

Reformas en los códigos procesales en lo civil y comercial

Por Osvaldo A. Gozaíni

1. Introducción

Las reformas procesales en Argentina repiten los errores de su historia cuando se adoptó la línea argumental de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este fue un proceso alineado al pensamiento de la época, en el que al juez se lo imbuía dentro del concepto de ser la “boca de la ley”, porque su función era aplicar el principio de legalidad. La autoridad estaba acotada al cumplimiento de reglas y el desempeño previsto quedaba resumido en el llamado a resolver y decir el derecho.

Este modelo propio del Iluminismo francés que desconfiaba de los jueces, fue más rotundo en el siglo XX, cuando Kelsen los despoja de todo poder de interpretación normativa y constitucional, entendiendo que solo podían ejercer esta tarea los Tribunales Constitucionales.

Es decir, en Europa el proceso fue visto como una lucha entre partes, en el que el derecho era el arma que portaba el guerrero según la conocida expresión de Savigny. De suyo, entonces, no obtenía sentencia favorable quien tuviera razón sino aquél que utilizaba mejor el instrumento de guerra.

En cambio en América del Norte, Estados Unidos reconoce en *Marbury vs Madison* el poder de la interpretación judicial, ratificando la confianza que el sistema constitucional le había acordado. El modelo procesal aplicado para las decisiones fue el “common law”, aunque recién en 1958 en el caso “*Cooper vs Aaron*” se adopta el sistema vinculante del precedente (*stare decisis*).

Lo curioso de la polarización de ideas (confianza y desconfianza en los jueces) es que Argentina construyó la Constitución sobre el ideario americano, al punto que el principio de la supremacía constitucional (art. 31), el rol de los jueces, la participación popular en la justicia (juicio por jurados), entre otras tantas manifestaciones, son un claro testimonio de la adopción ideológica.

Pero en materia procesal escogió el Europeo, o más precisamente el esquema español, donde el juez trabaja con reglas y principios previamente establecidos. Lo dispuesto en códigos y leyes procesales delinea los deberes y obligaciones, y esa es la función primordial. El juez es un controlador de los presupuestos procesales (los que permiten hacer realidad el litigio entre partes) y del cumplimiento de las reglas. Luego, como buen árbitro de la controversia, dirime quien gana o pierde. Pocos son los poderes que tiene en este modelo profuso de solemnidades y ritos.

2. El punto de inflexión

Así fueron los primeros tiempos, cuando no había otro interés que legislar para organizarse. En materia constitucional fue prioritario definir el sistema de gobierno y emprender la mentada estructura del Poder. En lo procesal lo trascendente fue explicar la técnica, hacer el manual de instrucciones para estar en un proceso y tramitar con sus formas y rituales.

Fueron muchos años de americanismo constitucional, y de seguir a los españoles en sus técnicas de litigación. En el primer caso, la organización judicial de la ley 27, las cuestiones federales de la ley 48, la jurisdicción federal de la ley 50, dieron testimonio de cuanto reportaba el derecho anglosajón en nuestras tierras. En lo procesal, el código de procedimientos era eso, un sistema de enjuiciamiento claramente inducido por las leyes ibéricas.

Pero en el siglo XX Europa tiene una transformación. En materia constitucional el debate entre Kelsen y Schmitt sobre quién sería el mejor custodio de los mandatos constitucionales, cambio el eje de discusión entre los que ejercían la máxima autoridad. En lugar de debatir si era el Parlamento o el Gobierno, se comenzó a ver el rol de la jurisdicción Y como de los jueces se desconfiaba, se originaron los Tribunales Constitucionales.

En materia judicial, la reforma se suscita en 1940. La visión del proceso desde la perspectiva del litigante cambia para darle al conflicto un sentido público. El proceso deja de ser analizado como una cuestión privada y se introduce el deber judicial de fiscalizar el orden institucional.

Cambia el tiempo de intervención activa del juez, quien siguiendo lo querido por Chiovenda, lo instala en la puerta de entrada al proceso, imponiendo que esté presente en las audiencias, que controle la regularidad de los actos; que subsane las nulidades eventuales; que imponga autoridad aplicando en principio de lealtad, probidad y buena fe que se había consagrado como una limitación a la lucha entre partes. Se trajo el derecho a esclarecer la verdad de los hechos controvertidos y se le dieron al juez numerosas facultades para que, manteniendo el principio de igualdad entre partes, pudiera requerir de nuevas producciones probatorias.

