

PRESENTACIÓN DEL EDITOR

Ediciones CONTEXTO inicia con este ejemplar una nueva *Colección* que llevará el nombre de *BREVIARIO PROCESALES GARANTISTAS*, cuya dirección se ha encomendado al Profesor ADOLFO ALVARADO VELLOSO y con quien actuará como Coordinadora local la abogada ADRIANA DEL BALZO.

Y es que la actividad editorial no puede estar ausente en tema de tanta importancia y trascendencia social cual es la Administración de Justicia en Chaco, que hoy enfrenta los avatares propios de las reformas procedimentales que están dándose recurrentemente en toda la América latina y que, paradójicamente, causa notable agravamiento de la crisis judicial que se vive desde antaño.

Es bien sabido en Chaco que se discute actualmente en la Argentina acerca de las supuestas bondades del *sistema inquisitivo de enjuiciamiento* que hoy rige en todo el continente para las materias no penales y que se pretende

ahondar en profundidad con cada reforma que se produce en el país.

Sabido es también que un nutrido grupo de procesalistas civiles de varios países del continente le atribuye a tal sistema el ser la precisa, principal y casi única causa de la fenomenal mora que existe en toda la región y, además, causa más importante que ha generado el descrédito del pueblo en su judicatura.

Desde México hacia el sur de América y en exacta correspondencia con los postulados constitucionales que rigen similarmente el tema en todos los países de habla hispana, se apunta hacia un *sistema acusatorio puro* en lo penal como paradigma de justicia garantizadora de los derechos políticos de los ciudadanos.

Y no otra cosa es lo que defiende el movimiento filosófico conocido como *garantismo procesal*, cuyo máximo exponente en el mundo es hoy el Prof. ALVARADO VELLOSO.

De ahí el haberle encargado la dirección de estos textos cuyos autores tienen la misión vocacional de mostrar en Chaco los aspectos que preocupan hoy a los procesalistas que se involucran en las discusiones acerca del tema, en la

seguridad de que sabrá instalar en nuestro medio el debate que se precisa para lograr el resultado al que todos aspiramos: una Justicia eficaz, eficiente y unánimemente aceptada de consuno por el medio forense y por los hombres de a pie que la sufren resignadamente desde siempre.

La *Colección* queda abierta a todo jurista interesado en el tema que desee colaborar con una visión auténticamente constitucional del proceso, tanto civil cuanto penal.

EDICIONES CONTEXTO

PRESENTACIÓN DEL DIRECTOR

Con gran gusto y mayor honra he aceptado dirigir esta Colección que, a partir de este ejemplar, publicará la prestigiosa *Editorial ConTexto*, en el entendimiento de que con ello –y con las sucesivas obras que de aquí en más se presenten periódicamente al público– podrá advertir el lector chaqueño la existencia en América de una corriente filosófica jurídica que se caracteriza primordialmente por sostener la necesidad de mantener un irrestricto y constante apego a la letra de la Constitución Política y de defender a todo trance sus valores, postulados y derechos, bregando por compatibilizar con ellos el texto legal que se ocupa de regular la única y suprema garantía que la ley fundamental otorga al efecto: el *proceso*.

Tal corriente se conoce en todo el continente con el nombre de *garantista* o de *garantizadora*, tomando a tal fin y para el caso el subtítulo

de la magnífica obra cuasifundacional del maestro italiano LUIGI FERRAJOLI: *Derecho y Razón: hacia un garantismo penal*.

Gracias a una tenaz y recurrente prédica del periodismo amarillo, vocacionalmente ubicado en los antípodas del constitucionalismo, se ha instalado en la sociedad toda una idea errónea en cuanto al verdadero contenido de este movimiento filosófico: se afirma que el garantismo sólo pretende colocar una puerta giratoria en los ingresos a las comisarías de policía para que los imputados penales salgan por allí con el mismo envión de entrada.

Y esta falsa creencia ha desatado una aversión popular hacia la idea que es menester erradicar haciendo al efecto las docentes aclaraciones que fueren menester.

Para eso esta *Colección*, en la cual se mostrarán todas las aristas propias del tema, se explicarán las razones por las cuales no pueden coexistir en un mismo sistema judicial dos métodos antagónicos de enjuiciamiento, cuales son el acusatorio (vigente en lo penal) y el inquisitorio (que rige el litigio no penal) y se argumentará a favor de la coherencia sistémica

que el garantismo afirma debe existir entre el método procesal y el texto constitucional que asegura un *debido proceso* a todo justiciable, como uno de los derechos políticos fundamentales de todo ciudadano.

ADOLFO ALVARADO VELLOSO

1

PROEMIO

A raíz de la existencia del arduo y recurrente debate doctrinal comenzado en la última década del siglo pasado y que sigue hoy vigente entre algunos procesalistas argentinos¹, me he propuesto explicar aquí qué es el movimiento filosófico-jurídico denominado *garantismo procesal*, hoy con ramificaciones en toda la América hispanoparlante, particularmente,

¹ Lamento destacar que ello ha tomado inusitados niveles de virulencia y de encono tanto en Europa como América y, particularmente, en Chile, entre quienes han sido buenos amigos durante toda una vida: algo absurdo e inconcebible en el mundo académico, donde quienes piensan y trabajan en pro de mejorar el sistema de convivencia entre los hombre –parte del cual es, precisamente, el proceso– no pueden enemistarse entre ellos por pensar distinto. Que es lo que ha ocurrido.

en Chile², y con notables extensiones en España³ e Italia⁴. De tal modo, el lector podrá

² A partir de la notable participación en foros nacionales, académicos y legislativos, de miembros del Instituto Panamericano de Derecho Procesal, cuya Presidencia ejerce hoy desde Chile el Prof. Dr. HUGO BOTTO OAKLEY.

³ Gracias a la extraordinaria obra de difusión que ha hecho allí y en parte de América el Prof. JUAN MONTERO AROCA. Para la comprensión de todo el problema es importante la lectura de la polémica obra *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, ed. Tirant lo Blanch, España, 2006. La misma obra se publicó en el Perú con ed. Egacal, Lima, 2009 y en Chile, con ed. Librotecnia, Santiago, 2009. Recomendando vivamente su atenta y provechosa lectura y, en particular, la de su inusualmente duro *Prefacio*. El libro se presentó en un Encuentro Internacional realizado en Valencia, España, en el invierno de 2006. En esa ocasión se publicó la conocida *Moción de Valencia*, cuyo texto se publicará esta Colección, al igual que el de la *Declaración de Azul*, emitida a consecuencia de aquélla.

⁴ A raíz de la obra vasta, importante, polémica y sorprendente en sus descubrimientos del Prof. FRANCO CIPRIANI, recientemente fallecido en Bari, Italia, 2010. Para la comprensión del origen, naturaleza, ideología y filiación política del activismo judicial, ver sus obras a partir de *Historias de procesalistas y de oligarcas*, ed. Giuffrè, Milano, 1991 y *El Código Procesal Civil italiano entre jerrarcas y procesalistas*, ed. Edizioni Scientifiche Italiane,

comparar su contenido con el de la filosofía que muestra en su discurso el *activismo judicial*⁵, hoy en boga en la mejor doctrina de este país.

Y ello porque el garantismo postula y pretende la irrestricta y plena vigencia del sistema acusatorio o dispositivo de enjuiciamiento, tanto penal como civil, mientras que el activismo acepta y mantiene el sistema inquisitorio o inquisitivo para todo tipo de juzgamiento. Y, como luego se verá, ambos son claramente antagónicos e incompatibles, lógica, jurídica y moralmente⁶.

Nápoles, 1992, cuyo capítulo 1º ha sido traducido al castellano por la Prof. EUGENIA ARIANO DEHO, del Perú.

⁵ Su filosofía y postulados se explican en el texto.

⁶ La incompatibilidad lógica del sistema judicial se advierte claramente con sólo constatar la coexistencia de un sistema acusatorio para el enjuiciamiento penal y otro fuertemente inquisitivo para todo lo que no es penal (civil, laboral, menores, familia, contencioso administrativo, etc.). Que es lo que ocurre actualmente en Chile donde, además, se quiere profundizar actualmente el sistema inquisitivo en lo civil.

Que esta explicación sirva de respetuosa excusa por la reiteración de las ideas que comienzo a presentar seguidamente.

2

QUÉ ES EL PROCESO: SU CAUSA Y SU RAZÓN DE SER⁷

No obstante que antigua y muy prestigiosa doctrina ha sostenido que “todos saben dónde está el proceso pero nadie puede decir qué es”, y que ha sido calificado como un *drama* y, más aún, como un *enigma* y un *misterio*, desde el más remoto pasado se ha dado toda suerte de explicaciones acerca de *qué es el proceso*, par-

⁷ La explicación que doy aquí es la que siempre utilizo para que todo jurista pueda realizar una visión *sistémica* del proceso, donde todo armonice con todo y nada quede sujeto a la caprichosa variación interpretativa judicial, merced a la cual se relativizan algunas veces las instituciones del Derecho hasta hacerlas desaparecer en más de una ocasión, tal como quedará demostrado en este trabajo.

ticularmente cuando de se trata de establecer su naturaleza jurídica⁸.

⁸ En la tarea de explicar la *esencia* misma de todas las figuras y fenómenos del Derecho, los juristas se preocupan desde siempre por estudiar y analizar si un determinado instituto encuadra en una *categoría mayor general* con el objeto de que, si así es, resulten aplicables las normas reguladoras de ésta en caso de carencia legislativa (laguna de la ley). De tal modo, por ejemplo, si se afirma que *el proceso es esencialmente un contrato* –cosa que no es exacta, como luego se verá– se tiene en miras el aplicar supletoriamente al fenómeno *proceso* las disposiciones legales propias del género *contrato*. En el campo del derecho procesal no ha sido posible escapar a esa regla constante de la doctrina privatista, que ha elaborado las más variadas teorías para intentar definir cuál es la *esencia del proceso*.

No es tarea sencilla el hacer una clasificación de todas ellas, habida cuenta de que responden a patrones disímiles y, en algunos casos, insólitos. Un primer criterio clasificatorio de algunos autores tiene su origen en la búsqueda de la categoría general en el derecho civil (privatistas), en tanto que algunos más lo hacen fuera de éste (publicistas); otro criterio clasifica entre doctrinas empíricas, teorizantes y atípicas, etcétera. No creo necesario efectuar un inventario detallado de todas las corrientes interpretativas que han generado las doctrinas recién mencionadas. A sólo título informativo –ya que el tema no merece hoy la atención que se le brindó en el pasado– diré aquí que al explicar la naturaleza jurídica del proceso se ha soste-

Por mi parte, sostengo desde antaño –y lo adelanto brevemente ahora– que sólo es un *método pacífico de debate dialogal y argumentativo*⁹.

Y para explicar ello creo que el punto de partida debe estar en la inicial determinación de su *causa*: la existencia de un *conflicto intersub-*

nido que es: un *contrato de litiscontestatio*; un *cuasicontrato de litiscontestatio*; una *relación jurídica pública y continua*; una *situación jurídica*; una *pluralidad de relaciones jurídicas*; un *estado de ligamen*; un *estado de pendencia*; un *servicio público*; una *reproducción jurídica de una interferencia real*; una *entidad jurídica compleja*; una *institución*; un *medio para obtener satisfacción jurídica*; una *empresa*; etc., etc. Y para mayor complicación –y desesperación– del estudioso, dentro de cada una de algunas de las corrientes apuntadas se han establecido nuevas diferencias que, por supuesto, llevan a los autores a polemizar circularmente y sin resultado final y positivo.

Pero toda esta búsqueda ha perdido interés académico pues, a partir de que se ha concebido a la acción procesal como *una instancia necesariamente bilateral*, el proceso (objeto de aquélla) adquirió una *categoría propia* que no puede ser subsumida en otra categoría general. De tal modo, *el proceso es proceso*. Y punto.

⁹ Y no un *método de investigación*, tal cual lo concibe el sistema inquisitorio, como luego se verá. Y, por supuesto, el activismo judicial, que se enrola orgullosamente en lo más rancio de la filosofía inquisitivista.

jetivo de intereses en el plano de la realidad de la vida, que hay que solucionar lo antes posible para mantener la cohesión del grupo social en un lugar y tiempo dados.

Históricamente, tan grave problema de convivencia se solucionó sólo con la *autodefensa*, mediante la aplicación de la *razón de la fuerza* por los propios antagonistas entre sí, hasta que se entendió que debía darse preeminencia al *diálogo* y, por ende, a la *fuerza de la razón*, gracias a lo cual se posibilitó la *autocomposición*¹⁰, que se mantiene hasta hoy¹¹. Y con ello, la sociedad ganó muchísimo en tranquilidad y en paz.

Cuando por las razones que fueran esa autocomposición no era posible, la civilidad no de-

¹⁰ Que puede ser *directa* (opera por la sola actuación de los propios interesados y sin la ayuda de nadie. Se presenta fuera y dentro del proceso como *desistimiento*, *allanamiento* y *transacción*) o *indirecta* (con la ayuda de un tercero, que puede actuar como *amigable componedor* o como *mediador* o, finalmente, y resolviendo el conflicto, como *árbitro* o *arbitrador*).

¹¹ Y prohijada permanentemente por el Estado, proclive a la conciliación de los intereses encontrados por la vía de la mediación, hoy tan en boga.

jaba al individuo –y hasta hoy– otra alternativa que la de la heterocomposición pública, que opera bajo la forma de *proceso judicial*¹².

A base de ello, y completando lo recién señalado en cuanto a que es *método de discusión*, lo presento ahora como un *medio*¹³ de debate

¹² Se dice corrientemente que los medios de autocomposición referidos en el texto son alternativas válidas del proceso.

Yo creo que es exactamente al revés: el proceso es la alternativa final que la civilidad otorga al ciudadano para que no haga uso de la fuerza privada buscando venganza o justicia por mano propia. Y es que nadie ingresa alegre e inicialmente al difícil y peligroso safari en el que –activismo mediante– se ha convertido el proceso actual, con resultados auténticamente impredecibles para la abogacía sería que se asombra diariamente con las cosas que se resuelven en los tribunales. Antes bien, se procura el avenimiento por todos los medios y vías imaginables. Recién cuando ellos fracasan, comienza el *vía crucis* procesal.

¹³ Atención a la idea: el proceso es *método* y, como tal, *medio* y no *meta a lograr* (la meta del proceso como medio de discusión es la *obtención de una sentencia*). En cambio, en el proceso visto como *método de investigación*, la meta es la búsqueda de la verdad, a veces a cualquier trance y precio. Adelanto desde ya que en caso de existir tensión entre *medio* y *meta* (método y sentencia), el pensamiento garantista *privilegia siempre el método*

dialogal y argumentativo que se realiza entre dos sujetos naturalmente desiguales¹⁴ situados en posiciones antagónicas respecto de un mismo bien de la vida y que se igualan jurídicamente a los fines de la discusión merced a la actuación del director del debate, que como tal luce y debe lucir siempre tres calidades esenciales: *imparcialidad, imparcialidad e independencia*¹⁵, todo lo cual asegura la permanente bilateralidad¹⁶ de la audiencia.

Así concebido y a fin de completar la idea inicialmente esbozada, creo que en tales términos puede afirmarse que la *razón de ser del proceso es la erradicación de toda fuerza ilegítima*¹⁷

pues, de no ser así, habrá que dar razón postrera a MAQUIAVELO: el fin justifica los medios....

¹⁴ Es indudable que todos somos desiguales en la realidad de la vida.

¹⁵ Se verá luego en el texto el significado de cada uno de estos vocablos.

¹⁶ La *bilateralidad* significa *audiencia recíproca*. De tal modo, y gracias a ella, todo lo que dice o hace una de las partes debe ser comunicado a la otra para que diga y haga lo que quiera al respecto. Y viceversa.

¹⁷ La idea de *fuerza* no puede ser eliminada del todo en un tiempo y espacio determinado, ya que hay casos en los cuales el Derecho, su sustituto racional, llegaría tarde

para evitar la consumación de un mal cuya existencia no se desea: se permitiría así el avasallamiento del atacado y el triunfo de la pura y simple voluntad sin lógica. Tal circunstancia hace posible que, en algunos casos, la ley permita a los particulares utilizar cierto grado de fuerza que, aunque ilegítima en el fondo, se halla *legitimada* por el propio derecho. Por ejemplo, si alguien intenta despojar a otro de su posesión, puede éste oponer –para rechazar el despojo– una fuerza igual o proporcional a la que utiliza el agresor. Al mismo tiempo, y esto es importante de comprender, el Estado (entendido en esta explicación como el todo de la congregación social ya jurídicamente organizada) también se halla habilitado –por consenso de sus coasociados– para ejercer actos de fuerza, pues sin ella no podría cumplir su finalidad de mantener la paz. Piénsese, por ejemplo, en la necesidad de *ejecutar compulsivamente una sentencia*: ¿qué otra cosa sino *uso de la fuerza* es el acto material del desahucio, del desapoderamiento de la cosa, de la detención de la persona, etcétera? Realmente, esto se presenta como una rara paradoja: para obviar el uso de la fuerza en la solución de un conflicto, se la sustituye por un debate dialogal que termina en una decisión final que –a su turno– originará un acto de fuerza al tiempo de ser impuesta al perdedor en caso de que éste no la acate y cumpla espontáneamente. En suma: todo el Derecho, *ideado por el hombre para sustituir la autoridad de la fuerza*, al momento de actuar imperativamente para restablecer el orden jurídico alterado se convierte o se subsume en un acto de fuerza: *la ejecución forzada de una sentencia*. Estas circunstancias hacen que deba ponerse en claro que el acto de fuerza puede

*dentro de una sociedad dada para mantener un estado perpetuo de paz y de respeto a normas adecuadas de convivencia que todos deben acatar*¹⁸.

No importa al efecto que una corriente doctrinal considere que el acto de juzgamiento es nada más que la concreción de la ley en tanto que otras amplíen notablemente este criterio; en todo caso es imprescindible precisar que la razón de ser del proceso permanece inalterable: se trata de mantener la paz social, *evitando que los particulares se hagan justicia por*

ser visto desde un triple enfoque: a) es *ilegítima* cuando la realiza un particular; b) es *legitimada* cuando excepcionalmente el Derecho acuerda al particular la posibilidad de su ejercicio en determinadas circunstancias y conforme a ciertas exigencias o requisitos que en cada caso concreto se especifican con precisión; c) es *legítima*, por fin, cuando la realiza el Estado conforme con un orden jurídico esencialmente justo y como consecuencia de un proceso.

¹⁸ Quede en claro desde ya que, para el garantismo, el proceso poco tiene que ver con la *búsqueda de la verdad*, como habitualmente se dice de su objeto o de su razón de ser. Ya volveré recurrentemente sobre el tema.

mano propia. Y para eso, la discusión pacífica regulada por la ley¹⁹.

Terminada ella, y siempre que los propios interesados no hayan logrado autocomponer el conflicto, su heterocomposición la realiza el juez en su sentencia que, así vista, se erige en el *objeto* del proceso²⁰.

¹⁹ No otra cosa es el proceso.

²⁰ Utilizo la palabra *objeto* en su cuarta acepción española: *término o fin de los actos*. De donde resulta obvio que la sentencia no puede integrar el método y, por ende, que no debe ser considerada como un *acto procesal*. Por haberse hecho así durante más de un siglo, se han generado gravísimos problemas interpretativos que hay que erradicar a toda costa.

3

LOS PRINCIPIOS QUE REGULAN EL PROCESO

De la mayor importancia resulta ahora establecer cuáles son los *principios* procesales, entendidos como las grandes directrices que expresa o implícitamente brinda el legislador para que el método de enjuiciamiento pueda operar eficazmente de acuerdo con la orientación filosófico-política de quien ejerce el poder en un tiempo y lugar determinado.

De tal modo, un *principio* es simplemente un *punto de partida*. Pero así como nadie puede caminar *hacia ninguna parte* (siempre que lo haga tomará una dirección: hacia adelante, hacia atrás, etcétera), ese punto de partida debe ser visto en función de lo que se pretende hallar o lograr al llegar (en el derecho privado esto se llama *causa eficiente* y *causa fin*).

Si lo que se desea es regular un medio pacífico de debate dialéctico entre dos antagonistas en pie de igualdad²¹ ante un tercero²² que heterocompondrá el litigio²³, formular los *principios* necesarios para lograrlo implica tanto como trazar las líneas directivas fundamentales que deben ser *imprescindiblemente* respetadas para lograr el mínimo de coherencia que supone todo sistema.

Si se lee con atención cualquiera obra de la asignatura, se verá que siempre existe un capítulo destinado a la puntual explicación del tema, al que invariablemente se le da la deno-

²¹ Para descartar el uso de la fuerza. Pero atención: la *igualdad procesal*, única que puede ser lograda, consiste en otorgar y asegurar a los antagonistas *idénticas posibilidades de audiencia* mediante la bilateralización de cada instar. Que nadie imagine que se puede lograr otro tipo de igualdad. Sin embargo, en el Proyecto de Reforma al CPC de Chile se exige al juez que asegure de hecho la *igualdad real* de los contrincantes, cosa que es lógicamente imposible y que degenera el método procesal. Volveré sobre el tema más adelante.

²² Que, como tal, es imparcial, imparcial e independiente.

²³ Si es que no se disuelve por alguna de las vías posibles de autocomposición.

minación de “principios procesales”²⁴. Y, además, se advertirá que su contenido refiere a muchas cosas que no son similares entre sí. Acorde con ello, por ejemplo, se habla del *principio de igualdad*, del *principio de inmediación*, del *principio inquisitivo*, del *principio de imparcialidad*, del *principio de oralidad*, del *principio acusatorio*, etc.

Pero si se *piensa el derecho* (lo que implica meditar lo que se dice y no aceptar sin más y a ciegas las opiniones ajenas so capa de la importancia autoral de quien las expresa, que puede estar equivocado) y se lee atentamente cada uno de tales “principios” y se los compara con los demás, se advertirá que con esta palabra – “principios” – se mencionan las cosas más diversas, algunas de las cuales nada tienen que ver con las otras. Y esto no es bueno para la adecuada comprensión de cada tema y, sobre todo, para la del propio fenómeno del proce-

²⁴ De aquí en más, cuando hable de “principio”, así entre comillas, estaré refiriéndome al vocablo equívoco que se utiliza habitualmente en el derecho procesal. Cuando lo utilice en sentido propio y único que creo es correcto, lo llamaré simplemente *principio*, sin el uso del comillado.

so ya que se trata de otro baldón de *equivocidad por multivocidad*²⁵.

