión²⁸. Algunos sostienen que de tolerarse el activismo judicial, se violarían las reglas de bilateralidad y contradicción.

Esta idea resume, en pocas líneas, un pensamiento típico del siglo XIX en el que se creía encontrar la eficacia del proceso civil en la glorificación del proceso acusatorio. En este la dinámica procesal quedaba abandonada a la iniciativa de las partes y donde el juez intervenía no tanto para dirigir el debate, como para determinar el vencedor del mismo, como si fuera un árbitro encargado de designar un ganador pero sin participar en el juego.

Evidentemente -dice Roger Perrot "esta concepción de la justicia civil era el fruto de la corriente de pensamiento liberal que con tanta fuerza caracterizó el siglo XIX y que llevó a entender que el correcto funcionamiento de las instituciones sólo era posible si se dejaban al libre juego de las fuerzas presentes"²⁹.

8.2 No escapa en este modelo procesal el juego rotundo de ficciones que anidan prioritariamente en la doctrina y en el discurso³⁰, siendo esencialmente presunciones que, por esa condición, pueden resolverse en contrario mediante prueba contundente o simplemente complementaria.

La premisa del proceso justo admite morigerar el rígido criterio que establecen las ficciones del proceso. Una de ellas, por tomar al azar un ejemplo, determina la consecuencia legal de tener por notificado a todo aquél que retira un expediente de los actos dictados en aquél, siempre y cuando estuviere comprobado fehacientemente que el mismo estuvo en poder de la parte, aunque fuera por complacencia o extralimitación de los funcionarios encargados de su custodia.

Es verdad que, por razones de seguridad jurídica, algunas veces se posterga esa apreciación, pero también lo es, que ello reposa en la mayoría

de las ocasiones por el fruto de la duda, o de la carencia de una sólida presunción.

8.3 No obstante, el camino de la seguridad puede correr paralelo con el de la justicia, y no tiene razón alguna para observarlas como avenidas que circulan en direcciones opuestas.

Son tantas y tan variadas las ilusiones procesales que, entre otras ficciones, suponen presente al ausente; notificado al desinformado; representado al indefenso; pobre a quien ostenta riqueza pero logró cumplir los acotados extremos del beneficio de litigar sin gastos; confeso al que se equivoca al responder una posición; falto de acción a quien tiene intereses evidentes aunque no le son propios; consagra la verdad pero tolera y admite la mentira en el proceso; pide pruebas para alcanzar certidumbre y convicción pero las exige de manera autoritaria y proclive a conductas huidizas; le otorga al juez la conducción y dirección del proceso, cuando en los hechos toma intervención recién cuando el expediente está pronto a dictar sentencia...

Al respecto, dice Morello: "no será inoficioso, sin embargo, acotar en este carril que ningún mecanismo técnico puede aplicarse rigurosamente y siempre de manera rígida y absoluta"³¹.

8.4 En España se viene reelaborando el concepto de "tutela judicial" adicionando la condición de "efectiva". Sería bueno que, apoyados en un valor semejante, se diera un vuelco a la situación y bosquejáramos un proceso menos formalista y más certero, porque el derecho a sentirse protegidos y amparados no resulta bastante si la sociedad no confía en los métodos, no conoce sus condiciones ni respeta sus procedimientos. El formalismo enerva cuando su único soporte es el texto de la ley y un intérprete que la acompaña y pregona como única respuesta.

8.5 Está claro que la desformalización³² viene implícita en un mundo globalizado que tiende a vincularse informáticamente generando un jus comune de la postmodernidad. No podemos persistir con metáforas de la Edad Media ni con aplicaciones para el todo. La adaptación es el reclamo, la actualidad una exigencia, y como decía Francisco

(28) Esta es la realidad pragmática, porque normativamente, el código lo faculta al Juez con poderes y deberes suficientes para investigar y llegar a la verdad.