Este Código comenzó a regir en Italia en 1942. Era la obra de Carnelutti, Calamandrei y Redenti, tutelados quizás por el anteproyecto de Chiovenda orientado éste hacia la oralidad como principio vital del proceso. El tiempo crítico de entonces evitó que se hablara de esta novedad aunque, es cierto, encontró adhesiones y oposiciones.

La verdad es que en Europa se abrieron dos tendencias. Una fue el procedimentalismo de raigambre francés. Con él se simplifica el estudio de la organización judicial, la competencia y el procedimiento. La tarea del académico fue describir los textos legales, apuntando más a la práctica aplicada de las instituciones. Napoleón Bonaparte es determinante con sus decisiones legislativas de codificar separadamente lo procesal civil respecto a lo penal. La injerencia del modelo se continúa en España dando lugar a varias obras que comentan las leyes dictadas en consecuencia.

La otra línea llega en 1868 con la obra de Oskar Bülow (La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales). Se abandona la técnica para abordar la naturaleza del conflicto. Comienza el análisis de la relación jurídica que tienen las partes que confrontan y de ese estudio profundizado surge Chiovenda como autor de la teoría general del proceso de conocimiento, y el propio Carnelutti como creador de la teoría general del proceso.

Por entonces Argentina seguía confundida en los modelos. La Constitución reñía su corte liberal con el modelo social que se puso en vigencia transitoria en 1949; y los procesos, siempre en la línea de la controversia entre partes, queda impactado por un

hecho anecdótico que da lugar al cambio de reglamentos, que inicia este conjunto de desconciertos inevitables que parece continuar.

Me refiero a la visita que hace Carnelutti en 1948, en oportunidad de celebrarse el “II Congreso Nacional de Ciencias Procesales” (Salta, 12 al 19 de septiembre), en el que Hugo Alsina preside las jornadas, actuando como vicepresidentes Ricardo Reimundín, Alfredo Vélez Mariconde y Manuel Ibáñez Frocham.

La presencia del gran jurista italiano fue vital y arrolladora en dos grandes campos: uno sirvió para consolidar la autonomía académica del derecho procesal. Y el otro, la injerencia que tuvo para que las reformas procesales habidas en Italia en 1942 se transportaran a los códigos locales que se estaban formados en una ideología absolutamente opuesta como era la española (¹).

3. La falta de armonía en las reformas

El pensamiento impuesto determinó que se comenzara a hablar del juez Director del proceso, con poderes y deberes de instrucción, tanto para el impulso como para la investigación, así como para traer al proceso a quienes las partes hubieran omitido. De esta forma el principio dispositivo (no hay juicio sin actor; y es éste quien elige a quien demandar) de tanto predicamento en la ley de enjuiciamiento civil española, tuvo una notoria alteración.

En materia de pruebas sucedió algo similar. El formato de precisión que tenían los códigos decimonónicos quería que solamente se produjera la prueba ofertada por los litigantes; pero ahora la innovación permitía al juez, en ejercicio del deber de esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, requerir que se cumpliera otra o se completara aquella que fuera considerada insuficiente.

En este punto queremos poner de relieve que todas las reformas procesales han caído en la misma situación de error. En lugar de elegir uno u otro sistema han agregado nuevas disposiciones que se contraponen con lo previamente establecido.

Entre muchos ejemplos vea el lector el caso del art. 36 inciso 1° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que le da al juez facultades ordenatorias e instructorias para tomar medidas tendientes a evitar la paralización del proceso [...]: *A tal efecto, vencido un plazo, se haya ejercido o no la facultad que corresponda, se pasará a la etapa siguiente en el desarrollo procesal, disponiendo de oficio las medidas necesarias.*

El señalamiento que indica a los jueces “evitar la paralización del proceso”, podría significar que el impulso procesal les corresponde, poniendo en duda el alcance que tienen otras instituciones como la caducidad de la instancia o la negligencia en la producción de actos procesales ordenados.

