



Ratio Juris

ISSN: 1794-6638

editor.ratiojuris@unaula.edu.co

Universidad Autónoma Latinoamericana
Colombia

Alvarado Velloso, Adolfo

LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL Y EL DEBIDO PROCESO (LA FUNCIÓN DEL JUEZ EN
EL PROCESO CIVIL)

Ratio Juris, vol. 9, núm. 18, enero-junio, 2014, pp. 207-235

Universidad Autónoma Latinoamericana
Medellín, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=585761329010>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL Y EL DEBIDO PROCESO (LA FUNCIÓN DEL JUEZ EN EL PROCESO CIVIL)*

ADOLFO ALVARADO VELLOSO**

Presentado: febrero 28 de 2014 • Aceptado: abril 21 de 2014

* Ponencia presentada en el “III Seminario Internacional de Teoría General del Derecho” sobre el tema Administración de Justicia y Debido Proceso, realizado los días 19 y 20 de marzo del 2014 en la Universidad Autónoma Latinoamericana. El autor es recurrente en la divulgación de las ideas que acá se exponen ya que han sido publicadas con anterioridad en *El debido proceso* (edición EGACAL, Lima, 2008), en *La prueba judicial (reflexiones acerca de la confirmación procesal)* (edición del Colegio Mayor del Rosario, Bogotá, 2009), en *La garantía constitucional del proceso y el activismo judicial. ¿Qué es el garantismo procesal?* (Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2011), en *La imparcialidad judicial* (ediciones UNAULA, Medellín, 2012) y, en mayor extensión, en *Sistema procesal: garantía de la libertad* (edición Rubinzel-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2008). Un compendio de esta última obra se publicó en Colombia con el título *Lecciones de Derecho Procesal Civil adaptadas a la legislación colombiana* por William Esteban Grisales Cardona (edición Dikaia, Medellín, 2010).

Para la cabal comprensión de lo que aquí se dirá, es imprescindible exponer, captar y comprender previamente todos los problemas doctrinales relativos a qué es el proceso, cuáles son los principios que lo gobiernan, qué es el debido proceso, qué es la prueba judicial y si ella puede estar a cargo del querer oficioso del propio juez y qué es en sí misma la imparcialidad como calidad propia de todo juzgador. Sin este necesario conocimiento, las conclusiones de este trabajo podrían ser incomprendibles para el lector, quien seguramente creerá a la postre que todo es capricho del autor. Y ya se verá que no es así. Valga esta explicación liminar para entender el desarrollo de esta ponencia.

** Profesor de Teoría General del Proceso. Director de la Carrera de Postgrado de Maestría en Derecho Procesal, Universidad Nacional del Rosario, Argentina. Director de la Comisión de Derecho Procesal de la Asociación Argentina de Derecho Comparado desde 1976. Fue Secretario Técnico del Ministerio de Gobierno, Justicia y Culto de la Provincia de Santa Fe, Integrante de la Comisión de Reforma de la Ley Orgánica de Tribunales en 1971, miembro de la Comisión Asesora: Código Procesal - Reforma Integral en 1997, y Proyectista de la Ley Orgánica para el Poder Judicial de la Provincia de Entre Ríos en 2004. Fundador y Director de la *Revista de Estudios Procesales* entre 1969 y 1987, y Director de la publicación Diario Juris desde 1977. aav@alvarado-abogados.com

Resumen

En este escrito se sostiene que el debido proceso no es otra cosa que el proceso concebido lógicamente y definido en su esencia como verdadero método de debate; que solo es posible en el sistema acusatorio de enjuiciamiento y que el concepto de imparcialidad comprende no solo lo propio de la persona del juez sino también todo lo que implica lo funcional de su actividad.

Palabras clave: proceso, debido proceso, imparcialidad, juez.

JUDICIAL IMPARTIALITY AND DUE PROCESS (FUNCTION OF JUDGE IN CIVIL PROCEDURE)

Abstract

In this writing is argued that due process is nothing but the process logically conceived and defined in its essence and true method of debate; which is only possible in the adversarial system of prosecution and that the concept of fairness includes not only the characteristic of the person of the judge but also everything that involves the functional activity.

Keywords: process, due process, fairness, judge.

ÉQUITÉ JUDICIAIRE ET PROCESSUS EN RAISON (DE FONCTION DE JUGE DANS LA PROCÉDURE CIVILE)

Résumé

Dans le présent document fait valoir que la procédure est rien mais le processus logiquement conçue et définie dans son essence et vraie méthode de débat; qui n'est possible que dans le système accusatoire

des poursuites et que la notion d'équité ne comprend pas seulement la caractéristique de la personne du juge, mais aussi tout ce qui concerne l'activité fonctionnelle.

Mots-clés: processus, procédure, d'équité, juge.

L'IMPARZIALITÀ GIUDIZIARIA E IL DOVUTO PROCESSO LEGALE (LA FUNZIONE DEL GIUDICE NEL PROCESSO CIVILE)

Riassunto

In questo articolo si sostiene che il dovuto processo non è altro che il processo concepito logicamente e definito nella sua essenza come un vero metodo di dibattito; che solo è possibile nel sistema accusatorio del proceso giudiziario, e che il concetto di imparzialità copre non solo ciò che appartiene alla persona del giudice, ma anche tutto ciò che coinvolge lo funzionale della sua attività.

Parole chiave: processo, dovuto processo legale, imparzialità, giudice.

A IMPARCIALIDADE JUDICIÁRIA E O DEVIDO PROCESSO (A FUNÇÃO DO JUIZ NO PROCESSO CIVIL)

Resumo

O texto a seguir assevera que o devido processo não é mais do que o processo concebido logicamente e definido em sua essência como o verdadeiro método de debate; que só é possível no sistema acusatório de juízo e que o conceito de imparcialidade abarca não só o próprio da pessoa do juiz, mas também tudo que é funcional de sua atividade.

Palavras chave: processo, devido processo, imparcialidade, juiz.

INTRODUCCIÓN

Años de peregrinación por los foros de Latinoamérica me han convencido de que sus pueblos no están conformes con los sistemas de justicia imperantes en ellos.

He visto que hay descontento generalizado en la gente y que existe recurrente sensación de perpetuo desamparo en el hombre común que sufre la injusticia desde antaño.

He constatado la desesperación de muchos, muchos abogados que ejercen su profesión con total seriedad, al quejarse con amargura y cuasi desesperación de que los pronunciamientos judiciales se han vuelto impredecibles, por reinar en la jurisprudencia de sus tribunales una absoluta imprevisibilidad que impide dar consejos abogadiles serios por imposibilidad de hacer diagnósticos de futuro que sean confiables.

