

LA AUDIENCIA PRELIMINAR – ORÍGENES - “BUENOS PROPÓSITOS” **Y SU EVIDENTE PREJUZGAMIENTO por Germán Angel Benedetti¹**

“...todos los que investigan mediante la comparación con algo presupuesto como cierto, juzgan, proporcionalmente, lo incierto. Es, pues, comparativa toda inquisición que se realiza por medio de una comparación, de tal modo que cuando las cosas que se inquieren pueden compararse a lo presupuesto mediante una reducción proporcional próxima, la aprehensión del juicio resulta fácil, mientras que si tenemos necesidad de muchos medios, la dificultad y el trabajo aparecen...”
Nicolás de Cusa - De docta ignorantia.

PROLEGÓMENOS SOBRE LOS ORÍGENES DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR Y UN SUCINTO ESTUDIO DEL DERECHO COMPARADO

La doctrina procesalista mayoritaria entiende que la denominada “*audiencia preliminar*” o el *pórtico de la etapa probatoria*², tuvo sus orígenes en el código procesal civil austriaco de 1895 –ZPO Zivilprozessordnung-, obra de Frank Klein, teniendo como antecedente el *Regolamento Legislativo e Giudiziario per gli Affari Civili* (reglamento legislativo y judicial para los asuntos civiles) expedido *motu proprio* por el Papa Gregorio XVI, con fecha 10 de noviembre de 1834, el cual establecía que todas las controversias relativas a la índole y cualidad del juicio promovido; a las cualidades que vengán atribuidas a las partes en el acto de la citación; y a la legitimación de las personas, serán propuestas y decididas en la primera audiencia.

¹ Abogado del foro de la ciudad de Gualeguay, Provincia de Entre Ríos, Argentina, maestrando en la Maestría de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario (UNR), dirigida por el Dr. Adolfo Alvarado Velloso, y doctorando por la misma Universidad, en el Doctorado en Derecho dirigido por la Dra. Isolina Dabove.

² GOZAINI, Osvaldo A., Código Procesal Civil de la Nación T II, comentario al art. 360, La Ley, 2002.

Verbigracia, José Chiovenda indiscutido padre del Derecho Procesal –tal como lo conocemos en su cientificidad y autonomía al menos en el Civil Law -, ya nombra la audiencia en estudio en su por siempre célebre y laureada obra Principios de Derecho Procesal, refiriéndose de la siguiente manera “...en el proceso austriaco, **antes de la audiencia o debate, tiene lugar una audiencia preliminar destinada ante todo a preparar el material del pleito. La audiencia preliminar se verifica ante el presidente o el juez delegado...**”; y continúa el gran procesalista...”; “... Pero la audiencia preliminar del proceso austriaco **sirve también para extinguir en su propio nacimiento pleitos que sería inútil traer al debate. Puede tener lugar ante el presidente, o un juez, delegado, la amigable composición o transacción judicial. Si el actor declara renunciar a la acción, si el demandado declara reconocer la demanda, el presidente o el juez delegado, como juez: único, certifica esto con sentencia³ ...**”.

A poco que detengamos nuestra mirada en el texto señalado de tan insigne jurista, empezaremos a vislumbrar la causa fin de la audiencia inicial en estudio; es decir podremos inferir que la audiencia preliminar desde su misma génesis apunta: “**a preparar el material del pleito**” – léase fijar los hechos controvertidos y depurar la prueba-.- “**se verifica ante el presidente o juez delegado**” – receptación del principio de inmediatez –, “**sirve también para extinguir en propio nacimiento pleitos que sería inútil traer al debate y “Amigable composición o transacción judicial”**” – léase conciliación-.