¹ Si traemos desde el recuerdo los temas tratados entonces, no deja de sorprender que hoy día se lean en los titulares de los diarios de mayor circulación del país los mismos problemas que en aquél entonces se pretendía resolver (v.gr.: conveniencia de modificar la Constitución para uniformar la legislación procesal; establecer la casación en todo el país; federalizar la justicia de trabajo; uniformar los códigos procesales en lo civil y comercial; dar bases armónicas para los códigos procesales penales; etc.). Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Los protagonistas del Derecho Procesal. Desde Chiovenda a nuestros días*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, pág. 133.

Esta dicotomía entre obligar (es un deber, según el artículo 36 citado) al juez a impedir retrasos innecesarios, y al mismo tiempo, sancionar al abogado que incurre en ellos, es al menos contradictorio, y por eso las facultades de dirección del proceso, así como las potestades ordenatorias e instructorias, que el rito concede a los jueces, se explican dentro de un contexto francamente inentendible.

En el orden nacional (federal) recién con la sanción de la Ley 25.488 se han previsto modificaciones que inciden en la consideración de los actos que el juez debe realizar en tiempo y forma (art. 167) y no lo hace afectando así la idoneidad del magisterio.

No obstante, la estructura formalista del proceso civil, sostenida por principios que necesitan renovarse (como el dispositivo, entre otros), mantiene la idea que, si son las partes quienes dinamizan el impulso procesal, no puede el juez estar obligado a realizar lo que las partes no concretan.

Una vez más, aparece en el discurso procesal el error de encontrar responsabilidad por la conducción del proceso y el impulso que el mismo merece. En síntesis: plazos y términos constituyen una estructura anquilosada que no respeta las nuevas consignas fundamentales del derecho a contar un proceso rápido y expedito (art. 43, Constitución Nacional), ni tiene presente el mensaje de tratados y convenciones sobre Derechos Humanos que reclaman un proceso breve, sencillo y eficaz.

4. El problema en la etapa probatoria

Todo este monumento al terror que genera el proceso judicial es producto de la inclusión de disposiciones reformistas dentro de modelos arcaicos. Cada una de las modificaciones procesales reitera el yerro precedente; deja las cosas como están, y pone más deberes, cargas y obligaciones que jamás se cumplen. Y no se cumplen, sencillamente porque es imposible encontrar empalmes razonables.

Por ejemplo ¿por qué no hay nulidad de la audiencia preliminar cuando el juez no la preside? (así lo indica el art. 360). Sencillamente porque el código mantiene el principio que sostiene la convalidación del vicio irregular (arts. 169 y 170).

O bien, ¿por qué se debe pedir la apertura a prueba cuando es el juez quien debe pasar de una etapa a otra aunque las partes no lo pidan? Simplemente porque el impulso procesal sigue entendiéndose a cargo de las partes (como en el proceso privado) cuando la tendencia reformista lo transformó.

Esta asimetría ha provocado también que la ciencia procesal haya dividido la doctrina entre quienes pretenden seguir el curso del proceso como lucha igualitaria ante un juez imparcial (garantismo), respecto a otros que atienden al proceso como una cosa pública, donde la dirección del juez es lo más importante, así como las potestades para definir el objeto a probar y las pretensiones a resolver.

Quizás anide aquí uno de los temas vitales del desencuentro y donde se puede mostrar claramente el tremendo error de los proyectos locales y provinciales de reformas sus textos procesales manteniendo la estructura de lo vigente.

La peor confrontación está en el capítulo V del Código Federal (y los que siguen sus aguas, que son la mayoría). En efecto, la sección primera crea el proceso por audiencias sin reformar las secciones sucesivas (medios de prueba), provocando las inconsistencias siguientes:

a) Si la prueba se ofrece en los escritos constitutivos del proceso, no hay allí, todavía, hechos controvertidos, de manera que el ofrecimiento de prueba informativa (art. 396), prueba de confesión (art. 411), prueba de testigos (art. 442) y la prueba de peritos (art. 457) sería posible solamente cuando exista la disparidad en los hechos.

b) Si la prueba la ofrecen las partes y solo ellas deben producirlas (art. 364), no se entiende porqué deba el juez intervenir fijando los hechos cuya prueba crea necesaria. En todo caso, la visión publicística del proceso convalida esta actuación como producto del deber de esclarecer la verdad de los hechos (art. 36 inciso 4°), pero sería indudable que quedaría resentido el derecho de defensa por la limitación que sufre el derecho a la prueba.

c) Cada uno de los medios de prueba reglamentados en los ordenamientos rituales ha conservado su esquema de producción, sin advertir las reformas que en un proceso por audiencias, o en un mecanismo de litigación oral, la fisonomía es diferente. Esto ha llevado a que la práctica cotidiana haya dejado en los desechos a la prueba de absolución de posiciones (por la *probatio inutilissima*), o al testimonio en situaciones especiales (arts. 418 y 436); o con ciertas reglas que por impracticables generan desafortunados privilegios (arts. 447, 448, 462, etc.).