He leído abundantes fallos que se muestran erráticos y discordantes: ante un mismo exacto problema litigioso la jurisprudencia imperante puede dar las más diversas, variadas y antagónicas soluciones imaginables¹, ante la estupefacta sorpresa de los justiciables que tienen que sufrirla.

He constatado también –y sufrido en carne propia como letrado– un inusual apartamiento reiterativo del texto de la ley que practican con alegría y desaprensión muchos jueces so pretexto de buscar la *verdad real* para hacer la *justicia* que subjetivamente creen que el caso concreto merece.

He comprobado que todo eso se hace al socaire de los consejos de la buena y más respetada doctrina académica y con la bendición explícita de los tribunales constitucionales que laboran al margen o en los arrabales de la norma que redactó el propio constituyente y realizan malabares a partir de la recurrente interpretación –¿o desinterpretación?– que hacen del texto magno.

Finalmente, sé que se afirma con insistencia en todas partes que la Justicia se halla en crisis terminal que sufren con indisimulada resignación no solo los abogados sino también los propios jueces, atiborrados de causas que nunca alcanzarán a resolver, entretenidos en hacer mil cosas diferentes

¹ Si la respuesta que el justiciable razonablemente espera conforme con la ley puede ser *sí o no*, es factible que se le diga *sí, no, ni, so y verde. O buzón*. O cualquiera otra cosa.

a dictar las sentencias que el pueblo espera como postre y más importante resultado de su labor cotidiana².

-
- 2 Y es que realmente no tienen tiempo material para eso. En mi ciudad, por ejemplo, los jueces solo alcanzan a sentenciar el 14,9% de los pleitos que les ingresan por año calendario. Y es que no puede ocurrir otra cosa a partir de las abundantes y judicialmente innecesarias tareas que el sistema inquisitivo de enjuiciamiento les encomienda cumplir con esmero y dedicación.
- Para aceptar tal afirmación véanse, sin pretensión de exhaustividad, algunas de las cosas que se le exigen al juez que haga en el ejercicio de su tarea de dirigir y llevar adelante un proceso en el ya mencionado sistema inquisitorial que rige en nuestros sufridos países –y particularmente en Colombia, a partir de su nuevo y republicanamente inexplicable código procesal– para que las realice con puntualidad y, todas, dentro de las pocas horas que, en general, atiende al público. Para ello, clasificaré sus diferentes actividades a fin de relacionarlas con lo administrativo 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, finalmente, en cuanto a la sentencia que pone término al pleito. Además, por cierto, de lo que se debe hacer en lo impositivo fiscal y parafiscal.
- 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 en forma personal 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 funcional: *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 judicial*: 2.1) *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; 2.2) *en cuanto a los hechos controvertidos*: debe *investigar la verdad de lo ocurrido* y, además, debe *probarlos personalmente* o encauzar su prueba. Para esto, 2.3) *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*; 2.4) *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.
 - 3) *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 intervenientes* y, en cualquier momento, debe *cautelar bienes, personas y derechos*, etc. En algunos países, además, deben actuar también en:
 - 4) *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 de toda la actividad procesal y, a veces, debe actuar como *agente cobrador de ellos*, etc.
 - 5) En la *tributación parafiscal*: debe controlar el puntual pago de los honorarios de los profesionales intervenientes en todos los expedientes de su respectivo Juzgado y de los aportes a las Cajas Previsionales, etc.

No obstante tanto malestar imperante en las sociedades actuales³, el legislador procesal de nuestros países no encuentra solución alguna que ponga fin efectivo al problema descrito, pues se concreta en hacer continuas modificaciones a los regímenes vigentes en América que, a la postre, son siempre profundizaciones del sistema inquisitivo –*más de lo mismo*, como lo dije al finalizar el pie de página 3– pues toda reforma pasa por contener más peticiones de principios⁴, por hacer más autoritaria⁵ la actuación de los jueces, más restringida la defensa de los particulares⁶,

Por si todo esto fuera poco, a ese mismo juez se le encomienda además administrar los bienes involucrados en todos los juicios 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, debe atender cordialmente a los litigantes que así lo solicitan (lo que también consume un tiempo enorme cada día judicial). Todo eso al margen de concurrir a conferencias y cursos, estar al día con la jurisprudencia de sus tribunales superiores y con la última novedad bibliográfica de su especialidad, estudiar con detenimiento cada expediente que debe fallar y, sobre todo, pensar en la solución que cada caso exige y que no siempre es sencillo encontrar. Finalmente: ¡Tomar decisiones! Y todo, en un día de veinticuatro horas que también deben ser empleadas para estar en familia, distenderse, descansar, ver crecer a los hijos, jugar con ellos, etc., etc. 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 desde hace años a esta causal como gran generadora de mora judicial? Paradójicamente, todas las reformas procedimentales habidas en mi país en los últimos años –al igual que en Colombia– 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? ¿No parece un verdadero disparate?

3 Como forma de brindar algún paliativo eficiente a tanto descontento –y aduciendo que el proceso constitucional es ineficiente–, muchos jueces en América han comenzado a apartarse de la ley –en rigor, del orden jurídico imperante– produciendo con ello una profunda grieta en la jurisprudencia, que muestra hoy la existencia de variadas decisiones asistémicas. Y todo ello en pos de una difusa meta justiciera que quiere lograrse al amparo de nuevas ideas filosóficas que pregnan la existencia de un *postmodernismo* judicial que aconseja superar a cualquier precio la endémica inefficiencia del proceso. De ahí que cierta doctrina actual proponga con insistencia abandonar para siempre el método de debate conocido como *proceso y suplantar*lo con la mera sagacidad, sapiencia, dedicación y honestidad de la persona del juez, a quien cabe entregar toda la potestad de lograr autoritariamente esa justicia dentro de los márgenes de su pura y absoluta subjetividad. Con esta base, muchos jueces pregnan la necesidad de resolver de inmediato toda suerte de litigio, con abandono de la previa y necesaria posibilidad de discusión. Ello –conocido en la sociología tribunalicia como *decisionismo judicial*– ha hecho retroceder a la civilidad varios siglos en las conquistas constitucionales.

4 Por ejemplo, la que contiene el reciente *Código General del Proceso*.

5 Refiere a lo que se funda en el *principio de autoridad*. Así se dice de un régimen o de una organización política que ejerce el poder sin limitaciones. Y refiere también a lo que tiende a actuar con autoritarismo: sistema fundado primariamente en el principio de autoridad. Y actitud de quien ejerce con exceso su autoridad.

6 La restricción es obvia: no puede agilizarse un trámite procesal sin quitarle pasos al trámite, sin reducir plazos, sin restringir las defensas oponibles, sin eliminar recursos, etc. Todo lo cual conspira grandemente contra el adecuado ejercicio del constitucional derecho de defensa en juicio.

más exiguos los plazos procesales para las partes, más angustiosa la labor abogadil⁷, más creaciones procedimentales que se convierten en verdaderas trampas para los litigantes⁸, etc.⁹

A mi juicio, esto ocurre pues no se ha logrado hasta ahora diagnosticar el auténtico y gravísimo problema que nos aqueja y, por ende, aún estamos buscando soluciones que creo nos hallamos lejos de encontrar.