Como se puede observar, la citada audiencia austríaca de 1895, se tenía que llevar a cabo en presencia del juzgador y con la comparecencia de ambas partes, en esta se depuraba el proceso a fin de poner los términos del conflicto a resolver, se analizaban de oficio los presupuestos procesales, así como las excepciones y defensas que el demandado tenía frente al actor, para evitar que ya avanzado el procedimiento resultase algún obstáculo que impidiera seguir con el estudio del fondo del asunto. Además se intentaba dentro de la misma audiencia,

³ CHIOVENDA José, Principios de Derecho Procesal Civil, T II, trad. José Casais y Santalo, Reus, 1925 pp. 146-147.

la conciliación entre las partes, con el fin de evitar el desgaste en vano de las mismas.

Precisamente ese es el fin que persigue la actual audiencia previa, salvando que en la contemplada en nuestro rito ha quedado afuera el dirimir lo pertinente a las excepciones de previo y especial pronunciamiento, además de otras muchas diferencias que escapan del objeto del presente trabajo.

Ahora bien, éste es el origen histórico – y por ende socio-político - de la audiencia preliminar, pudiendo claramente coincidir con Franco Cipriani, y Adolfo Alvarado Velloso – entre otros- quienes sostienen el origen ideológico autoritario del mismo, como forma de control social, es decir para que el mandamás político pueda someter a sus súbditos.

Así Alvarado Velloso, refiriéndose a lo expuesto por Franco Cipriani nos dice: *Un prestigioso autor italiano contemporáneo sostiene que las ideas de Klein en ese entonces giraban en torno a los males que se adjudicaban al proceso de la época: se decía que era un absurdo mal que conllevaba enorme pérdida de tiempo, inútil dispendio de dinero, infructuosa indisponibilidad de los bienes litigiosos y fomento de iras y pasiones encontradas entre los propios litigantes*⁴. Esa concepción del proceso visto como un *mal*, es sobre el que se erige los “buenos propósitos” que el decisionismo o activismo judicial le adjudican a la audiencia de marras.

Cabe aclarar que la ordenanza de Klein ha sido nefasta para el procesalismo mundial, ya que ha impregnado de sus ideas publicísticas a gran parte del ordenamiento posterior, primero a través de prestigiosa doctrina italiana como la supra comentada, que decantó en el Código fascista⁵ Italiano de 1940, luego esta visión del proceso pasa a América por medio de las enseñanzas de grandes juristas de la talla de Santiago Sentís Melendo y de Niceto Alcalá Zamora y Castillo, quienes seguramente no habiéndose percatado del sustrato ideológico

⁴ ALVARADO VELLOSO, Sistema Procesal, Garantías de la Libertad, T I, Rubinzal Culzoni, 1º ed. Santa Fe, 2009. pp. 111-112.

⁵CIPRIANI FRANCO, El autoritarismo procesal y las pruebas documentales Revista *Il giusto processo civile*, vol. II, 2007 (Italia). Trad. de Eugenia Ariano Deho, Revista *Ius et Praxis*, Año 13, Nº 2 <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v13n2/art03.pdf> (12/01/2015).

comentado, hicieron de la publicización del proceso su estandarte y baluarte, convirtiendo así a nuestros códigos procedimentales en ocultos y/o solapados instrumentos de control social favorable a los intereses del mandamás de turno.

Otro antecedente legislativo de la audiencia en estudio, lo podemos encontrar en el derecho portugués, con el llamado *despacho saneador*, dicha institución halla sus antecedentes en el decreto de fecha 29 de mayo de 1907 el cual según nos comenta el ilustre procesalista brasileño Arruda Alvim⁶, en un primer momento solo trataba sobre nulidades procesales, y con la ampliación normativa en el año 1926 es que se introduce la capacidad del juez de apreciar la capacidad postulatoria y la legitimación de las partes, como así también finalmente resolver sobre cuestiones preliminares o prejudiciales. El despacho en estudio es receptado poco tiempo después por el derecho civil brasileño, siendo su principal objetivo el permitir al juez hacer un análisis de los presupuestos procesales y las condiciones de la acción.