²⁵ En el comienzo de las sociedades no existió una concepción racional y unitaria de *todo* el Derecho. Esta carencia llega hasta el día de hoy, cuando se continúa discutiendo el carácter científico del Derecho: y en alguna medida tienen razón quienes lo niegan pues –para referir a uno sólo de los problemas que justifican tal postura– existe en la actualidad un vocabulario jurídico *multívoco* que conduce inexorablemente al *equivoco*, toda vez que a una misma e idéntica palabra se le asignan generalizadamente diversos significados y, a la inversa, se utilizan varias palabras con raíces diferentes para denominar a un mismo e idéntico fenómeno jurídico. Valga un ejemplo para confirmar lo dicho: si ante un grupo de personas con determinado grado de cultura alguien pregunta en este país el significado de la fórmula química "H₂O", seguramente que todas ellas identificarán en sus mentes el objeto *agua*. Pero lo que verdaderamente importa en esta afirmación es que a idéntico resultado se llegará con igual formulación en el Japón: aunque en otro idioma, se identificará también el objeto *agua*. Esta es la base mínima de todo conocimiento científico: mantener un lenguaje universal *unívoco* para que sea *inequívoco*.

Propongo ahora hacer experimento similar en un mismo país (no en países diferentes con idiomas distintos): si en una reunión de juristas con distinta especialización –no ya de personas con relativa cultura– se pregunta el significado de la palabra *acción*, habrán de obtenerse por lo menos las siguientes respuestas:

a) *es el legítimo derecho que respalda a la pretensión del actor* (así, se habla de *acción* de alimentos, de *acción* de deslinde, de *acción* de divorcio, de *acción* de filiación, de prescripción de las *acciones*, etcétera) (respuesta del civilista), utilizando al efecto el lenguaje legal imperante a mediados del Siglo XIX cuando aún se mencionaba el vocablo *acción* en el exacto sentido que le atribuía el derecho romano: derecho en movimiento, o con fusil y casco de guerra, como acotaba COUTURE. Pero esto cambia a partir de CHIOVENDA, que demuestra la autonomía del derecho de acción del derecho material que se hace valer mediante ella. En otras palabras: el *derecho de pedir* es cosa distinta del *derecho que se pide*;

b) *es el título de crédito representativo de cada una de las partes en que se divide el capital de ciertas sociedades* (respuesta del comercialista);

c) *es el elemento físico o de ejecución material y externo del delito* (respuesta del penalista);

d) *es el medio legal de pedir judicialmente lo que es nuestro o se nos debe* (respuesta del procesalista).

¿Puede concebirse mayor confusión terminológica? Parecería que todo este dislate semántico proviene de la simple circunstancia de haber olvidado el legislador que el mundo del Derecho *es un mundo de palabras* y, por ello, se apartó de los postulados mínimos de la Lógica. Se aprende en ella que el *término*, el *vocablo* que utiliza el jurista, constituye sólo la expresión simbólica de un *concepto* (el Derecho es, en realidad, un mundo de conceptos abstractos), del mismo modo que la *proposición* es la

Lo que corresponde hacer para solucionar el problema apuntado es indagar la *esencia* misma de cada uno de estos llamados “principios” a fin de poder metodizarlos adecuadamente. Y cuando ello ocurre se comprende que con tal palabra se mencionan indistintamente a tres cosas que, en verdad, deben ser denominadas diferenciadamente.

Y esto es así pues la mayoría de los “principios” enunciados por los autores se presenta con esencia *binaria*²⁶, como *pares antinómi-*

expresión simbólica de un *juicio* y que el *argumento* es la envoltura verbal de un *razonamiento*.

Para mayor complejidad del problema en el caso que ocupa ahora nuestra atención, también se utiliza la palabra *acción* como sinónimo de *derecho*, de *demanda* y de *facultad*; y, además, usualmente se la califica de acuerdo con el derecho: acción *cambiaria*, acción *civil en caso de delito*, acción *penal*, etcétera. Y este no es un fenómeno único en el Derecho; otro tanto ocurre con las palabras *abandono*, *absolución*, *apremio*, *carga*, *competencia*, *jurisdicción*, *prueba*, etcétera, etcétera. Como puede apreciarse, todo lo contrario de un *lenguaje científico*: aquí, lo *multívoco* conduce al *equivoco* (de ahí que muchos diálogos entre juristas no sean otra cosa que iconversaciones entre sordos!).

²⁶ Que se compone de dos elementos.

*cos*²⁷: oralidad o escritura, mediación o inmediatez, preclusión o libre desenvolvimiento, etc. Cosa que permite al legislador optar por uno o por otro al momento de normar.

Pero atención: cuando elige uno para consagrarlo en la ley, por ejemplo, la *inmediatez*, deja de lado automáticamente a su par *mediación*, pues resulta imposible aceptar que el juez pueda actuar con mediación e inmediatez al mismo tiempo.

Al lado de ellos, hay otros “principios” que se presentan invariablemente en forma *unitaria* pues no admiten lógicamente la existencia un par antinómico. Por ejemplo: la *imparcialidad del juzgador* (¿o qué?: ¿la parcialidad?), la *igualdad de las partes litigantes* (¿o qué?: ¿la desigualdad?)²⁸.

Dadas estas obvias diferencias y habida cuenta de que algunos “principios” hacen a la *esencia misma del proceso*²⁹ en tanto que otros no, ya

²⁷ Lo que implica contradicción entre dos preceptos legales o dos principios racionales.

²⁸ La absurdidad salta a la vista.

²⁹ Lo que significa que si están ausentes se genera un simple *procedimiento* y no un *verdadero proceso*. Y esto es

muy importante de comprender pues, en la historia del derecho procesal, no siempre se ha efectuado tal distinción, no obstante ser de la mayor importancia para comprender el fenómeno que aquí describo.

Se entiende por *procedimiento* –concepto puramente *jurídico*– la sucesión de actos ordenados y consecutivos, vinculados causalmente entre sí, por virtud de lo cual uno es precedente necesario del que le sigue y éste, a su turno, consecuencia imprescindible del anterior. Existe procedimiento en toda actividad, privada (orden del día en una asamblea) o pública (procedimiento administrativo, parlamentario, etcétera), que requiere de una *consecución de actos*. Por lo contrario, se entiende por *proceso* –concepto puramente *lógico*– *el medio de discusión de dos litigantes ante una autoridad* según cierto procedimiento preestablecido por la ley. En rigor de verdad, se trata de una *serie de actos procedimentales consecutivos e invariables*.

De tal modo, el *procedimiento* es el *género* (aparece en *todas* las instancias), en tanto que el *proceso* es una especie de él (aparece sólo en la *acción procesal*, instancia que debe ser necesariamente bilateralizada).

Insistiendo en la idea: el procedimiento es el rasgo común y distintivo de todas las instancias que, salvo la acción procesal, se otorgan para regular una relación dinámica entre *dos* personas: quien insta y quien recibe la instancia. El proceso es el procedimiento propio de la acción procesal, que se otorga para regular una relación dinámica entre *tres* personas: quien insta, quien recibe el instar y aquél respecto de quien se insta.

que refieren sólo a cómo se desarrolla el trámite procedimental con el cual tramitan, se aceptará buenamente la opinión de quienes proponen denominar *principios* sólo a los *unitarios* en tanto que propician el uso del sintagma *reglas procedimentales* (propias de las actividades de procesar y de sentenciar) para nombrar a todos los *binarios*.

Surge de lo expuesto que *todo proceso contiene un procedimiento*; pero no ocurre lo propio a la inversa, pues *no todo procedimiento constituye un proceso*. La distinción es importante, porque: 1) no siempre que existe un procedimiento judicial se genera un proceso: los llamados *actos de jurisdicción voluntaria* (en rigor, algunos de ellos), por ejemplo, tienen procedimiento y no son procesos; 2) toda pretensión ejercida judicialmente en las condiciones que marca la ley, origina un proceso cuyo objeto será la sentencia mediante la cual se habrá de satisfacer aquélla, existiendo así tantos procesos como pretensiones se hagan valer. De donde resulta que un solo procedimiento judicial puede ser la envoltura externa de más de un proceso.

Para finalizar: debe quedar en claro que en el curso de este trabajo deberá entenderse por *proceso el método de debate pacífico, dialógico y argumentativo sostenido entre dos personas actuando en pie de perfecta igualdad ante un tercero que ostenta el carácter de autoridad*. Y no otra cosa.

Finalmente, en la doctrina autoral mayoritaria hay otros dos “principios”: el *acusatorio* o *dispositivo* y el *inquisitorio* o *inquisitivo* que no son unitarios y, por tanto, no puede ser catalogados como *principios*. Pero tampoco son *reglas* aunque se muestren con apariencia *binaria* ya que, en esencia, son *sistemas de enjuiciamiento* y, como tales, comprenden una suma diferenciada de verdaderos *principios* y de auténticas *reglas*.

De ahí que en esta exposición presentaré como tópicos diferentes a los *principios procesales*, a las *reglas técnicas* del debate y de la actividad de sentenciar y a los *sistemas de enjuiciamiento*

Como se comprenderá cabalmente luego, el *sistema acusatorio* es la conjunción de los principios que hacen a la esencia misma del proceso y que aparece como tal en el mundo jurídico sin importar las reglas que se utilicen al efecto³⁰ para el desarrollo de su trámite. Del mis-

³⁰ Es claro que el sistema *acusatorio* genera siempre un *verdadero proceso* en tanto el juez es *tercero imparcial* y, con ello, posibilita la igualdad de los parciales. Y a estos fines, es indiferente si el trámite es oral o escrito, con o sin intermediación, etc.

mo modo, el *sistema inquisitorio* es una simple sumatoria de reglas procedimentales que se exhiben siempre en forma aislada y carente de los principios antes enunciados³¹.

Así concebidos, los *principios procesales* (propriamente dichos, sin importar ahora las denominaciones erróneas que le otorgan los autores que he consignado precedentemente) son sólo cinco³², y su enunciación debe comenzar por el

³¹ Si bien se mira, el sistema *inquisitorio* es un conjunto de reglas que no responden a los que he calificado como *principios* procesales, pues en tanto el juez es quien lleva el impulso procesal y, además, procede de oficio (en lo penal) y prueba por sí mismo las afirmaciones de las partes civiles que ellas no se han ocupado de probar, resulta obvia su pérdida de imparcialidad en los términos en los que se la conceptúa en este trabajo.

Para terminar: nada importa si un trámite es oral o escrito cuando el juez no es imparcial: lo que resulta de ello será siempre un *procedimiento* y no un verdadero *proceso*. Ya se verá bien el porqué de ello en el texto.

³² Son: 1) la *imparcialidad* del juzgador; 2) la *igualdad* de los parciales (partes) que litigan; 3) la *transitoriedad* del proceso como medio de debate; 4) la *eficacia* de la serie procedimental prevista por el legislador y 5) la *moralidad* en el debate. El desarrollo íntegro del tema lo hago en *El debido proceso de la garantía constitucional*, con varias ediciones en países diferentes.

más importante de todos: el de la *imparcialidad del juzgador*.

A los fines de este trabajo, importa sólo que me ocupe de él, ya que su conceptualización es lo que diferencia liminarmente a *activistas* y *garantistas*.

La idea de *imparcialidad*³³ indica que el *tercerero*³⁴ que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio³⁵ debe ostentar claramente ese carácter: para ello, no ha de estar colocado en la posición de parte (*imparcialidad*³⁶) ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo³⁷; debe carecer de

³³ Latamente concebida y comprensiva de diversas situaciones, tal como se verá en el texto.

³⁴ Ser *tercero* o tener la calidad de *terceidad*, implica ser *neutral* (ni uno ni otro: *neutralidad*), *ajeno* al objeto de la discusión y a las partes que discuten (*ajenidad*).

³⁵ Eso es lo que precisamente hace todo juez de derecho.

³⁶ La voz significa que el juez no es ni debe ser parte en el litigio. Obvia y lógica consecuencia de ello es que el juez no ha de hacer en el proceso lo que es tarea propia y específica de las partes litigantes: afirmar e introducir hechos y, llegado el caso, probarlos.

³⁷ Por eso es, precisamente, que en el sistema inquisitivo no se puede hablar con propiedad de una *imparcialidad*

todo interés subjetivo en la solución del litigio (*imparcialidad*³⁸) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (*independencia*³⁹).

judicial en razón de que el juez es, al mismo tiempo, el acusador o el impulsor oficioso de la llamada acción penal”... Es decir: *juez y parte*.

Idéntica reflexión cabe hacer respecto del juez de lo civil dentro del sistema que le permite subrogar a la parte procesal en la tarea de probar hechos controvertidos y no probados adecuadamente por el interesado a quien le incumbía la carga de hacerlo.

Esta concepción es antiquísima: se remonta a la Ley de Partidas, donde se expresa en la Ley X, Título IV, Partida III: “Cómo el jugador se debe guardar de no oír su pleito mismo ni otro del que él hubiese sido abogado o personero pues *juez y demandador y demandado son tres personas que conviene que sean en todo pleito que se demande por juicio*. Y por eso decimos que ningún juzgador no puede ni debe librar pleito sobre cosa suya o que a él pertenezca, *porque no debe un hombre tener lugar de dos, así como de juez y de demandador*”.

³⁸ Se trata del interés crematístico o moral, directo o indirecto, que el juez puede tener o llegar a tener en la solución del litigio.

³⁹ El tema se estudia habitualmente desde la óptica de la relación que el juez tiene con quien ejerce el poder en un tiempo y lugar dados. En otras palabras: la *independencia política* respecto del mandamás de turno. Pero la idea

Pero hay algo más: la palabra *imparcialidad* significa varias cosas diferentes a la *falta de interés* que comúnmente se menciona en orden a definir la cotidiana labor de un juez.

Por ejemplo, implica *ausencia de prejuicios*⁴⁰ de todo tipo (particularmente racial o religioso); *independencia de cualquier opinión* y, consecuentemente, tener oídos sordos ante sugerencia o persuasión de parte interesada que pueda influir en su ánimo; *no identificación con alguna ideología* determinada⁴¹; *completa ajenidad*⁴² frente a la posibilidad de dádiva o soborno; y a la *influencia de la amistad, del odio, de un sentimiento caritativo, de la haraganería, de los deseos de lucimiento personal, de figuración periodística*, etcétera. Y también es *no involucrarse personal ni emocionalmente en el meollo del asunto litigioso* y evitar

entraña mucho más, como se verá seguidamente en el texto.

⁴⁰ Se entiende por *prejuicio* la acción y efecto de *prejuizar*. Y este vocablo significa “juzgar antes de tiempo o sin conocer adecuadamente el tema”.

⁴¹ Cual la que expresamente obligaban tener a los jueces los códigos fascista, nazi y ruso soviético.

⁴² Refiero a lo que es distante, lejano o apartado de algo.

toda *participación en la investigación de los hechos* o en la *formación de los elementos de convicción*, así como de *fallar según su propio conocimiento privado el asunto*⁴³, etc.

Todo esto que se presenta como obvio –y lo es– no se ve tan claro a poco que el lector quiera estudiar el tema en las obras generales de la asignatura que se encuentran en toda América latina.

Verá en ellas que, al igual que lo que acaece con el concepto de *debido proceso*, la mayoría se maneja *por aproximación* y nadie lo define en términos positivos⁴⁴.

⁴³ Ya se sabe que esto se encuentra prohibido desde hace siglos. Actualmente se estudia con el nombre de *saber personal o privado del juez*.

⁴⁴ Esta es una constante invariable. No hay constitucionista ni procesalista ni tribunal superior alguno en América que defina en términos positivos o asertivos el concepto de *debido proceso*.

Si castizamente se entiende por *definir*, como vocablo referido a una palabra o expresión, el determinar y explicar de manera precisa su significado de modo que sea inequívoco e inconfundible con el contenido de otro pues se caracteriza exactamente su naturaleza y límites, es obvio que nadie lo ha hecho. Basta leer al efecto cualquiera obra o sentencia sobre el tema: siempre se efectúan defi-

En realidad, creo que todos –particularmente los magistrados judiciales– sobreentienden tácitamente el concepto de imparcialidad pero nadie afirma en qué consiste con precisión y sin dudas.

Por eso es que se dice despreocupada y erróneamente que los jueces del sistema inquisitivo pueden ser y de hecho son imparciales en los procesos en los cuales actúan⁴⁵.

niciones negativas, aseverando que no es *debido proceso* aquel en el cual se lesiona la defensa, o la posibilidad probatoria, o el derecho de impugnar, etc. etc. Si bien se mira, nada se define en términos de comprensión absoluta del tema.

⁴⁵ Los jueces de América en general no han sido preparados para actuar con imparcialidad. En rigor, una gran mayoría ignora en qué consiste esa *destreza* (cual la denominó alguna vez HAROLDO BRITO CRUZ, connotado magistrado chileno), así como cuál es su verdadera esencia o las variadas situaciones en las cuales el concepto queda vulnerado y, con él, la garantía del *debido proceso*.

Antes bien, la cultura paternalista que al mejor estilo *Macondo* nos han impuesto los parámetros autoritarios que rigen desde siempre en este sufrido sur del continente, hace que los jueces en general vean como correctas las actitudes propias que cumplen a diario para tratar de *igualar la desigualdad natural* de las partes procesales en

homenaje a una difusa meta de Justicia que bien pueden llegar a lograr. Pero ilegítimamente.

Y es que el problema surge, a no dudar, del doble papel protagónico de *juez y parte* que el sistema inquisitivo acuerda al juzgador, particularmente en lo penal. Así ocurre hasta hoy en la mayor parte de América también con los jueces laborales y los jueces de menores, encargados desde siempre de obviar la desigualdad del trabajador frente al patrón y la del menor en situación de abandono, cuyo interés superior deben privilegiar a todo trance. Cosa similar ocurre con los jueces de familia.

Estoy convencido de que esa notable *desigualdad real* debe ser paliada. Pero no por el juez, encargado final de asegurar la *igualdad jurídica* de las partes procesales. Antes bien, podrá ser cuidada por defensores *ad hoc*, por asesores en el litigio que procedan promiscuamente con los representantes de los menores y de los trabajadores, por muchos y variados funcionarios –acepto a todos los que imagine el lector– quienes se dediquen con exclusividad a ello. Pero insisto: *nunca por el juez* pues, al desnivelar la igualdad jurídica para lograr una supuesta y nunca alcanzable igualdad real, logra sólo desequilibrar el fiel de la balanza de la Justicia y hacer ilegítima su sentencia. Por justa que sea en los hechos... y para el sentir del propio juzgador.

Tal vez toda esta execrable actitud paternalista provenga de mal copiar sin meditarlo la función de los jueces penales que procesan y juzgan en el sistema inquisitivo, en el cual tienen el deber de aplicar siempre la ley más benigna y de introducir oficiosamente el conocimiento de hechos que configuran excepciones cuando el reo no las ha

opuesto (por ejemplo, lo sobreseen por prescripción o por amnistía no obstante que el reo no haya hecho valer la respectiva defensa en el juicio).

Como cruel corolario final de toda esta exposición, recuerdo que habitualmente soy interrogado por algunos jueces que, aceptando estos parámetros lógico-interpretativos y académicos, afirman no compartirlos en el campo de la Justicia, pues ese criterio aséptico de la imparcialidad que pregonan no sirve para prevenir la desigualdad de la parte más débil que no pudo contratar al abogado de renombre que asiste a su contrario y, por eso, deben ayudar para que el joven y poco preparado letrado efectúe una defensa correcta y, llegado el caso, suplirlo (con lo cual la ayuda ya no es para la parte débil sino para el abogado ignorante).

Estas actitudes duelen al Derecho y, a poco que se las analice, repugnan a la legitimidad procesal. Para empezar, de nada vale ser buen abogado para estos jueces justicieros que, en lo que creen su augusta misión, igualan hacia abajo. Por esto mismo es que el joven abogado no se prepara adecuadamente: no sólo no le sirve –pues así es como logra la ayuda del juez– sino que, tragicómicamente, el estudio conspira contra sus propios intereses: cuando sea un letrado reconocido y capaz de abogar como Dios manda, el juez tomará partido seguro por el adversario joven e inexperto, ignorante y chapucero... ¿Se advierte cómo y cuánto se iguala hacia abajo y, a la postre, se perjudica todo el sistema de Justicia?

Lo que habría que hacer cuando una parte está mal defendida es ordenar el cambio de abogado –claro que esto es fuerte, aunque se use habitualmente en los países que

Y ello ocurre pues los jueces en general han visto desde siempre a la palabra *imparcialidad* desde una óptica puramente *personal* y nunca desde la *funcional*, que es de donde corresponde verla.

Es cierto que un juez impoluto del sistema inquisitivo puede no tener interés personal en que alguien gane o pierda un pleito. Pero es obvio que, sin perjuicio de ello, el interés debe ser *funcional*, de la misma forma que debe tenerlo el fiscal, de quien siempre se ha dicho absurdamente que es la *parte imparcial* del proceso penal⁴⁶.

De tal forma, el juez *no debe tener interés personal ni funcional* en el desarrollo ni en el resultado del proceso.

pertenecen al *common law*— o, más livianamente, *ordenar una asistencia letrada al letrado que la necesita*. En este sentido hay norma expresa en muchas legislaciones (por ejemplo, ver la *Ley Orgánica del Poder Judicial* de la Provincia de Santa Fe, Argentina).

⁴⁶ Sin advertir quienes así lo afirman que esto es una *contradictio in terminis* (una contradicción del sustantivo por el adjetivo), dislate lógico imposible de explicar. Es lo mismo que decir lo bueno malo, lo bello feo, etc.

Si bien se miran todas las cualidades definitivas del vocablo que he mencionado *supra*, la tarea de *ser imparcial* es asaz difícil pues exige absoluta y aséptica⁴⁷ neutralidad⁴⁸, que debe ser practicada en todo supuesto justiciable con todas las calidades que el vocablo involucra⁴⁹.

La natural consecuencia de esta concepción de la *imparcialidad* genera el segundo de los principios y al que la doctrina coloca siempre por sobre el primero. Me refiero al de *igualdad de*

⁴⁷ Si bien la voz *asepsia* significa *ausencia de materia productora de descomposición o de gérmenes que pueden producir infecciones o enfermedades*, por extensión se dice que *aséptico* es quien *no muestra ninguna emoción ni expresa sentimientos*.

⁴⁸ Es la actitud o comportamiento del que no se inclina por ninguna de las dos partes que intervienen en un enfrentamiento ni las beneficia ayudando a forzar la solución pretendida por una de ellas.

⁴⁹ Insisto vehementemente en esto por cuanto los jueces del sistema inquisitivo sostienen siempre –y con absoluta buena fe– que actúan con una *imparcialidad funcional* que nada tiene que ver con la *imparcialidad personal o espiritual* que, de existir, no empañan a aquélla. Frase similar se lee en *Los miserables*, dicha por el Inspector JAVERT para justificar su tenaz persecución al desgraciado JEAN VALJEAN: cuando el policía descubre que no es así, se suicida.

las partes que tiene vigencia en tanto el juez sea imparcial.

Y es que, esencialmente, todo proceso supone la presencia de dos sujetos (carácter *dual* del concepto de parte) que mantienen posiciones antagónicas⁵⁰ respecto de una misma cuestión (pretensión y resistencia, protagonista y antagonista). Y bien sabido es que si ello no ocurre se está ante un simple procedimiento y no ante un proceso⁵¹.