Para evitar esa disvalía, generadora de agudo problema social¹⁰, creo que lo que corresponde hacer es un diagnóstico que remarque y apunte que *la raíz matriz del problema se encuentra en el sistema mismo de enjuiciamiento* –el inquisitivo– aplicado por los jueces en su tarea de hacer justicia mediante el hallazgo de la verdad real en cada caso concreto. Y, además, proclamar la necesidad de alejarse rápidamente de él y, con ello, evitar sus miasmas y calamidades, que han azotado a América durante más de quinientos años. Esto es lo que está haciendo –precisamente– en materia penal en importante número de países que han adoptado el *sistema acusatorio de enjuiciamiento*¹¹.

Para ello, lo primero será advertir que el *proceso solo es medio pacífico de debate –y no método de investigación*, como se lo ve hoy en la mayoría de nuestros países– y que la función primordial de los jueces es

-
- 7 Adviértase que, de verdad, la preclusión procesal alcanza solo a los abogados, quienes no son libres para programar la distribución de sus tareas en el tiempo disponible al efecto. ¿Cómo se hace cuando en una misma tarde le notifican a un letrado cuatro o cinco traslados para diferentes e importantes actividades, con vencimientos en plazos exiguos? El académico o el codificador que no litiga ignora los variados problemas que esto genera, al punto de hacer de la abogacía una actividad muchas veces insalubre.
- 8 Esto se ha logrado a partir de la inusitada expansión de los anticipos de tutela jurisdiccional so capa de hacerla efectiva para ciertos justiciables. Y así, se acepta jurisprudencialmente la vigencia de trámites no legislados, merced a los cuales se anticipa el contenido de una pretensión sentenciándola sin más y sin la previa audiencia de la persona que habrá de sufrir la condena (*medidas innovativas*) o, más aún, eliminando directamente el proceso mismo para dejar resuelta una petición en sede seudo cautelar (medidas autosatisfactivas).
- 9 Inexplicablemente, esto gusta –cuando no deslumbra– a mucha gente. En general, a jueces en actividad, a académicos y a jóvenes revolucionarios que poco entienden que el proceso, tal como está concebido por la doctrina garantista, para la cual es *la garantía constitucional*, es lo que los defiende precisamente de los abusos del Estado, que aparecen cíclicamente en todos nuestros países.
- 10 Es conocido por todos que la gente no cree en su judicatura, que reniega del sistema legal del que se aparta raudamente a pasos agigantados, que desconfía de los abogados y que prefiere hacer el peor de los arreglos a esperar un trato justo en una sentencia que bien puede no llegar jamás.
- 11 Entre ellos, Colombia, donde en verdad el sistema no funciona tal como ha sido concebido desde la propia ley, pues los jueces lo aplican con criterios propios del sistema inquisitivo. Tanto, que ha sido necesario que la Corte Constitucional declarara su exequibilidad no obstante prohibir la prueba de oficio.

procurar y asegurar la paz social dando certeza a las relaciones sociales conflictivas. Y no otra.

La tarea no es sencilla. Hay que fijar nuevos paradigmas, cambiar el modo de pensar el derecho que exhiben jueces y abogados, privilegiar –y acatar– la Constitución por sobre la ley procesal, entender que todo lo atinente al valor *justicia* es de carácter relativo y que la búsqueda de la *verdad* –que tanto preocupa hoy a nuestros jueces– es problema que no interesa primordialmente al Derecho¹², cuya finalidad primaria es lograr y mantener

12 Durante casi toda la historia del Derecho –en rigor, hasta la adopción irrestricta del *sistema inquisitivo* como perverso método de enjuiciamiento, admitido políticamente y justificado filosófica y jurídicamente durante casi ¡seiscientos años!– se aceptó en forma pacífica y en todo el universo entonces conocido que al juzgador –actuando dentro de un sistema *dispositivo* (que instrumenta un verdadero método de debate)– solo tocaba establecer en su sentencia la *fijación de los hechos* (entendiéndose por tal la definición de aquellos acerca de los cuales logró durante el proceso la *convicción de su existencia*, sin que preocupara en demasiada medida a este sistema si los así aceptados coincidían exactamente con los acaecidos en el plano de la realidad social) y, luego, aplicar a tales hechos la norma jurídica correspondiente a la pretensión deducida. La irrupción del sistema *inquisitivo* (que instrumenta un verdadero método de investigación: eso mismo significa *inquisición*) generó entre sus rápidamente numerosos partidarios una acerba crítica respecto de esta *posibilidad de no coincidencia* entre los hechos aceptados como tales en el proceso y los cumplidos en la realidad de la vida social. Y esta fue la causa de que la doctrina comenzara a elaborar larga distinción entre lo que los autores llamaron la *verdad formal* (la que surge de la sentencia por la simple fijación de hechos efectuada por el juez a base de su propia convicción) (específica del *sistema dispositivo*) y la *verdad real* (la que establece la plena y perfecta coincidencia entre lo sentenciado y lo ocurrido en el plano de la realidad) (propia del *sistema inquisitivo* pues, a la postre, antaño se sabía que la verdad era fuente de poder y eficiente instrumento de dominación). Por supuesto, la función del juzgador cambia radicalmente en uno y otro sistema: 1) En tanto en el primero el juez solo debe procurar –con clara imparcialidad en su actuación– el otorgamiento de *certeza* a las relaciones jurídicas a partir de las posiciones encontradas de los litigantes (aceptando sin más lo que ellos mismos admiten acerca de cuáles son los hechos discutidos), con lo que se logra aquietar en lo posible los ánimos encontrados para recuperar la paz social perdida y 2) En el segundo el juez actúa –comprometiéndo su imparcialidad– como un verdadero *investigador* en orden a procurar la *Verdad* para lograr con ella hacer *Justicia* conforme con lo que él mismo entiende que es ese valor, convirtiéndose así en una rara mezcla del justiciero Robin Hood, del detective Sherlock Holmes y del buen juez Magnaud. El tema no solo es fascinante. Es preocupante. Gravemente preocupante. Quienes aconsejan adoptar legislativamente la figura del *juez investigador* lo hacen partiendo de la base de que la Verdad y la Justicia son *valores absolutos*.
El asunto no es novedoso: el pensamiento griego se ocupó largamente de él al plantear los problemas axiológicos, entre los cuales cabe recordar uno de los de mayor importancia: ¿Puede decirse que los valores de la vida *valen por sí mismos*, esencialmente, o, por lo contrario, que valen tan solo porque *alguien los valora...*? En otras palabras: los *valores*, como tales, ¿son *absolutos o relativos*? (Una puesta de sol o *La Gioconda*, por ejemplo, ¿son absoluta y esencialmente bellas o son bellas relativamente para mí, que las encuentro bellas, en tanto que pueden no serlo para otro?). Traído el problema al terreno judicial parece fácil de resolver. En efecto: piénsese en un juzgador justiciero que, con rectitud y honestidad de espíritu, hace todo lo que está a su alcance para llegar a la *verdad real* de los hechos sometidos a su juzgamiento. Y, después de ardua búsqueda, cree

la paz de los hombres que conviven en un tiempo y lugar determinados otorgando certeza a las relaciones sociales inciertas. A desarrollar estas ideas destinaré las páginas siguientes.

