

# CONTORNOS DE LA JUSTICIA PROCESAL (*procedural fairness*): LA JUSTIFICACIÓN ÉTICA DEL PROCESO CIVIL

Alvaro J. D. Pérez Ragone<sup>#</sup>

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA DISTINCIÓN ENTRE NORMA PROCESAL Y NORMA MATERIAL :1. excursus histórico 2. usa 3. derecho continental-europeo 4. propuesta de distinción entre norma jurídica formal y material. III. SOBRE EL VALOR “JUSTICIA PROCESAL” COMO ÉTICA “EN EL” PROCESO CIVIL: 1. breve reseña del pensamiento contemporáneo 2. propuesta de análisis. IV. ¿QUÉ ES, QUÉ DEBE SER Y CUÁL ES LA APLICABILIDAD DE LA JUSTICIA PROCESAL?: 1. respuesta ontológica 2. la respuesta deontológica 3. la respuesta pragmática-empírica 4. en búsqueda de la justificación y legitimidad del derecho material mediante el procesal. V. CONCLUSIONES*

**Abstract:** The private substantive law is often not observed and performed. A legal system needs to regard the possibility to become “in action” through some way different from the voluntary performance. This way in a current democratic State is assumed by the adjudication as task of judiciary, which acts are regulated by procedural rules. These should be founded and delimited by the “justice” or/and “fairness” as supreme value of political life. So this value has a formal/procedural and substantive/material dimension. Because a trial should apply the law to facts, so the procedural rules should provide a mechanism according to fairness (justice as fairness), connected but different from the rectitude and justice-fairness of the outcome. The procedural fairness requires not only a “procedure” , but also a procedure with a probable assured outcome without delay and with minimal cost. The adjudication, as one of the fundamental State function, should respect a value of justice not only with regard to the material individual norm (the judgement) and his material justice, but also in the enforcing of this *ex ante* , *ex post* and during the procedure. In order to realize the substantive law according to material justice, the State needs to be legitimated and justified ethically in its adjudicative function.

## I. Introducción

Debe esperarse a las obras de *Rawls* para que el valor máximo que impregna la vida política y el derecho sea analizado también en su dimensión procedimental<sup>1</sup>. El tópico no

---

<sup>#</sup> LL.B. (U.N.T./Argentina), LL.M. y Doctor en Derecho (Universidad de Colonia/Alemania). Investigador asistente (CONICET). Mi agradecimiento por la lectura , propuestas y críticas al original del Dr. Leonardo Raznovich, LL.M. (Harvard Law School), Ph. D. (Oxford University), Director de Estudios Legales y Lecturer en Canterbury Christ Church University College (Inglaterra).

<sup>1</sup> Me refiero a A Theory of Justice, Cambridge, Harvard Univ. Press, 1971, *passim* ; del mismo autor Justice as Fairness a Restatement , Kelly E. (Ed.), Cambridge Mass, Belknap Press- Harv. Univ. Press, 2001, *passim* y “Justice as Fairness: Political not Metaphysical”, Philosophy and Public Affairs 14/3, pp. 223-251 (en esp. pag. 14). He preferido mantener en el texto los términos “*justice as fairness*”. Ello porque carecen de una traducción precisa no solo al español, sino por ej. también al alemán. En este último caso incluso se incorporó al idioma el término “*fairness*”, pero que nadie se atrevería a identificarlo con “*justice*” (en inglés) o “*Gerechtigkeit*” (“justicia” en alemán). Ver al respecto el texto de Hoffmann, Roland, citado en nota 12, pp. 34-38, en esp. nota al pie 115. De la misma manera no creo poder identificar el vocablo “*fairness*” con “justicia” en español. Con esta

mereció la atención de los juristas que apenas lo rozaban al tratar del “*due process of law*” y del “*judicial review*”<sup>2</sup>. Como expondré nos encontramos por ante un tema que atañe no solo a la naturaleza, sino al funcionamiento mismo del estado de derecho. Desde la década de los setenta la psicología social desarrolló importantes investigaciones en torno a las consecuencias sociológicas de la “Justicia Procedimental”<sup>3</sup> que servirán para sustentar parte de los argumentos que presentaré.

Resulta curioso que las teorías de la justicia desarrolladas por la filosofía política y social no hayan prestado mayor atención a la distinción entre la esfera material y la procesal<sup>4</sup>. Es que quizás la “norma procesal” no sea susceptible de consideraciones éticas por tener un mero carácter “técnico-instrumental” que conviene no solo separar, sino además aislar de toda ponderación deontológica. Pretendida separación no es inocua. Se funda en una posición utilitarista decimonónica que persigue determinados objetivos<sup>5</sup>. La independencia de la acción material respecto de la procesal sostenida, argumentada y llevada hasta extremos por parte de la Escuela Histórica del Derecho y la pandectística alemana del siglo XIX llegó no solo sostener la división, sino además la separación e incomunicación entre el derecho material y el procesal. Esto fue receptado por la doctrina italiana de comienzos del siglo XX y divulgado en los países mediterráneos europeos e iberoamericanos<sup>6</sup>.

El conocido *Robin Hood* robaba a los ricos para dar a los pobres. Esta era su “forma” de actuar contra el rey que creaba impuestos arbitrariamente. Podría muy bien sostenerse que el resultado era materialmente justo, recibían los que no tenían de los que sí estaban realmente obligados y podían cumplir tributariamente. Sucede que “formal-procedimentalmente” no actuaba empleando las vías y mecanismos con los que seguramente contaba ese reino. La justicia material como valor del derecho sustancial, tiene en vista un resultado, múltiple en sus requerimientos en tanto “justo”, según se parta

---

salvedad lingüística el lector queda autorizado -al menos superficialmente- a tomar los términos como sinónimos en la lectura de este texto.

<sup>2</sup> Galligan, Denis, *Due Process and Fair Procedures*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 187-193 y 406-411.

<sup>3</sup> Me refiero esp. al trabajo de Morgan, William. / Sawyer, John, “Equality, Equity, and Procedural Justice in Social Exchange”, *Social Psychology Q.*, 42 (1979), p. 1 y posteriormente Lind, Alan/Tyler, Thomas, *The Social Psychology of Procedural Justice*, NY, Plenum Pub. Corp., 1988, *passim*. En el mismo sentido Lamm, Henry. /Schwinger, Thomas, “Need Consideration in Allocation Decision: Is it just?”, *Journal of Social Psychology*, 119, pp. 205-209; de los mismos autores, “Norms concerning Distributive Justice: Are needs taken into Consideration in Allocation Decisions?”, *Social Psychology Qua.*, 43, pp 425-439; Eek, Daniel, “The Fairness Effect on Cooperation in Asymmetric Social Dilemmas when Equality is Perceived as Unfair”, *Dep. of Psychology. Univ. of Göteborg N. 2:29*.

<sup>4</sup> Nelson, William, “The Very Idea of Pure Procedural Justice”, *Ethics* vol. 90 (1980), p. 502.

<sup>5</sup> La obtención de un resultado garantizado implica una utilidad maximizada que representa la correcta aplicación del derecho a los hechos. Esta es la posición utilitarista de Bentham, Jeremie, en *A Treatise on Judicial*, vol. 5-Evidence, Londres, Dumont (ed.), 1825, *passim* y “Principles of Judicial Procedure”, Lonodn, paper, 1837, *passim*. El argumento puede ser calificado como parcialmente correcto. Sucede que el resultado no solo debe ser correcto, sino además justo, valor que no desempeña un rol en el análisis del *Criminal Procedure* al cual principalmente se centralizaba el autor.

<sup>6</sup> Esto deriva de la desconfianza al “poder judicial” en las raíces de la revolución francesa y antecedentes en el derecho colonial de USA. Por la deficiencia deliberativa-representativa del poder judicial habría existido interés en mantenerlo “limitado” en espejal en su relación con decisiones que puedan rozar los intereses del legislativo y/o del ejecutivo (comp. al respecto Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 17-48, 94-99). Así las normas procesales al ser mera normas rituales técnicas no toleran ninguna ponderación deontológica, es simplemente mecánica contingente y variable de acuerdo a lo que se pretenda obtener de ellas, posición de Stein, Friedrich, *Grundriss des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts*, Tübingen, 1921, introd. p. XIV.; comp. Goldschmidt, James, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlín, 1925, pp. 150, 187 *et seq.*

de una posición libertaria, liberal, comunitarista, utilitarista, comunista u otra otra posible<sup>7</sup>.

El estado natural de *Locke* o el descrito por *Nozick* es el de “normalidad” que supone ya el respeto al derecho, ya la resolución de conflictos por los mismos sujetos participantes de esas relaciones jurídicas<sup>8</sup>. Sucede que los conflictos no son normalmente autocompuestos, sino que precisan de alguna asistencia y mecanismo de decisión que tiendan a lograr garantizar la obtención de un resultado que sea aceptado y respetado. Esta tarea la desempeña el estado mediante el ejercicio de su función jurisdiccional expresándose en un resultado que es la sentencia. ¿Cómo debe ejercer el estado esta función jurisdiccional para arribar a un resultado lo más previsible posible de modo tal que, realizando el derecho material pueda predicarse el respeto al valor justicia? Este *iter* o *procedere* debería perseguir la realización y plena restitución del derecho material y así la resolución justa de un conflicto<sup>9</sup>. Estas normas de juego son las normas procesales. La inquietud que se pretende presentar en este trabajo tiene por objeto no solo sostener, sino justificar la influencia del valor justicia en el derecho formal impregnando los mecanismos que lo integran.

El ejercicio de la función jurisdiccional debe *per se* adecuarse al valor justicia instrumentalizando la norma material. Entiéndase por “instrumental” la previsión de determinadas normas de juego a ser respetadas para realizar el derecho material y así poder recomponer el derecho vulnerado<sup>10</sup>. El respeto a las mismas y al valor que las impregna (justicia procesal) garantiza, o al menos debe garantizar, que el resultado final (sentencia) no solamente haya sido obtenido en base a un tránsito impoluto de estas normas de juego, sino además que logre el resultado final objetivo (rectificación del derecho material) como el subjetivo (la satisfacción de la justicia del caso)<sup>11</sup>. Procedimiento en tanto serie concatenada y deliberativa de actos tendientes a un resultado, existe en la administración, en el parlamento, en el acto electoral y en el poder

---

<sup>7</sup> Este ejemplo puede muy bien ser sustituido por el Hércules de *Dworkin, Ronald* (Taking Rights Seriously, Londres, Duckworth, 1978, *hard cases*) el juez omnipotente que resolver un caso adecuada y justificadamente. La pregunta en torno a la justificación del resultado en el “cómo se obtuvo” ocupa el foco de análisis. Advierto, sin embargo que este ejemplo de Dworkin debe ser más bien visto como modelo de justificación de una perspectiva material antes que procesal. Sobre las distintas alternativas para conceptualizar a la “justicia” en la filosofía política contemporánea ver *Campbell, Tom*, Justice, 2nd. Ed. London, Mcmillan Press Ltd, 2001, *passim*, esp. pp. 1-15.

<sup>8</sup> *Locke, John*, en el capítulo 2 del segundo de sus *Two Treatise of Government* y *Nozick, Robert*, *Anarchy, State and Utopia*, Washington, BasicBooks, 1974, pp. 95-96 tratan esta hipótesis de trabajo del estado natural. Hablo de “relaciones materiales” porque el “estado natural” no implicaría negar la existencia de deberes-facultades jurídicos y/morales.