Así por ejemplo el artículo 510 del Código de Proceso Civil portugués, de fecha 28 de diciembre de 1961⁷, le atribuye al juez las siguientes facultades **1)** Conocer de las excepciones que puedan conducir a la absolución de la instancia, así como de las nulidades procesales; **2)** decidir si procede alguna excepción perentoria cuando existan los elementos necesarios para ello; y **3)** conocer directamente la pretensión, si la cuestión de fondo fuese únicamente de derecho y existiesen los elementos para decidirla, o aún de hecho, si el proceso tuviese todos los elementos para una decisión fundada” en cuanto el Código de Proceso Civil de Brasil del año 1973⁸, incluye la figura del *despacho saneador*, el cual ya había sido introducido tiempo atrás por medio del Decreto ley 960 de 1938 y receptado en el Código de Processo Civil de 1940. En el que a resumidas cuentas al juez se le otorgan con amplias facultades a los efectos de depurar el proceso,

⁶ ARRUDA ALVIM, José Manuel de, *Despacho Saneador*, Revista N° 69 Justitia, Ministério Público do Estado de São Paulo, San Pablo, p. 58.

⁷ El cual fue modificado por el “Novo Código de Processo Civil” en el año 2013.

⁸ Recientemente ha sido sancionado un nuevo “Código de Processo Civil”, más el mismo no tiene modificaciones sobre el instituto procesal en tratamiento.

tratando así condiciones de admisibilidad de la acción y de la validez del proceso, práctica de la prueba pericial, y señalamiento de la audiencia de instrucción y juzgamiento, así como determinar las pruebas que se deben practicar en ella; es decir el *despacho saneador* se asemeja a nuestra audiencia preliminar solo en lo que a la depuración de la prueba se refiere, no tratándose por lo expuesto ni de una etapa oral en la que se concretice la inmediación de las partes y por ende no se intenta conciliación alguna en ella; apuntando en su teleología solamente a obtener una sentencia carente de vicios.

También podemos encontrar la audiencia preliminar en la reforma operada en agosto de 1984 a la Ley de Enjuiciamiento española de 1881; ya que en análogas condiciones el juez se hallaba facultado a **1)** intentar la conciliación entre las partes; **2)** resolver sobre la procedencia del juicio de menor cuantía; **3)** invitar a las partes para que aclaren y delimiten los términos del debate; **4)** subsanar, cuanto fuere posible, los defectos de los escritos iniciales y los presupuestos procesales; en caso contrario, resolver el sobreseimiento del proceso, y **5)** que las partes soliciten, cuando proceda, el recibimiento a prueba del pleito.

En cuanto a ley de enjuiciamiento civil española hoy vigente, L.E.C., 1/2000, en su exposición de motivos, en su parte pertinente, nos dice:

“...En el proceso ordinario, el acto del juicio opera esa proximidad de la sentencia respecto de la prueba –y, por tanto, en gran medida, del caso-, y la audiencia previa al juicio, en la que ha de perfilarse lo que es objeto de la controversia, aproxima también las pretensiones de las partes a la actividad jurisdiccional decisoria del litigio...”

“...En otros casos, la opción legislativa prudente es el juicio ordinario, con su audiencia previa dirigida a depurar el proceso y a fijar el objeto del debate...”

“...La Ley diseña los procesos declarativos de modo que la inmediación, la publicidad y la oralidad hayan de ser efectivas. En los juicios verbales, por la trascendencia de la vista; en el ordinario, porque tras demanda y contestación, los hitos procedimentales más sobresalientes son la audiencia previa al juicio y el juicio mismo, ambos con la inexcusable presencia del juzgador...”

“...En la audiencia previa, se intenta inicialmente un acuerdo o transacción de las partes, que ponga fin al proceso y, si tal acuerdo no se logra, se resuelven las posibles cuestiones sobre presupuestos y óbices procesales, se determinan con precisión las pretensiones de las partes y el ámbito de su controversia, se intenta nuevamente un acuerdo entre los litigantes y, en caso de no alcanzarse y de existir hechos controvertidos, se proponen y admiten las pruebas pertinentes...”