¿QUÉ ES EL PROCESO?

Si se acepta inicialmente que el proceso –en su esencia– no es otra cosa que un simple *método*¹³ ideado por el hombre para solucionar pacíficamente

haber logrado esa verdad –en rigor, *la Verdad*, única y con mayúsculas– y, a base de ella, emite su fallo, por ejemplo, *absolviendo* al demandado o reo. Adviértase que esta óptica muestra a la *Verdad* como un valor absoluto. De tal modo, *la Verdad es y debe ser una e idéntica en todo tiempo y lugar y para todas las personas por igual*.

Piénsese también en que ese fallo es impugnado por el demandante o acusador perdidoso y, así, elevado el asunto a un tribunal superior donde también hay juzgadores justicieros, con igual o mayor rectitud y honestidad de espíritu que el juez inferior. Imagine ahora el lector que tales juzgadores, después de ardua búsqueda, creen haber llegado por ellos mismos a la *Verdad* –otra vez con mayúscula– que, lamentablemente, no coincide con la que había predicado el inferior... Y, de tal manera, revocan su sentencia y, en su lugar, *condenan* al demandado o reo. Y parece obvio destacar que la *segunda Verdad* debe primar por sobre la *primera Verdad*, por simple adecuación lógica del caso a la verticalidad propia de los estamentos que integran el Poder Judicial, en el cual *la Verdad* será sólo la que declare el último juzgador previsto como tal en el sistema de que se trate... Lo primero que se le ocurrirá al lector –de seguro– es que lógicamente no pueden coexistir *dos Verdades antagónicas* acerca de un mismo tema, a menos que, en lugar de ser *la Verdad*, ambas sean la simple *verdad* de cada uno de los juzgadores (en rigor, *sus verdades*, que pueden o no coincidir con la *Verdad*). Adviértase que, desde esta óptica, la verdad es un *valor relativo*. De tal modo, lo que es justo para uno puede no serlo para otro o lo que fue justo en el pasado o aquí puede no serlo en el presente o allá. En otras palabras, hay *tantas verdades como personas pretendan definirlas* (recuérdese, por ejemplo, que Aristóteles justificó la esclavitud... ¿Quién piensa lo mismo hoy?). El problema exemplificado excede el marco de una explicación lineal del tema. Pero sirve para comprender cabalmente que la *simple posibilidad de que el juzgador superior revoque la decisión del juzgador inferior* muestra que la *verdad* (así, con minúscula) es un *valor relativo*. Si esto es correcto –y creo firmemente que lo es– ¿cómo puede implementarse un sistema judicial en el cual se imponga al juez actuante el *deber de buscar la verdad real...*? ¿Cuál es la lógica de tan imprudente imposición? Sin embargo, exactamente eso ha ocurrido en casi todas las legislaciones procesales (civiles y penales) del continente con el auspicio de importantes nombres de autores de prestigio que, increíblemente, continúan pontificando acerca de la necesidad de brindar más y mayores potestades a los jueces para buscar esa Verdad, a todas luces inalcanzable.

13 Cabe advertir al lector que el tema se estudia habitualmente cuando se trata de analizar cuál es la naturaleza jurídica del proceso. Y es que 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, que ha elaborado las más variadas teorías para intentar definir cuál es la *esencia del proceso*.

camente los conflictos intersubjetivos que nacen cotidianamente entre ellos, cual natural consecuencia de la convivencia que exige todo desarrollo social, habrá que analizar si el método querido por el constituyente cuando instala en el magno texto el sintagma *debido proceso* sirve o debe servir para que el Estado investigue al individuo –cual ocurre en el sistema inquisitivo de enjuiciamiento¹⁴, cuyo esquema copia en lo esencial el conocido como

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, etc. No creo necesario efectuar un inventario detallado de todas las corrientes interpretativas que han generado las doctrinas recién mencionadas. A solo 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 sostenido 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. Y para mayor complicación –y desesperación– del estudiioso, 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. He afirmado en párrafo anterior que 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 aquella) adquirió una *categoría propia* que no puede ser subsumida en otra categoría general. De tal modo, *el proceso es proceso*. Y punto. Lo que lleva a sostener que *no es un contrato*, que *no es un cuasicontrato*, que *no es una relación*, etc. En otras palabras: para explicar la esencia de la serie lógica y consecuencial de instancias bilaterales conectadas entre sí por la autoridad, que se utiliza como medio específico de debate dialéctico entre dos partes antagónicas ante un tercero que es imparcial, imparcial e independiente, no es preciso buscar su encuadramiento en otra figura del Derecho en razón de que *es un fenómeno único en el mundo jurídico* y, por ende, *inconfundible por irrepetible*. La más prestigiosa doctrina española contemporánea ya ha advertido esta circunstancia al sostener que –así de simple– *el proceso carece de naturaleza jurídica* a los fines de este estudio. Concebido entonces como *método*, los autores lo han visto, a través de la historia, con dos finalidades antagónicas: es método de *discusión* (debate regulado por la ley y dirigido por un juez, donde los sujetos realmente importantes son las propias partes) o método de *investigación* (donde el sujeto importante es el juez y las partes se convierten en objeto de la investigación, lo que se ve muy, muy claro en el proceso penal de todos los tiempos. Hasta hoy).

14 Para explicar las características propias de este sistema cabe recordar que, originariamente, fue un método *unilateral* –y sigue siéndolo– en el cual el propio pretendiente en la vida real, convertido ahora (a partir de la iniciación del proceso) en *acusador* de alguien (reo) 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 *probar su afirmación*. Solo 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... Por obvias razones, este método de enjuiciamiento no podía hacerse en público. De allí que las características propias del método eran: 1) El juicio se hacía por escrito y en absoluto secreto; 2) El juez era la *misma persona* que el acu-

sistema mixto¹⁵, desaconsejable igual que aquél— o, por lo contrario, sirve solo para que dos antagonistas discutan pacíficamente frente a un tercero que asume como tal la dirección del debate.