(29) Roger Perrot. La eficacia del proceso civil en Francia, en Para un proceso civil eficaz, edición de Francisco Ramos Mendez. Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1982

(30) Carlos Raúl Sanz. Presunciones, ficciones y mitos en el Derecho. Rev. El Derecho, 11-4-91

(31) Augusto Mario Morello, El proceso justo, editorial Platense-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, pág. 494. Del mismo autor, La ficción legal no puede imponerse a la realidad, en Doctrina Judicial, 1992-2, pág. 706

Tomás y Valiente, el juez de hoy ha de ser en primer término, guía en el laberinto, orientador en el desconcierto y brújula entre mil nortes.

8.6 La historia del proceso judicial es una demostración de las comodidades y costumbres de la sociedad. Cuando el Estado se organiza y erradica la fuerza como manifestación para componer conflictos intersubjetivos, ocurre un suceso imprevisto. El hombre depositó toda la iniciativa en el Estado y dejó en manos del mismo también todas las formas de justicia heterocompositiva. Se olvidó, o relegó, de las bondades que tenían en la justicia primitiva las formas conciliatorias o de justicia en equidad.

Los errores que advertimos en los párrafos que preceden son demostraciones claras de como la técnica arrebató la eficacia de los sistemas. Los procesos judiciales se convirtieron en verdaderos combates al punto que en el siglo pasado Savigny decía que era una lucha de hombres armados donde obtenía razón el que mejor utilizara de esas armas llamadas Derecho.

De ésta forma también la sociedad es culpable de lo que hoy nos ocurre. Problema que no es solamente nuestro sino que se refleja en buena parte del mundo.

8.7 Culpables porque relegamos toda la actividad judicial y nos olvidamos de lo que nosotros, como hombres y fundamentalmente como abogados, podemos hacer en beneficio del sistema.

Cuando aprendamos que el abogado debe, antes que litigante, ser conciliador y buen consejero, más que leguleyo y pleitista, habremos comprendido el mensaje histórico que nos dejó cada una de las reformas procesales que se intentaron, todas sin exclusión, salvaron puntos del problema, pero jamás devolvieron a la justicia la confianza que el hombre una vez le otorgó.

Esas reformas en Argentina, apuntaron a salvar la moralidad procesal (introducción del principio de lealtad y buena fe en el proceso), la rapidez de la justicia (incorporación del principio de preclusión, etc.), entre otras.

Nos parece que en esta tarea de relanzamiento debemos empezar desde la Universidad. Enseñando que la abogacía no es sólo litigio, sino mejor, prevención del litigio.

8.8 Tratemos de despojar este sistema absolutamente adversarial donde mis problemas o los de toda persona en controversia abandonan los

puntos de unión para enfrentarse directamente en todo.

Es hora de los remedios alternativos para la solución de conflictos, pero mayor es la tarea de saber de que se tratan, como se hace, quienes son y se hacen responsables, como actúa el Estado, y en definitiva, saber que el rol esencial está en el individuo y no en el Estado asistencial que nos aporta sus jueces.

Los sistemas reconocidos que desplazan el rol judicial comienzan por participar a terceros confiables que median en el conflicto.

La evolución sufrida facilitó encontrar diferencias con otras instituciones alternativas para la solución de controversias.

8.9 Con la conciliación se distingue de acuerdo con las modalidades como aquélla se realice. La conciliación extrajudicial tiene bastante proximidad con la mediación al estar ambas despojadas del marco litigioso que enfrentan pretensiones interesadas.

De todos modos es suficiente ver que las actitudes son diferentes; mientras la conciliación arrima posiciones desde la perspectiva del objeto a decidir; la mediación acerca la comunicación entre las partes, no se detiene en el contenido del problema -aun cuando lo lleva en su destino- sino en conducir un proceso de interpretación sobre las verdaderas necesidades e intereses de los sujetos en conflicto.