Si la razón de ser del proceso es erradicar la fuerza ilegítima de una sociedad dada y, con ello, igualar jurídicamente las diferencias naturales que irremediablemente separan a los hombres, es consustancial de la idea lógica de

⁵⁰ Destacar el antagonismo es una obviedad, pero debo referir necesariamente a él para que se comprenda el tema.

⁵¹ Todas estas ideas las he desarrollado detenidamente en mi *Sistema procesal: garantía de la libertad*, 2 tomos con 1300 páginas, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2009. La obra ha sido adaptada a la legislación chilena por HUGO BOTTO OAKLEY, publicada en Chile por Editorial Thomson Reuters Puntotex, en julio de 2011.

proceso el que el debate⁵² se efectúe *en pie de perfecta igualdad*⁵³.

Tan importante es esto que todas las constituciones del mundo consagran de modo expreso el *derecho de igualdad ante la ley*⁵⁴, prohibiendo contemporáneamente algunas situaciones que implican clara desigualdad: prerrogativas de sangre y de nacimiento, títulos de nobleza, fueros personales, etcétera, y admitiendo otras que permiten paliar la desigualdad: el libre acceso a los tribunales de quienes carecen

⁵² Insisto recurrentemente en que el debate procesal es *lucha*, no un paseo alegre y despreocupado de las partes tomadas de la mano y caminando por el parque. Por tanto, los contendientes –protagonista y antagonista– no están interesados en la búsqueda de la verdad –cual lo afirman ilustres tratadistas– sino ien *ganar* en lo pretendido o en lo resistido!

⁵³ Si no se acepta la imprescindible necesidad que tienen ambas partes de discutir en situación de exacta igualdad jurídica y, por tanto, se mantiene en el proceso la natural desigualdad humana, ¿para qué hemos adoptado el proceso como método de debate? ¿No es ello una simple hipocresía? ¿No es más fácil y honesto continuar la antigua tradición del uso de la fuerza?

⁵⁴ Atención: ante *la ley*, ante las *circunstancias de la vida*. O sea: *igualdad jurídica*, no *igualdad real*.

de los medios económicos suficientes para ello, etc.

En el campo del proceso, igualdad significa *paridad de oportunidades y de audiencia*; de tal modo, las normas que regulan la actividad de una de las partes antagónicas no pueden constituir, respecto de la otra, una situación de ventaja o de privilegio, ni el juez puede dejar de dar un tratamiento absolutamente similar a ambos contendientes.

La consecuencia natural de este principio es la regla de la *bilateralidad o contradicción*: cada parte tiene el irrestricto derecho de ser oída respecto de lo afirmado y confirmado por la otra. En otras palabras: igualdad de ocasiones de instancias de las partes. Si esto no se respeta habrá una simple *apariencia de proceso*. Pero nunca un verdadero proceso, tal como se lo concibe en este trabajo, acorde con el mandato constitucional.

A esta altura, creo que ya estoy en condiciones de explicar cómo funciona cada uno de los dos *sistemas judiciales* referidos precedentemente.

LOS SISTEMAS JUDICIALES

Véanse ahora las diferencias existentes entre los sistemas ya referidos en el capítulo anterior.

1. EL SISTEMA ACUSATORIO O DISPOSITIVO

Es un método *bilateral* en el cual dos sujetos naturalmente desiguales⁵⁵ discuten antagónica

⁵⁵ La *desigualdad natural* de los hombres es evidente: todos somos diferentes ya que hay quienes *son más que otros* (no importa al efecto si la diferencia radica en el peso, altura, belleza, fuerza, inteligencia, astucia, etc.: siempre hay uno que *es más que otro*). Y esa desigualdad puede ser la fuente del ejercicio de la *fuerza* en la solución de los conflictos que aparecen en la vida real. Por ejemplo, quien es más rápido, puede robar una cartera y salir corriendo sin ser alcanzado, y su fuerza es su rapidez. De la misma forma, quien es más astuto puede vender un buzón a otro; quien es más grande puede pegar al más chico, etc.

y pacíficamente en situación de igualdad jurídica⁵⁶ asegurada por un tercero imparcial que actúa al efecto en carácter de autoridad⁵⁷, dirigiendo y regulando el debate para, llegado el caso, sentenciar la pretensión discutida⁵⁸.

Es valor entendido por la doctrina mayoritaria que un proceso se enrola en el sistema dispositivo cuando las partes son dueñas absolutas del impulso procesal (por tanto, ellas son quienes

⁵⁶ La *igualdad jurídica* no se corresponde con la *igualdad física*, ya que ésta es natural al hombre en tanto aquélla es dada por la ley para paliar esa desigualdad mediante el otorgamiento de una simple igualdad de trato. Y nada más. Adviértase que en el pleito del obrero contra el patrono, ambos siguen siendo quienes siempre son durante todo el curso del pleito, por mucho esfuerzo que haga el juez del sistema inquisitivo, que jamás podrá lograr una igualdad natural real entre ellos. Y es a esta igualdad y no a otra a la que se refieren todos los Pactos que buscan la igualdad entre los hombres.

⁵⁷ No importa al efecto si actúa como juez de derecho o como árbitro o arbitrador: siempre es *autoridad* respecto de las partes en el litigio,

⁵⁸ Adviértase que la idea lógica de proceso requiere la presencia contemporánea de *tres personas*: quien pretende, aquel respecto de quien se pretende y el tercero que dirigirá el debate y que eventualmente lo sentenciará. De ahí su tipificación como método *bilateral*.

deciden cuándo activar o paralizar la marcha del proceso), y son las que fijan los términos exactos del litigio a resolver afirmando y reconociendo o negando los hechos presentados a juzgamiento, las que aportan el material necesario para confirmar las afirmaciones, y las que pueden ponerle fin al pleito en la oportunidad y por los medios que deseen.

Tal cual se ve, se destaca en la especie una filosofía liberal que tiene al propio *particular* como centro y destinatario del sistema⁵⁹.

Como natural consecuencia de ello, el juez actuante en el litigio carece de poder impulsorio, ha de aceptar como ciertos los hechos admitidos por las partes así como conformarse con los medios de prueba que ellas aporten y debe resolver de acuerdo con el mandato legal y ajustándose estrictamente a lo que es materia de controversia en función de lo que fue afirmado y negado en las etapas respectivas⁶⁰.

⁵⁹ A raíz de ello, el juez es sólo un funcionario –muy importante, por cierto– que el Estado coloca al servicio de los particulares con la magnífica misión de evitar que se hagan justicia por mano propia. ¡Que no es poca cosa!

⁶⁰ Por tanto: si las partes aceptan de consuno un hecho y, así, tal hecho está fuera del litigio, el juez debe aceptarlo

Este antiguo sistema de procesamiento es el único que se adecua cabalmente con la idea lógica y constitucional del *proceso*, como fenómeno jurídico irrepetible y, por tanto, inconfundible que une a tres sujetos en una relación dinámica y continua.

Pero no sólo al litigio puramente civil se aplicó este sistema en el pasado remoto: existen noticias que muestran a este fenómeno respecto de la materia penal en las antiguas repúblicas de Grecia y en la misma Roma, en la época de los Comicios.

Y es que la primitiva concepción del juicio penal exigía que fuera iniciado por un *acusador* (ya que prevalecía el interés particular del ofendido y sus parientes) quien actuaba contra el reo ante la persona que oficiaba como juzgador.

Tanto es así que lo que hoy podría llamarse *proceso penal común* fue *acusatorio* desde antes del Siglo XII en numerosos países de Europa.

aunque no le guste y le conste que no coincide con lo verdaderamente acaecido en el plano de la realidad social. Este y no otro es el concepto que justifica desde siempre la vigencia de regla *no reformatio in peius*.

Para la mejor comprensión del tema en estudio, cabe recordar que el sistema *dispositivo* (en lo civil) o *acusatorio* (en lo penal), se presenta históricamente –y hasta hoy– con los siguientes rasgos caracterizadores:

- el proceso sólo puede ser iniciado por el particular interesado. *Nunca por el juez*;
- el impulso procesal sólo es dado por las partes. *Nunca por el juez*;
- el juicio es *público* salvo casos excepcionales que deben establecerse fundadamente;
- existe *paridad absoluta de derechos e igualdad de instancias*⁶¹ entre actor (o acusador) y demandado (o reo);

⁶¹ Excedería largamente el objeto de este trabajo la explicación de qué es una *instancia* y todas las implicaciones lógicas y jurídicas propias del tema, cosa que he hecho en el *Sistema procesal: garantía de la libertad* y en las *Leciones de Derecho Procesal Civil*, del donde he tomado el texto que aquí desarrollo. Sin embargo, algo debo decir para que el lector pueda comprender lo que sigue.

Cuando una norma imperativa de conducta no se agota por cumplimiento de la prestación prevista y es menester ocurrir a la alternativa de la sanción, al igual que en *todo* lo que ocurre en la interacción vertical que existe entre gobernante y gobernado, hace a la esencia misma de la convivencia social que éste pueda dirigirse a aquél en

procura de una respuesta que brinde adecuada solución al problema o conflicto que le plantea.

Esta necesidad muestra que, dentro del *estatuto que rige el poder político*, pueden existir –y jurídicamente existen– diversas posibles *relaciones* que unen al particular con la autoridad y constituyen formas típicas de actuación que son determinables *a priori* en función de la actuación que ha de cumplir el gobernado o por la que él exige de la autoridad.

Ya se puede decir que, a la actividad que realiza el gobernado cuando hace uso de ellas, se le da el nombre de *instar*, lo que produce *instancias* (o *derecho de instancia* si se las juridiza). Lógicamente, el *instar* constituye un *impulsar a otro para que a su vez impulse nuevamente*, formando en definitiva la cadena de actos que está prevista con anticipación en la norma. Así es que, jurídicamente, se define a la instancia como *el derecho que tiene toda persona (gente o ente) de dirigirse a la autoridad para obtener de ella, luego de un procedimiento, una respuesta cuyo contenido final no puede precisarse de antemano*.

Entre el primer instar y la resolución que recae finalmente sobre él existe *necesariamente* una serie de actos a cumplir en un orden ya establecido y que, ya se verá, recibe el nombre de *procedimiento*. De tal forma, el *objeto* (lo que desea lograr) *de la instancia es siempre un procedimiento, en tanto que el objeto de éste es una resolución de la autoridad*.

Efectuando *a priori* una determinación lógica de todas las posibles instancias en la relación *particular (gobernado) -*

- *y el juez es un tercero* que, como tal, es *impartial, imparcial e independiente* de cada uno de los contradictores. Por tanto, el juez es persona *distinta* de la del acusador;
- no preocupa ni interesa al juez la búsqueda denodada y a todo trance de la *verdad real* sino que, mucho más modesta pero realísticamente, procura lograr el *mantenimiento de la paz*

autoridad (gobernante), en exclusivo orden a la actividad cumplida y con prescindencia de sus respectivos contenidos –que pueden ser infinitos– se advierte que ellas sólo pueden ser cinco y se conocen doctrinalmente con el nombre de denuncia, petición, reacertamiento, queja y acción procesal. Estas posibles instancias pueden ser *primarias* (no suponen una instancia cumplida con anterioridad) o *secundarias* (suponen la existencia de otra instancia previa) y *con* o *sin* contenido pretensional.

La petición, la denuncia, la queja y el reacertamiento son definitivamente *unilaterales* desde la óptica del gobernado, pues unen siempre a *dos* sujetos: a quien insta y a la autoridad que recibe el instar. La última la acción procesal es de necesario contenido bilateral pues tiene como objeto unir siempre a *tres* sujetos: quien insta, la autoridad que recibe el instar y aquél contra quien se insta o pretende.

Si bien se mira, la acción procesal tiene como objeto la formación de un *proceso* y este se presenta, así, como un fenómeno inconfundible *por ser irrepetible en el mundo jurídico*.

social fijando hechos para adecuar a ellos una norma jurídica, tutelando así el cumplimiento del mandato de la ley⁶²;

⁶² Es de toda obviedad que el *Derecho* no privilegia a la *Verdad* como un valor jurídico de máxima importancia ya que, con mirar detenidamente a la *Ley*, se advierte que los valores trascendentes son la *paz social*, con el consiguiente respeto a las reglas de convivencia, el mantenimiento de la *libertad* y el otorgamiento de *certeza a las relaciones* individuales, todo logrado con el simple acatamiento de la normativa vigente en un lugar y tiempo dados.

Si la *Verdad* fuere un auténtico valor y el más importante para el Derecho, cual lo sostiene el *activismo judicial* y, doctrinalmente, la mayoría de los integrantes de la justicia Americana, todas las instituciones legales tendrían que ordenarse lógicamente con ella para mantener un sistema coherente y comprensible.

Y la simple revista de la ley procesal muestra sin más que no es así, ya que no hay compatibilidad lógica alguna entre la denodada *búsqueda de la verdad real* y la *absolución por la duda*; y el *sobreseimiento*, tanto definitivo como provisional; y la *caducidad de la instancia*; y la *prescripción liberatoria*; y la *carga probatoria*; y la *caducidad de las prueba por negligencia del oferente en su producción*; y la *congruencia procesal* del juzgador en su sentencia en función de lo pretendido, resistido y regularmente probado; y la *cosa juzgada material*; y la prohibición legal de discutir la *causa obligacional en juicio ejecutivo*, donde sólo se acepta la excepción de inhabilidad

- nadie intenta lograr la *confesión* del demandado o imputado, pues su declaración es un *medio de defensa y no de prueba*, por lo que se prohíbe su provocación (declaración indagatoria y absolución de posiciones, tanto en lo penal como en lo civil⁶³);

de título pero referida exclusivamente a sus aspectos externos (y nunca a su causa); etc., etc.

Pero además, y tal como luego lo sostendré en el texto, los jueces no pueden hacer lo que quieren a puro voluntarismo en cualquiera y en todo caso, pues siempre están sujetos a la aplicación de la Constitución y de la Ley; y de caducidades; y de prescripciones cuando han sido alegadas; y de preclusiones; y de requisitos de oponibilidad, de admisibilidad y de fundabilidad, que muchas veces deben ser aplicados de oficio; y de instancias de parte legitimada e interesada; y de cosa juzgada; y de litispendencia; etc., etc.

¿Cree el lector que, de verdad, la *Verdad* importa tanto en el proceso como para ser erigida en el valor fundamental a tener en cuenta por los jueces para resolver un litigio?

⁶³ En la Argentina, el sistema judicial de carácter inquisitivo que domina la competencia civil admite la prueba de absolución de posiciones propuesta por una de las partes contra la otra y, en algunas normativas y asistémicamente, puestas por el propio juez contra una o ambas partes.

Lo mismo ocurre en Chile: “Art. 385 (375). Fuera de los casos expresamente previstos por la ley, todo litigante

está obligado a declarar bajo juramento, contestada que sea la demanda, sobre hechos pertenecientes al mismo juicio, *cuando lo exija el contendor o lo decrete el tribunal* en conformidad al artículo 159”.

Pero es importante advertir que en Argentina se ha extendido dicha garantía respecto de la norma que se tuvo en mira al redactarse las respectivas Constituciones. En efecto: la Quinta Enmienda de la Constitución de los EEUU limita la garantía de no ser obligado a declarar en contra de sí mismo en lo que toca exclusivamente al proceso de contenido penal, no al civil. De la misma forma, la Constitución de Chile, art. 19, 7º, f). En cambio, en Argentina la cláusula es de mayor amplitud, ya que no hace referencia al proceso penal. De donde si la ley no distingue, no le es dado al intérprete hacerlo.

De donde resulta que aceptar legislativamente el interrogatorio de una de las partes por juez o por la otra (en la Argentina esto se denomina *prueba de posiciones*) tal como está redactado en nuestros CPC, implica consagrar una clara inconstitucionalidad en la norma procedimental, aunque nadie haya reparado en ello todavía: y es que ambas Constituciones garantizan expresamente que *nadie puede ser obligado a declarar en contra de sí mismo*.

Para la total comprensión del problema que aquí muestro he de decir que es obvio que, dado el tiempo en el cual se sancionaron las Constituciones originarias de Argentina y de Chile, la voz *obligado* allí utilizada ostentaba un contenido con mayores connotaciones que las que pueden ser extraídas de su significado técnico de *constreñir una conducta* haciendo fuerza sobre personas o cosas para lograrla. Así, es comprensiva también de las ideas que

encierran los conceptos de *deber* (su incumplimiento genera una sanción) y de *carga* (la inactividad genera efectos contrarios al interés del incumpliente). De allí que el que *nadie pueda ser obligado...* implica que no haya constricción ni sanción ni aplicación de apercibimiento alguno por incumplimiento de deber, obligación o carga.

He recordado esto pues la *citación para interrogarla (o absolver posiciones)* que se hace a una parte en proceso en el cual se controvierte una pretensión no penal, se efectúa siempre con el expreso apercibimiento de tenerla por confesa –a tenor de las posiciones redactadas y presentadas por su contrario– a quien no concurra sin justa causa a la audiencia señalada al efecto. De la misma forma –y si el aceptar declarar o negarse a ello es innegable *derecho de la parte* y no obligación, deber o carga– se fuerza inconstitucionalmente la declaración del interrogado o absolvente con la sanción que los mismos códigos le imponen a su silencio en la audiencia respectiva o sus renuencia a declarar o sus respuestas evasivas: hará presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles contenidas en el interrogatorio escrito.

Cosa similar ocurre en Chile: “Art. 394 (384). Si el litigante no comparece al segundo llamado, o si, compareciendo, se niega a declarar o da respuestas evasivas, *se le dará por confeso*, a petición de parte, en todos aquellos hechos que estén categóricamente afirmados en el escrito en que se pidió la declaración. Si no están categóricamente afirmados los hechos, podrán los tribunales imponer al litigante rebelde una multa que no baje de medio sueldo vital ni exceda de un sueldo vital, o arrestos hasta por

- en la Constitución de Estados Unidos de América, de donde se toman estos derechos, se exige al mismo tiempo que, cuando la parte desea declarar espontáneamente, lo haga sin mentir. Por tanto, castiga la falacia⁶⁴;

treinta días sin perjuicio de exigirle la declaración. Si la otra parte lo solicita, podrá también suspenderse el pronunciamiento de la sentencia hasta que la confesión se preste. Cuando el interrogado solicite un plazo razonable para consultar sus documentos antes de responder, podrá otorgársele, siempre que haya fundamento plausible para pedirlo y el tribunal lo estime indispensable, o consienta en ello el contendor. La resolución del tribunal que conceda plazo será inapelable”.

En otras palabras: citada una parte procesal para declarar, pierde automáticamente la garantía constitucional de que no puede ser *obligado a hacerlo*. En efecto: si no concurre a la audiencia, *no sólo declara sino que también confiesa* todos los hechos adversos que haya imaginado su contradictor. Y si concurre pero se abstiene voluntariamente de declarar –utilizando al efecto la misma garantía constitucional recién mentada– ocurre algo idéntico: *no sólo declara sino que también confiesa...*

¿No le parece al lector que esto es definitivamente absurdo y reñido con la estructura piramidal de la legislación de una República?

⁶⁴ No como ocurre en los países de la América inquisitorial, en los que la declaración ante el juez muestra una suerte de divertido deporte de las partes procesales, en

- se prohíbe la tortura;
- el imputado sabe siempre de qué se lo acusa⁶⁵
- y quién lo acusa⁶⁶
- quiénes son los testigos de cargo⁶⁷,
- Y quién es el juzgador⁶⁸;
- etc.

A mi juicio, todo ello muestra en su máximo grado la garantía de la plena libertad civil para el demandado (o reo).

absurda posición de descarada mentira. Claro está, esto se hace por la simple y lineal interpretación de la garantía constitucional que establece que nadie está obligado a declarar en contra de si mismo... En rigor de verdad, lo que la garantía protege no es el hecho de mentir sino la misma citación a declarar. En otras palabras: si se piensa la Constitución, no cabe la citación procedimental para declarar!

⁶⁵ Cosa que no ocurre en el sistema judicial de enjuiciamiento inquisitorial español.

⁶⁶ Ídem.

⁶⁷ Ídem.

⁶⁸ No cual ocurre en los sistemas inquisitoriales en los cuales el juez se esconde detrás de una capucha que le tapa completamente el rostro, cual ocurrió en el Perú en la época de *Sendero Luminoso* donde actuaban los llamados *jueces sin rostro*.

2. EL SISTEMA INQUISITORIO⁶⁹

Originariamente, fue un método *unilateral*⁷⁰ –y sigue siéndolo– en el cual el propio preten-

⁶⁹ El método fue ideado por la Organización inquisitoria episcopal (y se mantuvo luego en la inquisición medieval o papal y en la inquisición española) como vía de investigación para llegar al perfecto conocimiento de la *verdad real*. Con ello, procuró obtener la *confesión* y el arrepentimiento del confeso pues, a la postre, se buscaba la reconciliación del pecador con la Iglesia. Sólo que se lograba por medio de la *tortura*, para ayudar al alma a arrancar el pecado de su seno, y la condena por herejía se acompañaba con la orden de absoluta expropiación de los bienes del condenado.

Este método de enjuiciamiento –por supuesto, penal– estaba muy alejado en su estructura de aquél que la pacificación de los pueblos supo conquistar y que ya se presenta con una *figura triangular* que siguió practicándose para todo lo que no fuera delito.

Porque ese método era practicado por una organización conocida como *Inquisición*, pasó a la historia con el nombre de *sistema inquisitorio* (opuesto a *acusatorio*) o *inquisitivo* (opuesto a *dispositivo*). Y así se lo conoce hasta hoy.

⁷⁰ Adviértase que la idea lógica de *procedimiento*, que es la que existe en el sistema inquisitivo, requiere la presencia contemporánea de *dos personas*: aquel respecto de quien se pretende y quien pretende y, al mismo tiempo, dirige el debate y eventualmente lo sentencia. De ahí su

diente, convertido ahora en *acusador* de alguien (a quien sigo llamando *resistente* para mantener la sinonimia de los vocablos utilizados) le imputaba la comisión de un delito.

Y esa imputación –he aquí la perversa novedad del sistema– *la hacía ante él mismo* como encargado de juzgarla oportunamente. Por cierto, si el acusador era quien *afirmaba* (comenzando así con el desarrollo de la serie) resultaba elemental que sería el encargado de *probarla*. Sólo que –otra vez– por sí y ante sí, para poder juzgar luego la imputación después de haberse convencido de la verdad de la propia imputación...⁷¹

Por obvias razones, este método de enjuiciamiento no podía hacerse en público.

De allí que las características propias del método eran:

tipificación como método unilateral: no hay quien discuta con el imputado en pie de perfecta igualdad.

⁷¹ Este es el típico “proceso” penal vigente en casi toda América latina. Hasta hoy.