-
- sador 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*); 3) 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 pecado, toda vez que el juzgador era sacerdote), 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; 4) Para ello comenzó entonces la búsqueda de *la verdad real*; 5) Y se creyó que solo era factible encontrarla con la *confesión*; de ahí que ella se convirtió en un *medio de prueba* y, luego, en la reina de todas las pruebas (*la probatio probatissima*); 6) Y para ayudar a lograrla se instrumentó y reguló minuciosamente la tortura. Como se ve, método radicalmente diferente al que imperó en la historia de la sociedad civilizada. En la actualidad éste es el método que se practica en casi toda América para el juzgamiento penal y que se aplica en todas partes para lo civil con las lógicas atenuaciones del tiempo que se vive (por ejemplo, ya no puede decirse que haya tortura indiscriminada en todas partes).
- 15 Si se comparan los dos sistemas descritos en las notas 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 distintas filosofías políticas imperantes en un lugar dado. Sin embargo, gracias a la persistente vigencia en la ley de la filosofía inquisitivista de la autoridad a la cual todo esto le sirve —por casi seiscientos 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, ¡predominantemente dispositivos pero con leves atenuaciones inquisitivas! No obstante ello —y surge solo 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*. Para persuadir sobre la exactitud de esta afirmación recurro 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 *medidas para mejor proveer o resolver*, otorgue al juez 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 partes. En este caso, no dudo de que abundarían los más elogiosos comentarios: se hablaría del adecuado equilibrio de la norma pues, al estatuir 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, ¿no tiene la virtualidad de tirar por la borda toda la regulación dispositiva referente a *cargas, plazos, negligencia, caducidad*, etc., en materia de ofrecimiento y producción de la prueba? ¿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 casi seiscientos años, así como la fascinación que el sistema provoca en régimes 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

Estoy convencido desde hace ya muchos años de que solo a éste tuvo en cuenta el constituyente que, así, instauró tal método de debate, en lo que hoy se conoce como *sistema acusatorio de enjuiciamiento*¹⁶ y que ya tenía larga historia y gran prosapia al tiempo de dictarse todas las constituciones del continente.

como *derecho jurisdiccional*). Además, toda la doctrina procesal publicada en el continente desde los años cincuenta 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 universidades de América. Incluso quien esto escribe. Finalmente: en la generalidad de la Argentina de hoy se cuenta con normativas procesales fuertemente inquisitivas, tanto en lo penal como en lo civil. 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 en función de la dolorosa historia vivida en la Argentina hasta entonces, tratando de evitar desde la propia Constitución la reiteración de los errores y las aberraciones del pasado. 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 liberal: acordaron la *igualdad ante la ley*, remarcaron la *inviolabilidad de la defensa en juicio*, establecieron el principio del *juez natural* y el del *estado de inocencia*, prohibieron la *condena sin juicio previo* fundado en *ley anterior* al hecho que motivó el proceso, etc. 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 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 tiempo. 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.

16 Para explicar las características propias de este sistema cabe recordar que es un método *bilateral* en el cual dos sujetos naturalmente desiguales discuten pacíficamente en situación de igualdad jurídica asegurada por un tercero que actúa al efecto en carácter de autoridad, dirigiendo y regulando el debate para, llegado el caso, sentenciar la pretensión discutida. 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 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 deseén. Tal cual se ve, priva en la especie una filosofía liberal que tiene al propio *particular* como centro y destinatario del sistema. 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 respectivas. Este antiguo sistema de procesamiento es el único que se adecua cabalmente con la idea lógica del *proceso* como fenómeno jurídico irrepetible y, por tanto, inconfundible que une a tres sujetos en una relación dinámica y continua. Pero no solo al litigio puramente civil se aplicó este sistema en el pasado

De tal modo, si la *idea de proceso* se vincula histórica y lógicamente con la necesidad de organizar un método de debate dialogal y argumentativo, y se tiene presente –de nuevo– que ello fue menester para lograr evitar la guerra intestina entre los convivientes de un determinado grupo social para dar finiquito a los problemas de convivencia, surge claro que *la razón de ser del proceso no puede ser otra que la erradicación de la fuerza ilegítima en el grupo social*, para asegurar el mantenimiento de la paz y de normas adecuadas de convivencia.

Así concebido, debo remarcar que el *proceso no es meta a cumplir o lograr* sino, en cambio, *es método para llegar a una meta*. De tal forma, se presenta lógicamente como un *instrumento neutro* para la consecución de su objeto: la sentencia¹⁷.

El método procesal consiste en una secuencia o serie invariable de actos que se desenvuelven progresivamente y están dirigidos a obtener la resolución de un litigio mediante un acto de autoridad.

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. 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: 1) El proceso solo puede ser iniciado por el particular interesado. *Nunca por el juez*; 2) El impulso procesal solo es dado por las partes. *Nunca por el juez*; 3) El juicio es público salvo casos excepcionales; 4) Existe *paridad absoluta de derechos e igualdad de instancias* entre actor (o acusador) y demandado (o reo); 5) *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; 6) No preocupa ni interesa al juez la búsqueda denodada y a todo trance de la *verdad real* sino que, mucho más modesta pero realistamente, procura lograr el mantenimiento de la paz social fijando hechos para adecuar a ellos una norma jurídica, tutelando así el cumplimiento del mandato de la ley; 7) 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); 8) Correlativamente exige que cuando la parte desea declarar espontáneamente lo haga sin mentir. Por tanto, castiga la falacia; 9) Se prohíbe la tortura; 10) El imputado sabe siempre de qué se lo acusa; 11) quién lo acusa y 12) quiénes son los testigos de cargo, etc. A mi juicio, todo ello muestra en su máximo grado la garantía de la plena libertad civil para el demandado (o reo).

17 *Por eso es que el mejor intento de hacer justicia en un caso concreto no puede vulnerar el método mismo de la discusión*. De así hacerlo y, a raíz de ello, un juzgador que privilegiare la obtención de la meta por sobre la legitimidad del método estaría dando razón postrera a Maquiavelo: *el fin justifica los medios*. Como es de toda obviedad, si la sentencia es el objeto del proceso (en el sentido de la exacta cuarta acepción castellana de la palabra: *fin o término de los actos*) no puede integrar su concepto. De donde resulta que la sentencia *no es un acto procesal*. Lo que también es obvio, dada su esencia normativa.

Lo más importante de recalcar acerca de la serie es que, con ella, el juez puede *igualar jurídicamente* a quienes son *naturalmente desiguales*. Y para ello, cualquier normación del método debe estar orientada por dos principios cardinales de irrestricta vigencia: *la igualdad de las partes* y *la imparcialidad del juzgador*. Si ellos no se respetan en cualquiera y en todo caso, se estará frente a un proceso *aparente* y no ante uno verdadero que, en su esencia, exige la concurrencia de esos principios verdaderamente cardinales que hacen a la *idea misma y lógica del proceso*.