En cambio, con la conciliación procesal (intra procesal o extra procesal) las distancias son elocuentes. Esta persigue pacificar sobre la cuestión litigiosa; su marco es el "thema decidendum" propuesto en la demanda y su contestación; hay un hálito de contienda que subsiste y pervive por sobre la eficacia posible del acto; además suele instalarse obligatoriamente (o no) como etapa del proceso, lo cual condiciona su flexibilidad y oportunidad; sin perjuicio de advertir que su eficacia depende en grado sumo de las personas que dirijan el debate.

8.10 La mediación no está en la órbita de estos condicionamientos. Parte del principio de voluntariedad para el modismo y sigue todo su curso atendiendo la manifestación de deseos liminar; el mediador no es absolutamente neutral, o al menos, lo es desde una posición diferente.

En esta corriente, el resultado es lo que menos interesa por estar elevado el sentido humanista del encuentro que pretende quebrar

rigideces para acercar puntos de reflexión coincidentes. Por eso es correcto ver al mediador como un negociador espiritual que busca despejar la crisis elocuente entre las partes.

8.11 Del arbitraje se diferencia por las metodologías implementadas en ambas; mientras la primera respeta el sentido de la disputa para resolver en equidistancia y justicia; la otra no sigue el sistema adversarial, es más, lo repudia.

El arbitraje suele ser solemne y ritualista en su armado, tiene mucha proximidad con el proceso común, al punto que entre laudo y sentencia existen grandes pareceres. También las etapas anteriores, como el acuerdo, la cláusula compromisoria, el debate probatorio y eventuales alegaciones insertas antes de la emisión del laudo, demuestran la similitud con el desempeño de jueces ordinarios³³.

La mediación tiene un sentido más cooperativo, no hay fórmulas para su implementación, ni sacramentalismos que esterilicen su procedencia. El mediador, como antes dijimos, no busca respuestas que resuelvan el objeto en conflicto, sino el acercamiento de las partes hacia disposiciones libre y voluntariamente concertadas que morigeren sus diferencias previas. La idea es eliminar en el enfrentamiento el pensamiento de que el otro es un adversario a derrotar; se trata de considerarlo como alguien con quien han de encontrarse coincidencias pues con él debemos continuar en relación y convivencia social.

8.12 Donde se hallan mayores diferencias es con el proceso judicial. En efecto, la litis mantiene aquella performance de lucha donde quien obtiene sentencia favorable, más que razón tiene victoria, como si el litigio fuese un campo de batalla.

El juez, magüer las facultades y deberes que se potencian en los nuevos códigos adjetivos, persisten con sus actitudes pasivas; son decisores a la hora de dictar sentencia, y recién allí conocen la médula del conflicto; a veces, tan siquiera saben quienes son las partes porqué, quizá jamás lleguen a verlas.

El juez es un tercero imparcial e independiente, y llega a tal extremo el principio que suele confundirse con la absoluta distancia respecto al problema a sentenciar. Su pronunciamiento tiene

por tanto la insípida decisión del neutral desinteresado, que mal que nos pese, porta más de ficción actuada que de realismo jurídico, en suma, la dura constatación de que los jueces son fugitivos de la realidad.

8.13 En cambio, el mediador tiene habilidades particulares que no se relacionan necesariamente con el conocimiento jurídico. Su sabiduría es técnica, él sabe como aproximarse al conflicto, su destreza y aptitudes le facilita con gran entrenamiento alcanzar el encuentro entre puntos críticos de confrontación entre las partes.

El mediador no resuelve, solamente sugiere caminos, alternativas. Tampoco asesora, ni dictamina, es únicamente un tercero que intercede entre los contradictores para ayudarlos a encontrar un acuerdo mutuamente satisfactorio.

8.14 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. Porqué 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, porqué 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.

9. La integración americana. Principios rectores

(32) Cfr. Angelina Ferreyra de de la Rúa - Cristina González de Opl. Lineamientos para un proceso civil moderno, editorial Ediar, 1997. En especial, ver la primera parte.