<sup>9</sup> *Craig, Paul P.*, “Legitimate Expectations and Procedural Fairness: A Conceptual Analysis”, (1992) 108 LQR, p. 79; comp. *Tyler, Thomas R.*, “What is Procedural Justice?”, 22 Law and Society Rev. (1988), p. 103.

<sup>10</sup> *Jolowicz, John*, “On the Nature and Purposes of Civil Procedural Law”, 9 Civ. Just. Q. (1990), p. 262 *et seq.*; comp. ya con aplicación de *Game Theory*, *Ellickson, Robert*, *Order without Law- How Neighbors Settle Disputes*, Cambridge, Mass./London, Harv. Univ. Press, 1994, p. 8-10.

<sup>11</sup> *Fiss, Owen/Resnik, Judith*, *Adjudications and its alternatives: an introduction to procedure*, New York: Foundation Press, Thomas/west, 2003, pp. 5-25; comp. *Isaacharoff, Samuel*, “When Substance Mandates Procedure: *Martin vs. Wilks* and the Rights of Vested Incumbents in Civil Rights Consent Decrees”, 77 Cornell L. Rev. (1992), 189. El termino “paz” debe ser entendido como resultado mediatizado por la justicia del caso. Con corrección *Fiss* pone en enfrentamiento la “justicia” con la “paz” ADR (nos referimos “Against Settlement”, (1984) 93 Yale L. J. 1073). La paz supone la consecución de la justicia y no viceversa. El adjetivo de “social” nada tiene que ver con posibles derivaciones de un *Welfare State* ni con un *Social Welfare*. Solo se refiere a la trascendencia de la sentencia para la sociedad no limitándose solo a crear una norma individual (ver al respecto *Galligan, Denis*, “Procedural Rights in Social Welfare”, in *Coote, A. (ed.)*, *Citizens Right in the Modern Welfare State*, London, Rivers Oram Press, 1992.

judicial<sup>12</sup>. Este trabajo trata sobre el procedimiento<sup>13</sup> en el poder judicial (proceso judicial), entendido como la serie concatenada y deliberativa de actos en forma dialéctica por contradictorio ante un tercero imparcial para obtener un resultado vinculante (norma individual)<sup>14</sup>. Hemos de inquirir sobre si es posible hablar de un valor justicia que califique al proceso judicial. Este trabajo aparte de limitarse al proceso judicial, se concentra en el proceso judicial civil no incursionando en el penal. Muchas de las reflexiones que elaboraron en torno a la justicia procesal acostumbran centrarse en el proceso penal, en tanto medio de legitimación para la imposición de una pena<sup>15</sup>, ello es una sentencia que condene o “declare” la inocencia. En el proceso civil -al menos en la tradicional clasificación- es posible arribar a una sentencia constitutiva, declarativa o condenatoria. Igualmente los valores que están en juego en el proceso penal, difieren de aquellos que se ventilan en un proceso civil. Si en el proceso penal v.g. se discute o no sobre el homicidio- eventual pena privativa de libertad para el procesado, en el proceso civil tendremos v.g. la discusión sobre si A cumplió o no un contrato. Aun cuando el objeto de los procesos, en tanto y referidos a los valores en juego difiera, veremos sin embargo que el surgimiento de la teoría de la justicia procesal ha tenido lugar en el proceso penal y solo recientemente ha comenzado a extenderse al proceso civil<sup>16</sup>.

Si bien se pretende apenas esbozar el tema “justicia procesal”, este trabajo no pretende tratar lo que “es” o “debe ser” la justicia, quedando el sustantivo aislado fuera de tratamiento. Si necesito partir de mi visión de lo que la “justicia”, debo considerarla *in extremis lato sensu*, como valor que requiere el trato igualitario, con el respeto de la libertad y autonomía en lo que a cada uno le corresponde en la interacción social. El sustantivo en tanto calificado por el adjetivo es objeto de las siguientes meditaciones y partiendo de una primera pregunta en torno a su existencia y necesidad. En caso de dar una respuesta afirmativa: ¿estamos hablando de algo diferente a la justicia (hasta ahora aparentemente solo tratada en tanto sustancial)? Trataré de brindar apenas contornos nocionales –sin llegar a ser conceptuales- de lo que considero un valor al cual debe adecuarse el estado en ejercicio de la función jurisdiccional. Así respondo afirmativamente al primer interrogante. A lo segundo respondo negativamente. La justicia procesal es una modalidad de actuación de la justicia no ya en el plano material sino formal o procedimental. Ontológicamente la justicia procesal es una aplicación del género justicia. Ahora bien no siempre esa aplicación satisface las exigencias éticas del “deber ser sustancial y el material”. Ello es en tanto ejercicio de algunas de las funciones del estado. En este caso a la función jurisdiccional=proceso judicial=*adjudication*. De hecho es

---

<sup>12</sup> Galligan, Dennis, op. cit., nota 2, pp. 48-49; Hoffmann, Roland, *Verfahrensgerechtigkeit*, Viena/Zürich, Ferdinand/Schöning, 1992, pp. 44-45 y esp. 201-235; comp. por cierto esta descripción con la de Guasp, Jaime-Aragoneses, Pedro, *Derecho Procesal Civil*, T. I, 7ª. Ed., Navarra, Ed. Civitas, 2005, pp. 31-38 en lo que denominan “orientación material el concepto de derecho procesal, o resolución de controversias” y la “orientación procesal como la actuación de derechos”. Ellos proponen una alternativa que estimo intermedia de “instrumento de satisfacción de pretensiones” (Sic) (p. 35).

<sup>13</sup> En lo que sigue tómesen como sinónimos: adjetivo=formal=procesal=procedimental y sustancial=material=de fondo. Sin embargo sobre cuestionamientos a esta sinonimia desde la lógica formal y la metafísica v. Henckel, Wolfram, *Prozessrecht und materielles Recht*, Berlín, 1979, pp. 12-35.

<sup>14</sup> Comp. Damaška, Myrian, *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven, Conn., Yale University Press., 1986, pp. 10-20; comp. Resnik, Judith, “Managerial Judges”, 96 *Harv. L. Rev.* (1982), p. 376.

<sup>15</sup> Comp. Hoffmann, Roland, op. cit., nota 12, pp. 22-25.

<sup>16</sup> Coincidentes Neumann, Ulrich, “Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren”, *ZStW* 101 (1989), p. 53 *et seq.*; Geerds, Friedrich, “Strafrechtspflege und prozessuale Gerechtigkeit”, *SchlHA* 1964, pp. 57-66.

posible que un resultado sea materialmente justo, pero que haya vilentado los requerimientos formales y viceversa. Así no debe confundirse la correspondencia que “debería darse” con la que “se da”. No puedo dejar de considerar, que cuando normalmente se habla de “justicia, o lo justo” se hace referencia a un resultado antes que al camino para acceder a él. Es más, la distinción que importa entre justicia procesal y material es cuando a la primera se la identifica con lo que Rawls denomina “*justice as fairness*”. Ello es un valor intraprocesal de trato que aparece hasta como indeterminado e indeterminable. No nos concentramos ya en un resultado “justo”, sino en el mecanismo para tratar de acceder a él. No puede dudarse que de hecho algunos “criminales o deudores” son declarados inocentes, mientras que algunos inocentes son condenados. Lo relevante es el cómo se llega a una sentencia: entiéndase esto es “*justice as fairness in a procedure*”, algo diferente pero complementado -no necesariamente asegurando- tendiendo apenas a garantizar la “*justice as outcome*”.

Debo aclarar que el presente trabajo es apenas una introducción para un proyecto aun más ambicioso. Este pretende sostener y justificar la convergencia a la cual están llegando los sistemas procesales civiles del *Common* (USA-UK) y del *Civil Law*<sup>17</sup>. Considero que precisamente la justicia procesal es el canal de aproximación, justamente porque en él y por él son verificables y evidentes las coincidencias. Sostengo igualmente que detalles de técnica procesal (v. g. juicio por jurados o adversarial-inquisitivo) son temas contingentes y dependientes de una multiplicidad de variables que no solo incluyen a las normas materiales sino también las de organización del sistema judicial. El punto de convergencia es el reencuentro y necesaria comunicación entre la forma y la materia mediante la satisfacción del valor justicia<sup>18</sup>.

Comencé con esta introducción. En una segunda parte pretendo distinguir entre la norma sustancial- material- de fondo y la formal- procesal- adjetiva. Una vez que estos conceptos sean aclarados, trataré de desarrollar en una tercera parte apenas una noción de justicia procesal, los principios procesales derivables, como así también su importancia ontológica, deontológica y pragmática. En una cuarta parte trataré de justificar política y socialmente la existencia de la justicia procesal y de desarrollar el argumento que denomino “opción de participación” como respuesta suficiente y adecuada que permite predicar el respeto o no al valor justicia procesal (legitimidad). Finalmente presento las conclusiones.

---

<sup>17</sup> Parte de esa convergencia se da en el tema prueba judicial (*evidence*). V. g. un instituto existente actualmente y con una probada eficiencia como es el *Discovery* -dentro del sistema procesal anglo-americano- se presenta como una herramienta epistémica útil para el juez y para las partes. Justamente este instituto no ha merecido la atención suficiente en el sistema continental europeo, sino hasta hace muy poco tiempo evidenciado en la reciente reforma de uno de los códigos procesales civiles de máxima referencia en el sistema continental, el Código Procesal Civil Alemán del año 2002.

<sup>18</sup> ALI/UNIDROIT, Principles and Rules of Transnational Civil Procedure, Council Draft No. 2 (23.09.2003), *passim* y la nota de fundamentación de los autores Hazard, Geoffrey /Taruffo, Michelle, “Transnational Rules of Civil Procedure”, pp. 66 y ss.; Walter, Gerhard/Baumgartner, Samuel, “Utility and Feasibility of Transnational Rules of Civil Procedure: Some German and Swiss Reactions to the Hazard and Taruffo Project”, 33 *Tex. Int’l L. J.* (1998), p. 463, 464; de los mismos, “Improving The Projects of The Transnational Rules”, in *Ritsumeikan L. R.* 18 (2001), p. 169; Taruffo, Michelle, “Drafting Rules for Transnational Litigation”, *ZZPInt* 2 (1997), 499; críticamente Born, Gary, “Critical Observation on the Draft Transnational Rules of Civil Procedure”, in 30 *Tex. INT’L L.J.* 387 (1998); Ferrand, Martin, “Vers des règles transnationales de procédure civile ? Le projet de l’American Law Institute et d’UNIDROIT”, *Rev. Des Huissiers de Justice* 2002, p. 1; ver igualmente Stürmer, Rolf, “Modellregeln für internationalen Zivilprozess?”, *ZZP* 112 (1999) 185 esp. p. 201.

## II. La distinción entre norma procesal y norma material.

En sistemas de organización federal (*lato sensu* incluyendo confederación), como el argentino, el estadounidense, el mexicano, el canadiense y el suizo, distinguir entre norma procesal y norma sustancial implica distinguir entre competencia federal y reservada de los estados federados. Mientras que en el resto de los países la distinción tiene en la práctica una aplicación reducida v.g. en *Conflict of Laws*<sup>19</sup>.

