

PROCESO Y ESTADO DE DERECHO

Sergio A. Martyniuk (*)

I.- Introducción:

El tema propuesto, sistema adversarial u sistema oficioso, podría traducirse como “sistema de libertad” y “sistema de autoridad”.-

Ambos “sistemas” se proponen como antagónicos (ello se infiere de la utilización de la conjunción disyuntiva “u”), promoviendo la polémica entre los participantes, quienes deberán tomar partido en uno u otro sentido.-

Contra la representación habitual, **concibo el proceso judicial, en un estado de derecho, como la síntesis de dos conceptos: “libertad” y “autoridad”.-**

La adecuada comprensión de esta tesis exige que removamos ciertos prejuicios y eslóganes arraigados en nuestra disciplina.-

Demostraré la falacia del axioma según el cual los poderes de instrucción de los jueces (especialmente los actos de impulso del proceso y los relativos al procedimiento probatorio) serían incompatibles con el “sistema adversarial”, en razón que, por esa vía, se vulnerarían garantías constitucionales reconocidas a las partes y perjudicaría su imparcialidad.-

También demostraré que, si bien es condición necesaria, **no es razón suficiente** –en un estado de derecho- la invocación de los valores de verdad y justicia para justificar poderes de instrucción de los jueces.-

* El autor es profesor de Derecho Procesal Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y miembro del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Santa Fe que integra la Federación de Ateneos de Estudios de Derecho Procesal (FAEP)

El tránsito de una concepción privatista a otra publicista del proceso, donde un tercero (el soberano) debía resolver un conflicto llevado a su conocimiento, introdujo la cuestión de la verdad:”...***El problema, cuando la resolución esté a cargo del soberano, consistirá en establecer la verdad y decidir una sanción en función de los hechos establecidos.*** (Foucault, Michel, Obrar Mal, Decir la Verdad, la función de la confesión en la justicia, Siglo Veintiuno editores, págs. 221)

En el idioma griego, Aletheia (αλήθεια) es la palabra que designa la verdad, y su traducción literal, al idioma castellano, es “desocultamiento”, cuyo antónimo es “ocultamiento”.-

Según Martín Heidegger, que seguimos en este análisis, “... *el desocultamiento se encuentra implicado en un <conflicto> con el ocultamiento, cuya esencia permanece objeto de controversia.*” (Heidegger, Martín, Parménides, AKAL ediciones, pág. 24).-

Aletheia (desocultamiento) se tradujo al latín como “veritas” y su antónimo como “falsum”

Respecto de la verdad, en el sentido romano, el autor citado expresa: “... *Pero , puesto que ahora verum es dicho como contra-palabra de falsum, y puesto que es decisivo el dominio esencial del imperium para verum y falsum y sus opuestos, el sentido de ver, a saber, cercamiento y cobertura, conserva el rasgo fundamental del cubrimiento para la protección en contra; <ver> es ahora el sostenerse a sí mismo, el estar arriba; no-caer; verum es lo que permanece constante, lo erguido, lo dirigido a lo que es superior, porque se dirige desde arriba. Verum es rectum (reggere - <el régimen>), el derecho, iustum. El ámbito de la ocultación y desocultación para los romanos no llega a establecerse como el ámbito esencial que determina la esencia de la verdad, aunque procura ponerse en esa dirección con el <ver>. Con base en lo imperial, verum es inmediatamente lo que está arriba, indicativo para lo que es el derecho; Veritas es entonces rectitud, <corrección>, podríamos decir...*” (Heidegger, Martín, Parménides, Akal, pág. 65).-

Es decir, la verdad o falsedad viene determinada por el “imperium”, en el sentido de mandato, que es el fundamento de la dominación.-

La evolución del procedimiento civil romano nos permite verificar la consolidación del “imperium”, mediante la estatización del servicio de justicia, lo cual se comprueba con el tránsito del procedimiento formulario a otro denominado “cognitio extraordinem”.-

No sorprende entonces la asimilación conceptual que los romanos hicieron de las palabras “veritas”, “rectitudo” y “iustitia”.-

Los conceptos de Justicia y verdad, en cuanto son determinados por el “imperium” (es decir, establecidos por quienes ejercen el poder), son los instrumentos de la dominación (ejercicio del poder sobre otros).-

La revolución francesa fue el acontecimiento histórico que derrumbó la concepción absolutista del poder del estado.-

Los derechos y garantías que se reconocen a los hombres son un límite al poder del estado. Surge así el concepto de estado de derecho (el estado mismo se impone límites, se somete al derecho).-