- el juicio se hacía por escrito y en absoluto secreto⁷²;
- el juez era la *misma persona* que el acusador y, por tanto, el que iniciaba los procedimientos, bien porque a él mismo se le ocurría (así su actividad comenzó a ser *oficiosa* o *propia de su oficio*) o porque admitía una denuncia nominada o anónima (ello quedó escondido en la idea del *accionar oficioso*);
- como el mismo acusador debía juzgar su propia acusación, a fin de no tener cargos de conciencia (que, a su turno, también debía confesar para no vivir en pecado⁷³) buscó denodadamente la prueba de sus afirmaciones, tratando por todos los medios de que el resultado coincidiera estrictamente con lo que él sostenía que había acaecido en el plano de la realidad social;
- para ello, comenzó entonces la búsqueda de *la verdad real*;

⁷² ¿De dónde piensa el lector que deriva eso del “secreto del sumario”?

⁷³ Recuérdense que los jueces originarios de sistema inquisitorio eran sacerdotes.

- y se creyó que sólo era factible encontrarla con la *confesión*⁷⁴; de ahí que ella se convirtió en un *medio de prueba* y, luego, en la reina de todas las pruebas (la *probatio probatissima*)⁷⁵;
- y para ayudar a lograrla, se instrumentó y reguló minuciosamente la tortura⁷⁶.

Como se ve, método radicalmente diferente al que imperó en la historia de la sociedad civilizada⁷⁷.

En la actualidad, este es el método que se practica en casi toda América para el juzgamiento penal⁷⁸ y que se aplica en todas partes para lo

⁷⁴ Hasta entonces un *sacramento* que posibilitaba al pecador confesar sus pecados a un sacerdote para obtener su absolución si se daban dos condiciones: la existencia de verdadero arrepentimiento y el firme propósito de no volver a pecar.

⁷⁵ Hasta hoy: *a confesión de parte, relevo de pruebas...*

⁷⁶ Tal como se hizo en el *Manual del Inquisidor* de BERNARDO GUY y en las *Instrucciones* de Fray TOMÁS DE TORQUEMADA.

⁷⁷ Que desde los orígenes de la civilidad empleó el método triangular, propio del sistema acusatorio.

⁷⁸ Hago esta referencia pues en varios países americanos se ha intentado poner en vigencia el sistema acusatorio (por ejemplo, Chile, Paraguay, algunas provincias argen-

civil con las lógicas atenuaciones del tiempo que se vive (por ejemplo, ya no puede decirse que haya tortura indiscriminada en todas partes).

3. EL SISTEMA MIXTO

Comparando los sistemas descritos en los párrafos anteriores, puede colegirse con facilidad que los conocidos como *dispositivo* e *inquisitivo* son franca y absolutamente antagónicos y que, por razones obvias, no se puede hablar seriamente de una suerte de *convivencia* entre ellos, aunque resulte aceptable que puedan alternarse en el tiempo conforme a distin-

tinias, Colombia, Nicaragua, etc.) y en todas partes funciona mal pues los jueces encargados de instrumentarlo han sido formados profesionalmente durante muchos años en la aplicación del sistema inquisitivo y, acostumbrados a él, deforman al acusatorio a tal punto que dan órdenes a los fiscales acerca de cómo deben actuar o, lo que es peor, prueban las pretensiones de éste cuando ha sido inoperante o fallan más allá de sus pretensiones o se enredan en preguntas y repreguntas a partes, testigos y peritos iso pretexto de formar convicción para fallar adecuadamente el caso litigioso!

tas filosofías políticas imperantes en un lugar dado⁷⁹.

⁷⁹ Así es como *disposición e inquisición* aparecen siempre en la historia judicial a la manera de poderosos partidos políticos, como bandos contrapuestos que ganan más o menos adeptos según las circunstancias, que gobiernan alternadamente, que se soportan de manera recíproca, que simulan no pocas veces que hasta pueden llegar a convivir pacíficamente. Tanto es así, que al escuchar el comentario de los autores acerca de cualquier código, es habitual que indiquen que es *predominantemente dispositivo con algunas pautas inquisitivas* o, por lo contrario, que es *fundamentalmente inquisitivo, con algunos rasgos dispositivos*.

Si se me dispensa el seguir con la metáfora política, es sencillo afirmar que, tal como acontece en esa área, se considera habitualmente –por autores y legisladores– que *disposición e inquisición* son posiciones *extremas* que, como tales, resultan negativas y disvaliosas. De allí que, desde antaño, abunden los *centristas*, embarcados en la tarea de lograr un adecuado equilibrio entre las posiciones antagónicas.

No resulta difícil advertir que la tenacidad de estos predicadores ha fecundado prolíficamente en el pensamiento de los más eximios (no ex simios) procesalistas americanos: a fuerza de una empecinada reiteración, esa idea de *equilibrio*, de *saludable medio* entre los dos extremos, se ha convertido en una especie de *dogma* que hoy adoptan casi todos los ordenamientos del continente.

Sin embargo, gracias a la persistente vigencia en la ley de la filosofía inquisitivista de la autoridad a la cual todo esto le sirve⁸⁰ –por más de

Para constatarlo, basta con leer la *Exposición de Motivos* de la mayoría de los códigos procesales: como máxima virtud, se señala habitualmente que el respectivo cuerpo legal, "a la par que mantiene valiosas pautas dispositivas, no deja de recoger los no menos valiosos aportes del sistema inquisitivo..." En el fondo, todo un verdadero disparate.

Si bien se mira la cuestión, se presenta en la especie una suerte de *síndrome de Estocolmo*.

⁸⁰ Particularmente en lo penal. Recuérdese que *todos* los gobiernos autoritarios que hubo en la Argentina desde el año de 1930 hasta el de 1983 [me refiero a los encabezados por los Generales URIBURU (1930), RAMÍREZ (1943), FARRELL (1944), ARAMBURU (1955), ONGANÍA (1966) y VIDELA (1976) y, también, por el Dr. GUIDO (tras de quien se escondían varios Generales) (1962)] derogaron la Constitución nacional o la subordinaron a *Reglamentos y Estatutos Revolucionarios*. Paradojalmente, en cambio, todos ellos mantuvieron vigentes las leyes procedimentales que toleraban sus actuaciones autoritarias.

No se piensa, acaso, que el *secreto del sumario*, la *declaración indagatoria*, la recurrente *actuación oficiosa*, etcétera, concurren en alguna medida al genocidio de miles de argentinos? ¿Hubiera sido todo ello posible en un régimen procesal apegado al texto de la Constitución?

quinientos años— hoy abundan los *códigos mixtos*, cosa que se puede ver con facilidad en lo civil: todos los códigos de América son, según los autores mayoritarios, ipredominantemente dispositivos pero con leves atenuaciones inquisitivas...!

No obstante ello —y surge sólo de la simple lectura de los anteriores párrafos— no son exactas las afirmaciones de la doctrina, pues *disposición e inquisición* son posiciones que generan sistemas de procesamiento *incompatibles* en su esencia. Por eso es que *no resulta factible concebir racionalmente el sistema mixto*⁸¹.

Ruego al lector dar honesta respuesta intelectual y moral a estos interrogantes. Y si se me contesta —tan sólo— que *pudo ser posible* que el método inquisitivo coadyudara a tan atroz resultado, me daré por satisfecho con la demorada exposición hasta aquí realizada y me convenceré aún más de que siempre cabe legislar para la *generalidad de los posibles juzgadores* y no sólo para *los buenos que hoy se cuentan por montones*...

⁸¹ No ocurre otro tanto con las *reglas técnicas* que indican cómo procesar, que pueden llegar a combinarse en el tiempo. Y hago la advertencia pues lo que vengo explicando hasta ahora no es una simple regla para instrumentar el método de debate; más que ello, es la representación en el proceso de filosofías políticas antagónicas que

Para persuadir sobre la exactitud de esta afirmación, recorro a un ejemplo cualquiera: piénsese en un cuerpo legal que contenga normas claramente dispositivas en materia de prueba de afirmaciones contradichas. Supóngase que, al mismo tiempo, tal normativa consagre una sola norma que, bajo el inocente título de *facultades probatorias oficiosas*⁸², otorgue al juez

no pueden coexistir sino a riesgo de una simple y deplorable *incoherencia sistémica*

⁸² O de *medidas para mejor proveer*, como se las llama en Argentina, o para *mejor resolver*, cual se las denomina en Chile: “Art. 159. Los tribunales, sólo dentro del plazo para dictar sentencia, podrán dictar de oficio, medidas para mejor resolver. Las que se dicten fuera de este plazo se tendrán por no decretadas. Sin perjuicio de lo establecido en el inciso primero del artículo 431 podrán dictar alguna o algunas de las siguientes medidas: 1. La agregación de cualquier documento que estimen necesario para esclarecer el derecho de los litigantes; 2. La confesión judicial de cualquiera de las partes sobre hechos que consideren de influencia en la cuestión y que no resulten probados; 3. La inspección personal del objeto de la cuestión; 4. El informe de peritos; 5. La comparecencia de testigos que hayan declarado en el juicio, para que aclaren o expliquen sus dichos oscuros o contradictorios; y 6. La presentación de cualesquiera otros autos que tengan relación con el pleito. Esta medida se cumplirá de conformidad a lo establecido en el inciso 3 del artículo 37.

amplísimas facultades para ordenar de oficio cualquiera diligencia conducente a la investigación de la *verdad real* acerca de los hechos litigiosos, con prescindencia de su aceptación por las partes⁸³.

En este último caso y siempre que se hubiese remitido el expediente original, éste quedará en poder del tribunal que decreta esta medida sólo por el tiempo estrictamente necesario para su examen, no pudiendo exceder de ocho días este término si se trata de autos pendientes”. Además, ver el “Art. 431. No será motivo para suspender el curso del juicio ni será obstáculo para la dictación del fallo el hecho de no haberse devuelto la prueba rendida fuera del tribunal, o el de no haberse practicado alguna otra diligencia de prueba pendiente, a menos que el tribunal, por resolución fundada, la estime estrictamente necesaria para la acertada resolución de la causa. En este caso, la reiterará como *medida para mejor resolver* y se estará a lo establecido en el artículo 159. En todo caso, si dicha prueba se recibiera por el tribunal una vez dictada la sentencia, ella se agregará al expediente para que sea considerada en segunda instancia, si hubiere lugar a ésta”.

⁸³ Cual lo dispone en Chile el Proyecto CPC, artículo 288: “... Hasta antes del término de la audiencia preliminar, el tribunal, de oficio, podrá ordenar las diligencias probatorias que estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. En ejercicio de este derecho, las partes podrán solicitar, en el mismo acto, una contra-

En este caso, no dudo de que abundarían los más elogiosos comentarios: se hablaría del adecuado equilibrio de la norma pues, al estar conforme a las pautas tradicionales en materia de prueba, recoge las ideas más avanzadas, que concuerdan en entregarle al juez una mayor cantidad de poderes en orden al mejor y más auténtico conocimiento de los hechos... etc.

Afirmo que tal comentario es incoherente. Baste una sencilla reflexión para justificar este aserto: la norma que le confiere al juez la facultad de acreditar por sí mismo un hecho litigioso,

prueba a la solicitada por el tribunal, conforme a lo previsto en el artículo 290". Ídem, artículo 294: "*Carga de la prueba*. Corresponde la carga de probar los fundamentos de hecho contenidos en la norma jurídica a la parte cuya aplicación le beneficie, salvo que una disposición legal expresa distribuya con criterios diferentes o de una manera diversa la carga de probar los hechos relevantes entre las partes. El tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio lo que comunicará a ellas, con la debida antelación, para que asuman las consecuencias que les pueda generar la ausencia o insuficiencia de material probatorio que hayan debido aportar o no rendir la prueba correspondiente de que dispongan en su poder".

¿no tiene la virtualidad de tirar por la borda toda la regulación dispositiva referente a *cargas*⁸⁴, *plazos*, *negligencia*, *caducidad*, etcétera, en materia de ofrecimiento y producción de la prueba⁸⁵?

¿Por qué se ha llegado en la historia al sistema mixto?

A mi juicio, son varias las razones determinantes de la actual coexistencia de sistemas antagónicos: la secular tradición del Santo Oficio y la abundante literatura jurídica que fundamentó y justificó la actuación de la *Inquisición española* durante más de *quinientos años*, así

⁸⁴ En Chile, Código Civil, “Art. 1698. *Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta*. Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido, e inspección personal del juez”.

⁸⁵ Adviértase que si en un vaso de agua pura y cristalina se echa una sola gota de tinta azul, todo el contenido se tiñe de ese color. Y nunca será más lo que era hasta momentos antes. Igual cosa ocurre en el proceso: puede afirmar el legislador que norma a base de un sistema puramente acusatorio. Pero si en el respectivo contexto inserta una sola norma que tolere la *prueba oficiosa* del juzgador, por ejemplo, tiñó todo el cuerpo legal del más puro inquisitivismo...

como la fascinación que el sistema provoca en regímenes totalitarios que, al normar para el proceso, dejan de lado al hombre común para erigir al propio Estado como centro y eje del sistema (recuérdese que nuestra asignatura es actualmente denominada en muchas partes como *derecho jurisdiccional*).

Además, toda la doctrina procesal publicada en el continente desde los años '50 del siglo pasado en adelante ha contribuido grandemente a ello pues con su lectura y estudio se han formado quienes enseñan la asignatura hasta ahora en las diferentes autoridades de América. Incluso quien esto escribe⁸⁶.

Finalmente: en la generalidad de la Argentina de hoy se cuenta con normativas procesales

⁸⁶ Todo esto se debe a la influencia doctrinaria que tuvo en América la editorial EJE (Ediciones Jurídicas Europa América) que, durante muchos años, se dedicó a traducir al castellano lo más granado de las obras del procesalismo italiano y alemán. Y todos los americanos abrevamos en ellas y nos convencimos de sus bondades, sin darnos cuenta –hasta hace muy poco tiempo, FRANCO CIPRIANI mediante– de que todos los autores traducidos glosaban o la ley nazi del '37 o la ley fascista del '40.

fuertemente inquisitivas, tanto en lo penal como en lo civil.

Cosa parecida ocurre en gran parte de Chile donde, a pesar de contar con un proceso penal de corte acusatorio, es aplicado por jueces con cultura inquisitiva. Exactamente igual que lo que acaece en Nicaragua y en gran parte de Colombia.

A riesgo de predicar en el vacío, mantengo la esperanza de revertir tal estado de cosas y, para eso, esta obra.

Y ello por simples y obvias razones: los constituyentes de 1853 normaron para la Argentina en función de la dolorosa historia vivida en el país hasta entonces, tratando de evitar desde la propia Constitución la reiteración de los errores y las aberraciones del pasado. Buena prueba de ello se encuentra en los artículos 29⁸⁷ y 109⁸⁸.

⁸⁷ *CN arg, art. 29*: “El congreso no puede conceder al Ejecutivo Nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, *facultades extraordinarias*, ni la *suma del poder público*, ni *otorgarles sumisiones* o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona

Acorde con textos constitucionales vigentes en la época, reitero que la idea que tuvieron de la actividad de procesar no puede ser más clara, más pura, ni puede concebirse más libertaria: acordaron la *igualdad ante la ley*⁸⁹, remarcaron la *inviolabilidad de la defensa en juicio*⁹⁰, esta-

alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria”.

⁸⁸ *CN arg, art. 109*: “En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”.

⁸⁹ *CN arg, art. 16*: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento; no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes *son iguales ante la ley* y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.

Igual la *CP chí, art. 19, 2º*: “*La igualdad ante la ley*. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

⁹⁰ *CN arg, art. 18*: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al

hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. *Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos...*

En la misma tónica, la *CP chi*, art. 19, 3ª: “*La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.* Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos. La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes. Toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley. Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho. Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador esta-

blecieron el principio del *juez natural*⁹¹ y el del *estado de inocencia*⁹², prohibieron la *condena sin juicio previo*⁹³ fundado en *ley anterior*⁹⁴ al hecho que motivó el proceso, etc.⁹⁵

Dentro del espíritu que exhibe la Constitución, todo ello muestra que su meta era –y es– un proceso regulado con las modalidades explicadas hasta ahora: fenómeno jurídico que enlaza

blecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos. La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal. Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado. Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella...”.

⁹¹ *CN arg, art. 18*, ya transcrito *supra*. Similarmente, la *CP chi*, ver *supra*.

⁹² *CN arg, 18*, ya transcrito *supra*. Similarmente, la *CP chi*, ver *supra*.

⁹³ *CN arg, 18*, ya transcrito *supra*. Similarmente, la *CP chi*, ver *supra*.

⁹⁴ *CN arg, 18*, ya transcrito *supra*.

Similarmente, la *CP col*, art. 29: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes...”

⁹⁵ *CN arg, 18*, ya transcrito *supra*. Similarmente, la *CP chi*, ver *supra*.

a tres sujetos, dos de ellos ubicados en situación de *igualdad* y el otro en la de *imparcialidad* (lo cual ocurre *exclusivamente* en el sistema dispositivo o acusatorio).

De ninguna manera creo que pueda afirmarse, al menos congruente y fundadamente, que todas las garantías constitucionales recién enunciadas rijan dentro del sistema inquisitivo (propio de nuestro proceso penal hasta hace poco tiempo) pues al posibilitar que sea el propio juez quien inicie de oficio una investigación imputando a alguien la comisión de un delito, por ejemplo, y al mismo tiempo permitir que dicho juez resuelva por sí acerca de su propia imputación, viene a resultar algo obvio: el juez *es juez y parte* al mismo tiempo⁹⁶.

Y hasta el menos avisado puede advertir que lo que ello genera no es un proceso (de tres) sino un simple procedimiento que une sólo a dos sujetos: al juez-acusador y al reo.

Insisto reiterativamente y a riesgo de producir hartazgo en el lector: no obstante tal afirmación, que no puede ser desvirtuada con razo-

⁹⁶ Y esto está prohibido desde la Ley de Partidas.

namiento lógico jurídico (aunque sí con argumentación política o caprichosa), la antigua vocación por el totalitarismo que tan persistentemente ha mostrado el legislador argentino lo ha llevado a dictar regulaciones normativas que, al permitir la coexistencia incoherente de sistemas antagónicos, descartan *per se* la vigencia del *debido proceso* al establecer para un sinnúmero de casos simples procedimientos judiciales a los cuales se les adjudica –indebidamente– la denominación de *procesos*. Pero como las cosas son lo que realmente son, sin que importe al efecto cómo se las llame, no creo que ello sea suficiente para que se acepte con alegría y buena voluntad un sistema filosóficamente erróneo, políticamente nefasto y jurídicamente inconstitucional.

QUÉ ES EL *DEBIDO PROCESO*

Desde el siglo pasado la doctrina publicista refiere insistentemente al *debido proceso* como un claro derecho constitucional de todo particular y como un deber de irrestricto cumplimiento por la autoridad.

La frase lució novedosa en su época pues, no obstante que la estructura interna del proceso concebido como *método de discusión* y no como *medio de investigación* aparece natural y lógicamente en el curso de la historia con antelación a toda idea de *Constitución*, sólo algunas cartas políticas del continente incluyen la adjetivación *debido*, en tanto que en otras la norma se concreta a asegurar la *inviolabilidad de la defensa en juicio* o un *procedimiento racional y justo*, cual lo hace la Constitución de Chile.

Colombia lo refiere elípticamente, al afirmar que *el debido proceso*⁹⁷ *se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas*⁹⁸.

El origen generalmente aceptado de la palabra *debido*⁹⁹ se halla en la Quinta Enmienda de la

⁹⁷ Adviértase que la CP chilena refiere a un *procedimiento racional y justo*, sin establecer cuál es el contenido del sintagma, que supone y da por conocido. Al igual que lo hacen todos los autores constitucionalistas y procesalistas, al igual que las Cortes de Justicia. Y sin embargo, nadie lo define positivamente.

⁹⁸ Esta referencia a las *actuaciones administrativas* es errónea y resulta inexplicable en un texto constitucional a la luz del Derecho Procesal científico y sólo puede aceptarse a partir de una concepción voluntarista de algunos estudiosos que ven *proceso* donde sólo hay *procedimiento*. Ya se ha dicho antes que el proceso es el objeto de la instancia denominada *acción procesal*, en tanto que todas las demás –denuncia, petición, reacertamiento y queja, que son las únicas con las cuales opera la Administración Pública– sólo generan *procedimientos* y nunca *procesos*.

⁹⁹ La palabra *debido* es la traducción que se ha impuesto en América latina de la voz *due* utilizada a partir de la Carta Magna de 1215. Pero *due* quiere decir más cosas en la lengua inglesa: junto con otros significados que nada tienen que ver con el tema, también es *merecido*, *adecuado*, *esperado*, *aguardado*, *correspondido*. Y también, *derecho*. Y parece claro que todos ellos se entienden me-

Constitución de los Estados Unidos de América, al establecer los derechos de todo ciudadano en las causas penales¹⁰⁰ y de allí pasa con diferentes denominaciones al grueso de las Constituciones americanas.

Tal vez por la imprecisión terminológica que sistemáticamente emplean los autores que es-

mejor que la palabra *debido*. Es dable destacar acá que la Constitución argentina no utiliza el sintagma *debido proceso* sino que ha cambiado su uso por la frase *es inviolable la defensa en juicio*, mucho más comprensiva y decidora de este derecho-garantía que se espera del Estado.

¹⁰⁰ Su texto dice en su parte pertinente que no podrá “someterse a una persona dos veces, por el mismo delito, al peligro de perder la vida o sufrir daños corporales; tampoco podrá obligársele a testificar contra sí mismo en una causa penal, no se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso judicial”.

Este mandato figura nuevamente en el texto de la 14^a Enmienda (ahora como restricción al poder de los Estados confederados) donde se utilizan palabras similares: “...ningún Estado podrá tampoco privar a persona alguna de la vida, la libertad o la propiedad, sin el debido procedimiento jurídico”.

Ya he dicho en nota anterior que, en la Argentina, la norma constitucional es más decidora e importante pues declara el derecho a la *inviolabilidad de la defensa en juicio*. Y es *inviolable* lo que no puede ser violado (desobedecido, incumplido, quebrantado o profanado).

tudian el tema, la doctrina en general se ha abstenido de definir en forma *positiva* al *debido proceso*, haciéndolo *siempre negativamente*: y así, se dice que *no es debido proceso legal* aquél por el cual –por ejemplo– se ha restringido el derecho de defensa o por tal o cual otra cosa.

Esto se ve a menudo en la doctrina que surge de la jurisprudencia de todos los máximos tribunales de América hispanoparlante¹⁰¹.