Son estos solo algunos de los relevamientos hechos para demostrar que no se puede reformar manteniendo el modelo tradicional. No por conocido es mejor, ni se convierte en eficaz por darle una renovación que termina siendo puro maquillaje.

5. La crisis de identidad del modelo

No se inhibe de crítica el resto de los códigos cuando regulan con pretendidos aciertos de modelos transportados a estas esferas instituciones que confunden su naturaleza jurídica.

Por ejemplo el Libro III del código federal dispone con casuística exagerada a los procesos de ejecución, los que están reglamentados con tantas defensas y excepciones que los convierten en procesos de conocimiento.

No existe la pura ejecución, y por ello los reformadores quieren traer el modelo monitorio como una promesa de ejecución rápida y certera. Creemos que es cierto, pero no es posible sin reformar todo el sistema actual.

Actualmente la tendencia es otra. Mucho más audaz, si se quiere. En la ejecución de sentencias y títulos ejecutorios asimilables, la intervención judicial queda encuadrada dentro del proceso principal. Dictada la sentencia, ésta se debe ejecutar. Y el juez debe colaborar en esa dimensión para impedir que su decisión no sea vulnerada por el deudor que desconoce la autoridad del pronunciamiento.

Inclusive, aún con reservas sobre cuanto se dice, algunos sostienen que la ejecución debe estar dispuesta de oficio. Porque si el juez le pregunta al beneficiario las razones por las que no se hizo acreedor de las mandas, y la respuesta obtenida es por el incumplimiento del condenado, bien podría el juez intimar a que se denuncien bienes, a resolver cautelares ejecutorias o convertir al acto de incumplimiento en un delito por la desobediencia al mandato jurisdiccional.

6. Los códigos generales

Desde el año 1988 cuando el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal aprobó en Río de Janeiro (Brasil) las bases del Código Modelo Tipo para Iberoamérica, la idea de generalizar un modelo de enjuiciamiento fue avanzando, haciéndose realidad en Uruguay y en tiempos más próximos en Colombia (cuyo Código General del Proceso comenzaría a regir a partir del 1° de enero de 2014).

En nuestro país también se introdujeron disposiciones particulares que, a título de enmiendas, modificaron las facultades judiciales para convertirlas en poderes de ejercicio activo. Fueron más las innovaciones, pero no son éstas el motivo de atención para este comentario que se quiere presentar como advertencia.

El riesgo (¿o beneficio?) de los códigos generales es unificar el modelo de proceso para cualquier conflicto (civil, comercial, administrativo, fiscal, etc.). Al estar dominado por más *reglas que principios*, el juez queda subordinado a ser un vigilante de las formas dejando el debate en manos de quienes litigan. Su intervención es ocasional y siempre en el radio de los deberes funcionales que custodia (v.gr.: lealtad, probidad, buena fe, preclusión, fatalidad de los términos, etc.).

Pero también un código general puede inspirar *más principios que reglas*, como es el caso del Código Procesal Civil y Comercial de Perú, donde el juez tiene mayores libertades aumentando así la responsabilidad profesional que asume. Un proceso con estas posibilidades se muestra dinámico; demasiado dinámico, porque los principios se pueden encontrar flexibilizados por la conveniencia ideológica (²).

7. Nuestra opinión

Actualmente, la estructura básica del derecho procesal es inconsistente para dar respuesta a los nuevos requerimientos, algunos de los cuales, exceden la problemática de las formas.

Ha de tenerse en cuenta que la ciencia se construyó para dar respuesta dogmática a los conflictos que se desprendían de requerimientos individuales que un tercero debía resolver. El punto de origen fue encontrar el límite de la función jurisdiccional, y en esta senda fue lógico sostener que la actuación judicial no podía exacerbar las pretensiones de cada litigante (principio de congruencia), de modo que nunca era posible remediar situaciones donde los hechos estuvieran fuera del marco litigioso.