En Argentina Eisner nos hablaba del rotundo fracaso que trajo aparejada una norma similar a la de estudio, pues el art. 23 de la ley 14.237 *que fue suprimida por decreto-ley 23.398/56*, y ésta a su vez tuvo un importante antecedente en el art. 119 de la derogada Ley 50, que refería a que en la providencia que mande recibir la causa a prueba de testigos, se expresará los hechos sobre que deba ésta recaer, los cuales debían ser precisos y conducentes; pero dejaré que el propio Eisner nos diga cuales son las razones que él considera llevaron al rotundo fracaso, así el gran procesalista nos dice en el párrafo 131 intitulado: *EL FRACASO DE UN BUEN PROPÓSITO. — La realidad de la vida judicial ha sido funesta para la norma comentada. Los jueces no asistían a las audiencias designadas a tal objeto y las partes se limitaban a formular verbalmente, o mediante un escrito que traían preparado, los llamados "puntos controvertidos". Y ni siquiera esto se hacía, pues los pliegos que se agregaban, más que sintetizar la mención de los hechos que permanecían discutidos después de la traba de la litis, contenían un catálogo de hechos que no eran otros que los que cada parte había expresado en sus respectivos escritos de demanda o contestación. El actor traía el rosario de sus afirmaciones de hecho y el demandado el de las propias. No había casi nunca discusión ni cambio de ideas al respecto, y la intervención personal del juez en dicha audiencia fue prácticamente desconocida...”*⁹.

LA AUDIENCIA PRELIMINAR Y SU POLIFUNCIONALISMO¹⁰:

⁹ EISNER Isidoro, La Inmediación, Depalma, Buenos Aires, 1963, p. 119.

¹⁰ Me refiero a polifuncionalismo, por las múltiples funciones que se pueden llevar a cabo durante la celebración de la audiencia preliminar, y no por derivación de la doctrina funcionalista sostenida por los cultores del derecho penal alemán Claus Roxin, y Günther Jakobs.

La denominada audiencia preliminar, en su exégesis, es un encuentro que propende a ser una herramienta fundamental, que se lleva a cabo una vez finalizada la etapa postulatoria – demanda – contestación -, es decir una vez que se encuentre trabada la litis; y tiene por finalidad primera autocomponer intraprocesalmente el litigio –fase autocompositiva- mediante la conciliación total o parcial-, y en su defecto sanear o depurar el proceso – fase inmaculativa- , es lo Ayarragaray denominó eruditamente como “principio de inmaculación”¹¹.

Lesser¹², nos enumera la finalidad del instituto de la siguiente manera, y con ella sus “buenos propósitos”:

- 1) Obtener economía y celeridad.
- 2) Propiciar la conciliación total o parcial.
- 3) Sanear el proceso, subsanando causas de nulidad. Es el momento de verificar que la etapa postulatoria de las pretensiones de las partes está debidamente agotada y no han quedado cuestiones irresueltas antes de avanzar hacia la prueba.
- 4) Recibir y ordenar la producción de la prueba.

La audiencia debe transitar en todos los casos una etapa de conciliación, la que concluye el litigio –haciendo innecesario producir prueba- si la misma se verifica. Dependerá si tal cosa ocurre o no, el avanzar a una segunda etapa: la producción de la prueba. Si la prueba se ha de producir se requiere fijar los hechos litigiosos, antecedente necesario para el ordenamiento de la prueba conducente. Cuando no queda claro si se ha desconocido un hecho, cabe solicitar en esta audiencia una precisión. Siendo que la prueba está destinada a formar convicción del juez, las partes pueden dar respuesta a alguna inquietud sobre el objeto de ésta o acerca de alguna en particular; Seguidamente se habrá de decidir acerca de la producción de la prueba, ordenando la conducente y desestimando la que no lo es. Con ello se logra economía de esfuerzo, tiempo y recursos.