¹⁰¹ Una idea clara de lo que sucede respecto de la imprecisión apuntada puede encontrarse en frase de distinguido magistrado que, para definir al proceso, afirmaba en el año de 1951: “A diferencia de algunas reglas jurídicas, el debido proceso no es una concepción técnica con un contenido fijo, sin relación al tiempo, al lugar y a las circunstancias imperantes, pues la noción de *debido proceso* no puede aprisionarse dentro de los límites traicioneros de cualquier fórmula. Al representar una profunda actitud de Justicia entre hombre y hombre y, más particularmente, entre hombre y gobierno, el debido proceso está constituido de historia, de razón, del curso pasado de las decisiones y de la profunda confianza en la fuerza de la fe democrática que profesamos”. Retóricamente, la frase es bellísima. Técnicamente, no sólo dice *nada* sino que constituye la negación misma del proceso y de la ciencia procesal. La actitud no es aislada: ya he referido que prestigiosa doctrina de este siglo ha definido al proceso como

No obstante todo ello, pasando a afirmativa las concepciones negativas y haciendo un mínimo inventario de las *frases hechas* acuñadas por la jurisprudencia constitucional de varios países, podría decirse que el debido proceso:

- supone el *derecho a la jurisdicción*, que es imprescriptible, irrenunciable y no afectable por las causas extintivas de las obligaciones ni por sentencia¹⁰²;
- implica el *libre acceso* al tribunal;
- y la *posibilidad plena de audiencia* (lo cual lleva aneja una *efectiva citación* que permita total conocimiento de la acusación o demanda cursada);
- y el logro de una *tutela judicial efectiva*;
- la determinación previa del *lugar del juicio* y

drama o como *misterio* o como algo que *se sabe exactamente dónde está pero no qué es*.

¹⁰² Lo que viene a querer significar la afirmación contenida en la *Declaración de Derechos Humanos de las Naciones Unidas* de 1948: "Toda persona tiene el derecho de ser oída en plena igualdad, públicamente y con justicia por un tribunal independiente para la determinación de sus derechos y obligaciones".

- el *derecho del reo de explicarse en su propia lengua*;
- comprende el derecho de que el proceso se efectúe con un *procedimiento eficaz y sin dilaciones*;
- adecuado a la *naturaleza del caso justiciable*;
- y *público*;
- con *asistencia letrada* eficiente desde el momento mismo de la imputación o detención.

Específicamente en cuanto a la *prueba*, comprende:

- el *derecho de probar* con la utilización de todos los medios legales procedentes y pertinentes;
- y el de que el juzgador se *atenga sólo a lo regular y legalmente acreditado* en las actuaciones respectivas.

En cuanto atañe a la *sentencia*, comprende el derecho de:

- que sea dictada por un *juez objetivo, imparcial e independiente*;
- que emita su pronunciamiento en forma *completa*: referida a *todos* los hechos esencia-

les con eficacia decisiva y al derecho aplicable;

- *legítima*: basada en pruebas válidas y sin omisión de las esenciales;
- *lógica*: adecuada a las reglas del pensamiento lógico y a la experiencia común;
- *motivada*: debe ser una derivación razonada del derecho vigente con relación a la pretensión esgrimida y en función de los hechos probados en el proceso; y
- *congruente*: debe versar exclusivamente acerca de lo pretendido, resistido y regularmente probado por las partes.

La sentencia que no cumple tales condiciones es calificada habitualmente como *arbitraria*, cuyos parámetros generadores también constituyen *frases hechas* inteligentemente acuñadas por la jurisprudencia.

Y así, *una sentencia es arbitraria* cuando:

- no decide acerca de cuestiones oportunamente planteadas, o
- decide acerca de cuestiones no planteadas, o
- contradice constancias del proceso, o

- incurre en autocontradicción, o
- pretende dejar sin efecto decisiones anteriores firmes, o
- el juez se arroga en ella el papel de legislador, o
- prescinde del texto legal sin dar razón plausible alguna, o
- aplica normas derogadas o aún no vigentes, o
- da como fundamentos algunas pautas de excesiva latitud, o
- prescinde de prueba decisiva, o
- invoca jurisprudencia inexistente, o
- incurre en excesos rituales manifiestos, o
- sustenta el fallo en afirmaciones dogmáticas o en fundamentos que sólo tienen la apariencia de tal, o
- incurre en autocontradicción, etc.

Como se ve, se trata de una simple enunciación más o menos detallada de vicios contenidos en las actividades de procesar y de sentenciar que, además, son aglutinados en una mis-

ma idea no obstante que ostentan obvias y profundas diferencias lógicas y materiales.

Si se intenta definir técnicamente la idea de *debido proceso*, resulta más fácil sostener que es aquél que *se adecua plenamente a la idea lógica de proceso*: dos sujetos que actúan como antagonistas en pie *de perfecta igualdad en el instar* ante una autoridad que es un *tercero* en la relación litigiosa (y, como tal, imparcial, imparcial e independiente).

En otras palabras: el *debido proceso* no es ni más ni menos que el *proceso* que respeta sus propios principios, tal cual lo he explicado precedentemente y mediante el cual opera y puede operar el sistema acusatorio. Esta concepción, que no por sencilla es errada, convierte en estéril a todo el inventario que he hecho precedentemente.

Conforme lo sostenido precedentemente, ya puedo afirmar que la idea constitucional de *debido proceso* se encuentra única y exclusivamente en el *sistema acusatorio* por la clara concepción que allí se hace del *principio de imparcialidad*, tal he explicado con detenimiento *supra*.

De la misma forma, puedo afirmar que el *sistema inquisitorio* no permite la existencia del *debido proceso* pues funciona a base de puras reglas y sin la presencia de los principios esenciales que hacen que el procedimiento sea sólo eso y no un verdadero proceso.

La flor y nata de la filosofía del *activismo judicial* en la América latina no comparte esta afirmación y, antes bien, sostiene que el procedimiento inquisitorial es *verdadero proceso* y, como tal, suficiente garantía constitucional.

Si bien se mira, se advertirá fácilmente que ambas posiciones antagónicas difieren en la concepción de la imparcialidad judicial, pues el activismo la finca sólo en la subjetividad propia de la persona del juez y no en la objetividad de sus atributos funcionales.

Y ello torna inconciliables las posiciones doctrinales que sostienen ambos movimientos, tal como se verá en el Capítulo siguiente.

QUÉ ES EL *GARANTISMO PROCESAL*

Ya creo estar en condiciones de referir al tema, lamentablemente bastardeado hasta el cansancio por el periodismo amarillo que se ha adueñado de los sistemas de justicia de nuestros países e insiste en aconsejar a los jueces cómo deben actuar en sus respectivos juzgamientos, tanto en lo civil cuanto en lo penal.

Y, muchas veces con supina ignorancia, les reprocha dura y públicamente si hacen lo contrario, sin advertir que ellos no pueden apartarse sin más, con alegría y sin consecuencias personales disvaliosas de la normativa constitucional, de la de los Pactos que integran el bloque constitucional que nos consiguió el advenimiento de la democracia y de las leyes vigen-

tes. Y todo ello no es bueno para la salud de la República¹⁰³.

Insisto en esto: es por todos conocido que la justicia mediática que se ha impuesto en nuestro tiempo por la recurrente y tenaz actuación de alguna prensa interesada y de ciertos programas televisivos de inexplicable vigencia en un país que se dice culto, ha originado en la población una decidida vocación popular (claro producto de la inseguridad reinante en nuestros países) –sostenida por numerosos medios de información¹⁰⁴– que pregona la necesidad de castrar al violador, de matar al homici-

¹⁰³ Desde hace años, los argentinos nos llenamos la boca hablando de democracia sin advertir que la palabra sólo refiere, en esencia, al *origen del poder*, y de que lo que verdaderamente importa es la idea de *república*, donde hay separación de funciones e intercontrol de poderes. Y la Argentina, mal que le pese a algunos políticos actuales, es *república* por expresa manda constitucional. Igual ocurre en Chile, cuyo artículo 4 constitucional declara que el país es una república democrática”. ¿Qué otra definición más puede pedirse al respecto?

¹⁰⁴ Convertidos hoy en jueces definitivos de las conductas de los hombres al amparo de la notable ineficiencia del Poder Judicial cuyos pronunciamientos, además, condicionan gravemente.

da, de cortar la mano del ladrón, de aumentar las penas de los delitos de moda, de hacer que no haya excarcelación alguna, etc., mostrando con ello una clara confusión de los operadores que mezclan conceptos de política criminal con los propios del proceso judicial.

Ya se sabe que esta posición filosófica se conoce en el derecho penal con la denominación de *solidaria*, generadora del *solidarismo penal*¹⁰⁵ y

¹⁰⁵ Ser *solidario* es mostrar o prestar adhesión o apoyo a una causa ajena, idea de la cual surge el *solidarismo*, considerado como una corriente destinada a ayudar altruistamente a los demás.

La noción se ha impuesto hace años en el derecho penal y, particularmente, en el derecho procesal penal, donde existen autores y numerosos jueces animados de las mejores intenciones que, solidarizándose con la víctima de un delito, tratan de evitarle a ella un estado de *revictimización* que podría operar, por ejemplo, con sólo enfrentarla al victimario.

Este movimiento doctrinal y judicial se ha extendido también hacia los procesalistas que operan en el campo de lo civil, donde ha ganado numerosos y apasionados adeptos.

Reconozco que la idea y la bandera que ellos despliegan son realmente fascinantes: se trata —nada menos— que de ayudar al débil, al pobre, al que se halla mal o peor defendido, etcétera.

éste, a su turno, del *solidarismo* o *decisionismo*¹⁰⁶ *judicial*, y que se caracteriza por la tendencia doctrinal que procura denodadamente que los jueces sean cada más *activos*, más *viriles* y a la par más *piadosos*, más *comprometidos con su tiempo* y decididos a *vivir peligrosamente*¹⁰⁷, con la Verdad y con la Justicia.

Gracias entonces a la recurrencia de ese periodismo de barricada y mostrando una filosófica *progre* y *light* a la cual se ha sumado inexplic-

Pero cuando un juez adopta esta postura en el proceso no advierte que, automáticamente, deja de lado lo que siempre ha de ser irrestricto cumplimiento de su propio deber de imparcialidad. Y, de esta forma, vulnera la igualdad procesal.

¹⁰⁶ Se conoce como *decisionismo* a la misión que cumple el movimiento formado por ciertos jueces solidaristas que resuelven los litigios que les son presentados por los interesados a base exclusiva de sus propios sentimientos o simpatías hacia una de las partes, sin sentirse vinculados con el orden legal vigente.

¹⁰⁷ Esta frase, tan repetida actualmente en el procesalismo proclive a instaurar un fuerte decisionismo judicial en la Argentina, pertenece en rigor de verdad a BENITO MUSSOLINI y fue dicha en una arenga a sus *camisas negras* que, cantando *La giovinezza*, se lanzaban a tomar Etiopía...

cablemente importante número de procesalistas, se ha entendido que la palabra *garantismo* representa cosa anómala, perversa y extravagante, pues se afirma con insistencia que sólo se intenta con sus postulados dejar prontamente en libertad a los más crueles y desfachatados facinerosos que, según los críticos deberían estar presos de por vida como ejemplar escarmiento. Y si es sin sentencia, ¡mejor!^{108 109!}

Nada de ello es exacto: como movimiento filosófico que en definitiva es, lo que el *garantismo* pretende es el irrestricto respeto de la Constitución y de los Pactos internacionales que se encuentran en su mismo rango jurídico.

Los autores así enrolados no buscan a un juez comprometido con persona o cosa distinta de

¹⁰⁸ Gracias a la constante prédica del ILANUD, se sabe que el 60% de los presos en las cárceles de América latina está allí sin sentencia y preventivamente... Y aterra pensar que, para mucha gente, el derecho penal siempre es cosa de *los otros*, nunca de *nosotros*.

¹⁰⁹ Hasta se ha llegado a decir en algún medio televisivo que la máxima aspiración garantista es colocar una puerta giratoria en la entrada de las comisarías de policía para que los detenidos puedan salir de la prisión aprovechando el mismo envión de entrada...

la Constitución, sino a un juez que se empeñe en respetar y hacer respetar a todo trance las garantías constitucionales¹¹⁰.

Se colige de lo expuesto que el garantismo se muestra antagónico con el *solidarismo judicial* (no quiere ni admite castrar ni matar ni cortar la mano de nadie *sin el previo y debido proceso legal*; tampoco pretende que no haya presos sino que los que lo estén se encuentren en esa calidad por razón de una sentencia judicial¹¹¹).

Y es que el *proceso judicial* es la gran y máxima garantía que otorga la Constitución para la defensa de los derechos individuales descono-

¹¹⁰ Que es precisamente lo que el juez jura hacer cuando es investido del cargo. En mi larga vida en el Poder Judicial, nunca he jurado *hacer justicia* ni *buscar la verdad* en el proceso sino “respetar y hacer respetar la Constitución y las leyes que en su consecuencia se dicten”...

¹¹¹ Ya he afirmado antes de ahora que la *prisión preventiva* nada cautela y que, en esencia, constituye lisa y llanamente un *adelanto de pena*. Y es que no hay argumento válido alguno que permita encarcelar *por las dudas* a un ciudadano a quien, desde los pactos internacionales, se *presume inocente mientras no se lo haya declarado judicialmente culpable*.

cidos por cualquiera persona –comenzando por el de *libertad*– y, muy particularmente, por la propia autoridad, con la cual el individuo puede igualarse jurídicamente sólo en el proceso, ya que allí hay un tercero que le otorga un trato absolutamente igualitario desde su propia imparcialidad. De ahí el nombre de *garantista* o *libertaria* (por oposición a la antagónica, claramente *totalitaria*).

La voz *garantista*, o su sucedáneo *garantizador*, proviene del subtítulo que LUIGI FERRAJOLI puso a su magnífica obra *Derecho y Razón* y quiere significar que, por encima de la *ley* con minúscula está siempre la *Ley* con mayúscula (la Constitución).

En otras palabras: guarda adecuado respeto a la gradación de la pirámide jurídica.

No se me escapa que las banderas que levanta el solidarismo (la *Justicia*, la *Verdad*, el *compromiso del juez* con su tiempo, con la sociedad, con el litigante mal defendido por su joven o ignaro novel abogado, etcétera) ganan adeptos rápidamente, pues ¿quién no quiere la Justicia? ¿Quién no quiere la Verdad?

Pero no se trata de abandonar o de sustituir esas banderas para siempre sino –así de simple– de no colocarlas por encima de la Constitución (ruego recordar que los códigos procesales nazi, fascista y comunista soviético pretendían un juez altamente comprometido con la filosofía política imperante en el gobierno del Estado. Y ruego también recordar en qué y cómo terminaron los países que todo ello proclamaban....!)^{112 113}.

Resulta así clara la incoherencia del sistema procesal: en tanto prohíja la prueba oficiosa en

¹¹² Hay autores que ironizan con esta afirmación y me imputan que, con ella, pretendo instaurar la mentira y la injusticia en el proceso. Nada más alejado de la realidad. Lo que afirmo es que el juez, por buscar el valor puramente subjetivo de la justicia –que siempre ha de procurar– no debe dejar de cumplir la fundamental función que deben realizar todos los jueces, que consiste en tutelar efectivamente los derechos prometidos en la Constitución y en la Ley y, con ello, posibilitar el mantenimiento de la paz en la convivencia social.

¹¹³ Recuerde el lector que la Inquisición española, por ejemplo, procurando la Verdad y con la confesada vocación de hacer Justicia a todo trance, institucionalizó la *tortura* como adecuado método para lograr los fines que se propusiera...

materia civil la prohíbe terminantemente en materia penal¹¹⁴.

Para finalizar, reitero: el *garantismo procesal* no tolera alzamiento alguno contra la norma fundamental (que, en el caso, prohíbe la tortura en cualquiera de sus manifestaciones); por lo contrario, se contenta modestamente con que los jueces –insisto que comprometidos *sólo con la ley*– declaren la *certeza de las relaciones*

¹¹⁴ ¿Cómo puede comprender este desfase un alumno de Derecho? ¿Cómo explicarle que el juez de lo penal, que maneja derechos no disponibles, *no puede salir a probar a favor de una de las partes* en tanto que el juez de lo civil, que habitualmente sí maneja derechos disponibles, *no sólo puede sino que debe salir a probar a favor de una y en contra de otra de las partes procesales*? Un simple ejemplo ayudará a comprender el problema: supóngase la comisión de delito de secuestro de mujer menor seguido de su violación y de su muerte cruenta: conforme la ley procesal penal, el juez tiene absoluta prohibición de investigar oficiosamente. Supóngase ahora que un vecino compra a otro una docena de huevos y no se la paga. Por eso demanda el cobro del dinero correspondiente: en este caso, el juez no sólo *puede* sino que tiene el *deber funcional de investigar* y de probar de oficio todo lo relativo a la existencia del contrato y al cumplimiento de las obligaciones de ambos contratantes. ¿No se ve que esto, además de ilegítimo, es absolutamente esquizofrénico?

jurídicas conflictivas otorgando un adecuado derecho de defensa a todos los interesados y resguardando la igualdad procesal con una clara imparcialidad funcional para, así, hacer plenamente efectiva la tutela legal de todos los derechos.

Y ello, particularmente en el campo de lo penal, pues las garantías constitucionales son como el sol, que sale para todos. Muy especialmente, para quienes más las necesitan: los sometidos a juzgamiento...

Como se ve, el tema es reflejo actualizado del antiguo enfrentamiento de dos sistemas de enjuiciamiento que ya he mencionado antes: *inquisitivo* y *dispositivo*, que sigue vigente en forma inexplicable y con visos de no mejorar, al menos en el campo del derecho procesal civil.

En efecto: reitero acá que los procesalistas civiles sostienen cada día más denodadamente la necesidad de dotar al juez de *mayores poderes instructorios*, a tal punto, que se ha llegado al glorioso extremo de sostener algún autor la irrelevancia del debate procesal cuando al juez actuante –sin escuchar previamente a aquél

contra quien se dirige la pretensión (¿!) y que ha de sufrir de inmediato los efectos de la respectiva orden dirigida contra él— le parece que quien pretende tiene directamente la razón (se habla de la existencia de *indicios vehementes...*).

Y por ello, aconsejan doctrinalmente otorgársela sin más (por ejemplo, en lo que denominan como *medidas autosatisfactivas*).

En cambio, los procesalistas penales —que trabajan con la vida, el honor y la libertad de las personas (y no sólo con sus patrimonios)— exigen cada día con más fuerza que se retacee desde la ley toda posibilidad de actividad probatoria en el juez!

En fecha relativamente reciente —1998— ha comenzado la vigencia de un nuevo código procesal penal en la Provincia de Buenos Aires que, enrolado en un claro sistema acusatorio, ha logrado que su interpretación casatoria *prohíba bajo pena de nulidad que el juez decrete oficiosamente medios de prueba!*

Extraño movimiento conceptual éste que muestra un exótico cruzamiento filosófico doctrinal: en tanto se pretende *penalizar cada vez*

más al proceso civil, se civiliza cada vez más el proceso penal....

La trascendencia de la elección garantista es obvia en nuestro mundo y, particularmente, en la asignatura procesal: hay temas estudiados en ella que son eminentemente técnicos (preclusión procesal, por ejemplo) en tanto que hay otros que son decididamente políticos (si los jueces *pueden o no*, por ejemplo). Y todo lo político tiene que ver con el ejercicio del *Poder*, condicionado desde siempre por un cúmulo de factores conocidos: la economía, la sociología, el derecho, la iglesia, las fuerzas armadas, los sindicatos, los medios de comunicación, etc., etc.

Todos ellos son medianamente controlables, cual se ha comprobado en la Argentina en las últimas décadas.

Pero aceptar sin más un nuevo factor desconocido hasta hace poco –el solidarismo judicial– parece realmente peligroso para la vigencia de la República pues, sosteniéndose al socaire de la interpretación de la ley, es materialmente imposible de controlar por inexistencia de órganos con competencia fijada al efecto.

Ya sufriendo en nuestros países el fenómeno devastador que ha dado en conocerse como *globalización*, nos encontramos inmersos en un nuevo estatismo imperialista diferente a los conocidos hasta ahora: *el del dinero*, notablemente más importante que el del puro abuso de la fuerza sin lógica.

Y la tranquilidad ciudadana, al amparo de las garantías prometidas desde la Constitución, no puede aceptar despreocupadamente la existencia de un factor incontrolable que puede llegar a poner en juego nada menos que el valor *libertad*.

De ahí la importancia de conocer el tema, a lo cual aspira contribuir el texto de este trabajo.

**QUÉ ES EL *ACTIVISMO JUDICIAL*
DESDE LA ÓPTICA GARANTISTA**

Es indudable que la Justicia de América se encuentra en gravísima crisis: el número de jueces y de funcionarios existentes en las plantas de personal de los diversos Poderes Judiciales no se corresponde con la magnitud del trabajo que deben cumplir diariamente¹¹⁵; la crisis es persistente por coexistencia de un cúmulo enorme de causales¹¹⁶ que muy pocos académicos han logrado.

¹¹⁵ Y ello ocurre desde hace años.