La prueba se adopta como una carga individual del que afirma; la sentencia crea un derecho individual para quienes han sido las “justas partes” en la controversia, o el peticionante en un juicio voluntario; la cosa juzgada se idealizó como una proyección del derecho de propiedad y hasta se afincó en las garantías del debido proceso. Y así, numerosas características más que demuestran la construcción teórica sobre el individualismo.

Es lógico que estas formas y tradiciones conserven el diseño de un litigio entre partes singulares. Después de todo, son intereses particulares los que deben ser resueltos, y en el marco de la bilateralidad y contradicción, ajustando debidamente el

² Ver nuestro “*Tratado de Derecho Procesal Civil*” (tomo II, La Ley, 2009), donde destacamos la forma como los *principios procesales* se corren hacia las *garantías* (cuando se quiere fomentar su rigidez e importancia, por ejemplo, independencia e imparcialidad del que juzga), o se mueve hacia las *reglas* (cuando se quiere demostrar que el poder del juez permite dar flexibilidad a ciertos principios como la congruencia o el dispositivo).

control jurisdiccional sobre las actuaciones que se susciten, el juez tendrá que decidir “*secundum allegata et probata*”, vale decir, según lo alegado y probado por las partes.

Pero cuando nos despojamos de esta visión, y pretendemos que se haga justicia en todos los casos; rápidamente advertimos que las estructuras actuales no se adaptan al conflicto masivo donde no es fácil encontrar la individualidad satisfecha. La idea de agrupamiento no significa acumular intereses en un litisconsorcio infinito, sino encontrar un mecanismo que trascienda la respuesta al grupo afectado, a la comunidad alterada, a la sociedad en general.

Inclusive, aun alentando que prosiga el modelo de resolver sin extensiones o generalizaciones, el dilema de la justicia intrínseca queda latente. Obsérvese, sino, la causa por la que la arbitrariedad es el motivo más planteado en los recursos extraordinarios.

Lo que queremos sintetizar es que el código no está pensado para dar respuestas generales; pero tampoco lo permite la Constitución (art. 116), de modo que es necesario dar más precisiones legales para evitar las sentencias que legislen sobre vacíos normativos que se presentan como omisiones inconstitucionales.

Algunas legislaciones han ensayado un esquema teórico distinto, separando el derecho de petición (como simple ejercitación del derecho de pedir) de la práctica plena de promover una demanda ante la jurisdicción. De este modo, se clasifican las peticiones según la naturaleza que lleven y al órgano ante el que se presentan. Habría así, acciones populares que obligan al obrar jurisdiccional; quejas que derivan en la actuación administrativa; recursos distintos que originan el desempeño procedimental; iniciativas ciudadanas o propuestas populares que tienen como fin la producción legislativa ordinaria; y cada una a su vez, promueve un procedimiento, una instancia, donde la respuesta puede, inclusive, formalizarse a través del silencio.

En suma, la conclusión es que el proceso vernáculo (y también los demás latinoamericanos) no atiende la dimensión actual del conflicto entre partes. Es cierto que la controversia nace y se desarrolla como una cuestión entre derechos subjetivos que colisionan, y que el modelo de enjuiciamiento se restringe a las alegaciones y pruebas que los litigantes proponen; de suyo, la sentencia es un derecho nuevo, de contenido individual y sin trascendencia para otros; pero esta verdad no se puede llevar, sin más, a procesos colectivos, a acciones e grupo, al llamado amparo colectivo, entre otras manifestaciones de afectaciones múltiples que coinciden en el detrimento que se padece.

No es conveniente insistir con la estructura edilicia que tiene la vieja ley de enjuiciamiento civil española, cuando España misma la abandonó después de más de ciento cincuenta (150) años.

No resiste más el proceso escrito; hay que eliminar el uso del papel, mantenerlo para los mínimos indispensables. Se impone la tecnificación del desarrollo, la grabación del proceso, la digitalización de las comunicaciones, y tantas intervenciones más que debieran ser el principal punto de apoyo para toda reforma, en lugar de los remedios que se aplican que, por su precariedad o supuesta creatividad son totalmente impracticables de inmediato o a corto plazo.