### 1. *Excursus histórico*

En el derecho romano, las normas relativas a la resolución de conflictos parecen haber tenido no solo en su génesis, sino también en su importancia prioridad a las normas de fondo: v. g. en el sistema de *legis actionis* hasta el sistema formulario<sup>20</sup>. Ello es, podía muy bien predicarse que *Tertius* era titular de un derecho para exigir una conducta de *Secundo*, en tanto esté investido de la protección jurisdiccional representada por la *actio*. Durante la edad media la distinción tomista entre forma y materia traducida en normas de forma y de fondo fue receptada por el derecho canónico, consecuentemente por el romano-canónico y posteriormente por el denominado derecho común<sup>21</sup>. No debe tampoco dejarse de mencionar que los derechos bárbaros (salvo los francos) carecían de “normas de procedimiento” eficientes y creíbles en comparación con el derecho romano del período post-Justiniano y en especial con las sofisticadas normas formales que disponía la Iglesia Católica<sup>22</sup>.

La formación medieval del derecho inglés con influencias prioritariamente bárbaras sajonas, normandas y parcialmente teutónicas en forma dual entre *Common Law* y *Equity* tenía un rasgo particular. El justiciable era titular de un “derecho”, en tanto “remedio” para requerir su ejecución (*writ system*). Es decir, la sustancia y el proceso eran definibles como uno. Incluso el acceso a la ejecución era inmediato no dependiendo de ninguna instancia de conocimiento o sentencia de condena. Lo mismo aconteció en el sistema de

---

<sup>19</sup> Gerber, David, “The Substance-Procedure Distinction in the United States Law”, in Stürner, R. (Ed.), *Materielles Recht und internationale Zwangsvollstreckung*, Bielefeld, Gieseking, 2001, p. 113 ; comp. Solum, Lawrence, “Procedural Justice”, Public L. and L. Th. Research Paper Series/Paper n° 04-02, spring 2004, / Electronic Paper Collection (<http://ssrn.com/abstract=508282>), pp. 9-11; sí el tópico asume importancia v.g. en Der. Int. Privado/Conflict of Laws, ver Cook, John, “Substance and Procedure in the Conflict of Laws”, 42 Yale L. J. , (1933), p. 333; ver igualmente para un análisis comparativo “Symposium: U.S. Conflicts Theory: Impact Abroad”, 30 Am. J. Comp. L. I (1982).

<sup>20</sup> Kollmann, Andreas, “Begriffs- und Problemgeschichte des Verhältnisses von formellem und materiellem Recht”, Berlín, Duncker & Humblot, 1996, pp. 40-54; Kaser, Max/Hackl, Karl, “Das römisches Zivilprozessrecht”, München, Beck, 1996, § 11, I, p. 52; en relación a la Ley de las Doce Tablas v. Düll, Rudolf, *Das Zwölftafelgesetz-Texte und Erläuterung*, Berlín, 1989, p. 10 *et seq.*; Mainz, Pierre, *Cours de droit romain*, II, Bruselas, 1877, pp. 284-288; Engelmann, Arthur, *Der Civilprozess. Geschichte und System*, I. vol, Leipzig, 1895, pp. 1-50.

<sup>21</sup> Téngase presente que Inglaterra y Escocia receptan el derecho romano-canónico y con ello seguramente el marcado acento sobre las normas procesales. Los juristas escoceses se formaban en Francia y de esta manera Escocia se fue formando con un sistema mixto: normas de fondo continental-europeas y normas de forma del *Common Law*. Inglaterra por su parte receptó el derecho romano por el derecho canónico-eclesiástico y parcialmente por la influencia inicial de las “nuevas ideas” que traían los encoceses. Ver Bell, Georg, “Commentaries on the Law of Scotland”, V. 1, Edinburgh, 1870, pp. 4-12.

<sup>22</sup> Stein, Peter, *Römisches Recht und Europa*, Frankfurt a. M., Fischer, 1999, pp. 99-102; Wolter, Ulrich, *Ius Canonicum in Iure Civile*, Colonia/Viena, 1975, p. 4; Koschacker, Paul, *Europa und das römische Recht*, Munich/Berlin, 1958), p. 113; Litewski, Wreslovi, *Der römisch-kanonische Zivilprozess nach den älteren ordines iudiciarii*, 1. ed, Kroków: 1999, pp. 1-4.; Hartmann, Paul, *The Oral Contentious Process: A Historical and Canonical Analysis*, Tesis, Washington, 1999, pp. 1-3; Nörr Knut, Wolfgang, “Päpstliche Dekretalen und römisch-kanonischer Zivilprozess”, in *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*, Frankfurt am Main, 1972, p. 53.

*Equity* donde el *chancellor* concedía un remedio de protección jurisdiccional flexible en base a un juicio discrecional a los principios de equidad<sup>23</sup>.

## 2. USA

Los comentarios al derecho inglés escritos por *Blackstone* intentando sustentar el derecho sustancial en el derecho natural -donde describió las distintas formas de la acción, pretendiéndola diferenciar de la sustancia<sup>24</sup>- tienen excepcional importancia ya que fue receptada en los Estados Unidos. Será en este país donde paulatinamente se comience a distinguir entre el derecho sustantivo de una persona, y los mecanismos para protegerlo e implementarlo<sup>25</sup>. A comienzos del siglo XX es criticada la distinción por tener su fundamento en una supuesta ley natural que justificaría una “jurisprudencia mecanizada”. Esta es la crítica principal del realismo legal que pretendía ignorar y dejar sin efecto estas distinciones. En especial los conceptos de forma y de sustancia no resultaban argumentativamente aceptables. El juez debía concentrarse al contexto social y moral en el cual se desarrollaron los hechos del caso sujetos a juicio, independizándose de todo dogmatismo. Parte del dogmatismo era precisamente la distinción entre sustancia y forma. En este contexto se sancionan las *Federal Rules of Civil Procedure*<sup>26</sup>. Hay que esperar al caso *Erie R.R. v. Tompkins*<sup>27</sup> para que la Corte Suprema de los Estados Unidos en el año 1938 se pronuncie sobre los criterios de distinción entre el derecho procesal y el derecho sustancial al efecto práctico de distribuir la competencia legislativa federal y estatal en la materia. Es en la década de los cincuenta con el surgimiento de la teoría del proceso o del *Judicial Process* que se fortalece la distinción entre proceso y sustancia lográndose de alguna manera sostener la autonomía de la norma procesal. Para sustentar un proceso justo y neutral se abstrae la sustancia de la forma lográndose un cambio copernicano en la atención de la norma procesal<sup>28</sup>. Contra este movimiento surge el de los CLS, *Critical Legal Studies*, que pretenden desvirtuar en su utilidad y fundamentos la distinción entre sustancia y proceso, ya que la misma perseguiría solo intereses políticos ajenos al derecho<sup>29</sup>. En el sistema norteamericano la distinción iniciada por la Corte Suprema continuó con el caso *Guaranty Trust* en 1945<sup>30</sup>, *Byrd* en 1958<sup>31</sup>, y

<sup>23</sup> Ver al respecto Holdsworth, Walter, *A History of English Law*, V. 1, 7a. ed., Londres, 1956, p. 535; Millar, Robert W., *Civil procedure of the trial court in historical perspective*, New York, 1952, pp. 10-18; Jacob, James, *The Fabric of the English Civil Justice*, Londres, 1987, pp. 8-25; Milsom, Samuel, *Historical Foundations of Common Law*, London, 2<sup>nd</sup>. Ed., 1981, pp. 37-80.

<sup>24</sup> Comp. Plucknett, Theodor, *A Concise History of the Common Law*, London, 5<sup>th</sup> ed. 1956, p. 381.

<sup>25</sup> Fue precisamente en 1848 que se realiza por primera vez de forma trascendente la distinción entre ambos en el Código de Nueva York, el denominado “*Field Codigue*”. Ver Subrin, Stephen, “David Dudley Field and the Field Code: An Historical Analysis of an Earlier Procedural Vision”, 6 *Law and History Review* (1988), p. 311.

<sup>26</sup> White, Edward M., “From Sociological Jurisprudence to Legal Realism: Jurisprudence and Society in Early Twentieth Century America”, 58 *Vir. L. Rev.* (1972), p. 999; ver igualmente Llewellyn, Karl, “A Realistic Jurisprudence- The Next Step”, 30 *Colum. L. Rev.*, (1930), p. 431; comp. Subrin, Stephen, “How Equity Rules Conquered Common Law: The Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective”, 135 *U. Penn. L. R.*, (1987), p. 852, 943-73.

<sup>27</sup> *Erie R. R. Co. v. Tompkins*, 304 U. S. 64 (1938); ver al respecto Redish, Martin/ Philips, Charlor, “Erie and the Rules of Decision Act: in Search of the Appropriate Dilemma”, 91 *Harv. L. Rev.*, p. 356.

<sup>28</sup> Peller, Gary, “Neutral Principles in the 1950’s”, 21 *U. Mich. J. L. Ref.* (1988), p. 561; comp. Cardozo, Benjamin, *The Nature of Judicial Process*, (New Haven, Yale Univ. Press, 1991, *passim*).

<sup>29</sup> Gerber, David, *op. cit.*, nota 19, p. 119.

<sup>30</sup> *Guaranty Trust Co. v. York*, 326 U.S. 99 (1945).

<sup>31</sup> *Byrd v. Blue Ridge Elec. Corp Inc.*, 356 U.S. 525 (1958).

fundamentalmente el caso *Hanna* contra *Plummer* en 1965<sup>32</sup>, que ratificó la importancia constitucional de la distinción.

### 3. Derecho continental europeo

El desarrollo histórico en el sistema continental europeo no se diferencia mucho de lo antes descrito, aun cuando se haya iniciado cronológicamente antes<sup>33</sup>. El movimiento del derecho natural, iniciado *Grotius* y *Pufendorf* y continuado por *Von Boehmer*, *Wolff*, *Netteblatt*, *Grolman* y *Gömmmer* entre otros, parece apenas haber prestado atención el tema<sup>34</sup>. Es con la Escuela Histórica del Derecho que se da inicio a un intento de sistematización con alto grado de abstracción del derecho material, cuanto del formal. En *Savigny*<sup>35</sup> no es posible hablar de tratamiento diferenciado del derecho material y formal. Su sucesor *Puchta*<sup>36</sup> logra al elaborar una noción de “proceso” y por primera vez separa la “demandabilidad” del derecho de fondo en que se sustenta. Es igualmente novedoso la mención de “actos procesales” como distintos de los “actos sustanciales”<sup>37</sup>. Más aun la revalorización del derecho romano implica partir de una estructura “accionaria” del derecho fundada en la *actio*. Y en especial la pandectística alemana defines del siglo XIX (*Windscheid*<sup>38</sup>, *Büllow*<sup>39</sup>, *Degenkolb*<sup>40</sup> y *Wach*<sup>41</sup>) elabora las bases doctrinarias de

<sup>32</sup> *Hanna v. Plumer*, 380 U. S. 460 (1965).