¹¹⁶ En la actualidad se asiste a un fenómeno complejo que se presenta en todas las latitudes y que se denomina universalmente *crisis de la justicia*. Tal como lo he señalado en *El debido proceso de la garantía constitucional*, estas causas pueden agruparse convenientemente con diferentes ópticas:

a) *orgánicas*: Porque estoy convencido de que la crisis judicial es consecuencia de la asistemicidad de su funcionamiento, creo importante remarcar entre ellas a: 1) la defectuosa regulación de la actuación del Poder Judicial por parte de las leyes que lo reglamentan; 2) la notable incoherencia que existe entre las leyes procesales heredadas de España y la Constitución argentina, que sigue el modelo norteamericano; 3) la ausencia –hasta hoy– de un adecuado sistema de designación de jueces, que muy lamentablemente, no ha sido mejorada por la existencia de *Consejos de la Magistratura*; 4) la defectuosa regulación de la competencia judicial; 5) la existencia de excesivos grados de conocimiento; 6) la inexistencia de juzgados que entiendan eficientemente en los litigios de menor cuantía, solucionándolos expeditamente; etc.;

b) *normativas*: entre ellas pueden ser mencionadas: 1) la defectuosa regulación procedimental de elevado número de tipos de juicio; 2) la falta de comprensión por el legislador de lo que es un *debido proceso* como objeto de una instancia bilateral (y, a raíz de ello, la normal ruptura del principio de igualdad de las partes procesales; la instauración del deber legal de búsqueda de la verdad real; la indebida regulación de los principios procesales, confundidos con las reglas de procedimiento; la falta de definición coherente de las funciones del juez y de las de las partes, etcétera); 3) la existencia de elevado número de tipos procedimentales y la enorme disimilitud de plazos procesales, defensas oponibles y medios de impugnación existentes en cada uno de ellos; 4) el deficiente manejo de la oralidad en su adopción sólo por tribunales de instancia única; 5) la excesiva duración de los trámites de

todo procedimiento; 6) la excesiva intervención del Ministerio Público en asuntos que esencialmente no le conciernen; 7) la aplicación del principio de legalidad en materia penal, con una política criminal marginada del tiempo que se vive; 8) la hiperinflación legislativa que, para colmo, contiene normas oscuras, mal redactadas y sin técnica específica suficiente y generadoras de *microsistemas legales*, cuyo articulado o lógica interna contradicen al sistema general y se convierten en *cuerpos extraños*, obligando a la tortura de interpretaciones contradictorias, creando dudas respecto de la legislación realmente aplicable a un caso y posibilitando infinitos planteos de inconstitucionalidad; etc.;

c) *sociológicas*: cabe mencionar a: 1) la existencia de una justicia posmoderna *light*, de tipo utilitario; 2) la notable influencia en la sociedad de los medios televisivos, lo que ha generado un inusual *vedettismo* judicial; 3) la falta de ejemplaridad de la conducta de algunos jueces; 3) la inadecuación del sistema legal con lo que hacen sus destinatarios; 4) la existencia de demasiados abogados, con notable caída del nivel académico profesional generado por una permisiva obtención de títulos académicos que permiten, sin más, el total ejercicio de la abogacía; 5) la falta de credibilidad del pueblo en general en su judicatura, con la plena certidumbre de los particulares de que no comparecen ante los tribunales *iguales en poder sino desiguales en su poder económico y político*; 6) idéntica falta de credibilidad respecto de los abogados, muchos de los cuales practican impunemente la utilización de conducta procesal maliciosa; 7) la adopción en las sentencias de un lenguaje críptico y esotérico, que las hacen incom-

prensibles para sus verdaderos destinatarios y, muchas veces, su inusual extensión (a veces, más de cien hojas y, algunas, icon citas de autores franceses del siglo 19!); 8) la ausencia de control de los jueces por parte de sus superiores; 9) la excesiva litigiosidad actual; 10) el excesivo coste del servicio judicial; 11) la falta de contracción al trabajo de muchos funcionarios judiciales; 12) la intromisión de muchos jueces en cuestiones de específica competencia de otros poderes del Estado; etc.;

d) *económicas*: cabe mencionar: 1) la endémica reducción presupuestaria del Poder Judicial, con la consiguiente carencia de adecuada infraestructura; 2) la carencia de completa y adecuada informatización del movimiento de expedientes; 3) el escaso material existente en la generalidad de las bibliotecas de los tribunales, 4) la permanente escasez de personal y el mantenimiento de estructuras básicas prácticamente similares a las que estaban en vigencia en el año de 1930; 5) la excesiva desproporción entre la cantidad de asuntos justiciables que ingresan cada año judicial y el número de jueces existentes para resolverlas; 6) el mal aprovechamiento de los presupuestos de los Poderes Judiciales, destinados en enorme proporción a sufragar sueldos y no para hacer inversiones de base; etc.;

e) *políticas*: cabe mencionar: 1) la permanente comprobación de que el Poder Judicial no actúa como un verdadero *poder de control* de los demás Poderes del Estado; 2) el recurrente sometimiento financiero que le imponen al Judicial los otros dos Poderes mediante la reducción presupuestaria a límites intolerables; 3) la notable injerencia de los poderes políticos en el sistema judicial me-

dante los más variados artilugios a partir de la designación de jueces y funcionarios menores; 4) el desajuste interno del Poder por la influencia de los medios de comunicación; 5) los excesivos problemas gremiales que se han dado en las últimas décadas; 6) los diversos problemas aislados que afectan la estructura del Poder: falta de utilización de los mecanismos de control, sanción y exclusión por parte de los Tribunales superiores respecto de los jueces y funcionarios inferiores; el recurrente y endémico problema que genera la designación de parientes y afines de los jueces en las distintas oficinas judiciales, creando las imaginables situaciones de tensión y de compromiso (este problema ha sido denunciado recientemente en valiente obra titulada *La sagrada familia*, publicada en Córdoba respecto de la justicia federal de esa provincia); la recurrente designación de funcionarios judiciales afines políticamente al partido de turno en el gobierno; la atribución legal de tareas de superintendencia a jueces en actividad que no se hallan preparados al efecto y que, con ello, logran grave resentimiento de la eficiencia de sus labores específicamente judiciales; etc.;

f) *culturales*: cabe mencionar: 1) la escasa preparación jurídica de muchos jueces, que ingresan muy jóvenes y sin base suficiente al Poder Judicial; 2) la pertinaz y antigua negativa de las autoridades políticas y judiciales de crear y organizar una verdadera *Escuela Judicial* cuyo tránsito sea obligatorio para ingresar, ascender y permanecer en los cuadros del Poder; 3) la insuficiente preparación de los abogados en las Universidades en general, en las cuales no se enseñan asignaturas propias y específicas de la función: redacción de sentencias, control de eficiencia en

la gestión judicial, dirección de personal, etc.; 4) la carencia de cursos obligatorios y periódicos de actualización profesional para jueces y funcionarios; 5) el marcado desinterés de los magistrados en general para lograr una adecuada preparación en sus menesteres específicos; 6) la falta de capacitación de funcionarios menores y empleados; 7) la evidente falta de formación educativa de la ciudadanía en general, que la hace carecer de conocimientos respecto de cómo debe funcionar republicana-mente el Poder Judicial, etc.;

g) *burocráticas*: cabe mencionar: 1) existencia de demasiadas oficinas que se retroalimentan con el cruzamiento de los más diversos trámites; 2) cada juzgado actúa como unidad única de gestión, repitiendo y multiplicando al infinito la misma función del juzgado que está al lado; 3) la notable pérdida de la eficiencia en el expedienteo judicial; 4) el predominio de la labor de la oficina por sobre la labor personal del juez; 5) la notable delegación en funcionarios inferiores de las tareas que le competen al juez con carácter exclusivo; 6) la ineficacia final que genera la tarea de controlar todo lo delegado; 7) la recurrente distribución deficiente de los recursos humanos, etc.

A todas ellas agrego hoy la exagerada actividad inquisitiva que practican todos los jueces al tiempo de *procesar*, ocupándose de un cúmulo de cosas cuya efectivización conspira grande y definitivamente contra la eficiencia del servicio.

Sin pretensión de exhaustividad, véanse algunas de las cosas que se le exigen cumplir al juez en el ejercicio de su tarea de dirigir y llevar adelante un proceso para que las realice puntualmente y, todas, dentro de las seis horas

que, en general, atiende al público. Para ello, clasificaré sus diferentes actividades a fin de relacionarlas con lo administrativo, lo impositivo fiscal y parafiscal y lo judicial propiamente dicho; esta última, la referiré en cuanto al fondo del litigio mismo, en cuanto a los hechos controvertidos, en cuanto al trámite de la prueba, en cuanto a la conducta de las partes y de sus letrados y en cuanto a la sentencia que pone fin al pleito.

Así, entonces, *todo* lo que debe hacer un juez durante *todos* los días de *toda* su vida profesional

1) *en lo administrativo*: en primer término, debe ser el natural *administrador de su Juzgado*, con todo lo que tal actividad conlleva y el tiempo que se pierde en la gestión, que no es sencilla; como es materialmente imposible despachar personalmente todas las peticiones que le presentan los interesados, debe delegar gran parte de su tarea de *proveer* los escritos judiciales, generando así una nueva función que no puede obviar so capa de incurrir en eventual responsabilidad personal: *supervisar el despacho diario que ha preparado el personal inferior*; debe *hacer las estadísticas* que cada vez en mayor número le exigen los superiores jerárquicos a los más diversos efectos; además, debe *ejercer el poder disciplinario* sobre su propio personal; etc.;

2) *en lo impositivo fiscal*: por expresa disposición legal y bajo las más severas penas y responsabilidades personales, el juez *debe controlar el pago de los sellados, tributos o impuestos* que gravan toda la actividad procesal y, a veces, debe actuar como *agente cobrador de ellos*; etc.;

3) *en la tributación parafiscal*: debe controlar el puntual

pago de los honorarios de los profesionales intervinientes en todos los expedientes de su respectivo Juzgado y de los aportes a las Cajas Previsionales; etc.;

4) *en lo judicial*: 4.1) *en cuanto al fondo del litigio*: debe ser *conciliador* de las partes litigantes en un sinnúmero de asuntos justiciables y, algunas veces, *mediador* entre ellas, proponiendo fórmulas de avenimiento al efecto; 4.2) *en cuanto a los hechos controvertidos*: debe *investigar la verdad de lo ocurrido* y, además, debe *probarlos personalmente* o encauzar su prueba. Para esto, 4.3) *en cuanto al trámite de la prueba*, debe *definir los hechos a probar* y establecer su *procedencia probatoria* y su *conducencia* o *pertinencia probatoria*. Además, *presidir las audiencias de prueba* y *estar presente durante todo su desarrollo*; y allí, *interrogar personalmente a las partes y a los testigos*, formulando las preguntas del caso o modificando las propuestas por las partes y *ordenar los careos que fueren menester*; y *ordenar puntos de pericia*; 4.4) *en cuanto a la conducta de los litigantes durante todo el trámite procesal* debe *vigilar la moral de las partes* procesales y de sus letrados y, eventualmente, *sancionarlos* mediante decisión adecuadamente fundada pues será materia de impugnación; etc.;

5) *al momento de sentenciar* debe ser *justiciero* en el reconocimiento de la pretensión deducida y, para lograrlo, es necesario que se *involucre espiritualmente en el contenido del pleito* y, además, debe *regular los honorarios de todos los profesionales intervinientes* y, en cualquier momento, debe *cautelar bienes, personas y derechos*, etc.

Por si todo esto fuera poco, se le encomienda además administrar los bienes involucrados en todos los juicios

adecuadamente, que los jueces en general ignoran o hacen la vista gorda y nadie quiere - por las más variadas razones- enfrentar seriamente y, en su caso, revertir¹¹⁷; ha crecido

universales que tramitan ante él, autorizar matrimonios y la inscripción de ciertos nombres y de nacimientos que no se inscribieron oportunamente ante el Registro Civil, así como otorgar tutelas y curatelas, etc., etc. Y, finalmente, deben atender cordialmente a los litigantes que así lo solicitan (lo que también consume un tiempo enorme cada día judicial).

A esta altura del inventario de funciones que cumple un juez -en rigor, todos los jueces- cabe hacer una elemental y demorada pregunta: haciendo tanta y tanta cosa, *¿cuándo tiene tiempo para sentenciar?* ¿Se advierte la razón de la importancia que le doy a esta causal como gran generadora de mora judicial? Paradojalmente, todas las reformas procedimentales habidas en mi país en los últimos años han ahondado profundamente el sistema, con más y más cargas laborales inútiles a los jueces. En definitiva, *más de lo mismo*. Lo que hace pensar: *¿cómo se cree que pueden obtenerse resultados diferentes utilizando siempre el mismo exacto método de procesamiento?*

¹¹⁷ Esto salta a la vista. No hay antecedente alguno en las Legislaturas argentinas de que alguien se haya preocupado mínimamente y en serio del problema. Todos los intentos de reforma han pasado siempre por ahondar más el sistema inquisitivo, otorgando mayores poderes y de-

desmesuradamente el índice de litigiosidad, tanto en lo civil¹¹⁸ como en lo penal; en nume-

beres a los jueces, suprimiendo muchas veces la idea lógica del proceso, aumentando las cautelas para que los pleitos finalicen sólo con ellas, reduciendo las posibilidades de defensa y acortando los plazos acordados para ellas, suprimiendo medios de impugnación. No se ha hecho, en cambio, una propuesta que abarque *todo* el sistema, una suerte de *barajar y dar de nuevo*, que siempre ha sido rechazada por los sectores interesados al socaire de que toda reforma molesta a los operadores y cambia las estructuras con las cuales nos manejamos...

¹¹⁸ De ahí que resulta explicable que, según dato estadístico proporcionado por el propio Poder Judicial, exista una morosidad terminal imposible de erradicar. Veamos la veracidad de esta afirmación: en la tapa del diario *La Capital* de Rosario del 22 de marzo de 2000, se publica un dato proporcionado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Santa Fe: durante el año de 1999 ingresaron a los tribunales de dicha ciudad un total exacto de 212.947 causas justiciables civiles; y en el mismo lapso, sólo se dictaron 29.847 sentencias, lo que revela —a más de una extraordinaria morosidad— que el rendimiento de eficiencia en el año judicial apenas supera el 14%. En otras palabras: se sentencian sólo catorce de cada cien expedientes que ingresan anualmente. En lo penal, las cosas no fueron mejor: contemporáneamente, *La Capital* informó que en el mismo año de 1999, se hicieron 82.562 denuncias (7500 más que en 1999). Eso quiere decir que hay una denuncia cada isiete minutos! Y por lo que se sa-

rosos países se exhibe una clara y a veces descarada injerencia del poder político de turno en su operativa diaria¹¹⁹ cuando no un indebido control del contenido de las sentencias de

be, la tendencia era a aumentar. Y la realidad de los años posteriores mostró que los números aumentaron en constante progresión. ¿Qué Poder Judicial acepta semejante presión de litigiosidad? Y si en lugar de estar dedicados todos los jueces a dictar las sentencias que exige tan alto nivel de conflictividad, pasan su escaso tiempo tribunalcio dedicados a cumplir la enorme carga de la tarea parajudicial que he descrito precedentemente, ¿cómo no comprender que la morosidad y la ineficiencia han de venir inexorablemente? Una importante corriente doctrinal y jurisprudencial que ha cautivado a quienes están desesperados por tanta morosidad e ineficiencia, sostiene que gran parte de la demora se debe a la mala fe de abogados inescrupulosos que no trepidan en incidentar sin razón con tal de dilatar el desarrollo de los pleitos, generando así una suerte de insoportable e inaceptable *industria de la deuda*. E insiste que ello debe ser erradicado a cualquier precio. Aun a costa de la eliminación definitiva del proceso como medio de debate.

¹¹⁹ Cual se vio en enero de 2010 en el gobierno nacional argentino, que pretendía echar por decreto a un funcionario público que contaba con acuerdo legislativo y, por tanto, con inamovilidad propia hasta tanto se obtuviera su desafuero.

los jueces¹²⁰; etc., que no es posible solucionar desde el Derecho Procesal y en tanto no haya voluntad política de hacerlo.

Pero, además, la crisis ha sido alimentada por otros factores: la inexplicable complacencia de la justiciabilidad de casos claramente no justiciables¹²¹; la aceptación inmediata por parte de los jueces de los llamados derechos de tercera generación que se aplican sin más aun sin haber sido reglamentados¹²²; la indebida im-

¹²⁰ Increíblemente este mecanismo perverso lo ha utilizado un Consejo de la Magistratura altamente politizado para quitar del medio a jueces que molestaban al mandamás de turno...

¹²¹ Esto se ve diariamente en los medios periodísticos: se judicializa importante número de asuntos políticos buscando soluciones de alternativa a las que no brinda el quehacer de los otros poderes del Estado en su constante actuación caprichosa y muchas veces al margen de la ley.

¹²² Al incorporarse al bloque constitucional los pactos internacionales que declaran y consagran los que ha dado en llamarse derechos de la tercera generación, el Parlamento argentino no se ha molestado hasta ahora en reglamentar su ejercicio. Y en razón de que los jueces han entendido que tales derechos no son programáticos sino directamente operativos y, por tanto, de inmediata ejecución, los aplican a casos concretos y puntuales cometiendo para ello graves tropelías con otros derechos indi-

portación de soluciones jurisprudenciales vigentes en el sistema del *common law*¹²³ y que

viduales tan importantes como los que quieren proteger. Ya se verá más adelante un paneo de la jurisprudencia decisionista que impera hoy en el país con el beneplácito de los activistas judiciales. Pero como para muestra basta un botón, recuerdo aquí el caso de la provincia de Entre Ríos que se puede ver en el sitio de internet ubicado en http://www.diarioc.com.ar/inf_general/Reemplazan_al_juez_que_ordeno_entregar_alimentos_a_un_desocupado/1328 y también en <http://www.nbi.org.ar/wp-content/uploads/2009/08/Defensor-del-Superior-Tribunal-de-Justicia-c.-Provincia-de-Entre-Rios.doc>

¹²³ Por ejemplo, el *certiorari negativo* que tan rápido prendió en la jurisprudencia de la Corte y que ha echado por la borda todo el sistema romanista del que ha hecho siempre gala la Argentina. Y es que, a efectos de lograr su intervención cuando fuere menester y más allá de la ley y de la admisión de un recurso extraordinario, se importó desde los Estados Unidos de América el *writ of certiorari*, mediante el cual la Corte de allí abre a voluntad, discrecionalmente y sin fundamentación alguna, los casos que estima deben ser tratado por ella en tanto el tribunal es un obvio órgano de cogobierno en el país. En puridad de verdad, esto es una simple *avocación* de la Corte respecto de un caso concreto. Y desde esta óptica es que debe ser estudiado el tema. Y esto es bueno dentro de un orden jurídico sistémico, pues se permite al máximo tribunal del que se trate intervenir frente a situaciones cuya gravedad puede poner en peligro la existencia o subsis-

resultan extrañas al orden jurídico nacional¹²⁴; la prédica constante, apasionada y de buena fe

tencia de los valores que rigen toda la normativa legal. Claro es que tales situaciones generan estados de excepción y deben ser tratadas como lo son: excepcionalmente. En esta tesitura, la Corte local permitió la apertura de su sede luego de decir que tenía facultades de avocación no obstante carecer de ley reglamentaria al respecto. Y, así, dijo que para ello se exige la existencia clara de cuestión federal y de gravedad institucional, que opera sólo en el marco de la competencia federal, que puede interponerse directamente ante la propia Corte y que no es menester guardar en la presentación los recaudos formales propios del recurso extraordinario. Sin perjuicio de lo expuesto, el *certiorari* se utilizó también por la Corte *para cerrar su competencia, no sólo para abrirla*. Y esto se produjo mediante la ley 23.774 que modificó los arts. 280 y 285 del CPC Nación con pautas que no se condicionan con el sistema jurídico vigente en nuestros países que exigen desde las propias Constituciones la fundamentación congruente de todas las resoluciones judiciales. Y esto parece, a primera vista, ser de manifiesta ilegitimidad, no obstante que la mejor doctrina nacional haya aplaudido largamente esta novedosa institución sosteniendo que “vino para quedarse” como fórmula aceptable para terminar con la fenomenal mora de la Corte. Y es que la Corte, *sin fundamento alguno*, rechaza *por infundado el más fundado* de los recursos. En verdad: una ofensa para la abogacía sería que aún cree en la Justicia.

¹²⁴ Cuyo sistema de derecho viene de Roma y pertenece a la familia jurídica de Europa continental, con derecho

de los autores que se enrojan en la doctrina publicista¹²⁵ y el desconocimiento casi generalizado del orden de los valores jurídicos que consagra la Constitución¹²⁶; la fascinación que sobre los hombres de buena fe y, particularmente, de los jueces consagrados a su ministerio¹²⁷ despierta siempre el sistema inquisitivo en homenaje al valor justicia que allí puede lograrse según el particular sentido de cada uno; etc., etc.

codificado y donde la ley es lo que el legislador estableció al efecto.

¹²⁵ En la Argentina dominan la escena procesal por hacerse eco de la añosa y constante prédica acerca de las bondades del sistema inquisitorial.

¹²⁶ Y lo hacen en pro de la búsqueda de la verdad y del hallazgo del valor justicia, con olvido de todo lo que he apuntado en el texto en cuanto a los valores que la propia Constitución consagra y que no vienen de Roma ni de la Europa continental con su historia de Santa Inquisición sino de la Carta Magna de Inglaterra de 1215 y de todas las normas jurídicas que en ella se han originado a partir de la *Declaración de los Derechos del Hombre*.

¹²⁷ Como se trata de un sistema de investigación y no de debate igualitario, el sistema se basa en la figura hegemónica del propio juez, con poderes adecuados al efecto.

Y todo ello, en conjunto, ha logrado instalar en la mente de muchos jueces argentinos –y me atrevo a pensar que también en

Los colombianos- la idea de un sano *activismo* que, si bien al comienzo y sin decirlo se presentaba como una suerte de *derecho de excepción*¹²⁸ terminó generalizándose en:

a) la *prueba de oficio* por el juez de las pretensiones improbadas de las partes, que en la Argentina se hace en lo civil mediante el uso de las llamadas *medidas para mejor proveer*¹²⁹,

¹²⁸ Así lo afirman hoy los propios sostenedores del activismo. Ver, por ejemplo, los trabajos contenidos en la obra *Activismo judicial y garantismo procesal*, editada por la Academia Nacional de Derecho de Córdoba bajo la dirección del Prof. ARIEL ÁLVAREZ GARDIOL. No obstante, lo que nació como excepción es hoy regla contenida en los códigos de algunas provincias argentinas y su uso ha generado notable abuso.

¹²⁹ Las leyes en general refieren como ejemplos de estas medidas que los jueces pueden ordenar la agregación de documentos existentes en poder de las partes y terceros, pedir informes, ordenar reconocimientos, avalúos o algunas otras diligencias necesarias, aceptar u ordenar la ampliación del número de testigos, etcétera. Como ejemplo de la desmesura legal, la Ley 50 facultaba a los jueces a imponer posiciones a las partes!

No estoy de acuerdo con esta extensión. Creo que el juez de lo civil, atado legalmente a las reglas del *onus probandi*, sólo puede dictar este tipo de medidas cuando tiene pruebas convictivas que son claramente contradictorias y, entonces, busca argumentos para poder fundar su pronunciamiento en una de ellas. Y nunca para suplir a las partes, subrogándolas en su actividad de probar.

Por su parte, el juez de lo penal está atado constitucionalmente a la *presunción de inocencia*, por lo que no deben decretarse jamás y bajo ninguna circunstancia salvo que tengan la única finalidad de beneficiar al reo. Acá es donde se ve con total claridad que si el juez penal dicta prueba de oficio para formar convicción acerca de la autoría imputada al reo, lo hace para suplir la inactividad del fiscal y tiene la única finalidad de lograr la condena del imputado. Esto, que suena tan fuerte, se comprende con facilidad si se tiene presente que las medidas para mejor proveer sólo pueden ordenarse en caso de *duda (carencia de convicción)* y que precisamente por ello, resultan asaz improcedentes en el campo de lo penal en razón de que tal duda autoriza sin más a decretar la absolución del imputado, por simple aplicación del antiguo brocardico *in dubio pro reo*.

Veamos: si el juez tiene dudas acerca de la culpa del imputado, debe absolver sin más conforme con el principio que muestra y acepta el *constitucional estado de inocencia de todo ciudadano*. Si no lo hace y pretende salir de la duda mediante el resultado de una eventual *medida para mejor proveer*, parece obvio que la intención del juez al declararlas *es lograr siempre la posibilidad de una condena*, con lo cual muestra una clara parcialidad que

b) la aplicación de instituciones ajenas a la idea constitucional del *debido proceso*: la *inversión de las cargas probatorias legales* mediante la utilización del concepto de *cargas dinámicas*¹³⁰,

destroza la idea del debido proceso. En efecto: si las ordena y no se practican o resultan anodinas para el resultado de la causa, el juez persiste en la duda y *debe absolver*; si las practica y, a la postre, resultan favorables al reo, también persiste la duda y *debe absolver* a base de ella; si las practica y salen en contra del reo, el *juez condenará*. ¿No parece así claro que dicta tales medidas sólo para posibilitar la condena y, con ello, no resulta ya obvia su inconstitucionalidad?