La libertad del hombre está siempre en relación con el poder, sea estatal o de otro tipo.-

El derecho positivo no es otra cosa que un límite impuesto por el estado a la libertad. El límite y el deber ser se implican recíprocamente (ver G.W.F. Hegel, Ciencia de la Lógica, Tomo I, Ediciones Solar, págs. 173 y siguientes).-

En un estado de derecho, como el nuestro, el poder debe ejercerse dentro de los límites establecidos en la Constitución Nacional.-

Las garantías del debido proceso legal, la defensa en juicio e igualdad de las partes, solo pueden asegurarse mediante la actuación de jueces independientes (de los otros poderes del estado) e imparciales.-

Adversarial system se traduce, del idioma inglés al castellano, como

sistema acusatorio (cuya característica esencial es el efectivo contradictorio entre las partes que intervienen en el proceso contencioso).-

El fundamento lógico del principio de contradicción (también denominado de bilateralidad), consiste en que cualquier enunciado afirmativo sobre un hecho, que alguien realiza en un proceso contencioso, puede ser controvertido (negado) por la otra parte: *“...Y la afirmación es la declaración [que enuncia] algo de algo, en tanto la negación es la declaración [que remueve] algo de algo. Pero puesto que es posible tanto declarar que lo que es, no es y que lo que no es, es, como declarar que lo que es, es, y que lo que no es, no es –y lo mismo vale para los tiempos [verbales] distintos del presente-, será posible tanto negar todo lo que alguien afirmó, como afirmar todo lo que alguien negó. De manera que es evidente que para toda afirmación existe una negación que le es opuesta, y para toda negación existe una afirmación [que se le opone]. Y llamamos a esto (o sea, a una afirmación y a una negación opuestas [entre sí] una “contradicción” (antíphasis)...”* (Aristóteles, Sobre la Interpretación, editorial Losada, pág. 158).-

Sistema inquisitivo (inquisitorio o inquisitorial) no es el antónimo de acusatorio (en el sentido de proceso contradictorio), toda vez que el significado de dicho adjetivo lo otorga el verbo inquirir, que designa la acción de indagar, averiguar o examinar una cosa.-

Es por lo anterior que la doctrina utiliza el adjetivo inquisitivo para designar una forma de investigación de las proposiciones afirmativas por parte de la autoridad (juez).-

De acuerdo a la caracterización precedente, la contrapalabra de inquisitivo es dispositivo (en el sentido que los actos de impulso e instrucción del proceso corresponden –con exclusividad- a las partes).-

Entiendo por “**sistema adversarial**” el conjunto de normas jurídicas que asignan a las partes el poder de proponer enunciados afirmativos o

negativos sobre los hechos en los que fundan su petición de tutela jurídica y, paralelamente, la carga de verificación de tales enunciados.-

Y, por “**sistema oficioso**” el conjunto de normas jurídicas que confieren a los jueces poderes de instrucción relativos a la verificación de los hechos controvertidos del proceso.-

Se excluyeron de ambas definiciones todo lo relativo al control de oficio del cumplimiento de las reglas que regulan los actos performativos (actos procesales), como así también de los actos de impulso del proceso, por entender que los mismos son indiferentes para uno u otro sistema.-

Como corolario, pretendo demostrar que estos últimos actos procesales, dictados de oficio, no se encuentran conectados con la verificación de las proposiciones afirmativas contradictorias (razón por la cual no perjudican la imparcialidad de los jueces) y que las disputas en torno a este tema constituyen un falso dilema.-

II.- El proceso judicial concebido como conjunto de enunciados realizativos:

La doctrina especializada no ha tematizado la función que cumple el lenguaje en los procesos judiciales.-

Resulta evidente (en tanto no requiere demostración) que el proceso se “hace” hablando. Los actos jurídicos procesales son actos del habla.-

Desde los albores de la lógica, el estudio del lenguaje se circunscribió a las proposiciones declarativas (que son aquellas en que se da el ser verdaderas o falsas), excluyéndose de su consideración el tratamiento de otras funciones de los enunciados.-