<sup>33</sup> Si tuviéramos que hacer un paralelo cronológico las diferencias comienzan en realidad a notarse a partir de fines de la edad moderna. El elaborado derecho romano-canónico fue desarrollándose paralelamente al derecho común. El punto de inflexión es representado por los movimientos codificadores iniciados a fines del siglo XVIII (v.g. Landrecht de 1794) y cristalizados a comienzos del siglo XIX por los códigos de Napoleón. En el derecho anglo-sajón continuaban las raíces normandas y francas con influencia romana y canónica, de hecho por ej. en la identificación de las acciones con los derechos=*remedies*, ver al respecto *Schmitthoff, Clive*, “Der Zivilprozess als Schlüssel zum Englischen Rechtsdenken”, JZ 1972, p. 38. Téngase presente que las ciudades del norte de Italia representaban en la Edad Media un polo de recepción y de producción por la escuela de Bolonia no solo del derecho romano-canónico sino del denominado *diritto statuario* que logró sintetizar normas propias del derecho germano-longobardo con el derecho romano. El derecho procesal de la ejecución es prácticamente insinuado por la Lex Salica en el siglo VI y estructurado en el los siglos XIII y XIV en Italia (*Schwarzenberg, M.*, “Processo civile (storia del diritto)”, in *Novmo. dig. it.*, XIII, 1966, p. 1152; *Sella, Paolo*, *Il processo civile nella legislazione statutaria italiana*, Milano, 1927, p. 181; *Campitelli, Antonio*, “Processo civile (diritto intermedio)”, ED 36, pp. 80-92; *Paoli, M.*, “Due statuti della guarentigia”, in *Arch. Stor. ital.*, 1882, pp. 250) La dogmática procesal queda estancada en la edad moderna y contemporánea, salvo en Alemania y Austria donde formó parte del sistema elaborado por la Escuela Histórica y la pandectística. Por la dificultad de acceso al idioma comienza a ser tardíamente receptada en Italia por un jurista de peso como *Chiovenda, Giuseppe* (“Romanesimo e Germanesimo nel Processo Civile”, in *Saggi di Diritto Processuale Civile*, t. I, Milano, 1904, p. 181 y del mismo autor el discurso de apertura en la Univ. De Bologna “L’azione nel sistema dei diritti”, Bologna 1903, *passim*) y luego seguida por sus sucesores *Carnelutti* y *Calamandrei*. Es curioso que en este contexto de la mediocridad dogmática procesal del siglo XIX se sanciona el primer código procesal que influenciará a todo el proceso civil continental-europeo, me refiero al *Code de Procedure Civil* de Napoleón en 1806, dos años después del *Code Civil* ambos con marcado tinte liberal y patrimonialista (v. al respecto *Endres, P.*, *Die französische Prozessrechtslehre vom Code de procédure civile (1806) bis zum beginnenden 20. Jahrhundert*, Tübingen, Mohr, 1985, pp. 49-81; comp. *Martin, Raymond*, *A nouveau siècle nouveau procès civil*, Aix en Provence, Edilex Club, 2000, pp. 44-48.

<sup>34</sup> V. en detalle *Nörr, K.-Wolfgang*, *Naturrecht und Zivilprozess (Naturrechtsperiode)*, Tübingen, Mohr, 1976, *passim*.

<sup>35</sup> Me refiero principalmente a su *System des heutigen römischen Rechts*, Vol. V, § 205 y Vol. VI, § 256, Reichverlag, 1846-1848. Coincidente *Simhäuser, Wolfgang*, *Zur Entwicklung des Verhältnisses vom materiellem Recht und Prozessrecht seit Savigny*, Bielefeld, Giesecking, 1965, pp. 52-57; más en detalle *Kollmann, Andreas*, op. cit., nota 20, pp. 530-532.

<sup>36</sup> *Puchta, Gustav*, *Pandekten*, 3a. ed. Berlin, Reichverlag, 1845, § 81, p. 116.

<sup>37</sup> *Kollmann, Andreas*, op. cit., nota 20, p. 535.

<sup>38</sup> *Windscheid, Bernard*, *Die Actio – Abwehr gegen Dr. Theodor Muther*, Berlin, nueva reedición de la obra de 1857, (1969), pp. 1-3.

<sup>39</sup> *Büllow, Oskar*, *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, Berlin, 1868, pp. V-VII; del mismo *Klage und Urteil. Eine Grundfrage des Verhältnisses zwischen Privatrecht und Prozess*, Berlin, 1903, p. 68 *et seq.*

<sup>40</sup> *Degenkolb, Heinrich*, *Der Streit über den Klagerechtsbegriff*, in *Beiträge zum Zivilprozesses*, München, 1905, pp. 1-25.

<sup>41</sup> *Wach, Adolf*, “Rechtsschutzanspruch”, *ZDZ XXXII* (1904), pp. 1-34 y del mismo *Der Feststellungsanspruch. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch*, Leipzig: Univ. Edit. 1888, reed. 1989, pp. 14-25.



diferenciación y luego de separación entre el derecho procesal y el sustancial. Así se postula incluso la autonomía del derecho procesal con las confrontaciones en torno a los conceptos de “pretensión”, “demanda” y “derecho”. Estas elaboraciones de la doctrina alemana fueron receptadas a comienzos del siglo XX por la doctrina italiana y divulgadas en los países de habla originaria latina italo-luso-franco-iberoamericana<sup>42</sup>.

#### **4. Propuesta de distinción entre norma jurídica formal y material**

Una visión simplista podría diferenciar entre normas formales y sustanciales en base a las siguientes pautas. Son normas sustanciales las que contienen imperativos de conducta. Ello es, están destinadas a determinar facultades, deberes o cargas, cuyo ejercicio depende de la voluntad libre de los ciudadanos. Son normas formales- adjetivas- procesales, aquellas que regulan el cómo debe arribar a una decisión quien ejerce función jurisdiccional. Cuando surge el conflicto de intereses y la necesidad de ejercicio no voluntario de facultades, deberes o cargas impuestos por el derecho material, el estado debe actuar en ejercicio del monopolio jurisdiccional. Las normas procesales están destinadas a determinar cómo debe ser este actuar para arribar obtener una solución. Aparentemente esta distinción no solo sería correcta formalmente, sino válida<sup>43</sup>. Así tomando en forma separada una norma de derecho civil que dispone que el comprador tiene que entregar la cosa al vendedor celebrado el contrato de compraventa (imposición de conducta), esa norma es diferente de otra norma que establece cómo, por ante quién y cuándo el comprador puede interponer una demanda a los efectos de que se condene al vendedor a la entrega de la cosa.

Considero argumentalmente poco feliz y no aceptable la distinción entre norma formal (regulación de decisiones) y norma material (regulación de conductas) solo en base al contenido de las mismas. Así no se lograría responder preguntas como las de normas materiales que hacen referencia a criterios de decisión, o de normas procesales que imponen deberes de conducta a las partes<sup>44</sup>. Otro criterio permite explicar y fundar mejor la distinción, a saber: la función y el objetivo de la norma<sup>45</sup>. Así aun cuando una norma procesal sea formalmente calificable como tal (incluso afirmando que la misma tiende prioritariamente a regular la decisión en el ejercicio de la función jurisdiccional), no implica negar que ella pueda también tener una función material o sustancial. Esto permite hacer un cruce predicando la existencia de normas sustantivas con función procesal y normas procesales con función sustancial. Así una norma formalmente procesal (como reguladora de la decisión o *modus decidendi* del ejercicio de la función

---

<sup>42</sup> Al respecto ver Perez-Ragone, Alvaro, *Europäisches Mahnverfahren*, (Colonia/Berlin/Zürich: Heymanns 2004), § 3 y § 4.

<sup>43</sup> Así Kollmann, Andreas, op. Cit., nota 20, p. 690; comp. Carrington, David, ““Substance” and “Procedure” in the Rules Enabling Act”, 1989 Duke L. J. 281, 287 esp.; conf. con Kelleher, L., “Taking “Substantive Rights” (in the Rules Enabling Act) more Seriously”, 74 Notre Dame L. Rev. (1998), 47.

<sup>44</sup> Parece ser la posición sustentada por Kollmann, Andreas, op. cit., nota 20, pp. 689-670; por cierto no dista mucho de la opinión de Possner, Richard en *S. A. Healy Co. V. Milwaukee Metropolitan Sewerage District*, 60 F. 3d 305, 310 (7th cir. 1995): “substantive...designed to shape conduct outside the courtroom and not just improve the accuracy or lower the cost of the judicial process”; comparar el argumento que propongo con el de Dan-Cohen, Meir, “Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic separation in Criminal Law”, 97 Harv. L. R. (1984), 625.

<sup>45</sup> Hart, Herbert / Sacks, Albert, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, New York, Foundation Press, 1994, pp. 1-10; comp. Fiss, Owen, “The Form of Justice”, 93 Harv. L. Rev. 1; comp. Baumann, Paul T./Brown, James/ Subrin, Stephen, “Substance in the Shadow of Procedure : The Integration of Substantive and Procedural Law in Title VII Cases”, 33 B. C. L. Rev. 211 (1992).

jurisdiccional) puede tener una función sustantiva: v.g. la condena de *astreintes* o el *civil and criminal contempt of court*<sup>46</sup> imponen una conducta. Igualmente una norma formalmente material (que regula las conductas debidas) puede desempeñar un rol formal: v.g. las normas sustanciales sobre distribución de la carga de la prueba en la responsabilidad objetiva (*Bourden of proof-strict liability/ Beweisumkehr*)<sup>47</sup>.

Esta distinción trae consigo el riesgo de pretender no solo diferenciar sino además aislar y separar el proceso de la materia. Experimentalmente nos podríamos imaginar un estado en el cual las normas materiales estén absolutamente incomunicadas (desvinculadas) de las normas formales, donde no existen conflictos, o cuando emergen sean autocompuestos por las partes<sup>48</sup>. O bien que se disparen mecanismos de resolución en forma perfecta tanto en su funcionamiento como en sus resultados. El criterio de distinción entre la norma formal y procesal desde el punto de vista del contenido, siendo la materia y la forma absolutamente indiferentes y no relacionadas entre sí, presupone que los ciudadanos conozcan en plenitud sus deberes y facultades y el cómo resolver los conflictos en caso de vulneración de sus posiciones jurídicas materiales. Implica también que el estado conoce conjuntamente con los ciudadanos que la recomposición de las posiciones jurídicas materiales mediante las normas formales será realizado de una manera perfecta arribándose a un resultado igualmente incuestionable. En esta hipótesis de trabajo con perfecta separación e indiferencia entre la norma material y formal se parte de un presupuesto meramente epistémico y no ontológico. Todos conocen quién y cómo deben comportarse exista o no conflicto. Sucede que la incomunicación podría, v.g. lógicamente permitir que se recurran a normas formales penales para resolver conflictos sustanciales civiles<sup>49</sup>. Sucede sin embargo que la incomunicación impediría adecuar las normas formales a las necesidades de las sustanciales.

Ante este escenario podríamos acudir al *distingo* entre resultado *ex ante* y *ex post*<sup>50</sup>. Así partiendo de la realidad -en la cual este supuesto de laboratorio no debería existir- lo que el estado intenta hacer es implementar normas formales de una manera tal que permitan arribar a un resultado<sup>51</sup>. La norma formal asume un rol instrumental que solo puede desempeñarlo en tanto se “adecue-comunique” a/con la norma sustancial<sup>52</sup>. Verificada la alteración del derecho material *ex ante* existen determinadas normas predispuestas de procedimiento que prometen el encauzamiento y resolución del conflicto. Sin embargo el resultado es susceptible de ser comparado en su deficiencia o perfección en definitiva y solo recién *ex post*. Es decir una vez que ha sido obtenido logrando no solamente

---

<sup>46</sup> Ver in extenso las implicancias materiales del instituto en Dobbs, David, “Contempt of Court: a Survey”, *Cornell L. Rev.*, 56 (1971), 185; Mann, Keneth, “Punitive Civil Sanctions: The Middle ground Between Criminal and Civil Law”, 101 *Yale L. J.*, 1795.