¹³⁰ Esto es tanto o más grave y preocupante que todo lo ya expuesto: se trata de una notable institución gracias a la cual el juez cambia, al sentenciar, las reglas del juego que escrupulosamente respetaron los litigantes durante todo el desarrollo del proceso, en clara muestra de decisionismo pues el juez falla como le parece aun en contra de lo expresamente establecido para el caso en la ley positiva.

Añares ha llevado lograr la compleja elaboración que determina con precisión a quién incumbe la carga de confirmar en el proceso: hoy se ha llegado a establecer desde la propia ley un claro criterio objetivo que indica al juez qué hacer cuando no hay elementos probatorios suficientes como para producir convicción. En efecto: si al momento de sentenciar, un juez se encuentra con un caso en el que hay varias declaraciones testimoniales acordes en-

tre sí, un buen peritaje que responde adecuadamente al interrogatorio formulado al efecto y varios documentos que acreditan los hechos litigiosos, el juez falla según la interpretación que haga de la suma de tales medios y, por supuesto, no se pregunta a quién le incumbía la carga de probar. No le hace falta hacer esa indagación. En cambio, si el juez carece de elementos probatorios suficientes para que pueda formar su convicción en uno u otro sentido, como no puede ordenar por sí mismo la producción de medio alguno de prueba (ya se ha visto que esa actividad vulnera la imparcialidad) y como tampoco puede hacer valer su conocimiento personal del asunto a fallar, recién ahí se interroga acerca de quién debía probar determinado hecho y no lo hizo. Y la respuesta a ese interrogante sella definitivamente la suerte del litigio: *quien debió probar un hecho afirmado y negado por su antagonista y no lo hizo*, pierde el pleito aunque su contraparte no haya hecho nada al respecto. Así de fácil.

Comprenderá ahora el lector la enorme importancia del tema en estudio: se trata, simplemente, de facilitar la labor del juez al momento de fallar, otorgándole herramientas que le imposibiliten tanto el pronunciamiento *non liquet* como su propia actuación probatoria, involucrándose con ello personalmente en el resultado del juicio.

Ya se puede colegir que las reglas de la *carga de la prueba* constituyen, en verdad, directivas para el juzgador, pues no tratan de fijar quién debe asumir la tarea de probar sino *de quién asume el riesgo de que falte al momento de resolver el litigio*. Sin embargo, este fatigoso y largo es-

fuerzo para lograr parámetros de *pura objetividad* a fin de permitir un rápido y seguro juzgamiento de cualquier litigio por un juez que se concreta a mantener la paz social dando certeza a las relaciones de las partes encontradas y asegurando el efectivo cumplimiento de las promesas y garantías brindadas por el constituyente y por el legislador, está siendo dejado de lado en los últimos años. Al comienzo, y sin entender bien el concepto de *carga*, alguna jurisprudencia la hizo pesar absurdamente *sobre ambas partes por igual* (!!).

Con posterioridad, conocida doctrina americana comenzó a insistir en la necesidad de lograr la vigencia en el proceso de una adecuada y justa *ética de la solidaridad* entre ambos contendientes, exigiendo para ello la plena y total *colaboración de una parte con la otra* en todo lo que fuere menester para lograr la producción eficiente de un medio cualquiera de confirmación.

A mi juicio, esta doctrina es exótica y divorciada de la realidad de la vida tribunalicia, por lo que no merece ser atendida. Sin embargo, tal doctrina ha ido actualmente mucho más lejos respecto de la vigencia de la carga de probar. Y es que, so pretexto de que la justicia debe merecer un tratamiento más ágil y eficiente en esta época que ha dado en llamarse *posmodernista*, algunos jueces con alma de pretores desean volver raudamente a las incertidumbres del pasado.

En esta tesitura, sin sentirse vinculados a un orden jurídico previo, creen que pueden cambiar las reglas procedimentales según sus propias opiniones –haciéndose eco de otros sistemas jurídicos no vigentes en nuestros países– y con olvido del claro mandato constitucional que estable-

ce la inviolabilidad de la defensa en juicio. Y así, han decidido dejar de lado las reglas normativas de la incumbencia probatoria recién explicadas, variándolas en cada caso concreto por la mera aplicación caprichosa de las antiguas reglas subjetivas de la *facilidad* o de la mejor *posibilidad de “probar”*.

Con estos alcances es que se habla hoy de las *cargas dinámicas probatorias* que, más allá de las buenas intenciones que animan a sus sostenedores, no puedo compartir en tanto repugnan al texto expreso de la ley y, con ello, se acercan peligrosamente al prevaricato. Para que se entienda adecuadamente la seriedad de la crítica, debo recordar que hay códigos en América latina que nada establecen en cuanto al tema en trato. En los lugares donde ello ocurre (por ejemplo, en la provincia de Santa Fe, Argentina) es la sola doctrina la que se encarga de explicitar a quién incumbe la tarea de efectuar la confirmación procesal. Por tanto, si un juez sostiene algo diferente, no viola el texto expreso de la ley y puede imponer la incumbencia confirmatoria que se le ocurra.

Y así, con indudable actitud justiciera, alguna jurisprudencia comenzó a sostener, *en el momento mismo de sentenciar un recurso de apelación* –es decir, después de que el proceso terminó– que *si bien no fue adecuadamente confirmado por el actor el hecho constitutivo de la imputada responsabilidad aquiliana, ello carecía de importancia en la especie pues la respectiva carga* (cabría preguntar ¿de qué?) *correspondía a la contraparte y, por tanto, al nada haber acreditado ésta, debía acogerse sin más la pretensión demandada* (i!). En otras palabras: quien así sentenció el pleito *varió a su voluntad las reglas del juego*

a las cuales se ajustaron los contrincantes durante todo el proceso. ¡Sólo que lo hizo después de que el juego terminó! Y esto parece de ilegitimidad manifiesta por más que pueda ser justa la solución dada al caso. Pero hay lugares donde ocurre exactamente lo contrario a lo hasta aquí relatado. Por ejemplo, en el CPC de la Nación Argentina, en cuyo artículo 377 se establece con absoluta claridad que: “Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que indicare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción...” Resulta ya claro que la tesis que acepta sin más la vigencia de las *cargas dinámicas “probatorias”* no puede coexistir con la norma pretranscrita, por cuya razón creo que no es menester insistir abundando en el tema.

En definitiva: la ley –y sólo la ley, nunca la jurisprudencia– es la que debe regular todo lo referente a la incumbencia probatoria a fin de dar total y objetiva seguridad a la actividad que los jueces cumplen al sentenciar, evitando así que ellos puedan alterar las reglas del *onus probandi* a discreción y una vez que el pleito ha finalizado.

En otras palabras y recurrentemente: *cambiar las reglas del juego después de que el juego terminó*, convirtiendo en ganador al claro perdedor según las normas tenidas en cuenta por los jugadores durante todo el desarrollo del certamen, no sólo es actitud tramposa sino que, en el

c) la *tutela anticipada* de toda suerte de pretensiones¹³¹,

proceso, viola la garantía de la defensa en juicio. ¡Por mucho empeño justiciero que ostente el juez actuante!

Reitero conceptos para fijarlos en el lector: como se ha visto hasta aquí, el tema en tratamiento relativo a la *incumbencia probatoria* –que habitualmente se estudia con el nombre de *carga de la prueba*– no es en sí mismo un tema propio de la prueba judicial sino que es, en esencia, una *clara regla de juzgamiento* dirigida al juez para que sepa a qué atenerse cuando carece de elementos de confirmación acerca de los hechos litigiosos sobre los cuales debe fallar. Y como es obvio, tal regla no sólo debe ser precisa sino de cumplimiento objetivo y acatamiento irrestricto.

¹³¹ Mediante esta vía, el actor trata de alterar una situación fáctica sobre la cual no ha empezado aún la discusión procesal y que desea evitar obteniendo, anticipadamente y sin previa discusión, el resultado que debe ser el necesario contenido de la sentencia a dictar en un litigio después de transitar todas las fases de un proceso regularmente llevado, con previa y completa audiencia de ambos interesados.

En otras palabras: el juez oye a una sola de las partes, con cuya versión unilateral estima que le asiste un derecho verosímil y le da la razón sin más, interfiriendo sorpresivamente en la esfera de libertad de quien ha de sufrir los efectos de la respectiva decisión. Para ello, algunas leyes toleran la anticipación de la sentencia con la sola y unilateral presencia del pretendiente cuando: 1) existe ve-

rosimilitud del derecho *en un grado mayor que en las medidas cautelares ordinarias*; 2) se advierte en el caso una *urgencia impostergable tal* que si la medida anticipatoria no se adoptare en el momento, la suerte de los derechos se frustraría; 3) se efectivice la contracautela suficiente; 4) la anticipación no produzca los efectos irreparables de la sentencia definitiva. Y, a veces, la misma norma que todo ello consagra y autoriza termina diciendo que “la decisión no configurará prejuzgamiento”. Obtenido de tal guisa el resultado pretendido, lo que se hace habitualmente en el foro ducho que todo esto ha aprendido con rapidez y notable beneficio es dilatar lo más posible —algunas veces, *sine die*— la duración del pleito, pues con el resultado ya inicialmente asegurado no es cosa de posibilitar su pérdida con una eventual sentencia adversa. Y esto se muestra como una clara trampa que se realiza con la bendición judicial y que genera más descrédito en el sistema de justicia. Pongo especial énfasis en lo que acabo de decir: se obtiene tal resultado por *vía cautelar* y sin audiencia previa del interesado que sufrirá los efectos de la orden respectiva. Como se colige de inmediato con meditar mínimamente sobre el tema, existe en tal supuesto *una grosera violación del inviolable derecho de defensa en juicio*. Y eso se ha hecho factible por la insistente prédica decisionista de muchos años, tímidamente primero y con mucha fuerza luego al amparo del *poder cautelar genérico* que referí *supra*. Ello es una muestra más de que: todo lo cautelar está ideado y legislado a partir del *embargo preventivo*, que necesariamente es consecuencia de una instancia de *petición* y no de *acción procesal*, por las varias razones que ya he expues-

d) la eliminación del proceso mismo como medio de debate cuando al juez actuante le parece que no hace falta sustanciarlo pues le cree lisa y llanamente al peticionante y, con ello, dicta *sentencias autosatisfactivas*¹³², que

to al tratar el tema. Y parece obvio sostener que la *medida innovativa* así concebida, nada tiene de cautelar sino que, antes bien, se muestra como clara anticipación de lo que debe ser resuelto en la sentencia que ponga fin al pleito. De donde surge su manifiesta ilegitimidad cuando se la estudia, legisla o considera como si fuere una cautela. Por cierto, es posible imaginar casos de extrema urgencia obviados por el legislador, en los cuales la sentencia dictada luego de prolongado proceso podría ser iniqua. Pero si en tal hipótesis es menester brindar inmediata respuesta judicial para evitar la consumación de mal mayor, lo que cabe es ordenar la sustanciación de un proceso *con horas de audiencia previa* y no soslayar ésta bajo la ilegítima apariencia de una pseudo cautela. Si se revisa la normativa procesal de los países de América, esta figura cautelar no se encuentra legislada en parte alguna. Con excepción, por cierto, del CPC del Perú y, en la Argentina, partir de la irrupción en el concierto nacional de algunos *Proyectos* de claro corte decisionista y que increíblemente son comprados por algunos legisladores que ignoran el mal que causan con ello a la juridicidad argentina.

¹³² Esto es consecuencia del activismo de los jueces: inteligente doctrina ha generado una nueva suerte de medida cautelar que se conoce con el nombre de *medida autosa-*

tisfactiva que, en el sentir y en el discurso de quienes la propician, viene a constituirse en *la solución eficaz para los planteos urgentes*. Y esto lo hacen bajo el lema: *derechos evidentes, satisfacción inmediata*.

Claro está, esta nueva institución —que se basa en la adopción del sintagma *indicio vehemente*, de antigua prosapia en el Derecho Canónico— no tiene naturaleza cautelar pues no accede a proceso alguno. Tal vez porque esto no se ha advertido o, quizás, porque la gente está cansada de tanta ineficiencia procesal, la idea ha prendido en la jurisprudencia nacional y se ha institucionalizado la figura que, a la postre, ha servido para hacer mayor daño a la Justicia.

Por supuesto, el resolver cualquier cosa sin el *control previo de todos los interesados* e imponer a voluntad un resultado que no puede ser desconocido por quien sufre sus efectos inmediatos, puede ser subyugante para todos los miembros de la administración en general y, particularmente, para las autoridades policiales o militares, que se concretan a *ordenar* y no admiten discusión alguna sobre *lo ordenado*. Pero cuesta creer que algunos pocos magistrados judiciales —ejerciendo una profesión que desde siempre es clara muestra de ponderación y mesura— acepten realizar lo mismo. Descarto que lo hacen con la más absoluta buena fe profesional y con el elogiabile deseo de que pueda obtener pronta y fácil justicia quien la requiere con urgencia.

Pero creo que, maguer ello, proceden ilegítimamente a tenor de expresas cláusulas constitucionales que operan como firmes garantías para todos los justiciables. En este tren de cosas, la actividad se retroalimenta en forma cir-

cular y crece –sin parar– cada día más. Y así, desde la posibilidad de resolver *autosatisfactivamente*, algunos jueces –los menos, claro está– han empezado a apartarse del orden jurídico al cual parecen no sentirse vinculados. Y copiando asistémicamente aspectos puntuales propios del realismo norteamericano, hacen ahora juzgamiento mental acerca de la bondad, oportunidad y justicia intrínseca de la norma que corresponde aplicar a un caso concreto según el sistema vigente. Y si no les gusta –otra vez *lo good* por sobre *lo right*– fallan en equidad –en rigor, *a voluntad*– y en contra de la norma expresa de la ley.

Véanse algunos pocos ejemplos de ello en casos que tomo de la prensa escrita, concretándome al efecto a insertar aquí un resumen de la nota periodística: 1) “Como no podía competir contra los precios subsidiados de los productores del Brasil, una Cámara de Productores avícolas de Concepción del Uruguay pidió que la Justicia prohibiera *autosatisfactivamente* la importación de pollos eviscerados de aquel país, o bien que estableciera un cupo. El juez que actuó en la emergencia así lo hizo y ordenó a la Subsecretaría de Comercio Exterior, a la Administración Nacional de Aduanas y al Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria que implementara *medidas inmediatas* para que sólo pudiera importarse determinada cantidad de kilos de pollo”. 2) “Un abogado rosarino quería instalar en su teléfono un identificador de llamadas, pero la respuesta de Telecom. era que no podía hacerlo porque la calidad de la línea no lo permitía. Por eso pidió a un juez que le ordenara a la empresa telefónica que, en el plazo de cinco días, le brindara el servicio en condiciones normales. Y el juez acogió el pedido”. 3)

“Una mujer desempleada de Lomas de Zamora pidió a un juez bonaerense que su obra social continuara prestando el servicio asistencial a su hijo oxígeno-dependiente más allá del plazo del cese de su cobertura porque el hospital público de la ciudad todavía no contaba con el equipamiento necesario para atender al chico”. 4) “En un amparo de un particular contra la *Organización Veraz* para que acreditara documentadamente una supuesta deuda del interesado con el Banco Francés, respecto de la cual aparecía como moroso, se condenó a *Veraz* como responsable y se extendió la responsabilidad al propio Banco Francés y, además, al Banco Central de la República por carencia de control efectivo sobre el tema”. 5) “Un particular cliente de un servicio de cable de TV sostuvo haberlo contratado para poder ver la transmisión de los partidos de basketball de la NBA de los Estados Unidos. Por razones contractuales entre el prestador del servicio –Galavisión– y la cadena de transmisión ESPN, los partidos dejaron de ser transmitidos. Sobre esta base pidió que se dispusiera la continuidad de la prestación, lo que fue ordenado autosatisfactivamente”. Los ejemplos pueden continuar en gran número. Pero ya es suficiente para que se aprecie la magnitud de esta novedosa “institución”. Pero el movimiento jurisprudencial no paró allí. Ahora, y siempre desde lo cautelar, dando o no audiencia previa a quien ha de sufrir los efectos de lo resuelto, este movimiento judicial ha comenzado a tomar decisiones acerca de numerosos asuntos que doctrinalmente son *claros actos no justiciables*, so pretexto de que nada puede quedar en el mundo jurídico sin control judicial. Y así,

son verdaderas sentencias de fondo con apariencia y envoltura de *cautelar*,

e) la *flexibilización de la regla procesal de la congruencia*, lo que le permite al juez fallar un asunto litigioso de esencia transigible más allá de lo pretendido y aceptado por las partes,

f) el desconocimiento del valor político de la *cosa juzgada* cuando hay jueces que no aceptan el sentido de justicia contenido en la sentencia que ganó tal efecto¹³³,

g) la eliminación de la preclusión procesal¹³⁴ pues ella hace prevalecer la pura forma por sobre el sentido de justicia, etc., etc.

se varió extraordinariamente la función de resolver y cambió la actividad habitual del juez como *normador*.

¹³³ Eso fue lo que ocurrió, precisamente, en el caso que generó importante polémica entre conocidos procesalistas argentinos y españoles. Sus antecedentes y resultados se han publicado en el importante libro *Proceso civil e ideología* (ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2000).

¹³⁴ Como un avance importante hacia el desconocimiento final de la idea misma de proceso en aras del mantenimiento del valor justicia, la doctrina italiana actual pretende eliminar el instituto de la preclusión, so pretexto de con su vigencia se coartan derechos y se impone la *forma* por sobre el *fondo*.

En suma: en todos los supuestos mencionados en la nómina precedente, se elimina la idea de proceso como *método de discusión* y se lo utiliza como *medio de investigación*, ahondando con ello la aplicación del sistema inquisitivo que, a mi juicio, sigue viviendo en los arrabales de la Constitución y al margen de los derechos y garantías que ella consagra.

Pero algo mucho más grave ha ocurrido en los últimos tiempos: al socaire de una afirmada defensa de la Constitución, algunos jueces con vocación de protagonismo mediático han comenzado a intervenir en toda suerte de asuntos, propios de la competencia constitucional exclusiva de otros Poderes del Estado, interfiriendo con ello en la tarea de gobernar al asumir el cumplimiento de funciones que son privativas de otras autoridades.

Y, de tal forma, han abandonado el juicioso acatamiento de la ley para entrar al campo del *cogobierno* y, aún más, ingresando a un terreno muy peligroso: el de una suerte de increíble *desgobierno*, ya imposible de controlar.

De este modo y porque quienes así actúan sostienen que lo hacen por elemental solidaridad

con el más débil, con el mal defendido, con el más pobre, con el que “tiene la razón pero no alcanza a demostrarla” (i), etcétera, se generó el movimiento que –ya lo adelanté– es conocido doctrinalmente con la denominación de *solidarismo*¹³⁵ y que, porque se practica aun a pesar de la ley, decidiendo lo que algún juez quiere a su exclusiva voluntad, también se llama *decisionismo*¹³⁶.

Si bien se mira, quien así actúa no cumple una tarea propiamente judicial, en razón de que con ello no se resuelven conflictos intersubjetivos de intereses, que es la esencia de la tarea de otorgar *justicia conmutativa*. Antes bien, practica *justicia distributiva* sin tener los elementos para poder hacerlo: en primer lugar, la legitimidad de la elección por los votos del pueblo; luego, presupuesto adecuado, conocimiento de la realidad general y del impacto

¹³⁵ El nombre proviene de la actitud de *solidaridad* que muestra el juez que así actúa respecto de las partes procesales a las cuales les dedica su simpatía o su piedad.

¹³⁶ La denominación encuentra su origen en el deseo de resolver algo a todo trance que muestra el juez y que está basado en su propia voluntad aunque, a veces, el resultado así obtenido repugne al orden jurídico.

que causará en la sociedad el dar a unos lo que las circunstancias de la vida niegan a otros, etcétera.

Véanse ahora algunos ejemplos de lo que acabo de afirmar. A este efecto, me concretaré a mencionar sólo el título de la noticia judicial que diariamente ha aparecido en la tapa de algún periódico un par de años atrás¹³⁷.

¹³⁷ Me abstengo deliberadamente de mencionar los últimos y más resonantes casos. Transcribo a continuación algunas noticias que han sido tapa de diarios tal y como aparecieron en la primera plana: “La Justicia tiene en sus manos el futuro del tren Rosario-Retiro”; “Frenó Justicia el aumento en trenes”; “Ferrocarriles: la Justicia suspendió la renegociación de los contratos”; “Ecologistas van a la Justicia para que el gobierno ejecute una obra”; “La Justicia autorizó la red cloacal de la ciudad de Bustinza”; “Sorpresa y disgusto en la Intendencia, minutos antes de firmar el contrato: la Justicia ordenó suspender la adjudicación de los semáforos”; “La Justicia ordenó suspender la obra de remodelación en la Estación Fluvial”; “La Justicia ordenó que se implemente el monopasaje”; “Un juez ordenó al gobierno porteño que cierre los minimercados de estaciones de servicio”; “Un juez anuló en un amparo sanciones a una alumna cordobesa”; “La Justicia ordenó la suspensión del cobro del servicio de información 110”; “Una jueza paralizó un aumento de tarifas en la telefonía celular”; “Celulares: quedó en suspenso la modalidad *‘el que llama paga’*”; “Por orden judicial, la

Nación deberá becar a una rosarina campeona de *tae kwondo*"; "La Justicia ordenó la suspensión del monotributo para abogados"; "La Justicia le puso un freno a las rebajas en los sueldos públicos"; "Un fallo judicial hace tropezar a la ley de emergencia económica: una jueza ordenó suspender por dos meses los descuentos a los maestros"; "La Justicia rechazó un aborto terapéutico"; "La Justicia aconsejó usar preservativos a un matrimonio para evitar un indeseado embarazo: rechazó una demanda en la que la mujer pretendía que le fueran ligadas las trompas de falopio"; "La Justicia dice que no es delito que los travestis muestren sus senos en la calle"; "Fallo a favor de un homosexual en la herencia de su concubino"; "Un Juez ordenó al IAPOS que pague la costosa cirugía de un chico sordo que no es beneficiario del sistema"; "Obligan a un obra social a atender a un niño postrado"; "Una joven fue autorizada por la Justicia para ligarse las trompas por razones socioeconómicas: la Municipalidad no lo recomienda y la Iglesia se opone"; "Condenaron a muerte a un perro que mordió a una mujer en Neuquén"; "La Justicia ordenó a un supermercado que alimentara a una familia durante un mes y que compensara el precio de la mercadería con impuestos adeudados".