¹¹ AYARRAGARAY Carlos, Principio de Inmaculación en el Proceso, Abeledo Perrot, Buenos Aires,1959.

¹² LESSER Alejandro, Oralización de los procedimientos civiles y la audiencia preliminar. Una experiencia fructífera. http://cejamericas.org.nmsrv.com/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_download/3156-oralizacion-de-los-procedimientos-civiles-y-la-audiencia-preliminar-una-experiencia-fructifera (13/12/2014).

5) Reajustar pretensiones y ordenar todo otro acto que haga a la economía y eficacia procesales. Es obvio que es un instituto que requiere de un juez activo, ya que no basta la convocatoria o la mera intermediación con los disputantes sin el protagonismo buscado para que el mismo rinda sus frutos. De todos modos, el trabajo que para el magistrado implica su implementación se justifica ampliamente: a poco que se utilice se hace notorio que el tiempo que insume la audiencia se gana con creces concluyendo litigios o disminuyendo el trabajo innecesario cuando ello no es posible. Es sabido –sobre el particular hay excelentes trabajos que lo demuestran- que la mayor cantidad de tiempo del proceso lo insume la prueba. Obvio es que si se reduce tal actividad, todo el proceso se agiliza y acorta, provocando inmediato alivio en la labor judicial y permitiendo arribar antes a la solución del litigio.

LA AUDIENCIA PRELIMINAR EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE LA PROVINCIA DE ENTRE RÍOS – CPC CER-

Con la reforma operada por conducto de la ley provincial 9.776, en el año 2008 se introdujo el dispositivo en estudio, en los siguientes términos:

Art. 346º: *Audiencia Preliminar. Reglas.- Si hubiere hechos controvertidos el juez deberá señalar una audiencia a realizarse dentro de los treinta (30) días de dictada la providencia que tiene por contestada la demanda o reconvenición, en su caso, o firme el interlocutorio que resuelve las excepciones previas.*

De aquí surge el primer requisito: que haya hechos controvertidos, es decir hechos afirmados por una parte y negados por la otra.-, en cuanto al plazo de 30 días es meramente ordenatorio, por lo que entiendo que el juez atendiendo a las posibilidades horarias particulares de su juzgado podrá fijar otro plazo que posibilite su comparecencia física – no virtual-.

*La audiencia preliminar **se realizará según las siguientes reglas:***

Ya la palabra “reglas” a mi modesto modo de ver se puede interpretar desde tres acepciones – la segunda, la cuarta y la sexta- del Diccionario de la Real Academia española – DRAE- **2.** Aquello que ha de cumplirse por estar así convenido por una colectividad; **4.** Estatuto, constitución o modo de ejecutar algo; **6.** Razón que debe servir de medida y a que se han de ajustar las acciones para que resulten rectas; y estimo es la segunda acepción la que más se ajusta a la interpretación que debemos darle, ya que la norma en cuestión ha sido sancionada por nuestros representantes, por aquello del que pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades... art. 22 de la Constitución de la Nación Argentina – C.N.-; de ello deviene que se trataría del pacto social que mantiene en vida al mismísimo Estado de Derecho, lo que le da vida a las reglas en las que se erige al audiencia en tratamiento.

1. Será presidida por el juez, con carácter indelegable. *Si el juez no se hallare presente no se realizará la audiencia, debiéndose dejar constancia de la comparecencia de las partes en el libro de asistencia.*

Aquí se ve que él nuevo código arrastra la denominada figura del juez como “director del proceso¹³”; por otro lado entiendo que no resultaría admisible un planteo de nulidad ante la incomparecencia del juzgador: simplemente estimo que no debe realizarse la audiencia; la audiencia en estudio busca que el juzgador como los abogados vean a la audiencia como una herramienta que le permita mejorar el servicio de justicia y no lo contrario. Aclaro que en teoría la nulidad podría interponerse por quien no consintiera la ausencia del juzgador¹⁴.