<sup>47</sup> Ver otros ejemplos en Solum, Lawrence, op. cit., nota 19, pp. 35-37.

<sup>48</sup> Hay, Bruce, “Procedural Justice- Ex Ante vs. Ex Post/Symposium on Alternative Dispute Resolution”, 44 *UCLA L. Rev.*, p. 1803.

<sup>49</sup> Comp. esta hipótesis con la preocupación de Nozick sobre el control de las agencias que independientemente deben ejercer una función rectificadora de las injusticias de transferencia o adquisición (“*Procedural rights*” y “*incomplete knowledge*”) en op. cit., nota 8, p. 58; comp. con Paul, Eduard, *Reading Nozick: Essays on Anarchy, State and Utopia*, Blackwell, 1981, p. 86 *et seq.*

<sup>50</sup> Hay, Bruce, op. cit., nota 48, 1803.

<sup>51</sup> Hart, H. / Sacks, A., op. cit., nota 45, pp. 1-10.

<sup>52</sup> Comf. Fiss, Owen/ Cover, Robert, *The structure of procedure*, Mineola, N.Y., Foundation Press, 1979, pp. 1-10; comp. Isaacharoff, S., op. cit., nota 11, p. 189.

recomponer la norma material vulnerada respetando las reglas formales, sino que con ello logró satisfacer los intereses materiales de las partes, y con ello la pacificación social<sup>53</sup>.

### III. Sobre el valor “justicia procesal” como ética “en el” proceso civil

La sinonimia del término inglés “*fair*” con “*just*” (*fairness = justice*) es semánticamente importante para los argumentos que desarrollo a seguir (ver la reserva *supra* nota 1)<sup>54</sup>. Como noción “*fair*” refiere al trato justo y equitativo. De allí que el trato justo y equitativo procesal pueda ser designado como “*procedural fairness*”. Sin embargo este es apenas una de las posibles aplicaciones de la justicia procesal, la variante conocida como debido proceso legal (*due process of law*). Como bien señala Barry es posible distinguir entre: a) *procedural fairness* a los efectos de señalar la aplicación correcta de las formalidades que definen a un procedimiento de b) *background fairness* que mas bien refiere a la posibilidad de considerar cuestiones de equidad caso por caso en forma combinada con las formas procedimentales que revisten carácter general<sup>55</sup>. Las formas existen como vimos no solo en el procedimiento judicial, sino en el administrativo, en el parlamentario, y también en el político, exteriorizado por las elecciones. Las formas permiten dar seguridad jurídica, otorgar cierta garantía para el arribo a un resultado que implique la realización de la justicia material. Finalmente tienen un objetivo de racionalización y de predecibilidad igualitaria en su inicio, desenvolvimiento y conclusión.

No resulta claro sobre si la justicia en el plano jurídico se refiere solo a las normas de imposición de conductas (derecho material) o si también incluye aquellas que establecen los procedimientos para la decisión vinculante por un tercero imparcial en la resolución de conflictos (normas procesales). Es el *common law* que brinda una óptica diferente del derecho no solo como imposición de conductas, sino además como posibilidad de ser

---

<sup>53</sup> No me convence el tan acostumbrado cliché del “proceso como medio de resolución de conflictos”. Ello es al menos históricamente refutable y cuestionable. En efecto se busca un método que reemplace a la venganza privada y con ello a la guerra y que de alguna manera logre la paz social en la comunidad. En el derecho romano, las normas relativas a la resolución de conflictos parecen haber tenido no solo en su génesis, sino también en su importancia prioridad a las normas de fondo: v. g. en el sistema de *legis actionis* hasta el sistema formulario (Kollmann, Andreas, op. cit., nota 20, pp. 40-54; Kaser, M./ Hackl, K., op. cit., nota 20, § 11, I, p. 52 *et seq.*; Millar, Robert W., op. cit., nota 23, pp. 10-18. Me quedan dudas si la el proceso, con éstos cánones en el período medieval por ejemplo, tenía en vista la realización del derecho material. Creo que era irrelevante. No era priorizado, ya que solo se procuraba la sola “resolución de conflictos” ante la necesidad de “paz social”, siendo consecuentemente no considerado el “cómo” y menos aun el resultado al menos con criterios de “justicia”. Pero este relato histórico puede actualmente ejemplificarse. En un caso de responsabilidad extracontractual contra el demandado –que efectivamente fue autor del daño satisfaciendo entonces todo los presupuestos y elementos de la responsabilidad civil- el juez solo tiene una prueba: confesión extrajudicial del demandado obtenida mediante el empleo de totura física y moral. El juez pronuncia una sentencia condenatoria en base a este medio de prueba. *Ex ante* el actor tenía predispuerto un mecanismo procesal mediante el cual hizo valer su pretensión. *Ex post* hay una sentencia que materialmente recompone un daño según las normas de responsabilidad civil. La sentencia satisface la pretensión del actor y podría hasta suponerse que estaba en los cálculos de eventuales sanciones a sufrir por el demandado. *Ex post* podría incluso llegarse a predicar la satisfacción de la justicia material. No obstante también *ex post* puede predicarse que la sentencia se basó en un juicio de convencimiento fundado en una prueba obtenida no de acuerdo a las reglas de juego e incluso con vulneración de derechos fundamentales. *Ex post* es válido el siguiente juicio: esa sentencia condenatoria en contraria a la justicia procesal. Aun cuando subjetivamente el actor pueda considerarse por satisfecho y el demandado por resignado en una sanción material previsible, el resultado violenta el debido proceso y con ello impide ver por satisfecha la paz social que hubiera podido ser alcanzada por la resolución del conflicto válida y justa tanto formal como materialmente. Comp. Harris, Robert J./Joyce, M. Alexander, “What’s fair? It depends on how you phrase the question”, Journal of Personality and Social Psychology, 38, 165-179; comp. Kaplow, Luis, “The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis”, 23 J. Legal Stud., p. 307.

<sup>54</sup> Galligan, Denis, op. cit., nota 2, introduction XVII.

<sup>55</sup> Barry, Mark., Political Argument, Londres, 1965, p. 97.

realizable por ejecución<sup>56</sup>. Nótese como el ángulo de contemplación del derecho cambia: es su realizabilidad (ejecutabilidad/*enforcement*) mediante un procedimiento (norma procesal) que sirve de sustento suficiente y de garantía de legitimidad para la norma material<sup>57</sup>. No existe justificación alguna para reducir el tratamiento de la justicia al derecho material y no preguntarse sobre sus virtualidades y consecuencias en el derecho procesal<sup>58</sup>.

### ***1. Breve reseña del pensamiento contemporáneo***

En la filosofía europea contemporánea, tanto *Stammler*<sup>59</sup>, *Henkel*<sup>60</sup>, como *Radbruch*<sup>61</sup>, se ocupan poco y nada al tema de la justicia procesal. Cuando lo hacen es reducido al proceso penal. Hay que esperar las obras de *Kohler*<sup>62</sup>, y en especial *Brunner*<sup>63</sup>, *Engisch*<sup>64</sup> y de *Perelman*<sup>65</sup>, para comenzar a ver planteado el problema ético dentro de las normas de procedimiento judicial (proceso judicial). Sucede que las normas de procedimiento fueron tradicionalmente vistas como simples reglas técnicas con una tésis variable, que obstaba a toda consideración ética. Ello implicaba que el procedimiento satisfacía *per se* real o por ficción-, con el solo establecimiento de normas de juego para la aplicación del derecho de fondo, los requerimientos mínimos para el funcionamiento y el ejercicio de la función jurisdiccional. No cabía espacio para consideración ética alguna en la legitimidad, eficiencia, objetivos y resultados de dichas normas<sup>66</sup>. Consideraciones tales obstaban la postulación de la autonomía de la disciplina procesal, en tanto disciplina técnica. Si resulta curioso que los filósofos como *Scheler*<sup>67</sup>, por aplicación del formalismo filosófico kantiano, no hayan vislumbrado que los interrogantes sobre derechos y deberes (normas

<sup>56</sup> Este es el postulado básico del *writ*, y original del derecho romano de las *legis actionis* tal cual lo mencionamos *supra*. Comp. Fuller, Lon, "Adjudication and the Rule of Law", 54 Proc. Am. Soc'y Int'l L. 1 (1960); en el mismo sentido ver Hart, Herbert/Sacks, Albert, op. cit., nota 45, pp. 1- 35.

<sup>57</sup> Visión que se remonta a la recepción pura del derecho romano-canónico y al aislamiento insular que permitió la paulatina construcción de un sistema jurídico no solo fundando en el precedente "*stare decisis*", sino marcadamente procesal y mandamental. Cuando uso la voz "mandamental" me refiero a que el juez o quien desempeñaba su función titularizaba la *coertio* y el *imperium*. Esto implicaba en la práctica una tutela directa del derecho material que no necesitaba estar "mediatizada" por la sentencia condenatoria que necesitaba ser ejecutada. El juez conocía y ejecutaba con inmediatez, característica que persiste hasta ahora (comp. Schmitthoff, Clive, op. cit., nota 33, p. 38 *et seq.*). Su par el derecho continental europeo necesitó, en especial luego de la codificación napoleónica de fondo y de forma de la llamada "sentencia condenatoria" para recién habilitarse el acceso a la ejecución. Sucede que el juez debía ser limitado por estancos cerrados del ejercicio de la potestad ejecutiva. Incluso *Montequieu* vio en ella ejercicio de función administrativa y no jurisdiccional (comp. esta descripción con la de Radbruch, Gustav, *Der Geist des Englischen Rechts*, 4ª. Ed.: Göttingen, 1958, *passim*). El juez puede solo pronunciar un juicio de conocimiento constitutivo, declarativo o condenatorio. Solo este último habilita el acceso a la ejecución. Acontece que el juez no es simplemente la "*Bouche de la Loi*" (Para un tratamiento fundado de la función creadora del juez ver Reynolds, Williams, *Judicial Process*, 2<sup>nd</sup>. Edit. St. Paul : West Pub. 1991, pp. 107-160; Capelletti, Mauro, *Juizes legisladores ?*, Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Fabris ed. 1999, p. 31)

<sup>58</sup> Comp. Fiss, Owen/ Rendleman, Doug, *Injunctions*, 2<sup>nd</sup>. Ed. Mineola, N.Y., Foundation Press, 1984, pp. 1-15; en el mismo sentido propugnando la aplicación de la potestad "mandamental" del juez en el proceso civil continental ver Marinoni, Luiz G., *Técnica processual e tutela dos direitos*, San Pablo/Brasil, Ed. Revista dos Tribunais, 2004, pp. 27-64.

<sup>59</sup> Así en *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, Edición reimpressa en Stuttgart, 1964 sin modificaciones de la original Halle an der Saale, 1926, *passim*.

<sup>60</sup> Su *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2a. Ed. München, 1977, p. 6 *et seq.*

<sup>61</sup> *In Rechtsphilosophie*, 8ª. Ed. Stuttgart, 1973, p. 87.

<sup>62</sup> Me refiero a *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 3a. ed. Berlin, 1923, donde trata en forma expresa de una „filosofía del proceso civil“.

<sup>63</sup> *En Gerechtigkeit. Eine Lehre von den Grundgesetzen der Gesellschaftsordnung*, Zürich, 1943, p. 262.