Todas estas resoluciones –la mayoría, unilaterales y dictadas en carácter de cautela procesal pero con efecto inmediato– no son novedad en la historia jurídica universal sino recurrente actuación de funcionarios que se mueven dentro de sistemas autoritarios que, como tales, son notable y definitivamente inconstitucionales.

Relata MICHEL FOUCAULT que el régimen absolutista francés aplicaba unilateralmente soluciones parecidas en

De ahí que insista ahora que, cuando se glosa el tema de la solución en vía cautelar o tutelar de cualquier problema y sin necesidad de ocurrir a la previa tramitación de un proceso en serio y legítimamente llevado, advierto que los jóvenes abogados –impresionados por la excesiva morosidad de los pleitos en general– se entusiasman con el rápido final que se brinda a un problema dado y se enamoran, por ejemplo en la Argentina, de la *autosatisfactividad*¹³⁸.

las entonces conocidas *lettres de cachet* que expedían los comisarios de policía y que caían *como un rayo* sobre los particulares que sufrían las órdenes más dispares y antojadizas, propias de un verdadero estado de *decisionismo*, en ese entonces *policial* y hoy *judicial*. Veamos algunos ejemplos de su uso: ordenar el arresto de las mujeres que engañaban a sus maridos (por supuesto, a pedido de éstos) o de un hijo considerado muy gastador (a pedido del padre) o del cura del pueblo que no mostraba buena conducta con alguna feligresa (a pedido de las vecinas del lugar) u ordenar el desalojo de un inquilino a quien el locador consideraba deudor de alquileres o la internación en un convento de algún minusválido mental (a pedido de la familia que deseaba deshacerse de él), etcétera, etcétera. ¿Qué diferencia esencial existe entre aquella actividad del pasado y ésta del presente, si ambas avasallan por igual y con idéntica efectividad la libertad individual?

¹³⁸ Realmente no creo que pueda ser por otro motivo.

Pero también advierto que todos miran el problema desde la óptica del actor que se beneficia con la inmediatez del resultado y jamás desde la del demandado que no ha sido escuchado previamente y que debe sufrir de inmediato los efectos contrarios a su interés que le provoca la resolución judicial¹³⁹.

¹³⁹ Un claro ejemplo de esto se ha visto hasta el cansancio con motivo de los amparos judiciales que generó el *corralito financiero* impuesto a los depósitos bancarios durante el año 2002. Por un raro, efectivo y claramente ilegítimo invento, a la relación de derecho privada *depósito bancario* existente entre un particular que guardó su dinero como depositante en un Banco y que éste lo recibió como depositario, con obligación de devolverlo ante el sólo requerimiento del interesado, se aplicó normativa de derecho público. De tal forma, y en razón de que el Gobierno nacional dispuso ordenar a todos los Bancos que no devolvieran sus depósitos a los depositantes, éstos se ampararon contra el Estado nacional y algunos jueces acogieron la pretensión amparista con informe previo del Estado pero no de los Bancos, a los que finalmente se ordenó que devolvieran los dineros allí depositados. Cuando éstos —que eran los obvios, primarios y directos damnificados por la orden emitida— quisieron impugnar la decisión bajo los más variados argumentos, les fue invariablemente negado el recurso interpuesto so pretexto de que *no eran parte en el amparo. ¡Pero eran nada menos que los que pagaban...!*

Como siempre ocurre, todas las instituciones autoritarias seducen hasta que se sufren en carne propia... Me gustaría ver qué cara pone uno de estos enamorados de la rapidez y de la efectividad cuando, al llegar una noche a su casa, se encuentra con que está ocupándola otra persona a quien un juez le otorgó la tenencia porque, con cuasi divina inspiración, vio en sus ojos un *indicio vehemente*¹⁴⁰ de propiedad acompañado de argumentos que lo convencieron de la sinceridad de los dichos. Tanto, que no precisó escuchar al ocupante antes de disponer el cambio de la tenencia.

Supongamos por un instante que ese recién notificado de que ya no puede habitar en su casa, acepta resignadamente sufrir el perjuicio porque sigue enamorado de la expeditividad judicial y porque, a la postre, sabe que aún no está

¹⁴⁰ El sintagma *indicio vehemente*, tan mentado hoy en Argentina para dar inmediata solución en sede cautelar y sin audiencia previa de parte interesada a los más variados problemas sin forma de juicio y evitándolo en homenaje a una supuesta y paradójica *eficacia del proceso*, aparece históricamente en la literatura jurídica en el año de 1184, en las actas del Concilio de Tarragona hablando de supuestas herejías.

terminada la cuestión ya que siempre existe la posibilidad de impugnar.

Y, así, desde la calle y no desde su casa, como buenamente puede, sale a deducir algún recurso contra la decisión que ordenó su desplazo del hogar, en el angustioso plazo de días que exige una revocatoria o una apelación.

Pero cuando advierta que no es lo mismo contestar una demanda que impugnar una decisión judicial, pues en este caso se achica enormemente el campo de la discusión, descarto que no mantendrá los fogosos ímpetus de sostén de la rapidez que añoraba antes de sufrir los efectos del rayo que le cayó sobre la cabeza.

Por si ya no se advirtió con claridad, es posible –y aconsejable– cautelar los resultados de una eventual sentencia a dictar en un litigio. Pero es manifiestamente ilegítimo resolver el litigio mismo con puras cautelas.

Y ello porque todo lo cautelar se resuelve¹⁴¹ *sin audiencia previa del interesado*, cosa que es

¹⁴¹ Y así debe ser, ya que en todos los posibles casos de medidas precautorias se trata siempre de interponer un

absoluta, racional, lógica y constitucionalmente inadmisibles.

Insisto: los jueces no pueden aspirar a equipararse a los comisarios de policía –por buenos y justicieros que estos pudieren ser– en aras de lograr una eficiencia que no encuentran respetando la Constitución. No es eso lo que precisamente juraron cuando fueron investidos de sus cargos.

Hasta aquí he pasado revista a algunas actitudes decisionistas:

- la solución de conflictos en vías cautelares y eliminando directamente el método procesal de discusión en homenaje a una meta difusa que se muestra como justa y verdadera;
- la irrupción de algunos jueces en campos de actuación que le están vedados –*casos no justiciables*– en razón de que allí deben operar en forma exclusiva y excluyente otros Poderes del Estado;

pedido que constituye esencialmente una instancia de *petición* y no de *acción procesal* (lo que significa que el juez actúa administrativa y no jurisdiccionalmente).

- el notable apartamiento de lo dispuesto expresamente en la ley positiva, con abandono de la dogmática para lograr el imperio del valor relativo de la equidad.

Aunque muchos jueces se encuentran muy contentos con los resultados de rapidez y justicia que descubren en la aplicación activista del sistema, utilizando a veces la ley o apartándose definitivamente de ella cuando no sirve para la solución justiciera que desean dar a un determinado problema litigioso, si se le pregunta a cualquier abogado serio y responsable en el ejercicio de su profesión si se ha logrado con ello un mejor sistema de Justicia, invariablemente dirá que no. Por lo contrario, argumentará en pro de la justicia del pasado cuando los resultados de las sentencias eran predecibles.

Hoy, activismo mediante, se ha llegado a una inseguridad jurídica en estado terminal gracias a la imprevisibilidad absoluta de la mayoría de las soluciones judiciales y, gracias a ello, la abogacía seria tiende a desaparecer.

Nada de todo esto podría decir yo si viere que, como resultado del activismo vigente en el país, el público en general aplaude a los jue-

ces cuando pasan por la calle; si los abogados no permanecen jamás sentados ante la augusta presencia de un juez en lugar de ponerse de pie como muestra de simple respeto a su investidura; si la generalidad de la gente confía ciegamente en la justicia de todas las resoluciones y, por ello, prefiere seguir la tediosa, larga, angustiante y costosa incertidumbre de un pleito antes que llegar rápidamente a un arreglo que no lo beneficiará tanto como lo haría el juez en su pronunciamiento; si la solución a lograr en la Justicia es previsible en orden al mandato legal y al estricto y puntual cumplimiento por parte de los abogados y de los jueces de las claras y expresas reglas del *fair play* que domina toda la escena procesal; si no se cambian a voluntad esas mismas reglas, haciéndoles perder toda vigencia cuando no gustan o no resultan útiles para torcer la vara de la justicia hacia un lado distinto al del que tiende a caer; etc.¹⁴².

¹⁴² Todo, en pos de una difusa meta justiciera que hay que lograr al amparo de nuevas ideas filosóficas presentadas pregonando la existencia de un *posmodernismo* aplicado al proceso judicial. Y ello, en un país que desde hace años reza laicamente la palabra *democracia* (que en definitiva sirve sólo para marcar el origen del poder) sin

advertir que lo importante es la *república*, donde existe intercontrol de poderes y que se encuentra tan olvidada en este rincón del continente..! Si bien se mira el fenómeno señalado, se trataba —en rigor, se trata, pues es la moda actualmente reinante en materia jurisprudencial— de invertir la fórmula de privilegio que JOHN RAWLS mostró en su *Teoría de la Justicia*, al preguntarse acerca de qué debe prevalecer en una sociedad bien ordenada: si la búsqueda de lo *bueno* (lo *good*) o la del *derecho* (lo *right*). Él se decidió por lo *right* entendiendo que, en tal tipo de sociedad, el derecho debe prevalecer sobre lo que se considera el *bien común*. Glosando el tema en su columna editorial, MARIANO GRONDONA tomaba idéntico partido en abril de 2002, sosteniendo:

“Parece absurdo dejar de hacer algo que se percibe como bueno, como conveniente, sólo porque lo prohíbe una regla. Pero esta primera impresión ignora la naturaleza de las reglas, sean ellas morales o jurídicas, porque ¿cuándo adquiere su plena vigencia una regla? Sólo *cuando no conviene cumplirla*. Supongamos que alguien se ha impuesto como regla el despertarse a las seis de la mañana. Cuando se despierta naturalmente diez minutos antes de las seis, esa regla resulta redundante. Ella se pone a prueba, en cambio, cuando después de una larga noche en vela el sueño lo invita a seguir descansando. Cuando es duro cumplirla. Por eso los romanos, que inventaron el Derecho, decían *dura lex, sed lex*. Más aún: *sólo es verdadera ley cuando es dura*. Imaginemos ahora una nación que en lugar de seguir la tablas de valores de RAWLS adhiere a la primacía de lo bueno (o de *lo que gusta*) por sobre las reglas. Hará en cada caso lo que más le convenga. Pero al

comportarse así vivirá, en los hechos, *sin reglas*. Cuando ellas convengan, las cumplirá, pero no porque sean *rectas* (*right*) sino porque son *buenas* (*good*). Pero cuando las perciba como inconvenientes, como *malas*, no las cumplirá. Al proceder así, esa nación creará que optimiza lo que más conviene al bien común pero, al hacerlo, se volverá *impredecible*: si aprueba un contrato o emite una ley, los violará cada vez que no convengan. De esta manera destruirá la confianza de los demás en sus promesas, en sus contratos, en sus leyes...Y es que hay dos ideas del bien: los pequeños bienes, con minúscula, a los que desestima RAWLS, se obtienen con las reglas. El Bien con mayúscula resulta —al contrario— de renunciar a los pequeños bienes cuando lo exige una regla vigente. Olvidar las reglas por atender a los pequeños bienes con minúscula destruye el Bien con mayúscula. Ese bien es, en definitiva, *la confianza de los demás*. Este es el bien que la Argentina ha perdido. Y que Dios quiera que no sea para siempre...”

Y todo esto sucede, claro está, en un mundo cuyos habitantes no desean cumplir la ley y que se encuentra gobernado por una execrable oclocracia. Esto es ya antigua costumbre en la Argentina, donde desde siempre se practica el autoritarismo, el desprecio al otro, el facilismo, la igualación hacia abajo, la frustración impuesta por el gobernante de turno, etcétera, en recurrencia histórica que ha hecho decir a MARCOS AGUINIS, importante pensador del país, que aquí nos preocupamos por acatar lo que dice la *ley* con minúscula para desconocer olímpicamente, con alegría y despreocupación, lo que manda la *Ley* con mayúscula... Y en esa tónica, nos han formado desde la

propia Universidad y en todos los estudios posteriores o paralelos, mostrándonos una cultura que enseña que la ley no sirve para adecuar la convivencia a una auténtica pacificación social sino al individual y egoísta interés particular, que debe ser privilegiado por sobre toda otra cosa. Se trata, en definitiva y perversamente, de apañar la práctica de una suerte de *autoritarismo pasivo* que nos prepara para aceptar subconscientemente la existencia del verdadero autoritarismo y de no cuestionar a quienes lo practican desde antaño y en claro beneficio personal o de unos pocos, aunque lo hagan al margen de la Constitución y de las leyes. Marginalmente: sin esta cultura sería imposible aceptar el método de enjuiciamiento inquisitivo, que ya lleva rigiendo más de quinientos años en estas tierras sin que la minoría política dominante —a quien, por cierto, ello sirve— haya aceptado erradicarlo. Así, hay abogados —no todos, afortunadamente— que aconsejan de modo habitual —a no asustarse pues ésa es, en definitiva, su cultura— incumplir la ley, evitar sus efectos, evadir el pago de los impuestos, incoar un concurso para no pagar a los acreedores, etcétera, para lo cual interpretan, o malinterpretan, o desinterpretan, o acomodan, o desacomodan o desconocen la ley. En sus dos versiones: con y sin mayúscula. En los últimos años la jurisprudencia argentina mostró ese rumbo, que rápidamente están adoptando otros países vecinos. Pues bien: cuando esta actitud se generalizó y numerosos tribunales superiores se plegaron a esa interpretación (¿?) seudorealista y refundadora de la ley —afortunadamente no fueron todos los que se enrolaron en esta línea de pensamiento— la Justicia, *como*

Pero como el activismo muestra que nada de ello tiene sentido en la aplicación justiciera de la voluntad del eventual cadí de turno, ya que el público no aplaude a los jueces, los abogados no los respetan como lo merece el Oficio, la gente prefiere el peor de los arreglos al mejor de los pleitos y todo se ha convertido en la inmensa inseguridad reinante precisamente por la impredecibilidad de los fallos, es que sostengo todas las ideas publicadas en este trabajo, que amplió constantemente y reitero desde el año de 1999 cuando inauguré en la ciudad de Azul el *Primer Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista*¹⁴³ y del cual han salido nu-

institución de poder y cogobierno, dejó de ser predecible y la jurisprudencia –que por decenas de años fue muestra cabal del estudio, la dedicación, el sosiego, la medida, la prudencia y la mansedumbre de los jueces argentinos– se tornó de golpe en algo auténtica e incomprensiblemente caótico. De verdad, se ha logrado con ello una Justicia que actúa ilegítimamente en procura de obtener una vaga, difusa y cada más incomprensible justicia particular... que, además, es un concepto diferente para cada uno de los miles de jueces que actúan contemporáneamente!

¹⁴³ La ciudad de Azul, en el centro geográfico de la Provincia de Buenos Aires, Argentina, se ha convertido en el polo del garantismo procesal. Y es que en el año de 1998 recaló allí la Universidad Nacional de Rosario a instancias

merosos trabajos elaborados por la cada vez mayor concurrencia habitual a los Encuentros anuales que allí se realizan.

de la Asociación de Abogados de la localidad, para instalar un curso de posgrado de *Especialización en Magistratura Judicial* que logró un éxito sorprendente. Se manejaron allí y ante un compacto e importante número de jueces de todas las localidades cercanas, las ideas garantistas que se exponen en este trabajo y, a instancias de los propios abogados de la zona presididos por LUIS MIRALLES, se realizó en el mes de noviembre del año de 1998 el *Primer Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista* que se repitió anual y regularmente hasta el celebrado en el mes de noviembre de 2008: en total, diez congresos que contaron con nutrida asistencia de nacionales y extranjeros de toda América, España e Italia. Los numerosos trabajos allí presentados han tenido notable influencia en el desarrollo del pensamiento garantista. Quien desee acceder a toda la correspondiente información relativa al tema así como a los numerosos trabajos escritos acerca de él, debe ingresar a <http://www.e-derecho.org.arcongresoprocesal/index.html>

EPÍLOGO

En los últimos años, y como rara constante perdurable en el tiempo y en el espacio, los procesalistas que ejercen su principal actividad profesional en la magistratura judicial¹⁴⁴, en la docencia académica¹⁴⁵ y en el ejercicio consultivo de la abogacía no litigiosa, han atacado¹⁴⁶

¹⁴⁴ En Argentina, por ejemplo y sin pretensiones de taxatividad, son magistrados o funcionarios judiciales en ejercicio al tiempo que esto se escribe o, al menos, lo han sido sin haber ejercido la abogacía litigante antes ni después de ello, casi todos los integrantes de la Escuela que pregona y defiende el activismo judicial.

¹⁴⁵ Otra vez en la Argentina, no son pocos quienes desempeñan sólo tareas académicas alejadas por completo del ejercicio diario de la abogacía litigiosa, donde se sufre el decisionismo y la injusticia duele de verdad..

¹⁴⁶ Hace poco tiempo, el importante y talentoso procesalista argentino JORGE W. PEYRANO, en onda perfecta con el pensamiento mayoritario de los académicos y jueces

activistas, publicó velada crítica al garantismo procesal del que afirmó *haber hecho nada* para mejorar el actual sistema de justicia (*Vide: El cambio de paradigmas en materia procesal civil*, Revista Jurídica “La Ley”, 2009-E-785).

También, y entre otros muchos, JOAN PICÓ Y JUNOY (Ver su *Derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*, en “Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 2004, núm. 4, pp. 253) que critica la tesis revisionista del derecho procesal” achacándole una *perversa* ideologización del tema en forma tal que impide todo diálogo. Exactamente el diálogo que jamás toleró el activismo desde muchos años antes de la fecha en la cual dicho autor debutara en el mundo de los procesalistas.

Y añade que con tal ideologización se politiza una cuestión puramente técnica. Discrepo de ello. Es obvio que determinar si un título es no ejecutivo es cuestión técnica, al igual que si un tercero coadyuvante puede o no realizar determinada actividad defensiva. Pero establecer *lo que el juez puede* no es tarea técnica sino eminentemente política.

Hace años que sostengo que el Derecho Procesal es la asignatura jurídica que presenta más aristas políticas, incluso mayores que las propias del Derecho Constitucional.

Y es que éste se concreta a establecer cómo se ejerce el poder mediante un adecuado reparto de funciones en el mantenimiento del Poder, en tanto que el Derecho Procesal –al menos el sistémico acusatorio– establece cómo y

o, al menos, ignorado todas las ideas que aquí he presentado como filosofía garantista que, en lo jurídico, sólo entraña un pleno y vocacional acatamiento a la normativa constitucional y, muy especialmente, a los valores que ella defiende.

A su turno, quienes ejercen la hoy denodada abogacía litigiosa tribunalicia defienden las ideas garantistas y muestran una clara y ostentosa disconformidad con todo lo que huelga a activismo, cansados ya de soportar tanto desfase interpretativo, tanto apartamiento constante y despreocupado de la ley y de la notable imprevisibilidad que todo ello ha generado. A punto tal que la abogacía sería tiende a desaparecer.

Por supuesto, manteniendo las ideas garantistas, discrepo respetuosa pero profunda y

cuánto se recorta el poder del que más Poder tiene en la República: el Juez de Derecho.

Adviértase que si el Presidente de la República, por ejemplo, quiere meterse en mi casa, no puede hacerlo directamente y sin más sino que debe pedirle permiso a un juez. Si éste aspira a lo mismo, se mete directamente y sin permiso de nadie. ¿Se comprende la verdadera entidad del problema?

drásticamente de las crítica autorales como las que he mencionado en esta obra, por rechazar toda idea que postule cambios que se aparten del sistema que corresponde aceptar a partir de lo que creo correcta concepción de la idea de *debido proceso* y que, descarto, surge clara en este trabajo.

Reconozco que la Justicia americana está en crisis, antigua, importante y, por lo que parece, duradera. Esto se muestra descarnadamente a través de muchos síntomas que ya he inventariado sumariamente *supra* y que todo el mundo conoce y acepta en forma cansina y resignada.

Pero no creo que el modo eficaz de terminar con ella sea suprimiendo lisa y llanamente todo el método procesal, insisto en que creado como método de discusión entre hombres naturalmente desiguales para evitar la justicia por mano propia y, gracias a ello, mejorar la convivencia y asegurar una perpetua paz social.

Por lo contrario, y no obstante o gracias a haber sido juez casi toda mi vida, creo que la solución está en el mantenimiento del *proceso*, pero constitucionalizado en los términos antes

descritos, para ser aplicado como *medio de debate* y no como *medio de investigación*. Que es lo que corresponde hacer en el sistema acusatorio, todavía en pañales en toda América latina y, muy especialmente en Argentina y en Colombia, pues los encargados de su aplicación persisten en actuar con las calidades y actitudes propias del sistema inquisitivo.

En otras palabras: el garantismo postula, una vez más, el irrestricto acatamiento de la Constitución y la aplicación efectiva de lo que es su máxima garantía: el *proceso*.

Y ello por una simple pero decidora lógica: si la democracia de la cual me enorgullezco practicar enseña que hay que acatar la decisión de la mayoría plasmada en norma, y si ese y no otro es el origen de nuestra Constitución, parece que lo sensato y sistémicamente coherente es acatarla en su plenitud y no incumplirla para buscar soluciones *que gusten*.

Y lo único que modestamente pretende hacer la filosofía jurídica del garantismo procesal *es cumplirla*. Que no es poco. Al menos en estos tiempos y en particularmente en la Argentina, donde se practica cotidiana y alegremente el

deporte de irrespetar la ley. Especialmente sus gobernantes, según se ve a diario.

Si el lector desea cualquiera ampliación de estas ideas, dejo al pie mi dirección electrónica en la cual con mucho gusto recibiré las críticas de cualquier tipo que deseen hacerme y que en su momento publicaré en la página web cuyo link es www.garantismoprocesal.com

ADOLFO ALVARADO VELLOSO

aav@alvarado-abogados.com
Rosario, Argentina, verano de 2013.

ÍNDICE GENERAL

Presentación del Editor	7
Presentación del Director	11
1. Proemio	15
2. Qué es el proceso: su causa y su razón de ser ...	19
3. Los principios que regulan el proceso.....	29
4 Los sistemas judiciales	53
1. EL SISTEMA ACUSATORIO O DISPOSITIVO.....	53
2. EL SISTEMA INQUISITORIO.....	66
3. EL SISTEMA MIXTO	70
5. Qué es el <i>debido proceso</i>	85
6. Qué es el <i>garantismo procesal</i>	95
7. Qué es el <i>activismo judicial</i> desde la óptica garantista.....	109
8. Epílogo.....	155
Índice general	161