John L. Austin, en un libro que lleva por título “Como Hacer Cosas con Palabras”, introdujo el concepto de “expresiones realizativas o performativas”, cuya función lingüística no es la de describir algún estado de cosas, sino que, mediante la utilización del lenguaje, se hace algo: “... *Vale*

la pena señalar, o recordar, cuántos actos de los que se ocupan los juristas son o incluyen la emisión de realizativos o, por lo menos, son o incluyen la realización de algunos procedimientos convencionales. Y, por cierto, se apreciará que de una u otra forma los autores de derecho han sido conscientes en forma constante de las variedades de infortunio e incluso, a veces, de las peculiaridades de la expresión realizativa. Sólo la obsesión todavía difundida de que las expresiones jurídicas y las expresiones usadas en los llamados actos jurídicos tienen que ser de algún modo enunciados verdaderos o falsos ha impedido que muchos juristas vean esto con mayor claridad, ni siquiera me animaría a sostener que algunos de ellos no lo han hecho ya. Sin embargo, tiene un interés más directo para nosotros advertir que, de la misma manera, muchos de los actos que caen dentro del dominio de la Ética no son simplemente y en último extremo, tal como los filósofos dan por sentado con demasiada facilidad, movimientos físicos. Muchos de ellos tienen el carácter general, en todo o en parte, de ser actos convencionales o rituales, y por ello, entre otras cosas, están expuestos a infortunios.” (Austin, John L., Como Hacer Cosas con Palabras, edición electrónica de www.philosophia.cl / Escuela de Filosofía Universidad ARCIS, pág. 14).-

Para que un enunciado performativo resulte “afortunado” se requiere que su emisor cumpla determinadas reglas, previamente establecidas.-

Si, por el contrario, la expresión realizativa infringe alguna de tales reglas, el acto del habla resultará “desafortunado”.-

Los códigos procesales establecen una serie de reglas que, los operadores judiciales, deben cumplir para que el acto realizativo-performativo resulte afortunado.-

A título ejemplificativo digamos que, el artículo 330 del CPN nos dice como “hacer” una demanda (a lo que se deben agregar otros requisitos, relativos a la personalidad o capacidad procesal, representación, etc.).-

Si la demanda no cumple con los requisitos para ser considerada un acto procesal de inicio del proceso, se dice que dicho acto ha sido desafortunado (no resulta idóneo para provocar la apertura de la instancia).-

En caso de no pasar inadvertida la deficiencia que pudiera contener la demanda, resulta operativa la regla del artículo 337 del CPN.-

Tampoco resultará exitoso el acto del habla designado como demanda, cuando fuere realizado ante un juez que no es competente para recibirla (art. 4 CPN).-

En el caso de la demanda judicial, es posible separar tres géneros de actos, a saber: 1.- emitir palabras (realizar actos de emisión); 2.- referir o predicar (realizar actos proposicionales) y 3.- enunciar, solicitar, etc. (realizar actos ilocucionarios y perlocucionarios).-

“...Asignemos ahora nombres a estos actos bajo la rúbrica general de actos de habla:

a) Emitir palabras (morfemas, oraciones) = realizar actos de emisión

b) Referir y predicar = realizar actos proposicionales.

e) Enunciar, preguntar, mandar, prometer, etcétera = realizar actos ilocucionarios.

No estoy diciendo, desde luego, que estos actos sean cosas separadas que los hablantes hacen, como por azar, simultáneamente, sino más bien que al realizar un acto ilocucionario se realizan característicamente actos proposicionales y actos de emisión. Tampoco debe pensarse que de esto se sigue que los actos de emisión y los actos proposicionales son a los actos ilocucionarios lo que comprar un billete y subir a un tren es a hacer un viaje en ferrocarril. No son medios para fines; más bien, los actos de emisión son a los actos proposicionales e ilocucionarios lo que, por ejemplo, hacer una .. x, en una papeleta de voto es al hecho de votar...” (SEARLE, JOHN, Actos de Habla - Ensayo de Filosofía del Lenguaje, editorial Planeta-Agostini págs. 32 a 33).-

En líneas generales, se sostiene que un acto del habla ha logrado alcanzar un efecto ilocucionario cuando su significado es apprehendido (entendido, comprendido) por el receptor (en nuestro caso, por el juez).-

Paralelamente, se afirma que un acto tiene efectos perlocucionarios cuando la persona a la que se dirige el mismo, y como consecuencia de ello, realiza o hace a su vez algo (el juez provee la demanda).-

La tesis que se propone dice: **El proceso es un conjunto de enunciados performativos** (en los que decir algo es, al mismo tiempo, hacer algo), **que realizan los sujetos que intervienen en el mismo** (en calidad de sujetos esenciales o de terceros).-

Los enunciados performativos (realizativos) pueden resultar afortunados o desafortunados (siendo su significado más amplio que los de eficacia e ineficacia de los actos jurídicos procesales).-