<sup>64</sup> *En Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*, München, 1971, p. 157 *et seq.*

<sup>65</sup> Entre su obras en especial *De la Justice*, Bruselas, Off. De Publ. , 1945, pp. 21-26.

<sup>66</sup> Comp. Schaper, Joachim, *Studien zur Theorie und Soziologie des gerichtlichen Verfahrens*, Berlin, 1985, p. 30.

<sup>67</sup> En especial en *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertheit*, 4a. ed. Berna, 1954, *passim*.

éticas de conducta) no puedan ser independientemente tratadas de las formas para juzgar lo que es o no ético (norma de decisión). No debemos olvidar que *Hanns Kelsen*<sup>68</sup> representó sin duda el máximo exponente del formalismo o procesalismo aplicado al derecho en un positivismo de abstracción de la política y de la ética. Postula el rol del valor justicia a través de las formas y del proceso en las dimensiones y las relaciones normológicas, de la justificación y de las jerarquías sistémicas<sup>69</sup>.

Hay que esperar hasta los estudios de *Coing*<sup>70</sup>, *Schmidt*<sup>71</sup> y en especial de *Luhmanns*<sup>72</sup> para aceptar la posibilidad de que estas “normas técnicas” tengan una autonomía que no impida sostener la necesidad de la legitimidad y justificación ética. El derecho material se debe “legitimar” mediante el proceso. La teoría de la justicia procesal no puede tratarse sin referencia a *Rawls*<sup>73</sup> y secundariamente a *Habermas*<sup>74</sup>. Estos dos autores conjuntamente con los posteriores permiten en el plano jurídico, fundar los pilares de la denominado justicia procesal, tomando como punto de inicio la revalorización de las normas procesales, pasando de una concepción tecnicista a otra funcional<sup>75</sup>. Los escritos actuales sobre el tema giran en torno a los postulados de estos dos autores<sup>76</sup>.

## 2. Propuesta de análisis

El derecho procesal no permite ser “acústicamente” separado ni divorciado del derecho material. Esto es lo que denomino “naturaleza instrumental de la justicia procesal”. No solamente existe la posibilidad de tensiones entre la justicia material y la procesal como dilema de prisionero, sino además dentro de principios derivables de la justicia procesal se da un enfrentamiento de prioridades: seguridad jurídica, eficiencia, economía de tiempo y de costos.

El juez realiza en forma dialéctica con las partes una actividad epistémica-normativa-deontológica. Ello permite casi “discursivamente” reconstruir<sup>77</sup> una realidad que permita arribar al convencimiento de la aplicación o no de determinada norma jurídica a

<sup>68</sup> En su *Reine Rechtslehre*, 2a. Ed., Viena, 1960), pp. 237-241; ver en relación a aspectos procedimentales de la “justicia” en Kelsen *Nogueira Dias, Gabriel*, “Was ist Gerechtigkeit?- Facetten einer Gerechtigkeit im Rechtspositivismus Hans Kelsen“, in *ZöR*, 57, 2002, p. 22.

<sup>69</sup> *Hoffmann, Roland*, op. Cit., nota 12, pp. 32.

<sup>70</sup> En *Die obersten Grundsatz des Rechts*, Heidelberg, 1947, p. 80 *et seq.*

<sup>71</sup> En “Von Sinn und Notwendigkeit wissenschaftlicher Behandlung des Straffprozessrecht“, *ZStW* 65 (1953), pp. 161-177; del mismo *Materielle Rechtskraft-Materielle Gerechtigkeit*, *JZ* 1968, pp. 681-684.

<sup>72</sup> En *Legitimation durch Verfahren*, 3a. ed. Darmstadt: Neuwied, 1978, *passim*, esp. pp. 8-50.

<sup>73</sup> Me refiero a las obras citadas en la nota 1.

<sup>74</sup> En especial “Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?”, *KJ* 1987, pp. 1-16, igualmente *Theorie des kommunikativen Handeln*, Frankfurt, 1981 *passim* 2 vol. y *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt, 1983, pp. 127-206; para una traducción a la lengua inglesa *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Rengh, W. Trad., 1995, *passim*. ; del mismo autor “Discourse Ethics: Notes on a Program of Philosophical Justification”, in *Moral Consciousness and Communicative Action*, Traducc. Lenhardt & Nicholson, 1990. Un estudio actual y completo sobre Habermas puede verse en *Froomkin, Michael*, “Habermas@Discourse.net: Toward a Critical Theory of Cyberspace”, 116 *Harv. L. R.* (2003), 749 *et seq.*

<sup>75</sup> Similar punto de vista es sostenido por *Cover, Robert*, “The Uses of Jurisdictional Redundancy: Interest, Ideology, and Innovation”, 22 *WM. & Mary L. Rev.* 639 (1981).

<sup>76</sup> En especial *Galligan, Denis*, op. cit., nota 2 *passim* y *Solum, Lawrence*, op. cit., nota 19, *passim*; *Bayles, Michael*, *Procedural Justice*, Londres, Kluwer, 1990, *passim*.

<sup>77</sup> Sobre el término “reconstruir” y los pruritos epistémicos que implica ver *Bunnet, W. Lawrence/ Feldman, Martha S.*, *Reconstructing Reality in the Courtroom*, London, Tavistock, 1981, *introd.*

determinados hechos<sup>78</sup>. Téngase sí presente que no creo quepa hablar ni de “verdad objetiva”, menos de “verdad subjetiva”. Como el historiador el juez realiza una actividad mediatizado por lo argüido y probado o no por las partes. Es así que el resultado no puede acercarse a una verdad objetiva, ni depender de la verdad del juez en su propia convicción sin los aportes de las partes. Sucede que a diferencia del historiador, el juez está obligado (inexistencia del *non liquet*) a realizar una actividad epistémica para reconstruir una realidad de modo tal que permita subsumirla en norma jurídica (actividad normativa) y así crear una norma individual para el caso. Esta norma individual debe adecuarse al valor justicia, recomponiendo el derecho material vulnerado (actividad de deontológica).

#### IV. ¿Qué es, qué debe ser y cuál es la aplicabilidad de la justicia procesal?

Estas tres preguntas pretenden agotar el tema de la justicia procesal y sustentar mi posición. Las preguntas del título exigen tres respuestas diferentes: una ontológica, otra de ética normativa y finalmente una pragmática-empírica.

##### 1. Respuesta ontológica

Para la pregunta ontológica sobre la existencia de la justicia procesal necesitamos releer a Rawls. Su distinción entre justicia procedimental pura, perfecta e imperfecta si bien resulta atractiva, me cuesta mucho creer que haya sido pensada en términos ontológicos como subespecies de la “justicia formal”. Me explico. Tratar la justicia procesal es partir del género “justicia” para intentar encontrar la diferencia específica. Sucede de que en realidad no nos encontramos frente a dos especies (justicia material y justicia procesal), sino frente a un solo género con dos diferentes modalidades de aplicación. Primero se podría muy bien verse en los supuestos enunciados por Rawls en realidad y *rectius* diferentes situaciones que tienen o en las que tiene la justicia una importancia decisiva. Segundo dicha importancia debe estar íntimamente vinculada con un procedimiento a seguir para arribar a un resultado. En tanto se verifique esta situación, cabe preguntarse sobre si nos encontramos frente a un caso de justicia procesal pura, perfecta e imperfecta, pero de ninguna manera considero que de la argumentación rawlsiana permita inferirse la existencia de “tipos de justicias”<sup>79</sup>. Así corresponde en realidad partir de que ontológicamente existe una justicia procesal en tanto nos encontremos por ante una situación en la cual es necesario un procedimiento para arribar a un fin determinado que debe ser garantizado en su corrección y validez. Pero además del procedimiento, el mismo está sujeto a una ponderación deontológica mediante el prisma valor justicia, ex ante, durante y ex post. Esta combinación permite hablar de la existencia de un resultado no solamente correcto y válido, sino justo. Esto sin olvidar que el proceso imbuido de la justicia procesal debe tender a obtener cierto resultado, no viéndose afectada esta premisa por el hecho de esto no se logre.

---

<sup>78</sup> La “posibilidad de participación” que desarrollaremos luego permite respetar el marco discursivo del proceso judicial y así satisfacer en cierta medida lo requerido por Habermas, Jürgen. “The principle of discourse ethics makes reference to a procedure, namely the discursive redemption of normative claims to validity. To that extent discourse ethics can properly be characterized as formal, for it provides no substantive guidelines but only a procedure: practical discourse”, in “Discourse Ethics: Notes on a Program of Philosophical Justification”, in *Moral Consciousness and Communicative Action*, Traducc. Lenhardt & Nicholson, 1990), pp. 43-65.

<sup>79</sup> Comp. Nelson, William, op. cit., nota 4, p. 502 *et seq.*

Desde un punto de vista de ontológico, no podemos obviar que la distinción rawlsiana - principalmente la denominada justicia procedimental pura- no resulta imaginable sino en supuestos donde voluntariamente el resultado es aceptado, cualquiera sea su contenido, siempre y cuando sean respetadas las reglas de procedimiento para arribar a él. Es por ello que este supuesto no es un caso de justicia procesal, sino mas bien de funcionamiento y realización “normal” de las normas materiales que regulan por ej. los contratos.

## **2. La respuesta desde la ética normativa**

Es que en el planteo rawlsiano de la justicia procesal pura además no existe el aspecto especificativo de independencia, sencillamente por no ser necesario. El procedimiento mismo asegura arribar a un resultado *per se* justo. Sí va a necesitar *Rawls* acudir a la especificación de la independencia para tratar los supuestos de justicia procesal perfecta e imperfecta. Precisamente la “justicia procesal imperfecta” requiere el poner a disposición un procedimiento mediante el cual se tienda a obtener un resultado con la minimización de la posibilidad de injusticia<sup>80</sup>.

Ahora bien, la pregunta sobre el porqué un resultado obtenido mediante un procedimiento debe ser aceptado por las partes precisa de algunas aclaraciones previas. La pregunta no es otra diferente de la necesidad de justificación de la obligatoriedad de las normas y de los juicios jurídicos<sup>81</sup>. En el proceso judicial, es posible hablar, en primer lugar de una situación *ex ante*. Así ante la vulneración del derecho material y antes de poner en funcionamiento la maquinaria procedimental-jurisdiccional del estado. En segundo lugar cabe mencionar una situación *in itinere* y finalmente una *ex post*, es decir mientras se va elaborando y luego de obtenido el resultado respectivamente.

*Ex ante* puede existir el derecho del que se postula como afectado para requerir del estado la puesta a disposición de mecanismos que aseguren de una manera eficiente y válida un resultado que probablemente recomponga la derecho material<sup>82</sup>. Ello es derecho a solicitar al estado el ejercicio de su función jurisdiccional de manera eficiente y adecuada a la vulneración del derecho que invoca (derecho de acción)<sup>83</sup>.

Un segundo momento es el del procedimiento ya en curso, donde entiendo entra en juego el debido proceso legal manifestado en lo que denomino “*justicia procesal interna*”. Ello es: (a) los requisitos intrínsecos del procedimiento que permitan el juez de una manera independiente e imparcial y con trato igualitario de las partes (b) acceder mediante condiciones epistémicas previamente determinadas a la información requerida, que le permita tener (c) un conocimiento de un grado tal que pueda motivadamente subsumir los hechos en una norma jurídica para emitir (d) un juicio, en tanto resultado correcto, válido y justo<sup>84</sup>. Estos requisitos del debido proceso (justicia procesal interna) parten del respeto a la dignidad personal de las partes. Exige una valoración de las relaciones jurídicas

---

<sup>80</sup> Rawls, John, *A Theory of Justice*, op. cit., nota 1, pp. 85-87.