Hasta aquí los “buenos propósitos” de la audiencia de marras.

Pero el dispositivo en estudio, hace agua cuando expresa:

¹³ Claramente la figura en estudio, es un resabio inquisitivo al que se aferra el activismo judicial basado en la publicización del proceso.

¹⁴ COLERIO Juan Pedro, en *Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, coordinado por Enrique M. Falcón, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 163.

Las explicaciones o aclaraciones que el juez requiera o las fórmulas conciliatorias que proponga, **no constituirán prejuzgamiento**¹⁵.

¿REALMENTE NO CONSTITUYE PREJUZGAMIENTO? ¿BASTA LA SOLA MENCIÓN EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PARA EVITAR CAER EN ÉL?

Para dar una respuesta al interrogante planteado, analicemos que es el prejuzgamiento:

Manuel Osorio¹⁶ nos dice que **Prejuicio**: También **prejuicio**, la acción y efecto de **prejuizar**; o sea, de juzgar de las cosas antes del tiempo oportuno, o sin tener de ellas cabal conocimiento. El concepto tiene importancia jurídica en cuanto a la obligación en que se encuentra el juzgador de no anticiparse con sus juicios y reservar éstos para el momento procesal que le permita establecer con el debido conocimiento, la sentencia o resolución que le parezca justa. Claro es que, inevitablemente, el juez se orienta muchas veces no por un **prejuicio** concreto sobre el hecho sometido a su jurisdicción, sino por el juicio previo (**prejuicio**) de carácter general que tenga no solo sobre conceptos o interpretaciones jurídicas, sino también sobre otros aspectos sociales, filosóficos, económicos, que influyen honestamente sobre su decisión.

Prejuzgamiento Es, en cierto sentido, lo mismo que **Prejuicio**, si bien se emplea más concretamente con relación al hecho reprobable de que el juez tenga ya formado su juicio en el momento de iniciarse un asunto sometido a su jurisdicción o antes de estar en posesión de todos los antecedentes que le permitan dictar una resolución justa.

¹⁵ Cfr. 346 inc. 1 CPCCER En el mismo sentido, cfr. art. 33 inc. c) CPPCER : Proponer a las partes fórmulas para simplificar y disminuir las cuestiones litigiosas surgidas en el proceso o respecto de la actividad probatoria. En todos los casos la mera proposición de **fórmulas conciliatorias no importará prejuzgamiento**: En idéntica redacción, cfr. art. 36 inc. 3 Código Procesal Civil de la Nación – CPCN- Sancionado el 24 de octubre de 2001, por conducto de la Ley 25488. Cfr. Art. 372 inc. 6 Código General del Proceso Colombia.

¹⁶ OSSORIO Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*, 1º ed. Datascam S.A., Guatemala.

Lo expuesto nos permite claramente concluir que el prejuzgamiento se trata de una formación de juicio previo al sentenciar, es decir estamos ante una cuestión de subjetivación mental por parte del juzgador, originada por un fenómeno externo que al captarlo el juzgador lo internaliza de tal forma que puede dirigir y/o condicionar su decisión sentencial.

Ello nos lleva a concluir que claramente cuando un ordenamiento procesal, le dice al juez que debe “**intentar la conciliación de las partes en forma total o parcial**. A tal fin las instará a que formulen propuestas de arreglo y, si no lo hicieren, podrá proponerles una o más fórmulas conciliatorias”. Claramente, lo hace tomar posición transaccional, que si lo que buscara fuera la “Justicia”, no podría hacerlo, pues como el juzgador es quien debe buscar “la verdad¹⁷”, única forma de llega a obtener justicia, según la postura sostenida por el decisionismo o activismo judicial, ¿puede transar el demandado frente a hechos expresamente negados por él? ello no importa decirle al actor: “yo estimo que usted - aunque parcialmente- tiene razón”; ¿cómo afecta la psiquis del juzgador que ve que el demandado hace una oferta a los efectos conciliatorios y la actora lo rechaza?; pregunto: ¿ello no lo predispondrá a darle la razón – al menos parcialmente- al pretendiente?; ¿la práctica de la infausta audiencia en estudio no deja como mentiroso a los ojos del juzgador al demandado si se da la situación señalada?. Interrogantes estos que al menos nos ponen a pensar.