1) El principio de igualdad de las partes

Esencialmente, todo proceso supone la presencia de dos sujetos (carácter *dual* del concepto de parte) que mantienen posiciones antagónicas respecto de una misma cuestión (pretensión y resistencia). Tan importante es esto que todas las constituciones del mundo consagran de modo expreso el *derecho de igualdad ante la ley*, prohibiendo contemporáneamente algunas situaciones que implican clara desigualdad: prerrogativas de sangre y de nacimiento, etc.

En el campo del proceso *igualdad jurídica* 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 *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. Pero atención: no hablo de una *igualdad real* entre las personas¹⁸, que es materialmente imposible de lograr¹⁹.

18 Como esta idea está de rigurosa moda en el procesalismo colombiano a partir de su actual normativa, advierto al lector que 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 –otra vez ¡el fin justifica los medios!– a una difusa meta de Justicia que bien pueden llegar a lograr. Pero ilegitimamente. El problema surge, a no dudar, del doble papel protagónico de *juez y parte* que el sistema inquisitivo vigente en toda América acuerda al juzgador. Así ocurre hasta hoy en la mayor parte de América 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

2) El principio de imparcialidad del juzgador

De tanta importancia como el anterior es éste, que indica que el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente ese carácter: para ello, no ha de estar colocado en la posición de parte (*imparcialidad*) ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (*imparcialidad*) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (*independencia*).

deben privilegiar a todo trance. Ahora también ocurrirá en lo civil por expreso mandato legal. 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 solo 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 amnistía no obstante que el amnistiado 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 mis parámetros lógico-interpretativos y académicos, afirman no compartirlos en el campo de la Justicia, pues el criterio aséptico de la imparcialidad, que pregunto y que expongo en el texto, 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, suirla (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 iguan hacia abajo. Por esto mismo es que el joven abogado no se prepara adecuadamente: no solo 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 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).

- 19 En un litigio entre un obrero y un patrón, por ejemplo, el obrero es tal antes, durante y después del pleito. Igual ocurre con el patrono. De donde surge que nunca el uno será el otro. Por mucha petición de principios que haga ingenuamente el codificador en la norma que legisla. Cual ocurre en Colombia.

Esto que se presenta como obvio –y lo es– no aparece como tal a poco que se quiera estudiar el tema en las obras generales de la asignatura. Se verá en ellas que, al igual que lo que acontece con el concepto de *debido proceso*, la mayoría se maneja por *aproximación* y nadie lo define en términos positivos. En realidad, creo que todos –particularmente los magistrados judiciales– sobreentienden tácitamente el concepto de imparcialidad pero –otra vez– 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 actúan.

Pero hay algo más: la palabra *imparcialidad* significa varias cosas más que son diferentes a la *falta de interés* que comúnmente se menciona al definir la cotidiana labor de un juez. Por ejemplo, exige una definitiva:

- Ausencia de prejuicios de todo tipo (particularmente raciales o religiosos) respecto de las partes litigantes y del objeto litigioso.
- Independencia de cualquier opinión y, consecuentemente, tener oídos sordos ante sugerencias o persuasión de la parte interesada que pueda influir en su ánimo.
- No identificación con alguna ideología determinada.
- Completa ajenidad frente a la posibilidad de dádiva o soborno.
- Ajenidad a la influencia de la amistad, del odio, de un sentimiento caritativo, de la haraganería, de los deseos de lucimiento personal, de la figuración periodística, etc.
- No involucrarse personal ni emocionalmente en el meollo del asunto litigioso.
- Evitar toda participación en la investigación de los hechos o en la formación de los elementos de convicción.
- Fallar según su propio conocimiento privado del asunto.

Si bien se miran estas cualidades definitorias del vocablo, la tarea de ser *imparcial* es asaz difícil pues exige absoluta y aséptica *neutralidad*²⁰, que debe ser practicada en todo supuesto justiciable con todas las calidades que el vocablo involucra.

²⁰ Ser *neutral* significa no ser ni uno ni otro, estar en situación de *terciedad* o de *ajenidad* respecto de los litigantes y del problema litigioso.

Repetiendo conceptos para finalizar: quede en claro, entonces, que a los fines de este trabajo, el proceso es un método creado por la ley para que dos coasociados que se encuentran en situación de antagonismo²¹, por existir entre ellos un conflicto intersubjetivo de intereses, en lugar de terminarlo por el uso de la fuerza acepten debatir dialógicamente y argumentativamente el tema ante un tercero neutral que, gracias a su calidad de imparcial, imparcial e independiente, los iguala jurídicamente en el debate que dirige y, llegado el caso, resuelve. El diseño de este método puede ser presentado con un triángulo equilátero en cuyo vértice superior se halla el juez, equidistante de las dos partes que ocupan el lugar de los vértices inferiores.

El diseño triangular del proceso que imaginó la civilidad auténtica para lograr la paz de los pueblos y que rigió desde que la *razón de la fuerza* fue trocada por la *fuerza de la razón*, con un juez que aseguraba la igualdad de los parciales con su propia imparcialidad, cambió por contingentes razones políticas que no han sido superadas hasta hoy.

Sabido es que a raíz de lo actuado en el Concilio de Letrán (1215) se inauguró una organización que se dedicó a la búsqueda de pecadores (la llamada *Inquisición episcopal*) y que luego se impuso la meta de descubrir delitos eclesiásticos (la llamada *Inquisición papal* o *Inquisición medieval*) para terminar investigando delitos seglares (mediante la conocida como *Inquisición española*).

Y con ello se generó un nuevo método de enjuiciamiento –por supuesto, penal– muy alejado en su estructura de aquel que la pacificación de los pueblos supo conquistar y que ya presenté 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 *método inquisitorio* (opuesto a *acusatorio*) o *inquisitivo* (opuesto a *dispositivo*). Y así se lo conoce hasta hoy como sistema de enjuiciamiento. Veamos ahora en qué consistía en la antigüedad al igual que lo es al día de hoy.

El propio pretendiente, convertido ahora en *acusador* de alguien, le imputaba la comisión de un delito. Y esa imputación –he aquí la perversa novedad del sistema– *la hacía ante él mismo* (atención: no ante un *tercero*) como encargado de juzgarla oportunamente.

21 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 –cuál lo afirman ilustres tratadistas– sino ¡en ganar en lo pretendido o en lo resistido!

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.