<sup>81</sup> Comp. Nelson, William, op. cit., nota 4, p. 502; comf. con Dworkin, Ronald, “Principle, Policy, Procedure”, in *A Matter of Principle*, Oxford, Clarendon Press, 1985, *passim*.; comp. Estridge, William, “Metaprocedure”, 98 Yale L. J. 945.

<sup>82</sup> Comp. Isaacharoff, Samuel, op. cit., nota 11.

<sup>83</sup> Ball, Michael, *The Promise of American Law: A Theological, Humanistic View of Legal Process*, New York: 1981, pp. 1-10; comp. con Cover, Robert, “The Uses of Jurisdictional Redundancy: Interest, Ideology, and Innovation”, 22 WM. & Mary L. Rev. 639 (1981).

<sup>84</sup> Fuller, Lon, op. cit., nota 56.

trilateral, del actor, del demandado y del juez, en donde se debe respetar el contradictorio, el derecho a ser oído, la igualdad, y el deber de motivación suficiente del resultado<sup>85</sup>.

Finalmente es posible hablar de una justicia procesal en tanto *ex post*, es decir con un resultado constituido, discursiva y contradictoriamente en tanto sujeto a juicio de si el mismo es justo, correcto y válido.

Es que como ya sostuve *supra IV, I*, la justicia procesal no es algo diferente de la justicia material, sino es una aplicación de la “justicia en el proceso”. Es posible entonces que se vea una faz interna de la justicia procesal. Igualmente puede hablarse de una justicia procesal en tanto sancionadora (en caso de inconducta de las partes v.g.), o de imposición de deberes y cargas. No existe tampoco óbice para admitir una “una justicia procesal distributiva” ( el supuesto de acceso a la justicia de los económicamente carentes v.g.) o de una justicia procesal conmutativa exteriorizada en el principio dispositivo o en las estructuras procesales *adversariales*<sup>86</sup>.

### 3. La respuesta pragmática-empírica

El tercer aspecto pragmático o de aplicabilidad de la justicia procesal resulta relevante en relación a las distintas ofertas de estructuras procesales que el estado debe poner a disposición de los ciudadanos. El justiciable es un consumidor de la actividad jurisdiccional y desde el momento que el estado detenta -con exclusividad- la función dirimitoria de conflictos, igualmente debe ejercer esa función de una manera eficiente, previsible y oportuna<sup>87</sup>. Sucede que el justiciable no sólo tiene derecho a una tutela jurisdiccional del estado, sino -y *rectius*- a una adecuada y efectiva tutela jurisdiccional, en tanto “poder-deber” del Estado. La vinculación entre el derecho sustancial y el procesal se realiza mediante la función jurisdiccional del estado<sup>88</sup>. El principio de protección jurídica constituye en realidad la otra cara de los derechos subjetivos en tanto garantía de realización de estos con auxilio del estado. Allí donde se invoque el derecho material en crisis por conflicto debe existir una adecuada viabilización y medio de realización éste (*ubi ius ibi remedium*)<sup>89</sup>. La justicia procesal tiene una comprensión que no se identifica solo con el *substantiv and procedural due process of law*<sup>90</sup>. El juez crea una norma individual. El ordenamiento jurídico prevé no solo la serie de reglas a las cuales el juez y las partes se deben adecuar (normas procesales), sino además la posibilidad del error en el resultado del proceso. Ello es, éste no se realizó como debió

<sup>85</sup> Friendly, H., “Some Kind of Hearing”, 123 U. Pa. L. Rev. 1267.

<sup>86</sup> Me tomo la licencia para emplear este término que no existe en la lengua española.

<sup>87</sup> Hazard, Geoffry- Taruffo, Michelle, American Civil Procedure, New Haven, Yale Univ. Press, 1993, pp. 214-215. Un importante *approach* a “*the legal justice and the social justice*”, partiendo de los ideales de igualdad, autonomía y acceso de los individuos sumándose la apertura en la participación social. Sencillamente el proceso tiende a efectivizar la Justicia como valor realizable que consistirá en armonizar estos objetivos-ideales.

<sup>88</sup> Marinoni, Luiz G., Efectividades do processo e tutela de urgencia, Porto Alegre, Fabris edit., 1994, p. 65; Dinamarco, Candido R., “Tutela jurisdiccional”, RePro 81/55, San Pablo.

<sup>89</sup> Friendly, H., op. cit., nota 85; comp. en la procesalística continental-europea en el mismo sentido Liebman, Enrico, T., *Manuale di Diritto Processuale Civile*, Milan, Giuffrè, 1984, v.1, p. 129; Bedaque, Jose R., *Direito e Processo*, San Pablo, Malheiros, 1995, p. 24.

<sup>90</sup> Galligan, Denis, op. cit., nota 2, pp. 188-191; Reynolds, Williams, op. cit., nota 57, pp. 1-3; un fundamento último para el debido proceso lo da por ej. la visión libertaria Nozick, Robert, op. cit., nota 8, pp. 96-100; comp. Ellickson, R., op. cit., nota 10, pp. 230-239; conf. Rutherford, Joseph, “The Myth of Due Process”, 72 Boston Univ. L. R., 1992, 1; no desarrollo en este aporte la distinción entre *Procedural y Substantive due Process*, en detalle sobre los términos y sus implicancias en especial para la fundamentación del *Judicial Review* ver Myers, Richard, “The End of Substantive Due Process”, 45 Washington Lee L. R. 557.



haberse realizado siguiendo los causes *ex ante* preestablecidos. No nos interesa si el error es voluntario o no y si el mismo tiene lugar durante el “juego” o en su resultado (sentencia)<sup>91</sup>. Lo cierto es que la realidad “reconstruida” mediante el procedimiento que es subsumible en determinada norma jurídica arriba a un resultado *ex post* valorable como injusto. Este defecto funcional de las reglas de juego (procedimiento) o su resultado (sentencia) implican un menoscabo del valor Justicia. Sucede que aun con reglas de juego adicionales que permitan “rever” ese resultado tachado de injusto, puede esa instancia de revisión igualmente arribar a otro resultado igual o más injusto. El error judicial es una posibilidad inevitable, consiguientemente de necesaria contemplación por el ordenamiento jurídico<sup>92</sup>. Este aspecto pragmático es también contemplado por Rawls, así cuando sostiene que en el supuesto de la justicia procesal imperfecta, un medio de minimización de la injusticia sería el juicio por jurados<sup>93</sup>.

Sí existen determinados parámetros que permiten hablar de reglas de juego más eficientes para la obtención y el respeto de lo justo<sup>94</sup>. Aquí se debe distinguir entre los derivados no intrínsecos a la justicia procesal y los principios determinativos de esta. Los primeros son variables y dependen sí de criterios técnicos en su adaptabilidad, los segundos son necesarios y hacen a la esencia discursiva-participativa-dialéctica del proceso, que son tratados en el próximo punto<sup>95</sup>.

La oralidad del proceso colabora sin duda a una mayor eficiencia. La inmediatez en el examen de un testigo hace prever que quizás el juez tendrá una idea de la realidad depuesta por aquel mucho más completa (sin importar si es o no verdadera) que si apenas se reduce a leer una declaración testimonial escrituralizada. La discusión sobre la eficiencia del proceso civil de los países del *common law* en comparación con los del *Civil Law* no parten solo de un análisis “utilitarista”. El principios de economía de tiempo y gastos, de seguridad jurídica no se enfrentan ni complementan a la justicia, como valor supremo del Derecho y en este caso a la “justicia procesal”. Mas bien la integran y se sujetan en sus especificidades a esta<sup>96</sup>.

Así la justicia procesal no solo está integrada por el necesario respeto a las reglas de juego y a su resultado, sino a reglas de juego que deben ser funcionalmente coherentes y eficientes para la consecución de su fin<sup>97</sup>. Derecho material, derecho formal instrumental,

<sup>91</sup> Reynolds, Williams, op. cit., nota 57, pp. 53-55, 182-184.

<sup>92</sup> Ver sobre la distribución de los riesgos del error “Santosky v. Kramer”, Sup. Court. US (1982), 455 U. S. 745.

<sup>93</sup> Rawls, John, *A Theory of Justice*, op. cit., nota 1, p. 86.

<sup>94</sup> Comp. este enfoque con Shapiro, Ian, *Democratic Justice*, New Haven, Yale Univ. Press, 1999, pp. 1-5; Gottwald, Peter, “Die ökonomische Analyse zur Kritik und Reform des Zivilprozessrechts”, in Festschrift Fasching, Holzhammer/Jelinek/Böhm (Ed.), Wien, Mainz, 1988, p. 181 *et seq.*; Klein, Franz, “Probenvortrag an der Wiener Universität 1885”, Reden, Vorträge, Aufsätze, Briefe 1, Viena, 1927, p. 3; Rechberger, Walter, “Rechtspolitische Ziele und Gestaltungsanliegen der österreichischen Zivilprozessordnung”, 100 Jahre ZPO- Ökonomische Analyse des Zivilprozesses, Bundesministerium für Justiz, Lewisch, P. / Rechberger Walter (Ed.), Viena, 1998, p. 53; Wassermann, Rudolf, *Der soziale Zivilprozess*, Berlin, Luchterhand, 1978, p. 89; Ramos Méndez, Francisco, “El umbral económico de la litigiosidad”, in *Mélange Perrot*, Paris, 1996, p. 379 *et seq.*

<sup>95</sup> Aquí me permito tomar la distinción entre principios que definen a una virtud (en ese caso la justicia) y los principios que están al servicio de esa virtud, ver al respecto Nozick, Robert, *The Nature of Rationality*, Princeton, N. Jersey, Princeton Univ. Press, 1993, pp. 11-12; conf. con Rawls, John, en *The Independence of Moral Theory*, *Collected Papers*, p. 295.

<sup>96</sup> Comp. Priest, Geroge L., “Regulating The Content and Volume of Litigation: An Economic Analysis”, 1 Sup. CT. Econ. Rev. 163 (1982); Posner, Richard, “An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration”, 2 J. Legal Stud. (1973) p. 399.

<sup>97</sup> Fiss, Owen, “Foreword: The Form of Justice”, 93 Harv. L. Rev. (1978), p. 1; Hoffmann, Roland, op. cit., nota 12, pp. 40-46; comp. Scalia, Antony, “The Rule of Law as a Law of Rules”, 56 U. Chi. L. Rev. (1989), p. 1175; Summers, Robert, “Law,

Eliminado: 3;

tutela efectiva, debido ejercicio de la función jurisdiccional hacen a la realización de “lo justo”, todo se conjuga en el eje temático en la necesidad del empleo útil del engranaje y reglas de juego prefijadas, en este engranaje especial denominado “proceso judicial”. La vinculación de la persona con este particular engranaje se da *ex ante* (posibilidad y acceso a la justicia), dentro de él (debido proceso), y *ex post* luego con su producto-resultado (haciendo efectivo plenamente lo que en él se determinó realizando el derecho de fondo con respeto de la justicia material y procesal)<sup>98</sup>.