Algunos dirán que se trata solo de una mera preopinión, me enrolo en la postura sostenida por Hotham quien llama prejuzgamiento a la preopinión porque

¹⁷ BENEDETTI Germán, ¿La verdad jurídica objetiva, es la única respuesta correcta?, una visión desde el garantismo procesal” Garantismo Procesal II, Vol. 1 – Julio, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín, p. 56.: ...jueces que armados de la mejor intención, procuran una verdad a todo trance que de suyo es inasible; y en pos de ello, dictan medidas de mejor proveer, pruebas de oficio, ponen a una de las partes ante la total desprotección de tener que probar un hecho negativo – *probatio diabolica* -, los que los lleva a errar el camino, poniendo la meta sobre el método, justificando así hacer el mal para obtener el bien; o lo que es lo mismo, justificar el medio empleado, en aras a un fin que –desde la plena subjetividad - se cree justo. Éstos buenos jueces *Magnaud's* de nuestros días: Léase activistas o publicistas, aplican discrecionalmente “principios” totalmente mutables, dependiendo del cristal de quien lo mire; avasallando derechos constitucionales de una de las partes – V.g. la igualdad jurídica, receptada en todos nuestros ordenamientos-, en pos de la “*única respuesta correcta*”: la pretendida “*verdad jurídica objetiva*”, cuya frase literal nos muestra la quimera que sustenta; ya que la verdad en el plano fenoménico, es única tal cual se nos presenta a los sentidos, con independencia de que la misma pueda ser alcanzada o no por el intérprete, por mediar error y/o por las limitaciones de la inteligencia ínsitas en todo ser humano.

“todo lo que diga el que va ser juez, y que debería integrar su fallo, es en su propio instante una mera y pura opinión; pero si después el fallo se dicta, aquello se hace anticipo de este fallo, no importa cuándo ni bajo qué forma se pronunció. Se mezcla y se integra en la misma unidad lógica con lo que aparece más tarde, formando un solo juzgamiento repartido en dos momentos, el primero prematuro y el segundo viciado...”; “...una preopinión no nos dirá con precisión cuál será la sentencia, pero eso no es lo más importante. Hará lo más grave, que es quitar al juez la imparcialidad que se le exige, y a los litigantes esa confianza sin la cual no lo reconocen como juez”¹⁸.

El autor comentado a su vez se interroga si *“¿Hay un prejujuamiento indisimulable en la proposición de soluciones por las partes y por el tribunal? ¿Y en sus constancias escritas y certificadas?”* Respondiendo *“que es difícil creer que no. Y al juez no le basta mostrarse imparcial: también debe tratar de serlo...; “...Lo probable es que en el diálogo con las partes, o simplemente oyendo el de ellas, sienta ya un atisbo de lo que fuere justo y se deje influir por él. . .”¹⁹*

¿A quién en la práctica forense no le ha pasado que alguna vez ha estado en una audiencia como la en estudio y se ha visto constreñido a llegar a un acuerdo?... ¿a quién no le pasó?, parecería que el juzgador nos hiciera el acuerdo del viejo dicho veneciano que data de 1615 y reza: *Es necesario, para emprender pleito, caja de banquero, pierna de ciervo, paciencia de ermitaño, tener razón, saberla exponer, **encontrar quien la entienda y quien la quiera dar** y deudor que pueda pagar²⁰*; claramente si *quien la entienda y quiera dar*, ya nos dijo lo que le parece justo, ¿cómo seguir adelante frente ante tal constricción?, si hasta el cliente nos dice: “mejor lleguemos a un acuerdo, ofrezcamos tanto dinero,

¹⁸ HOTHAM Richard, *El prejujuamiento*, Nova Tesis, Rosario, 2007, p. 33.