Por obvias razones este método de enjuiciamiento no podía hacerse en público. De allí que las características propias del método eran:

- El juicio se hacía por escrito y en absoluto secreto.
- 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 o porque admitía una denuncia nominada o anónima.
- 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 pecado, pues era sacerdote) buscó denodadamente la prueba de sus afirmaciones, tratando por todos los medios de que el resultado coincidiera estrictamente con lo imaginado por él como acaecido en el plano de la realidad social.
- Para ello comenzó entonces la búsqueda de *la verdad real*.
- Y se creyó que solo era factible encontrarla por medio de la *confesión*; de ahí que ella se convirtió en la reina de las pruebas (la *probatio probatissima*).
- Para ayudar a lograrla se instrumentó y reguló minuciosamente la tortura.

Como se ve, método radicalmente diferente al que imperó en la historia de la sociedad civilizada. Si ahora debo presentar una figura que represente la verdadera estructura de este método de juzgamiento volveré a utilizar una flecha que muestra a un pretendiente que se encuentra arriba y a un resistente abajo, mostrando a dos antagónicos y *desiguales*, con desigualdad notoriamente acentuada pues el pretendiente es nada menos que el juzgador.

Si se analiza con detenimiento este diseño se advertirá que la idea de *opresión* aparece asaz clara, tanta es la desigualdad entre pretendiente y resistente, producto de hacer coincidir en una misma persona los papeles de acusador y juzgador. Las prácticas del método fueron adoptadas por el mayor absolutismo europeo del siglo XIX y por los grandes movimientos autoritarios que generaron dictaduras que no deben ser olvidadas: Hitler, Mussolini y Stalin.

Paralelamente a lo recién narrado, y a raíz de la notable influencia que tuvo en el mundo la Carta Magna de 1215 y, luego, la Revolución Francesa de 1789, el vasto y notable movimiento constitucionalista que se afincó en el mundo a comienzos del siglo XIX generó el concepto aún no debidamente elaborado de *debido proceso* como un claro derecho constitucional de todo particular y como un deber de irrestricto cumplimiento por la autoridad.

El sintagma lució novedoso en su época pues, no obstante que la estructura interna del proceso aparece natural y lógicamente en el curso de la historia con antelación a toda idea de *Constitución*, las cartas políticas del continente no incluyen –en su mayoría– la adjetivación *debido*, concretándose en cada caso a asegurar la *inviolabilidad de la defensa en juicio* o un *procedimiento racional y justo*.

Más acá de la Carta Magna, el origen generalmente aceptado de la palabra *debido* se halla en la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, al establecer los derechos de todo ciudadano en las causas penales. Al igual que las de otros países, la Constitución argentina –cual la chilena– no menciona la adjetivación *debido*.

Tal vez por esa razón, o por la imprecisión terminológica que sistemáticamente emplean los autores que estudian 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* aquel en el cual –por ejemplo– se ha restringido el derecho de defensa o por una circunstancia u otra. Esto se ve a menudo en la doctrina que surge de la jurisprudencia de nuestros máximos tribunales.

Veamos ahora la descripción del *sistema acusatorio*: es un método bilateral en el cual dos sujetos naturalmente desiguales discuten pacíficamente en igualdad jurídica asegurada por un tercero imparcial que actúa al efecto en carácter de autoridad, dirigiendo y regulando el debate para, llegado el caso, sentenciar la pretensión discutida.

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 y son las que fijan los términos exactos del litigio a resolver affirmando y reconociendo o negando los hechos presentados a juzgamiento, las que aportan el material necesario para probar las afirmaciones, las que pueden ponerle fin al pleito en la oportunidad y por los medios que deseen.

Tal cual se ve, prima en la especie una filosofía absolutamente liberal que tiene al propio *particular* como centro y destinatario del sistema. Como natural consecuencia de ello, el juez actuante en el litigio carece de todo poder para impulsar el desarrollo del proceso, debe aceptar como ciertos los hechos admitidos por las partes así como conformarse con los medios

probatorios que ellas aporten y debe resolver ajustándose estrictamente a lo que es materia de controversia en función de lo que fue afirmado, negado y probado en las etapas respectivas.

Este antiguo sistema de procesamiento es el único que se adecua cabalmente con la idea lógica que ya se ha dado del *proceso*, como fenómeno jurídico irrepetible que une a tres sujetos en una relación dinámica. 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 con los siguientes rasgos caracterizadores:

- El proceso solo puede ser iniciado por el particular interesado. *Nunca por el juez.*
- El impulso procesal solo es dado por las partes. *Nunca por el juez.*
- El juicio es *público* salvo casos excepcionales.
- Existe paridad absoluta de derechos e igualdad de instancias entre actor (o acusador) y demandado (o reo).
- El juez es un tercero que, como tal, es *impartial* (no parte), *imparcial* (no interesado personalmente en el resultado del litigio) e *independiente* (no recibe órdenes) 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 realistamente, procura lograr el mantenimiento de la paz social fijando hechos litigiosos para adecuar a ellos una norma jurídica, tutelando así el cumplimiento efectivo del mandato de la ley. Por tanto, no se ocupa de probar hechos litigiosos.
- 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 (absolución de posiciones o declaración indagatoria).
- Correlativamente exige que, cuando la parte desea declarar espontáneamente, lo haga sin mentir. Por tanto, castiga la falacia.
- Se prohíbe la tortura.
- El imputado sabe siempre de qué se lo acusa, quién lo acusa y quiénes son los testigos de cargo.

A mi juicio, todo ello muestra en su máximo grado la garantía de la plena libertad civil para el demandado (o reo). Ante estas dos opciones antagónicas que se muestran como sistemas de enjuiciamiento vigentes en la

actualidad, existe un tercero desarrollado desde mediados del siglo XX, que rige hoy en casi todas partes y que se conoce doctrinalmente como *sistema mixto* en lo penal y como sistema *dispositivo atenuado* en lo civil. Lo explicaré sucintamente para que el lector advierta que no puede ser aceptado en un plan de lógica racional.

Si se comparan los sistemas ya descritos como *acusatorio e inquisitorio*, se colige con facilidad que 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 distintas filosofías políticas imperantes en un lugar dado²².

Sin embargo, gracias a la persistente vigencia en la ley de la filosofía inquisitivista de la autoridad a la cual todo esto le sirve²³ –por más de qui-

-
- 22 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 gobernan alternadamente, que se soportan de manera recíproca, que simulan no pocas veces y 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 procesalistas americanos: a fuerza de una empiecinada 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. 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...”. Si bien se mira la cuestión, se presenta en la especie una suerte de *síndrome de Estocolmo*.
- 23 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*. Paradójicamente, 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, etc.*, concurrieron en alguna medida al genocidio de miles de argentinos? ¿Hubiera sido todo ello posible en un régimen procesal apegado al texto de la Constitución? Ruego al lector dar honesta respuesta intelectual y moral a estos interrogantes. Y si se me contesta –tan solo– que *pudo ser posible* que el método inquisitivo coadyuvara 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 solo para *los buenos que hoy se cuentan por montones...*

nientos 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, ¡predominantemente dispositivos pero con leves atenuaciones inquisitivas...!