Desde el punto de vista pragmático, existen en el sistema procesal continental europeo los denominados principios procesales/*Prozessmaximen/Principle de la procedure civile* (dispositivo, inquisitivo, oralidad, publicidad, formalidad, escrituralidad, etcétera), que no son sino derivados variables en el tiempo y espacio de la aplicación de la justicia procesal. Ello es contingentes y dependientes de una multiplicidad de variables. Los principios se vinculan con la técnica procesal. Así principios y técnica procesal intentan dar respuestas de mecanismos procesales pragmáticamente mas eficientes y adecuados para garantizar antes, durante y luego de un procedimiento la maximización de resultado justo con minimización de uno injusto con distribución equitativa del riesgo del error en la aplicación del derecho material.

#### ***4. En búsqueda de la justificación y legitimidad del derecho material mediante el procesal***

No pretendo tratar en el presente, ni responder la justificación última de la justicia sino solo parcialmente de una aplicación de éste. ¿ Por qué nos encontramos obligados a respetar un resultado emanado de determinado procedimiento, resultado que se dice recompone el derecho material, se dice “justo”? Este es un tema de la justificación normativa y de la justificación de los títulos de imperatividad. No se me escapa que en Rawls existe una íntima vinculación entre la teoría sustantiva de la distribución con los principios de la justicia distributiva<sup>99</sup>. Parte en realidad de la dependencia argumental de la justicia formal de la preeminencia del trato igualitario. Este podría ser un punto de discusión y de disenso en el cual no planeo incursionar. A tal punto que me es posible incluso ver que en el tema del procedimiento y de la justificación de un resultado no difieren posiciones aparentemente antagónicas como la de *Rawls* y *Nozick*. En efecto en ambos existe la preocupación por el procedimiento y el logro de un resultado que esté debidamente justificado. Quizás pueda como mínima diferencia predicarse de que en *Nozick*<sup>100</sup> la justificación, el procedimiento y el resultado es mínimamente necesaria, mientras que en *Rawls* puede verse una compulsiva justificación del proceso mediante la necesidad realización de su postulado de la justicia distributiva<sup>101</sup>.

---

Adjudicative Process, and Civil Justice”, in *Law, Reasons & Justice* (Hughes (ed.)), New York, N.Y Univ. Press, 1969, pp. 169-82.

<sup>98</sup> Fiss, Owen/Resnik, Judith., op. cit., nota 11, pp. 5-15.

<sup>99</sup> Bone, Robert., “Agreeing to Fair Process: The Problem with Contractarian Theories of Procedural Fairness”, 83 B.U. L. Rev., p. 485.

<sup>100</sup> Téngase presente que en *Nozick* la formulación de la teoría de la justicia también contiene los *Procedural Rights* como necesarios y vinculados con la posibilidad de rectificación de la injusticia. (la obra citada en nota 8, op. cit., pp. 58)

<sup>101</sup> Comp. Nelson, William., op. cit., nota 4, 502.

La justificación que otorga legitimidad a una resolución jurisdiccional es que haya sido pronunciada respetando las normas de juego de la función jurisdiccional. El proceso y su respeto implican la plena vigencia de la justicia procesal, lo que otorga legitimidad al actuar del estado. ¿En el ejercicio de la función jurisdiccional civil se requiere la participación de las partes?. Cierta doctrina responde negativamente<sup>102</sup>, mientras otra responde afirmativamente otorgando a la “participación” naturaleza constitutiva del proceso judicial<sup>103</sup>. Opto por una posición intermedia. Para ello distingo entre “participación” y “posibilidad de participar”. Solo ésta última es constitutiva de la justicia procesal civil<sup>104</sup>. Ello es, si una de las partes no desea participar, nada obsta para que se puedan acudir a mecanismos de “participación *ficta*”, por ej. la rebeldía.

Esta respuesta intermedia tiene en cuenta el “derecho a ser oído”, pero respeta también la “posibilidad de no tomar parte”, ya que no hay deber, sino apenas carga procesal. No siempre existe el deber de “participar” en el proceso. En el caso de las partes hay solo una carga que amenaza con una consecuencia intraprocesal eventualmente desventajosa. Pero los terceros, v.g. los testigos tienen el deber de participar con amenaza de sanciones extraprocesales (v.g. civiles y/o penales). La opción participacional permite igualmente responder el problema de la legitimación y representatividad en los casos de complejidad subjetiva (v.g. los procesos colectivos- *class actions*). La representatividad implica no representar a un/unos sujetos, sino más bien intereses titularizados. Esto hace flexible la apertura para el ingreso o ingreso de los participantes (*opt in/out*)<sup>105</sup>.

Como bien lo ha sostenido *Yeazell*, filosófica, política y económicamente la garantía el debido proceso involucra apenas el derecho a poder controlar e intervenir en su “propio proceso”<sup>106</sup>. Esto implica que el dispositivismo-*adversarial* no tenga ya las connotaciones tradicionales, sino que muy por el contrario se permite y se impone mayor participación al órgano jurisdiccional (como es el caso de las *class actions*)<sup>107</sup>. El derecho de defensa es así reformulado ya que su prístino y adecuado concepto fue “ideológicamente” oscurecido.<sup>108</sup>

<sup>102</sup> Galligan, Denis, op. cit., nota 2, pp. 348-391.

<sup>103</sup> Solum, Lawrence, op. cit., nota 19, pp. 121-126; comp. Eisenberg, Melvin, “Participation, Responsiveness, and the Consultative Process: An Essay for Lon Fuller”, 92 Harv. L. Rev., (1978), pp. 410, 427.

<sup>104</sup> Con este argumento pretendo evitar que mi posición sea juzgada como “contractualista”. Aun cuando sostengo la necesidad de la opción de participación, esta no implica una necesidad para el proceso civil. Quizás pueda hacerse sí un paralelo con el proceso penal, donde resulta difícil pensar en una sentencia condenatoria sin condenado participe en aquel. Comp. Bone, Robert, op. cit., nota 99, p. 485.

<sup>105</sup> Comf. Fiss, Owen, “The Allure of Individualism”, 78 Iowa L. Rev. (1993), p. 981.

<sup>106</sup> Yeazell, Stephan, From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action, New Haven, Yale Univ. 1987, p. 13.; comp. con los argumentos en “*Grannis v. Ordean*” 234 U.S. 385, 394, 34 S. Ct. 779, 783, 58 L. Ed. 1363 1369 (1914) en tanto “*The fundamental requisite of due process of law is the opportunity to be heard*”.

<sup>107</sup> Andrews, Neil, “The Adversarial Principles: Fairness and Efficiency : Reflections on the Recommendations of the Woolf Report” in Zuckerman-Craston, Reform of the Civil Procedure-Essays on “Acces to Justice”, Oxford, 1995, pp. 169-183.

<sup>108</sup> El “*due process of law*” y su implicancia en el derecho de defensa fue y es un argumento altamente ideologizado. La pretendida identificación y sinonimia con el derecho de defensa ha contaminado su noción y su aplicación. Más aún hace lugar a petición de principio, en beneficio de quien está el derecho de defensa? Menester es hacer el siguiente planteo, no debe verse el “derecho-defensa” solo desde una óptica procesal: se defiende el que es pretendido; lo es también desde una óptica sustancial: se defiende el titular de un derecho que afirma su vulneración. Es titular de un derecho quien pretende (derecho material y sustancial) cuanto quien es pretendido, comp. Friendly, H., op. cit., nota 85, p. 1267; comp. Baptista Da Silva Ouvidio, “A Plenitude de defensa no Processo Civil”, en As. Garantías do Cidadão na Justica, San Pablo, Saraiva, 1993, p. 25 *et seq.*; igualmente ver Atiyah, Patrick –Summers, Robert, Form and Substance in Anglo-American Law, Oxford, Clarendon Paperbacks, 1996, pp. 156-185.

## V. Conclusiones

La justicia procesal no es algo distinto de la justicia material, sino apenas el reflejo de “la justicia en la norma procesal”. El filtro ético de la norma formal de naturaleza instrumental es la justicia procesal. El proceso judicial como especie de la multiplicidad de procedimientos actúa como título legitimante para la realización del derecho material mediante el ejercicio de la función jurisdiccional. Este ejercicio no solo está técnica sino éticamente resguardado, el derecho material precisa de normas formales adecuadas y eficientes que permitan instrumentalizarlos. El valor justicia debe ser garantizado *ex ante*, durante y *ex post*.

El proceso persigue obtener una sentencia justa en base a una actividad epistémica obligatoria que debe realizar el juez sobre hechos orientada a la construcción –solo con recelo terminológico puedo aceptar “reconstrucción”- de una realidad. Para ello se dispone de reglas de participación dialéctica y discursiva de las partes<sup>109</sup>. De esta manera se permite “reconstruir” (heurística) una realidad que sea subsumible en una norma jurídica que permita pronunciar un juicio que sea correcto, es decir (con respeto de las reglas de juego procedimentales) válido (que efectivamente y en forma legítima sea subsumido) y justo, (que ese resultado en base al respeto de las reglas de juego permitan predicar la realización plena de la justicia material)<sup>110</sup>.

El proceso persigue orientar la conducta de discusión y decisión. De esta manera las normas de conducta establecidas por el derecho material deben ser garantizadas y legitimadas por la norma de forma, ello ya que:

- a. Las propias normas materiales son generales y de por sí imperfectas
- b. Las normas materiales imponen derechos y deberes no siempre previsibles o incluso totalmente desconocidos por sus destinatarios. La inobservancia de las normas materiales exige del estado un medio de recomposición.
- c. Es necesario para la constitución y funcionamiento del estado un centro referencial independiente e imparcial a los intereses materiales que permita verificar, conocer y juzgar la vulneración de las normas materiales.

La justicia procesal asume de esta manera tres roles. Primero garantiza la disponibilidad de un sistema procesal para el resguardo del derecho material de manera adecuada y eficiente. Segundo tiende a asegurar, no asegura un resultado que implique la realización justa material y formalmente de la norma de fondo. Tercero garantiza que lo descrito como primero y segundo sea realizable con eficiencia, seguridad y minimización de los riesgos de error en el resultado de injusticia. La justicia procesal no es sino la justicia con el argumento de justificación suficiente y de legitimación que es el proceso.

El derecho necesita del proceso para tener fuerza vinculante y práctica (derecho en sentido subjetivo y objetivo). El proceso judicial sin el respeto del valor justicia carece de aceptabilidad y legitimidad. El estado presupone la necesidad de prever y resolver la

---

<sup>109</sup> Comp. Habermas, Jürgen. Between Facts and Norm, op. cit. nota 74, pp. 1-17; comp. Eisenberg, Melvin. op. cit., nota 103, pp. 410, 427.

<sup>110</sup> Comp. con el denominado “constructivismo”, ver al respecto Taruffo, Michelle, “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”, en Discusiones (Prueba, conocimiento y verdad), año III, n° 3 (2003), Buenos Aires, Univ. Nac. del Sur, pp. 13-41 y del mismo autor “Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica (prima parte)”, in <http://www.studiocelentano.it/lenuovevocieldiritto/>.

rectificación del derecho material vulnerado de manera monopólica y con fuerza vinculante. La justicia procesal pone los imperativos del “como” y “para qué” debe el estado ejercer la función jurisdiccional. El resultado en su rectitud y justicia puede suponer un proceso que haya sido “*fair*”, pero solo puede suponerlo. Esto es el respeto a la justicia procesal puede y debe minimizar la posibilidad de error de la decisión, igualmente maximizar la justicia de la misma. Ello no implica que muchas veces exista el divorcio entre el “cómo” y el resultado.