¹⁹ Íd. p. 70.

²⁰MARTÍNEZ Joaquín El abogado - http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/el_abogado.htm (15/03/2013).

porque veo al juez predispuesto a favorecer a la contraparte...”, a quién no le ha pasado lo expuesto, es lisa y llanamente porque no ha litigado lo suficiente.

De lo expuesto queda patentizado que no basta con que un código procedimental diga que la conducta desplegada por el juez **no se tendrá por prejujuamiento**, imposible creer tamaña ingenuidad. La negación es el más primario de los mecanismos de defensa, y puede fortalecerse si es acto colectivo. Y continúa Hotham: *Las cosas son lo que son y no lo que la ley cree o quisiera que sean. Si se avanzaron opiniones sobre el resultado posible, pues allí quedaron. Y sus efectos psicológicos sobre el juez y partes no lo cambia un texto legal*²¹.

Si a ello le sumamos que al no quedar constancia de éstas cuestiones en el expediente, resulta aplicable el conocido aforismo forense “*lo que no ésta en el expediente no existe en el mundo*”, se patentiza aún más la impunidad que trae aparejado no poder probar – en su caso- el prejujuamiento del juzgador.

Como se puede advertir, todo lo expuesto sobre los “buenos propósitos” cae ante el evidente prejujuamiento que hace perder al juzgador su carácter de tal, al perder su necesaria e indispensable imparcialidad, y con ello traer aparejada su consecuente inconstitucionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO VELLOSO, Sistema Procesal, Garantías de la Libertad, T I, Rubinzal Culzoni, 1º ed. Santa Fe, 2009.

ARRUDA ALVIM, José Manuel de, *Despacho Saneador*, Revista N° 69 Justitia, Ministério Público do Estado de São Paulo, San Pablo.

AYARRAGARAY Carlos, Principio de Inmaculación en el Proceso, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1959.-

BENEDETTI Germán, ¿La verdad jurídica objetiva, es la única respuesta correcta?, una visión desde el garantismo procesal” Garantismo Procesal II, Vol. 1, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín, 2011.

²¹ Íd. pp. 70-71.

CIPRIANI FRANCO CIPRIANI FRANCO, El autoritarismo procesal y las pruebas documentales Revista *Il giusto processo civile*, vol. II, 2007 (Italia). Trad. de Eugenia Ariano Deho, Revista *Ius et Praxis*, Año 13, N° 2, Perú <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v13n2/art03.pdf> (12/01/2015).

COLERIO Juan Pedro, en *Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, coordinado por Enrique M. Falcón, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002.-

CHIOVENDA José, Principios de Derecho Procesal Civil, T II, trad. José Casais y Santalo, Reus, 1925.

EISNER Isidoro, La Inmediación, Depalma, Buenos Aires, 1963.

GOZAINI, Osvaldo A., Código Procesal Civil de la Nación T II, comentario al art. 360, La Ley, 2002.

HOTHAM Richard, El prejuzgamiento, Nova Tesis, Rosario, 2007.

LESSER Alejandro, Oralización de los procedimientos civiles y la audiencia preliminar. Una experiencia fructífera.

http://cejamericas.org.nmsrv.com/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_download/3156-oralizacion-de-los-procedimientos-civiles-y-la-audiencia-preliminar-una-experiencia-fructifera (13/12/2014).

MARTÍNEZ Joaquín El abogado –

http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/el_abogado.htm (15/12/2014).

OSSORIO Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, 1º ed. Datascam S.A., Guatemala.