No obstante ello —y surge solo 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*²⁴.

Para persuadir sobre la exactitud de esta afirmación, recurro 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 *medidas para mejor proveer o resolver*, otorgue al juez 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 partes. En este caso, no dudo de que abundarían los más elogiosos comentarios: se hablaría del adecuado equilibrio de la norma pues, al estatuir 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 acreditarse por sí mismo un hecho litigioso, ¿no tiene la virtualidad de tirar por la borda toda la regulación dispositiva referente a *cargas, plazos, negligencia, caducidad*, etc., en materia de ofrecimiento y producción de la prueba²⁵?

24 No ocurre otro tanto con las *reglas técnicas* que indican cómo procesar y 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 no pueden coexistir sino a riesgo de una simple y deplorable *incoherencia sistemática*.

25 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.

¿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 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 cincuenta 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 escribe.

Finalmente: en la generalidad de la Argentina de hoy se cuenta con normativas procesales fuertemente inquisitivas, tanto en lo penal como en lo civil. 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 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 29²⁶ y 109²⁷.

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 liberal: acordaron la *igualdad ante la ley*, remarcaron la *inviolabilidad de la defensa en juicio*, establecieron el principio del *juez natural* y el del *estado de inocencia*, prohibieron la *condena sin juicio previo* fundado en *ley anterior* al hecho que motivó el proceso, etc.

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

26 CN, 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 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”.

27 CN, Art. 109: “En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrojarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las feneidas”.

ahora: fenómeno jurídico que enlaza 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 tiempo*²⁸. Y hasta el menos avisado puede advertir que lo que ello genera no es un proceso (de tres) sino un simple procedimiento que une solo 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 razonamiento 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.

Como se ha visto antes, la figura central del sistema inquisitivo y del sistema mixto *es el propio Estado* (el juez), lo que revela por sí solo su carácter *totalitario*. En cambio, el eje central del sistema *dispositivo* es el *hombre* actuando en calidad de litigante.

Existe así claro divorcio entre Constitución (que mira hacia un método acusatorio) y Ley (que lo hace hacia un método inquisitivo). Tanto es así que, para terminar, debo recordar que *todos* los gobiernos autoritarios que hubo en la Argentina desde el año de 1930 hasta el de 1983, *derogaron la Constitución nacional o la subordinaron a Reglamentos y Estatutos Revolucionarios*. Paradójicamente, en cambio, *todos ellos mantuvieron vigentes las leyes procedimentales que toleraban sus actuaciones autoritarias*.

28 Y esto está prohibido desde la Ley de Partidas.

La aceptación que se haga respecto de la existencia de ese divorcio entre ley y Constitución llevará de la mano a un corolario elemental forzoso: si la primera consagra un método de juzgamiento y la segunda –ley superior– otro, la ley procesal es francamente inconstitucional.

De ahí que haya que efectuar notable replanteo de los conceptos que actualmente manejamos acerca del sintagma *imparcialidad judicial* y, particularmente, cuando lo aplicamos a la actividad probatoria.

¿Qué es el debido proceso?

Desde el siglo pasado la doctrina publicista refiere insistente 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*, solo algunas cartas políticas del continente incluyen la adjetivación *debido*, en tanto que en otras la norma se concreta en asegurar la *inviolabilidad de la defensa en juicio* o un *procedimiento racional y justo*, cual lo hace la Constitución de Chile.

El origen generalmente aceptado de la palabra *debido* se halla en la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, al establecer los derechos de todo ciudadano en las causas penales²⁹ 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 estudian 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* aquel por el cual –por ejemplo– se ha restringido el derecho de defensa o por tal o cual otra cosa.

29 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 Decimocuarta 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”. 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).

Esto se ve a menudo en la doctrina que surge de la jurisprudencia de todos los máximos tribunales de la América hispanoparlante³⁰.

No obstante todo ello, pasando a afirmativas las concepciones negativas y haciendo un mínimo inventario de las *frases hechas* acuñadas por la jurisprudencia local, 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 sentencia³¹.
- Implica el *libre acceso* al tribunal.
- La *posibilidad plena de audiencia* (lo cual lleva aneja una *efectiva citación* que permita total conocimiento de la acusación o demanda cursada).
- La determinación previa del *lugar del juicio*.
- El *derecho del reo de explicarse en su propia lengua*.
- 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.

30 Una idea clara de lo que sucede respecto de la imprecisión apuntada puede encontrarse en frase del 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 solo 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 *drama* o como *misterio* o como algo que *se sabe exactamente dónde está pero no qué es*.

31 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”.

- 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 esenciales 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.
- *Congruente*: debe versar exclusivamente acerca de lo pretendido y resistido 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 solo 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 misma 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 aquel que se adecúa plenamente a la *idea lógica de proceso*: dos sujetos que actúan como antagonistas en pie de *perfecta igualdad*.

dad en el instar ante una autoridad que es un *tercero* en la relación litigiosa (y, como tal, impartial, 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 solo eso y no un verdadero proceso.

COROLARIO

De lo expuesto cabe concluir que, para ser coherentes con las afirmaciones expuestas precedentemente, debe aceptarse sin más que jurídicamente el proceso es solo un *método de debate* que, para su eficaz desarrollo con miras a obtener resultados constitucionalmente legítimos, debe sujetarse durante todo su curso a la presencia de dos principios de vigencia irrestricta: a) La *igualdad de los parciales* y b) La *imparcialidad del juzgador*.

El único método de enjuiciamiento que responde a estos parámetros es el conocido como *acusatorio* o *dispositivo*, en el cual cada uno de los sujetos procesales cumple la tarea asignada por la ley sin poder subrogar de modo alguno la que corresponde a los otros.

La *imparcialidad del juzgador* (subjetiva y objetiva) es lo que asegura la *igualdad de los parciales*; por ende, la idea expresada debe ser entendida como la sumatoria de tres cualidades esenciales: *impartialidad*, *imparcialidad* e *independencia*.

La vigencia de la calidad referida a la *impartialidad del juzgador* hace que él deba abstenerse de realizar de cualquier forma las tareas propias de las partes litigantes: *pretender*, *afirmar hechos litigiosos*, *introducir nuevas cuestiones luego de trabada la litis* y *probar oficiosamente* los hechos alegados por ellas, cuya existencia improbadamente no puede ser suplida por el conocimiento personal que el juez tenga del asunto a fallar.

A consecuencia de ello –y en caso de carencia de prueba convictiva– el juez debe fallar conforme lo indican *las reglas de la carga probatoria*, de aplicación objetiva, y sin necesidad de involucrarse en el problema por justa que le parezca la solución a darle.