La tesis propuesta permite establecer un criterio objetivo de actuación de oficio de los jueces en los procesos contenciosos, despejando, razonablemente, cualquier duda sobre su imparcialidad.-

Así, no compromete la imparcialidad de los magistrados el hecho que decidieran realizar -de oficio-, actos de impulso del proceso (mediante el dictado de decretos o providencias) o e comunicación procesal.-

Ninguna garantía constitucional se afectaría, si –como lo autoriza el artículo 259 del CPN- el juez, luego de contestada la demanda, dictara un decreto disponiendo la apertura de la causa a prueba, por entender que existen hechos controvertidos o de demostración necesaria.-

De igual manera, nada podrá objetarse –desde el punto de vista constitucional- al hecho que el juez –de oficio- controle el cumplimiento de la forma en que se deben confeccionar los interrogatorios, etc.-

Finalmente, el principio de autoridad (que justifica la actuación de oficio de los magistrados) es determinante en el procedimiento probatorio.-

En primer lugar, porque les compete declarar admisibles o inadmisibles (afortunados o desafortunados) los medios de prueba propuestos por las partes. El proveído de las pruebas, tiene naturaleza jurídica de un mandato judicial.-

Por tal motivo, si un testigo, debidamente citado, no concurre a la audiencia designada para recibirle declaración y no excusa su ausencia, o un tercero no exhibe la documental que obra en su poder o no contesta -en el plazo designado al efecto- un informe que le fuera requerido por oficio, ninguna garantía constitucional se vulneraría si el juez decidiera, con fundamento en el principio de autoridad, disponer la comparecencia compulsiva del testigo renuente, etc.-

En segundo lugar, porque la ley les asigna, precisamente, la función de garantes (por lo que cabría denominarlos, en la etapa de instrucción del proceso, jueces de garantías) de la regularidad de los actos ilocucionarios de producción de prueba, especialmente de aquellos realizados por terceros (testigos, peritos, etc.).-

Si un testigo o el perito incumplen el imperativo legal de dar razón o fundamento de sus afirmaciones de hecho, el acto jurídico procesal de la declaración o el dictamen no serán inválidos, no juega a su respecto el principio de convalidación que rige en las nulidades procesales.-

Sin embargo, los actos realizativos de la declaración testimonial o el dictamen pericial carecerían de un elemento esencial que lo priva de fuerza ilocutiva. En tales supuestos, se dice que tales actos procesales son “desafortunados”.-

En consecuencia, nada podrá objetarse, desde el punto de vista constitucional, si el juez –de oficio- solicita al testigo que exprese la razón de sus dichos o al perito que cumpla con el imperativo de la adecuada fundamentación de su dictamen.-

Finalmente, la tesis propuesta establece pautas objetivas para el dictado de oficio de **“medidas para mejor proveer”**, condicionando su procedencia a la función garantizadora que tiene los jueces sobre la regularidad de los actos de prueba (que inciden en la fuerza ilocucionaria de los enunciados performativos), desvinculándolas –de esa manera- de elementos psicológicos (subjetivos), invocados para justificar la decisión.-

Como consecuencia de lo anterior, las medidas para mejor proveer no constituyen facultades “discrecionales” de los jueces, sino un poder que deben ejercer –llegado el caso- cuando constaten irregularidades que afectan la fuerza ilocutiva de los actos de prueba.-

III.- **CONSIDERACIONES FINALES:**

El proceso judicial, en un estado de derecho, es la síntesis de dos conceptos: “libertad” y “autoridad”.-

La adecuada armonización de estos principios, torna inconducente cualquier polémica sobre los sistemas “adversarial” u “oficioso”.-

En su lugar, pongo a consideración de esta comisión la siguiente tesis: El proceso es un conjunto de enunciados performativos (en los que decir

algo es, al mismo tiempo, hacer algo), que realizan las personas que intervienen en el mismo (en calidad de sujetos esenciales o de terceros).-

El cumplimiento o no de tales reglas hacen que los enunciados performativos (realizativos) resulten afortunados o desafortunados.-

Dentro del marco conceptual propuesto, se demostró que el impulso de oficio del trámite y el reconocimiento de poderes de instrucción a los jueces, de ningún modo afectan las garantías constitucionales de los justiciables, no perjudican la imparcialidad de los magistrados.-

Por el contrario, se asigna a los jueces la función de garantizar la regularidad de los enunciados performativos, a los fines de preservar su fuerza ilocutiva, indispensable para fundar su posterior decisión.-