(33) Cfr. Osvaldo Alfredo Gozani, *Formas alternativas para la resolución de conflictos*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1995, pags. 128 y ss.

9.1 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.

9.2 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 integración³⁴; 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 arquetipo³⁵.

9.3 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.

El Consejo del Mercado Común es el órgano supremo que tiene a su cargo la conducción política y la toma de decisiones. Está constituido por todos los ministros de relaciones exteriores de los países miembros.

El Grupo Mercado Común es una institución ejecutiva que dinamiza las actividades previstas para el cumplimiento del tratado de Asunción.

La Comisión de Comercio es un cuerpo de asistencia comercial que asesora en la puesta en

marcha de políticas comerciales comunes.

Finalmente, existe una Comisión Parlamentaria Conjunta que es el órgano representativo de los parlamentos de los países que integran el Mercosur.

9.4 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

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

(34) 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).

(35) El reclamo por una justicia comunitaria para el Mercosur tiene múltiples adhesiones. Citamos sólo a los más representativos: Maria 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.

las referidas a medidas cautelares.

9.5 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 Europeo³⁶.

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.

El primero tiene una serie de garantías de independencia que consolidan la integración. En cambio, el restante, es una unión política forzada que no ha logrado fruto alguno.

9.6 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.

9.7 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.

9.8 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

(36) Mirta Sotelo de Andreau, El nuevo paradigma del Estado. Su impacto en el derecho interno, en Revista Actualidad en el Derecho Público, n° 6, enero-abril, 1997, pág. 36.

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.

10. Principios elementales para un proceso común

10.1 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 flexibilidad³⁷.

10.2 Teniendo en cuenta los modelos informados en el punto 7.4, cualquier intento de unificación necesita partir de un esquema preferente.

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.

10.3 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.

10.4 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.).

10.5 Basados en los esquemas predispuestos 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: Dice Vescovi, refiriéndose al código modelo

El pivot del sistema es la audiencia preliminar, realizada luego de la proposición, a la cual las partes deben asistir bajo pena de severas sanciones (desistimiento del actor y tener por admitidos los hechos contrarios si el que no comparece es el demandado). De este modo se prioriza el sistema de audiencias, esto es la necesidad de que reúnan

(37) Girón Larrucea, ob. cit., pág. 97

las partes y el Juez y en forma dialogal se resuelva el conflicto³⁸.

Lealtad y buena fe procesal, porqué 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 por escrito
2. Proceso por audiencias

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.

11. Incorporación del modelo al derecho nacional

11.1 La globalización que menta 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.

11.2 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 económicas³⁹.

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.

11.3 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, porqué 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.

11.4 Argentina se encuentra, actualmente, en esta etapa. No hay códigos uniformes pero sí esquemas hegemónicos (que soportan la escritura dispuesta

(38) Vescovi. Nuevas tendencias... cit., pág. 467.

(39) Cfr. Alain Touraine, Seis hipótesis sobre América Latina, en "Revista de Derecho del Mercosur", año 1 n° 1, 1997, editorial La Ley, pág. 44.

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.

12. La progresividad del sistema a partir de la armonización gradual

12.1 Por las características descriptas 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.

12.2 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.

12.3 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. Bien ha dicho Cassese que:

la influencia del derecho público comunitario en los derechos administrativos es doble. Por un lado, es una influencia directa que se desarrolla a través de relaciones “verticales” entre la Comunidad Europea y cada derecho administrativo nacional. Por otro lado, la influencia es “horizontal”: el derecho comunitario crea una plataforma que constituye un vehículo para los trasplantes de institutos de un derecho nacional a otro⁴⁰.

12.4 Ahora bien, implementar la armonización 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. **D&S**

(40) Sabino Cassese, L'influenza del diritto amministrativo sui diritti amministrativi nazionali, en Revista Italiana di Diritti Pubblico Comunitario, n° 3, 1993, editorial Giuffrè, Milano, pág. 329.